

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CARYNE ABBADE CAPITANIO

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO SOB A ÓTICA DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS**

Rio de Janeiro

2015

Caryne Abbade Capitania

**ANÁLISE DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO SOB A ÓTICA DA RECUPERAÇÃO
JUDICIAL DE EMPRESAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Roberto Julio da Trindade Junior

RIO DE JANEIRO

2015

Dedico este trabalho ao meu saudoso pai pelo exemplo de profissionalismo, capacidade e dedicação ao labor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelo suporte nos momentos difíceis, pela saúde e força para superar os obstáculos e fé na vitória.

À minha mãe, Delaine, pela vida, amor incondicional, incentivo nas horas de cansaço e, principalmente, por acreditar nos meus sonhos e sempre me fazer enxergar o meu potencial.

À minha irmã, Cynthia, pelo belíssimo exemplo de dedicação aos estudos, inspirando-me a superar meus limites e alcançar meus objetivos.

Ao meu namorado, Eduardo, pelo companheirismo, amor e compreensão, principalmente nos momentos de ausência que antecederam a conclusão desse trabalho.

À toda minha família e amigos de coração que me acompanharam durante a vida universitária, em especial à Maria Eugênia, Rachel e Gabriela que dividem o dia a dia dos estudos comigo.

Ao meu orientador, Prof. Roberto Trindade, pelos debates, conversas motivadoras e a oportunidade de contar com suas correções, incentivos e competência.

"Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar". (Montesquieu)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os efeitos gerados pela novação dos créditos sujeitos à recuperação judicial em comparação ao instituto previsto no Código Civil. Para melhor compreensão do tema, o estudo é dividido em quatro capítulos, nos quais se apresenta o atual interesse tutelado pelo direito das empresas em crises, reconhecendo a recuperação como fenômeno jurídico dedicado ao soerguimento da atividade empresarial em crise econômico-financeira, com especial destaque ao procedimento da recuperação judicial. Além disso, explica a novação civil, com suas características e efeitos em comparação ao antigo regime das concordatas para, por fim, analisar os principais efeitos do instituto aplicado à recuperação judicial, especialmente a celeuma da manutenção dos acessórios e garantias e o prosseguimento das ações e execuções em face dos devedores solidários e coobrigados em geral.

Palavras-chaves: Novação. Recuperação Judicial. Coobrigados. Novação recuperacional.

ABSTRACT

This study seeks to analyze the effects generated by the novation of credits subject to reorganization compared to the statutes provided for in the Civil Code. For better understanding of the topic, the study is divided into four chapters, in which presents the current interests protected by the companies in crisis, recognizing the recovery as legal phenomenon devoted to uplifting business activity in economic and financial crisis, with special focus on judicial procedure. In addition, explains the novation with its characteristics and effects compared to the old regime of concordats to, finally, analyze the main effects of the Institute applied to judicial reorganization, especially stir accessories maintenance and warranties and the continuation of actions and executions in the face of the solidary debtors and co-obliged parties.

Keywords: Novation. Judicial Reorganization. Co-obliged parties. *Novação recuperacional.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A TUTELA JURISDICIONAL DEDICADA ÀS EMPRESAS EM CRISE.....	11
2.1. ORIGEM HISTÓRICA.....	11
2.2. AS EMPRESAS EM CRISE.....	13
2.3. A ATUAL LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA.....	20
3. O SISTEMA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	21
3.1. DISPOSIÇÕES GERAIS.....	21
3.2. PRINCÍPIOS INSPIRADORES DA RECUPERAÇÃO.....	24
3.3. DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	27
3.4. O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	32
3.5. DECISÃO DE CONCESSÃO E CUMPRIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	38
4. O INSTITUTO DA NOVAÇÃO E O SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS.....	46
4.1. NOVAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL.....	46
4.1.1. Pressupostos.....	48
4.1.2. Modalidades.....	49
4.1.3. Efeitos.....	50
4.2. ANTIGO SISTEMA DAS CONCORDATAS (DECRETO-LEI Nº 7.661/1945).....	52
4.3. A NOVAÇÃO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA.....	53
5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA NOVAÇÃO RECUPERACIONAL.....	61

5.1. A SITUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS GARANTIDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	61
5.2. O PROSSEGUIMENTO DE AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DOS COBRIGADOS, FIADORES, OBRIGADOS DE REGRESSO E AVALISTAS E O DIREITO DE REGRESSO CONTRA A RECUPERANDA.....	65
6. CONCLUSÃO.....	70
7. REFERÊNCIAS.....	72

1. INTRODUÇÃO

Ao complementar dez anos de vigência, a alteração ocasionada pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência é nítida. O amadurecimento do sistema que trata da insolvência das empresas, em comparação com o regime anterior, demonstra o destaque que o direito das empresas em crise ganhou, buscando-se institutos jurídicos que permitam o reerguimento da empresa, deixando-se a liquidação judicial para o caso de insucesso da recuperação empresarial.

Percebe-se, então, a modificação do interesse tutelado, assumindo o caminho da prevalência da função social, fruto das perdas sentidas por todos os sujeitos envolvidos na atividade negocial, caso deferida a sua extinção.

Assim, a compatibilização entre os interesses individuais e coletivos tornou-se necessária, pois ainda que se admita a empresa como fim estrito do lucro, caberá lembrar que a aferição de ganhos pressupõe a prestação de serviços e a disponibilização de produtos à comunidade, razão pela qual a empresa cumpre a sua função social.

Assumindo o lugar da concordata, conhecida como “procedimento preparatório da falência”¹ ante o insucesso de seus efeitos na prática empresarial, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2015, instituiu a recuperação judicial e extrajudicial das empresas em crise viáveis, denotando o objetivo social e econômico que pretende alcançar e atendendo aos anseios das modernas relações empresariais.

Atentando-se à modalidade judicial, a recuperação tem sua efetividade na superação da crise econômico-financeira pela homologação do plano de recuperação e concessão da recuperação judicial pelo juízo, tendo o plano a função de delimitar os meios que serão empregados para soerguimento da empresa, com consequente manutenção da atividade produtiva, dos empregos e da função social da empresa em equilíbrio à satisfação dos credores.

¹ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 226.

Ocorre que, dentre os efeitos gerados pela decisão de concessão da recuperação judicial, a novação dos créditos é motivo de divergência na doutrina e jurisprudência, razão pela qual torna-se necessário preliminar estudo do procedimento da recuperação judicial para posterior enfrentamento dos desacordos.

Diante disso, o presente trabalho busca analisar os meandros do fenômeno jurídico da novação e suas consequências ao sistema recuperatório, através da apresentação da sua evolução histórica e detalhamento da disciplina do instituto.

A visualização integral da novação tem como objetivo permitir a compreensão de suas características, modalidades e efeitos possíveis, possibilitando, assim, a análise da questão tormentosa que envolve os efeitos da novação na recuperação judicial: a denominada novação recuperacional.

2. A TUTELA JURISDICIONAL DEDICADA ÀS EMPRESAS EM CRISE

2.1. ORIGEM HISTÓRICA

Pela origem etimológica a palavra “falência”, *fallere* no latim, significa *faltar com o prometido, com a palavra, enganar*². Assim, o estado de falência, peculiar ao comerciante³, traduz a ideia de falha no cumprimento da obrigação mercantil assumida, deixando o devedor de pagar no vencimento.

Aponta-se também que o referido vocábulo corresponde ao engano provocado pelo devedor ao credor decorrente do inadimplemento da obrigação em seu vencimento⁴. Assim, o não cumprimento das obrigações por parte do devedor poderia decorrer de dolo ou culpa, podendo sua situação agravar-se por diversos fatores alheios à sua atuação pessoal na gestão da atividade empresarial.

Historicamente, a instrumentalização do tratamento destinado aos devedores é identificada desde as leis dos povos antigos, que previam meios coercitivos, como violência e ameaça, para garantir o pagamento de credores. Porém, a doutrina reconhece a origem dos princípios fundamentais do direito falimentar no direito romano, através do *concursum creditorum* requerido pelo devedor, credores ou instaurado de ofício pelo juiz.

Em âmbito nacional, é possível verificar as mudanças no tratamento destinado ao estudo do direito falimentar mediante cinco principais fases, iniciando-se com a aplicação da legislação portuguesa na colônia, com destaque para as Ordenações Afonsinas, passando-se ao advento do Código Comercial do Império em 1850, o qual impunha penalidade de prisão, com trabalho de um a oito anos, na ocorrência de bancarrota, na forma do seu artigo 263. Posteriormente, a falência recebeu tratamento específico pelo Código Comercial de 1850, sendo regulamentada pelo Decreto nº 738 do mesmo ano.

² MENDONÇA, Roberto Carvalho de. In: NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 39.

³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. Edição de luxo. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1995, pg. 672

⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15ª edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 345.

Em seguida, o Decreto nº 917, de 24.10.1890, sob autoria de Carlos de Carvalho, inaugura a segunda fase, introduzindo no ordenamento brasileiro meios preventivos à decretação da falência, a exemplo da concordata preventiva, moratória, cessão de bens e o acordo extrajudicial. Entretanto, sua redação não trouxe efetividade ao mercado, como aponta Trajano de Miranda Valverde:

“A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessávamos; a mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego dos meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o afastamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiraram, concorreram para o descrédito do Decreto n. 917”⁵.

O aviltamento do Decreto nº 917 levou a expedição do Decreto nº 4.855, de 02.06.1903, que após receber também muitas críticas, foi superado pela Lei nº 2.024, de 17.12.1908, a qual ficou em vigor até a publicação do Decreto nº 5.746, de 09.12.1929.

Posteriormente, o destaque foi dado ao Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945, baseado no anteprojeto de Trajano de Miranda Valverde, o qual produziu efeitos por sessenta anos incompletos, dando lugar, após muita discussão e inúmeras emendas, à Lei nº 11.101, de 09.02.2015.

Diante do cenário exposto, é possível verificar que, com o decorrer do tempo, muitas alterações foram realizadas no processo de falência na tentativa do Legislador de promover melhorias naqueles pontos que a lei mostrava-se defeituosa e obscura e, portanto, obstava a efetividade do instituto.

Ainda em relação ao período histórico, caber-se-ia mencionar a experiência intencional, na qual também se observa inúmeras alterações promovidas ao longo dos anos no que se refere ao tratamento dedicado à falência.

Isso porque, cada país optou por seu sistema próprio de tratamento das empresas em crise. Nesse sentido, cita Fábio Ulhoa Coelho:

“Cada país tem encontrado respostas próprias à questão da recuperação judicial das empresas. Há os que procuram criar mecanismos preventivos (direito francês), enquanto outros só tratam

⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. Citado em: NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 48.

da reorganização da atividade falida (alemão). Há os que se limitam a criar um ambiente favorável à negociação direta entre os envolvidos (norte-americano) e também os que determinam a intervenção judicial na administração da empresa em dificuldade (italiano)”⁶.

Passa-se agora ao estudo do direito das empresas em crise, distinguindo os tipos de crise pelos quais a empresa pode passar.

2.2. AS EMPRESAS EM CRISE

A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (“LREF”) – Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 – produziu grandes mudanças no panorama em termos de concordata e falência de empresas, tendo, ainda hoje, após 10 (dez) anos de vigência, críticas e questionamentos a serem respondidos ante as novas regras introduzidas no sistema jurídico brasileiro.

Assim, para compreender a evolução da tutela judicial dedicada às empresas em crise, tornando compreensível a sua sistemática atual, é relevante conhecer os diversos tipos de crise a que as empresas estão suscetíveis, bem como os meios de superação fornecidos pela própria atuação do mercado e àqueles previstos como resposta da atuação estatal.

Primeiramente, é preciso reconhecer que a empresa não se confunde com o sujeito de direito que a exerce. O empresário corresponde, por definição legal, àquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços, à exceção do exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, salvo se constituir elemento de empresa, nos termos do caput e parágrafo único do artigo 966⁷ da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”).

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 403.

⁷ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

O mencionado conceito adotado pelo direito brasileiro reflete a teoria da empresa nascida na Itália, distinguindo as figuras do comerciante e do empresário reconhecido como um agente de produção, conforme explica o Waldirio Bulgarelli:

“Concorda de maneira geral a doutrina italiana que não houve mera substituição do comerciante pelo empresário e sim a adoção de um sistema dando preeminência a este e assim igualando os agentes das atividades econômicas de produção de bens ou serviços, sob a rubrica de empresário, mas, note-se, concebido este não como especulador, porém como responsável pela produção; desta forma, o comerciante antigo foi absorvido pela categoria de empresário, como titular da atividade intermediária. A que se atendar, pois, por outro lado, que o empresário comercial corresponde de certa forma ao antigo comerciante e não empresário em geral, ou seja, há correspondência entre os dois, no que se refere ao fato de que ambos exercem uma atividade econômica organizada de intermediação, e há diferença, no fato de que é considerado empresário porque é agente de produção e não mero especulador”⁸.

Assim, a diferença dessas figuras impôs mudanças à forma de aplicação do regime de recuperação e falência de empresas, ampliando o rol de legitimados pela LREF, que antes não o seriam nos termos do conceito de comerciante.

Por outro lado, inexistente na legislação pátria uma definição legal para empresa, ao inverso do que acontece com seu titular, restando tal função a cargo da doutrina.

Considerando os quatro perfis que formam a concepção de empresa, pode-se defini-la como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”⁹.

O exercício dessa atividade econômica organizada impõe a superação de diversas dificuldades naturais ao dia a dia da atividade empresarial, que podem decorrer de fatores exógenos, como a mutabilidade do mercado e as exigências dos clientes, como também de elementos endógenos decorrentes, por exemplo, da forma de administração e governança da empresa.

Nessa linha, tem-se a crise da empresa:

⁸ BULGARELLI, Waldirio. Tratado de Direito Empresarial, 2ª edição. São Paulo, Atlas, 1995, pg. 59

⁹ BULGARELLI, Waldirio. Tratado de Direito Empresarial. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1995, pg. 59.

“(...) como sendo um processo transitório que leva a um ajuste nas estruturas de produção e manutenção dos custos, priorizado a fomentação de instrumentalizar a atividade”¹⁰.

Para os casos em que a superação dessas exigências se torna penosa, que o direito das empresas em crise existe, tendo ele o objetivo tanto de prevenção, como de recuperação ou liquidação nos casos de empresas irrecuperáveis com a repressão e responsabilização dos responsáveis pela situação de crise.

Assim, não é todo tipo de crise que ensejará a preocupação e atuação do ordenamento jurídico, mas somente aquelas que atingem interesses diversos. Isso posto, a empresa em crise pode significar coisas bem distintas¹¹, tendo em vista os diversos tipos de dificuldades naturais impostas ao exercício da atividade empresarial.

Didaticamente, é possível diferenciar as crises sob três principais esferas: econômica, financeira e patrimonial.

A crise econômica, como leciona Fábio Ulhoa Coelho, é verificada com a “retração considerável nos negócios desenvolvidos pela sociedade empresária”¹², ou seja, é quando o exercício da atividade ocorre mediante custos mais elevados que o fluxo de rendimentos.

Ela poderá atingir determinada sociedade empresária ou importar reflexos em todo segmento de atuação desta, exigindo uma resposta do ordenamento jurídico quando alcançar interesses de outros sujeitos alheios ao do empresário.

Em seguida, a crise financeira é refletida pela incapacidade da sociedade empresária em fazer frente aos compromissos assumidos. Assim, essa crise da liquidez tem a impontualidade como sua forma de exteriorização jurídica.

Diante disso, a crise financeira atrai do direito empresarial maior interesse, na medida em que influencia o sistema de crédito, diante da dificuldade

¹⁰ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pg. 460.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 249.

¹² Idem, pg. 249.

dos devedores de honrarem o pagamento dos contratos assumidos com os fornecedores.

Por fim, a crise patrimonial representa a insuficiência de bens no ativo do devedor para atender à satisfação do seu passivo, ocorrendo em situações que a “sociedade empresária tem menos bens em seu patrimônio que o total de suas dívidas”¹³. À primeira vista, este tipo de crise não é essencialmente nocivo, porém gerará certa inquietação com o aumento do risco de crédito¹⁴, sendo que a tutela do crédito é o ponto de preocupação fundamental no âmbito do direito empresarial.

Através das definições acima apresentadas, é possível concluir que a crise da empresa nem sempre será de liquidez ou financeira, podendo advir também de episódios econômicos e patrimoniais, como distinguido por Fábio Ulhoa Coelho:

“A crise da empresa pode manifestar-se de formas variadas. Ela é econômica quando as vendas de produtos e serviços não se realizam na quantidade necessária à manutenção do negócio. É financeira quando falta à sociedade empresária dinheiro em caixa para pagar suas obrigações. Finalmente, a crise é patrimonial se o ativo é inferior ao passivo, se as dívidas superam os bens da sociedade empresária”¹⁵.

Além dos tipos de dificuldades acima mencionados, cabe mencionar um quarto tipo de crise: a crise administrativa. Ela é decorrente de fatores internos à administração da empresa, a exemplo do perfil de gestores que, em sua maioria, buscam medidas preventivas tardiamente, pois preferem acreditar na capacidade pessoal de recuperação das empresas, posto que àqueles que recorrem ao instrumento da recuperação judicial ou extrajudicial são apontados como um fracasso e já falido, sendo um dos motivos para desaparecimento das empresas, como apontado por Samira Otto:

“A iniciativa tardia de procedimentos preventivos é um dos motivos de desaparecimento das empresas. Os dirigentes, porque preferem acreditar no seu poder de recuperação para fazer a empresa que criaram sair do vermelho, hesitam em depositar o balanço negativo a

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 250.

¹⁴ O risco de crédito representa a eventualidade de a contraparte não pagar a dívida definida no contrato.

¹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 250.

credores e acionistas, e quando a resignação vence a hesitação, no mais das vezes já é tarde”¹⁶.

Em complemento, a doutrina ainda aponta a má gestão e outras causas de índole pessoal como fatores internos à administração que podem caracterizar a noção de empresa em crise, causas essas ligadas ao titular da atividade empresarial, a exemplo de situações como de enfermidade pessoal ou de integrante da sua família, dificuldades no âmbito familiar, gastos pessoais exagerados ou da parte de cônjuges e filhos, etc.¹⁷

Dessa maneira, é possível concluir que todos esses fatores, sejam eles de ordem econômica, financeira, patrimonial ou de gestão poderão ocasionar consequências calamitosas. A continuidade de uma crise com implicações desse porte, sem a remoção de suas causas, poderá conduzir a empresa à inexecutabilidade dos negócios, culminando com a falência.

Com a decretação da falência, a atividade poderá ser cessada, ou até encerrada. Dessa forma, a empresa em crise perderia a possibilidade de preencher os requisitos para pleitear sua recuperação judicial, ou valer-se da recuperação extrajudicial, impedindo, portanto, a chance de reergue-se ante as dívidas acumuladas.

Nesse ponto, alerta Ricardo Negrão:

“Na crise econômico-financeira há um ponto-limite que não pode ser ultrapassado, sob pena de o devedor perceber tardiamente que não pode mais atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial, restando-lhe requerer a sua própria falência (art. 105)”¹⁸.

As crises econômica, financeira, patrimonial e administrativa, estejam elas atingindo a empresa de forma conjunta ou isoladamente, por afetarem não apenas o interesse do empresário, mas também o de terceiros, em razão da inadimplência do devedor, com o aumento do risco dos credores em não receberem e a redução de empregos, exigem providência do mercado e do Estado que, por sua vez, colocam à disposição das empresas em crise uma série de respostas.

¹⁶ OTTO, Samira. O credor fiduciário e a recuperação de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 45, ano 2009, pg. 71.

¹⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 156.

¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 157

Ocorre que as medidas de recuperação, frente à crise, exigem a conjunção de três mecanismos inadiáveis: a rapidez da reação, o realismo e a descrição¹⁹, a fim de reverter o problema e reerguer a empresa.

Nesse diapasão, tem-se a própria atuação do mercado como primeira forma de superação da crise, seja através da negociação direta do devedor com os seus credores ou quando a empresa em crise se torna uma oferta de investimento atraente.

Isso porque a necessidade de recapitalização e reorganização da empresa que se encontre em dificuldades tende a permitir maior flexibilidade de negociação entre terceiros investidores e controladores.

Esse negócio poderá ocorrer através de diversas transações, como pela alienação do controle, trespasse, assunção de ativos, ingresso na sociedade de um terceiro, incorporação, cisão ou fusão, dentre outros mecanismos.

Nesse ponto, merece destaque a atuação do mercado de fundos de investimentos na economia brasileira. Em cenários macroeconômicos recessivos e de restrita oferta de crédito, as gestoras de recursos nacionais passam a enxergar nos negócios em crise oportunidades de investimento, abrindo espaços para as *distressed assets*.

Esse modelo contribui inclusive para o soergimento da atividade empresarial que já teve o pedido de recuperação judicial concedido, tendo em vista que os gestores profissionais de recursos de terceiros reconhecem nas empresas em recuperação judicial uma maior segurança jurídica, por contarem com o aparato estatal para garantir o cumprimento das disposições legais, ao mesmo tempo em que a decisão de concessão da recuperação constitui título executivo judicial²⁰.

Assim, cabe notar que não há uma forma predefinida quanto às soluções previstas pelo mercado para superação do estado de crise, cabendo a aplicação da norma específica e de acordo com as características da operação a ser realizada.

¹⁹ MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pg. 460.

²⁰ LÜDERS, Germano. Fundos buscam oportunidades em empresas em crise. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/fundos-buscam-oportunidades-em-empresas-em-crise>> Acesso em: 28 de março de 2015.

Por outro lado, há situações nas quais as estruturas de solução do mercado não são plenamente eficientes, situação na qual o Estado ganha papel de destaque, atuando com o objetivo de zelar pelos diversos interesses ligados à empresa: credores, fornecedores, empregados, fisco, comunidade, consumidores e etc.

Essa atuação estatal, seja pelo Poder Executivo ou Judiciário, é justificável quando a solução de mercado não pôde caracterizar-se por disfunção do sistema de liberdade de iniciativa, na hipótese do empreendedor atribuir à empresa valor idiossincrático, sendo este aquele valor atribuído exclusivamente pelo controlador da sociedade empresária que a explora²¹, já que, em princípio, quando as soluções dispostas pelo mercado não são suficientes, o melhor para a empresa seria a decretação da falência.

Dessa maneira, a recuperação da empresa ganha finalidade na correção das conturbações do próprio sistema econômico, não tendo a pretensão de substituir o princípio fundamental da livre iniciativa privada, mas sim de proteger a própria economia brasileira.

Até porque o status de figurar no polo ativo de um processo de recuperação pode causar aos olhos de alguns credores e à própria área de atuação do negócio empresarial, o rebaixamento demasiado do preço da empresa²². Isso implicaria em um ônus exagerado e desproporcional àquele que fosse obrigado a aceitar o baixo valor oferecido por eventual investidor, ao custo de salvar a empresa em crise, pois caso a ele não se submetesse, o melhor para economia seria a decretação de falência da sociedade empresária.

Portanto, a atuação estatal atualmente conta com duas soluções previstas no ordenamento jurídico brasileiro para superação da crise: recuperação extrajudicial e recuperação judicial, sendo essa última o objeto do presente estudo. Todavia, quando a recuperação se mostrar inviável, caberá a decretação da falência.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 253-254.

²² Idem, pg. 253.

2.3. A ATUAL LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Como já mencionado, desde 2005 o sistema concursal é visto de forma distinta, inclusive com a substituição da concordata pela recuperação judicial, diante da revogação de quase todo o Decreto-Lei nº 7.661/1945 pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência (“LREF”), merecendo comemoração a sua primeira década de existência e aplicação, ao mesmo tempo que gera percalços e discussões aos seus aplicadores.

O advento da LREF teve como principal aspecto revisar o sistema de concordatas e remodelar o instituto da insolvência, atendendo, assim, à função social da empresa constitucionalmente prevista. Isso porque, a partir da sua vigência, o ordenamento jurídico brasileiro alterou seu posicionamento prioritário de liquidação da empresa para a ideia de recuperação da empresa.

A LREF, porém, não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como às instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcio, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores, as quais são excluídas do regime ordinário de recuperação de empresas e falência, nos termos da vedação prevista no artigo 2º da referida Lei. Também estão excluídos os sujeitos não abrangidos pelo conceito de empresário, conforme dispõe o artigo 966 do Código Civil de 2002, ou aqueles impedidos de exercer atividade empresarial.

Porém, não cabe, no curto espaço desse estudo, detalhar todos os casos de não incidência absoluta e relativa, posto que tal análise comporta um aprofundamento maior.

Ademais, cabe mencionar que, apesar da preocupação da LREF em solucionar as crises, também não há que se tutelar empresas não recuperáveis, visto que nessas hipóteses, caso a liquidação patrimonial não ocorra, os prejuízos impostos ao mercado serão ainda maiores que os provocados pela descontinuidade da sociedade empresária. Logo, geraria mais consequências perniciosas que

benéficas àqueles interesses vinculados à empresa em crise, os quais, como já falado, são o objeto da tutela dedicada às empresas em crise.

Por isso, conclui sabiamente a doutrina pela inadmissibilidade da transferência do risco da atividade empresarial aos credores na hipótese do aparato estatal ser meio para a permanência de empresas insolventes inviáveis.

Assim, tem-se a falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial como os instrumentos gerais do direito das empresas em crise, não adotando a LREF o princípio da unicidade do processo de insolvência empresarial ou falência, pois a recuperação não é mais vista como meio alternativo à liquidação do devedor em estado de crise econômico-financeira, mas como uma de suas finalidades. Dessa forma, o processo de falência fica restringido aos casos em que a recuperação não é possível.

Portanto, ao empresário ou sociedade empresária em crise é disponível a opção pelo regime da recuperação, tanto judicial como extrajudicial, sendo a primeira dividida em duas formas: ordinária ou especial destinada às microempresas e empresas de pequeno porte, e a segunda compreendida em três subespécies, assim definidas: “plano meramente homologatório” previsto no art. 162; “recuperação impositiva”, fundamentado no art. 163; e “modalidade aberta”, consistente no contrato privado firmado entre o devedor e seus credores na forma do art. 167, todos da LREF.

Todas as citadas modalidades de tutela judicial possuem a finalidade de recuperar o equilíbrio econômico-financeiro do devedor, contando com grau de intervenção estatal distinto.

3. O SISTEMA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1. DISPOSIÇÕES GERAIS

A recuperação judicial foi criada como medida para viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira em que o empresário e a sociedade empresária se encontram, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do

emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, bem como promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme se depreende do artigo 47 da LREF. Ela também tem a finalidade de evitar uma crise iminente, ainda que o texto legal não disponha expressamente sobre essa finalidade.

Para Paulo Sérgio Restiffe a recuperação judicial é traduzida da seguinte forma:

“pretensão posta em juízo (ajuizada) – no exercício do direito de ação, portanto – de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido”²³.

Por sua vez, Sergio Campinho a define como instituto de Direito Econômico que implementada por meio de uma ação judicial, conta com somatório de providências para alcançar a preservação dos interesses ligados à empresa em crise:

“(…) apresenta-se como um somatório de providências de ordem econômico-financeiras, econômico-produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade auto-sustentável, superando, com isso, a situação de crise econômico-financeira em que se encontra seu titular – o empresário –, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores”²⁴.

Assim, por meio dos conceitos apresentados, é possível identificar cinco elementos essenciais à recuperação judicial. O primeiro item observável é a necessidade da realização de uma série de atos que em conjunto poderão possibilitar a recuperação da empresa.

Em seguida, merece destaque a participação ativa dos credores, independentemente do valor do crédito e da sua classificação, posto que é

²³ RESTIFFE, Paulo Sérgio. Recuperação de empresas. Barueri: Manole, 2008, pg. 47.

²⁴ CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pg. 10.

conferido, a qualquer credor afetado, o direito de manifestar ao juízo sua objeção ao plano apresentado pelo devedor.

Cabe frisar, no entanto, que não é exigida a manifestação de vontade unânime dos credores, sendo suficiente a manifestação qualificada para vincular a massa de credores como um todo.

Nesse aspecto, difere a recuperação judicial da antiga concordata prevista no Decreto-Lei nº 7.661/1945 que por possuir natureza jurídica de favor legal, preconizava que o devedor que preenchesse os requisitos legais faria jus ao deferimento dos benefícios da concordata, independente da manifestação de vontade dos credores sujeitos aos efeitos do instituto.

Por outro lado, ainda que clame pelo princípio da vontade das partes, a concessão da recuperação pelo juízo representa fator essencial para prática dos atos de recuperação, exigindo, portando, o exercício do direito de ação.

Porém, cabe mencionar que a atuação do juiz ficará restrita à verificação do cumprimento das disposições legais, não cabendo, portanto, formar nenhum juízo sobre o conteúdo, já que essa é uma função exclusiva das partes. Tanto o é que o juiz concederá a recuperação judicial mesmo no caso em que o plano não tenha sofrido objeção de credor, nos termos do art. 55 da referida Lei.

Assim, da decisão homologatória do plano de recuperação judicial, não caberá ao juiz à análise da viabilidade econômico-financeira do plano aprovado pelos credores, mas meramente realizar o controle judicial de legalidade, conforme entendimento consolidado na I Jornada de Direito Comercial:

“44. A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

* * *

“46. Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”.

O quarto elemento essencial diz respeito à superação da crise, sendo o objetivo final da recuperação, de forma a possibilitar a manutenção e o

funcionamento da empresa, ponto este que nos remonta ao último fator essencial que se refere à manutenção de empresas viáveis. Isso porque a recuperação deveria ter lugar apenas quando o ônus do encerramento for maior que aquele assumido pelos credores na manutenção da atividade empresarial.

Diante do exposto, resta claro que o objetivo final da recuperação judicial é a superação da crise econômico-financeira, sendo mais importante manter a atividade empresarial em funcionamento do que salvar o sujeito que a exerce, admitindo, portanto, a sua continuidade, ainda que com outro titular exercendo o controle e administração.

3.2. PRINCÍPIOS INSPIRADORES DA RECUPERAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 guia o ordenamento jurídico no caminho da efetividade social dos direitos e garantias fundamentais, inspirando a ordem econômica e a função social da propriedade.

Nesse contexto, o princípio da função social da empresa ganha destaque ao compreendê-la como um complexo integrado de claro reflexo social, posto que é geradora de empregos, tributos e produtos e serviços à sociedade.

Assim, serve de elemento justificador do princípio maior da LREF no sentido da preservação das empresas viáveis, garantindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e atendendo aos interesses dos credores e incentivando a atividade econômico.

Assim, a tutela recuperatória em juízo dispõe de uma série de princípios inspiradores, os quais, conforme ensina Robert Alexy²⁵, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

²⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pg. 89.

Contudo, a enumeração desses princípios não é pacífica na doutrina, apontando cada autor aqueles que considera mais importantes para o sistema de recuperação de empresas.

Independente do posicionamento adotado, é necessário reconhecer que todos os princípios possuem papel fundamental para eficiente aplicação dos dispositivos legais, bem como servem de orientação para atuação do Poder Judiciário no âmbito dos processos de recuperação judicial.

O princípio da preservação (ou continuidade) da empresa é, sem dúvida, princípio de importância fundamental para interpretação da LREF, tendo em vista tratar-se da própria finalidade deste instituto: a manutenção da atividade.

Através do princípio da continuidade da empresa, é possível identificar a mudança ocorrida no processo concursal com a publicação da LREF, que antes buscava “salvar o comerciante desafortunado e honesto, que se ache em desordem transitória”²⁶, passando a recuperação da empresa viável a ser a finalidade do instituto, em detrimento do interesse do sujeito da atividade, ou seja, indica a supremacia do aspecto funcional sobre o aspecto subjetivo.

Em meio a esse posicionamento, a mencionada Lei previu a possibilidade do afastamento do devedor e de seus administradores em prol da nomeação de um gestor judicial.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), reconhecendo a importância do princípio da preservação da empresa, decidiu pela continuidade, em caráter excepcional, da suspensão das ações e execuções contra o devedor mesmo após o prazo legal de 180 (cento e oitenta dias):

“Destarte, no caso, o Juízo competente é o Juízo da recuperação judicial, pois o destino do patrimônio da suscitante, em processo de recuperação judicial, não pode ser afetado por decisões prolatadas por Juízo diverso do que é competente para a recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento da empresa, comprometendo o sucesso do plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/2005, com violação ao princípio da continuidade da empresa, previsto no art. 47 da mesma Lei”. (STJ, Conflito de Competência nº 112.917/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/03/2011)

²⁶ NAVARRINI, Humberto. Citado em: NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: recuperação de empresas e falência. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 159.

Ao lado do princípio da continuidade da empresa, também merece destaque o princípio da *par condicio creditorum* que revela a necessidade de tratamento em igualdade de condições dos credores, respeitadas as prioridades legais na classificação ou ordem de preferência.

Assim, o tratamento igualitário dos credores ainda que não afaste as preferências na classificação ou no recebimento da realização do ativo, impede que os credores que possuam as mesmas prerrogativas legais sejam beneficiados em detrimento dos outros²⁷.

Contudo, inicialmente se discutiu se o princípio da *par condicio creditorum* seria aplicável à recuperação judicial, tendo em vista que a parte da LREF destinada à recuperação judicial não prevê a aplicação de forma expressa do mencionado princípio, diferentemente do que ocorre com a falência, em que há previsão legal acerca da igualdade de tratamento dos credores, nos termos do artigo 126 da LREF.

Apesar de não contar com recepção absoluta pela recuperação judicial, o aludido princípio é notado no §3º do artigo 56 da LREF, o qual impede a diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes à assembleia geral de credores que deliberou sobre o plano de recuperação.

Além dele, o §2º do artigo 58 impede a concessão da recuperação judicial na forma do *cram down*, se o plano implicar tratamento diferenciado entre credores da classe que o houver rejeitado; e o artigo 172 considera crime o favorecimento de um ou mais credores em prejuízo dos demais.

Assim, verifica-se que ainda que o princípio da *par condicio creditorum* não possua previsão expressa na LREF para a recuperação judicial, ele o é aplicável, no que couber, conforme ficou consignado no Enunciado nº 81 da II Jornada de Direito Comercial²⁸.

²⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 279.

²⁸ Enunciado nº 81 da II Jornada de Direito Comercial: “Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorum*”.

Logo, a possibilidade de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe exige a devida fundamentação em relação a diferenciação realizada, de modo que se garanta observação à finalidade da recuperação judicial e à boa-fé constitucionalmente reconhecida.

Cabe, todavia, ressaltar que o plano deverá prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuem interesses homogêneos, em linha com a orientação firmada no Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial²⁹.

Por fim, também encontram guarida na LREF os princípios da manutenção da fonte produtora; manutenção dos direitos dos credores; publicidade; celeridade; proteção do trabalhador; dignidade da pessoa humana; transparência; participação ativa dos credores; função social da empresa, dentre outros.

3.3. DECISÃO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Conforme se depreende do Capítulo III da LREF, o legislador dividiu o instituto da recuperação judicial em três fases de desenvolvimento, sendo a primeira fase destinada ao pedido de recuperação judicial e seu processamento.

Para requerer a concessão da recuperação judicial, o empresário ou sociedade empresária deverá exercer regularmente suas atividades há mais de dois anos, além de preencher os requisitos dispostos nos incisos I a IV do artigo 48 da LREF.

A prova de cumprimento da primeira exigência é facilmente atendida através de simples certidão expedida pela Junta Comercial do Estado sede de atuação do empresário, a qual comprovará a regularidade da sociedade empresária ou empresário pelo período acima mencionado.

²⁹ Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial: “O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado”.

Além disso, é necessário não ser falido e, caso tenha sido, deverá ter tido extinta, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades decorrentes da falência³⁰.

Nesse ponto, encontram-se sujeitos ao requisito não apenas a sociedade empresária, mas também os sócios de responsabilidade ilimitada que tiverem a falência decretada em relação à anterior empresa, e os sócios atingidos em sua esfera patrimonial pessoal por força de desconsideração da personalidade jurídica³¹.

É necessário também não ter obtido concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos ou há menos de oito anos no caso de concessão do plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte³².

Por fim, é essencial não ter sido condenado, como administrador ou sócio controlador, por um dos crimes previstos na LREF, repetindo assim a dura posição já adotada no sistema de concordatas.

Em caso de não preenchimento de algum dos citados requisitos, o devedor estará impedido de valer-se dos benefícios da recuperação judicial.

Ultrapassados os casos de impedimento, o devedor apresentará petição inicial atendidos os requisitos de validade do artigo 282 do Código de Processo Civil, instruindo-a com as causas concretas da sua situação patrimonial e as razões da crise econômico-financeira, bem como apresentação de todos os documentos, certidões e relações nominais exigidos pelo artigo 51 da Lei.

O ajuizamento do pedido de recuperação judicial já proporciona efeitos ao devedor que terá restringido o seu poder de disponibilidade, posto que não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade

³⁰ O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) dispõe que a extinção das responsabilidades decorrentes da falência requer prova de quitação de todos os tributos, vinculando assim a concessão da recuperação judicial a esta prova, nos termos dos seus artigos 191 e 191-A.

³¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 135

³² A Lei Complementar nº 123, em seu artigo 3º, apresenta a definição de microempresa e empresa de pequeno porte com base na receita bruta auferida em cada ano-calendário, sendo a primeira correspondente a sociedade com receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e a segunda com receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

reconhecida pelo juiz após ouvir o Comitê de Credores, por força do disposto no artigo 66 da referida Lei.

Ademais, a mera distribuição do pedido de recuperação judicial produzirá efeito de sustar a tramitação dos pedidos de falência contra o devedor. Esse efeito é criticado pela doutrina, pois abre espaço para condutas fraudulentas, permitindo-se a utilização do referido instituto de forma indevida, apenas para obstruir a tramitação dos pedidos de falência ajuizados por credores.

Verificada a legitimidade do requerente, cumprido os requisitos, a regularidade da petição inicial e caso a documentação exigida esteja em termos, o juiz deverá desde logo deferir o processamento da recuperação judicial pleiteada. Caso contrário, o juiz poderá conceder prazo de dez dias para emenda à inicial, de forma a sanar as irregularidades que impedem o processamento do feito.

Nesse ponto, o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou entendimento sumular no sentido de que no caso de emenda à inicial, caberá ao juiz discriminar os elementos ausentes que impedem o processamento do pleito de recuperação judicial: *Na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes* (Súmula 56 do TJSP).

Essa questão representa significativo avanço da Lei de Recuperação e Falências em relação ao regime anterior, pois prevê a supressão da decretação de falência no caso de indeferimento do pedido de recuperação judicial por instrução documental insuficiente.

Diferentemente da redação final publicada desta Lei, até as últimas versões do projeto e do que ocorria com a concordada (art. 16 do Decreto-Lei nº 7.661/1945), o indeferimento do pedido de recuperação judicial seria convolado em decretação da falência. Assim, evita-se a falência de empresas de recuperação viável por simples inicial irregularmente instruída.

A decisão que defere o processamento da recuperação importa em uma série de determinações, além de produzir alguns efeitos previstos pela Lei, devendo o juiz, na mesma oportunidade, nomear o administrador judicial; determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, ordenar a suspensão de todas as ações e execuções; determinar ao

devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais, sob pena de destituição de seus administradores; e ordenar a intimação do Ministério Público e comunicação às Fazendas Públicas, no âmbito Federal, bem como no Estadual e Municipal em que o devedor tiver estabelecimento.

O provimento de dispensa das certidões negativas é de suma importância, ainda que não permita a contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pois possui função de permitir o prosseguimento das atividades ordinárias do devedor em recuperação judicial, cotejando, assim, o princípio da preservação da empresa. Para tanto, trata-se de um dever de ofício do magistrado da causa, e não uma faculdade.

Ademais, a decisão de processamento da recuperação judicial tem como efeitos a suspensão temporária da prescrição, nos termos do artigo 6º da LREF; o condicionamento da concordância dos credores para aceitação do pedido de desistência da recuperação; e a determinação de suspensão das ações e execuções contra o devedor, permanecendo no juízo onde se processam, sendo esse o efeito que mais interessa ao presente estudo.

O efeito de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra o devedor e os seus sócios solidários é de interesse manifesto ao devedor, principalmente por proporcionar que o próprio objetivo da recuperação judicial seja alcançado, ao permitir que todos os esforços sejam concentrados no soerguimento da empresa, garantindo-lhe mecanismos de superação da crise econômico-financeira. Por isso, inclusive, que as novas ações e execuções eventualmente ajuizadas em face do devedor também deverão ser suspensas, admitindo-se o conceito abrangente do artigo 6º da LREF.

Por outro lado, o direito dos credores também é preservado, possibilitando-lhes perseguir seus créditos, caso o plano não seja aprovado no prazo esperado.

Vê-se que a suspensão do prosseguimento de ações e execuções ajuizadas em face do devedor privilegia o princípio da igualdade entre credores, pois impede o recebimento antecipado de créditos sem a devida observância ao procedimento da recuperação judicial e às classes de credores.

Entretanto, a suspensão é determinada em caráter temporário, respeitado o prazo máximo de cento e oitenta dias, contados da publicação que defere o processamento, cabendo lembrar apenas que a comunicação do deferimento fica a cargo do requerente da recuperação. Ela será cessada pela aprovação (ou rejeição) do plano de recuperação ou com o decurso do mencionado prazo, tendo em vista ser ele improrrogável.

Excepcionalmente o prazo poderá ser estendido, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.193.480/SP:

“Em homenagem ao princípio da continuidade da sociedade empresarial, o simples decurso do prazo de 180 (cento e oitenta) dias entre o deferimento e a aprovação do plano de recuperação judicial não enseja retomada das execuções individuais quanto à pessoa jurídica, ou seus sócios e administradores, não se atribui a causa da demora” (STJ, Recurso Especial nº 1.193.480/SP, Rel Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05/10/2010)

Nesse mesmo sentido, é o teor do enunciado nº 42 da I Jornada de Direito Comercial:

“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”.

Contudo, o efeito suspensivo encontra exceções, não se aplicando às ações que demandem quantias ilíquidas, execuções fiscais, ações sem efeitos patrimoniais econômicos, ações de natureza trabalhista, até a apuração do respectivo crédito, ações relativas aos créditos que não estão sujeitos à recuperação, bem como não se estende aos coobrigados do devedor³³.

Por fim, cabe mencionar que a suspensão das ações e execuções não afeta a inscrição em cadastros de inadimplentes, tendo em vista que a dívida continua exigível, entendimento este consagrado pelo Enunciado nº 54³⁴ da I Jornada de Direito Comercial.

³³ Nesse sentido é o enunciado nº 43 da I Jornada de Direito Comercial: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei n. 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

³⁴ Enunciado nº 54 da I Jornada de Direito Comercial: “54. O deferimento do processamento da recuperação judicial não enseja o cancelamento da negativação do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e nos tabelionatos de protestos”.

Deferido o processamento do pedido recuperatório, o juiz ordenará a expedição do edital de abertura do procedimento da recuperação judicial, que conterá um resumo do pedido, a relação dos credores, o despacho de processamento, advertência acerca da fluência de prazos processuais de interesse dos credores.

Ademais, ainda dentro da fase de pedido e de processamento cabe a verificação e habilitação dos créditos a ser realizada pelo administrador judicial. A função desse procedimento limita-se, diferentemente do que ocorre no processo de falência, à legitimação para compor a Assembleia Geral de Credores, bem como verificar o peso proporcional de seus votos.

Ultrapassado todo o procedimento inicial acima exposto, inicia-se a fase de deliberação com os credores, que a qualquer tempo poderão requerer a convocação da Assembleia Geral de constituição do Comitê de Credores ou a substituição de seus membros, observada a forma de manifestação e representação dos mesmos, com a finalidade de votar o plano de recuperação.

3.4. O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A segunda fase de desenvolvimento da recuperação judicial é vista como a mais complexa do procedimento, pois tem como principal objetivo a votação do plano de recuperação, envolvendo, assim, a interface entre os interesses do devedor que procura manter-se ativo e os credores que buscam a satisfação de seus créditos.

Dessa maneira, o plano de "reorganização da empresa" é a peça mais importante da recuperação judicial, pois apresentará "o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial"³⁵, de forma a garantir a preservação da atividade econômica, bem como cumprir a função social da empresa. Ele deverá permitir a melhora na rentabilidade e capacidade de geração de caixa da empresa, de forma a

³⁵ MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4. 4ª edição. São Paulo, Atlas, 2010, pg. 152.

permitir a continuidade do negócio e permitir a normalização do exercício da atividade.

A elaboração adequada do plano de recuperação judicial não depende apenas de atender aos requisitos exigidos na Lei, mas sim da adequação entre o meio de soerguimento proposto e as razões e natureza da crise que assola a empresa, seja ela econômica, financeira, patrimonial, administrativa ou a soma delas, demonstrando, assim, a sua viabilidade.

O plano deverá ser apresentado pelo empresário ou sociedade empresária que se encontra em crise econômico-financeira, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação, sob pena de ser decretada a falência em caso de descumprimento.

Em relação ao seu conteúdo, deverá conter a discriminação pormenorizada e um resumo dos meios de recuperação a serem empregados, podendo-se utilizar de mecanismos diversos daqueles dispostos no artigo 50 da referida Lei, tendo em vista que esse dispositivo apresenta um rol meramente exemplificativo, em prol da escolha pelo melhor caminho para recuperação.

Além disso, deverá demonstrar a sua viabilidade econômica e apresentar laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

É oportuno destacar que mais que um plano sólido, é preciso convencer os credores que os mecanismos propostos garantam a viabilidade econômico-financeira da empresa em crise, demonstrando que o devedor possui condições suficientes para manter o negócio em funcionamento.

Além de contemplar medidas de saneamento financeiro, o plano também irá dispor sobre a reestruturação do passivo do devedor, que importará em sacrifício aos credores, posto que, com algumas exceções previstas em lei³⁶, as obrigações

³⁶ Fábio Ulhoa Coelho chama atenção às quatro balizas estabelecidas pela Lei de Recuperação e Falência de Empresas à faculdade de alteração das obrigações da devedora: (i) os créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, vencidos na data da apresentação do pedido deverão ser pagos no prazo máximo de 1 (um) ano, devendo ser quitados em 30 (trinta) dias os saldos salariais em atraso; (ii) o parcelamento dos créditos tributários deverá respeitar os

vencidas e vincendas do devedor poderão ser alteradas, ocasionando mudanças no seu valor, forma de pagamento, condições para o cumprimento, etc.

Isso porque o processo de recuperação judicial impõe perda patrimonial, tornando-se uma tarefa árdua e trabalhosa encontrar o equilíbrio entre os interesses dos credores e do devedor.

Dessa maneira, para que as quatro classes de credores aprovelem o plano, Mario Engler Pinto Junior³⁷ afirma que, com base na aplicação do conceito de BATNA³⁸, é essencial que o plano de recuperação judicial preveja condições de pagamento no mínimo iguais ou mais favoráveis do que aquelas decorrentes da falência, pois caso contrário os credores não terão motivação para contribuir com a recuperação da empresa em crise, já que terão o sentimento que serão melhor atendidos no processo de falência.

Seguindo essa linha de raciocínio, o plano de recuperação judicial deverá apresentar proposta de pagamento igual ou mais benéfica que o *pay off*³⁹ para o caso de decretação da falência.

Após publicado o edital previsto no artigo 53, parágrafo único, da LREF, inicia-se o prazo para manifestação de objeção ao plano, e havendo oposição de qualquer credor, o juiz convocará a Assembleia Geral de Credores, na qual o plano será deliberado e poderá ser aprovado, rejeitado ou modificado.

Resumidamente, a aprovação do plano pode ocorrer por três maneiras⁴⁰: Tácita, que ocorre pela inexistência de objeção ao plano pelos credores, na forma do

limites previstos no artigo 43 da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014; (iii) indispensável concordância do credor titular de garantia real na hipótese do plano prever a supressão ou substituição da referida garantia; e (iv) concordância do credor titular de crédito em modelo estrangeira para a sua conversão em moeda nacional.

³⁷ PINTO JUNIOR, Mario Edgler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 9, nº 31, janeiro-março de 2006, pg. 72.

³⁸ *Best alternative to a negotiated agreement.*

³⁹ Segundo Mario Edgler, é possível extrair o que cada credor iria obter com a decretação da falência mediante uma fórmula matemática, devendo-se, para tanto, “aplicar uma taxa de desconto sobre o valor atual do crédito, considerando o custo de oportunidade do capital (*value decay*), o tempo provável de realização do ativo e pagamento do passivo pelas regras do processo falimentar, e o risco decorrente das vicissitudes que lhe são inerentes, sobretudo a insuficiência de recursos para proporcionar o mesmo nível de satisfação aos credores” (PINTO JUNIOR, Mario Edgler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 9, nº 31, janeiro-março de 2006, pg. 72-73).

⁴⁰ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 213-214.

artigo 55 da LREF, Assemblear, ou seja, pela deliberação de todas as classes de credores que tiveram alteração nos valores ou condições de pagamento de seus créditos em Assembleia Geral de Credores ou Assemblear-Judicial, pela concessão judicial por meio do *cram down*⁴¹.

No que tange aos meios de recuperação, a LREF, em seu artigo 50, oferece um rol exemplificativo dos meios de reerguimento da atividade econômica, cabendo ao requerente, juntamente com os profissionais que o assessoram no caso, eleger os mecanismos que se mostram eficazes na superação da crise, podendo, inclusive, indicar meios inovadores, ou a conjunção de dois ou mais mecanismos de solução da crise.

A lista legal de 26 meios de recuperação judicial é classificada, pela doutrina, em categorias, utilizando cada autor de um ponto de referência distinto.

Para Jorge Lobo⁴², a classificação deve voltar-se aos meios de reestruturação: a) do poder de controle (art. 50, III, V, X e XII); b) financeira (art. 50, caput, I, VI, IX, XV, § 2º); c) econômica (art. 50, II, VII, XI e XVI); d) administrativa (art. 50, caput, IV, VIII e XIV); e) societária (art. 50, II); e f) complexa, híbrida ou mista (art. 53, II). De outro lado, Ricardo Negrão⁴³ adota classificação baseada na tradição brasileira em ordenar as concordatas em dilatórias, remissórias e mistas, bem como em relação aos efeitos sobre os aspectos empresariais gerados pela nova legislação, dividindo-os em meio com predominância sobre o perfil subjetivo, objetivo, funcional ou corporativo da empresa.

Para apresentação resumida das medidas recuperacionais, adota-se a classificação proposta por Marlon Tomazette⁴⁴, que as divide em medidas

⁴¹ O *Cram down* brasileiro ocorre na hipótese do juiz conceder a recuperação judicial ainda que o plano não tenha sido aprovado em Assembleia Geral pelo *quórum* exigido em lei, ou seja, refere-se ao ato de “o juiz impor aos credores discordantes o plano apresentado pelo devedor e já aceito por uma maioria”. (MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. Citado em: NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 213)

⁴² LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005, pg. 123-129.

⁴³ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 179.

⁴⁴ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 193-199.

financeiras, medidas societárias, medidas referentes à gestão, captação de recursos e transferência da atividade.

As medidas financeiras estão relacionadas às providências adotadas pelo devedor para ajustar suas relações com os credores, buscando reorganizar o seu fluxo de caixa, mediante ajustes nos prazos e condições para pagamento das obrigações vencidas e vincendas; equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza; dação em pagamento ou novação⁴⁵ de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; através de ajustes nas obrigações trabalhistas com redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; e/ou constituição de uma sociedade de credores.

Assim, essas medidas permitem dar um “fôlego”, por algum tempo, ao devedor, possibilitando a continuidade da atividade negocial, mas dificilmente serão propostas de forma isolada como resposta para a reerguimento da empresa. Nesse sentido, ressalta Fábio Ulhoa Coelho:

“Uma vez mais, são instrumentos jurídicos [dação em pagamento ou novação] que, por si sós, não levam à recuperação judicial e precisam, por essa razão, ser contextualizados num plano de consistência econômica”⁴⁶.

As medidas societárias, ao proporem reorganização na estrutura da própria sociedade empresária em crise e substituição do seu controle, tem por objetivo reduzir custos e melhorar o desempenho do negócio. Elas se traduzem mediante operações de cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações.

Já as medidas referentes à gestão do devedor estão ligadas aos casos em que se verifica a necessidade de intervenção na administração da sociedade, substituindo controladores e administradores, objetivando melhorar a gestão da atividade. São meios de reorganizar e sanear a atividade: alteração do controle societário, substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou

⁴⁵ O estudo acerca do instituto da novação será aprofundado no próximo capítulo.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 411.

modificação de seus órgãos administrativos, e participação direta dos credores na escolha dos administradores.

Esses mecanismos estão diretamente ligados à solução de crises administrativas, permitindo extinguir divergências entre sócios (ou acionistas), tendo em vista que “o afastamento de conflitos societários pode ser, por si só, suficiente para superação da crise”⁴⁷.

Neste ponto, ainda que o caminho escolhido não tenha sido o ideal (por meio do plano e não por iniciativa dos credores ou do Ministério Público), a possibilidade de mudança do controle da empresa ou de intervenção na administração representam um avanço em comparação ao Decreto-Lei nº 7.661/1945, que não previa meios legais para afastar a condução da empresa das mãos de gestores que a levariam a falência⁴⁸.

As medidas de captação de recursos têm por finalidade possibilitar o acesso a novos recursos, permitindo, assim, o pagamento de credores e o próprio desenvolvimento da atividade. Poderá ocorrer, dentre outros meios, mediante aumento de capital com novos recursos de sócios ou de terceiros ou pela emissão de valores mobiliários.

Por fim, o plano de recuperação judicial poderá prever medidas que importem a transferência, ainda que temporariamente, do exercício da atividade, a exemplo do que acontece com o trespasse ou arrendamento de estabelecimento, usufruto da empresa, dentre outros meios.

Assim, apresentado o plano, com a discriminação pormenorizada e resumo dos meios de recuperação propostos pelo devedor, no decorrer do prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias previsto no artigo 53 da Lei sob exame, inicia-se a terceira fase do procedimento de recuperação judicial.

⁴⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 198

⁴⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 143.

3.5. DECISÃO DE CONCESSÃO E CUMPRIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A fase de concessão e cumprimento da recuperação judicial diz respeito ao procedimento da recuperação judicial, com destaque à participação ativa dos credores, bem como ao cumprimento do plano aprovado e seu consequente encerramento.

Juntado aos autos o plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores, ou decorrido o prazo previsto no artigo 55 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência sem que nenhuma objeção seja manifestada, caberá à sociedade devedora apresentar as certidões negativas de débitos tributários, nos termos dos artigos 151, 205 e 206 do Código Tributário Nacional (“CTN”).

A LREF não fixou prazo⁴⁹ para apresentação das supramencionadas certidões pelo requerente da recuperação judicial, contudo, o não cumprimento dessa obrigação por mera desídia do devedor teria como consequência a não concessão da recuperação judicial, nos termos do artigo 191-A do CTN.

Verifica-se, assim, o objetivo do artigo em estudo: obrigar o devedor a quitar suas dívidas fiscais ou se submeter ao parcelamento, nos termos da legislação aplicável.

Essa exigência torna-se penosa àquele que se encontra em crise econômico-financeira, inviabilizando a própria recuperação judicial, tendo em vista que em muitos casos os encargos fiscais representam um dos maiores responsáveis pela situação de crise.

Manoel Justino Bezerra Filho observa que a suspensão do pagamento dos tributos em geral é uma das primeiras medidas adotadas por quem adentra num estado de crise econômico-financeira, de forma a possibilitar prioritariamente o

⁴⁹ Considerando que o Código Tributário Nacional prevê o fornecimento da certidão negativa no prazo de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição, a doutrina sugere que o prazo limite para apresentação das certidões pelo devedor deve ser fixado em 15 (quinze) dias a contar da data de deliberação favorável da Assembleia Geral ou do decurso do prazo para apresentação de objeção. (NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 216).

pagamento dos fornecedores, sem o qual a continuação do exercício da atividade empresarial se tornaria inviabilizada.

Ademais, continua o autor:

“Portanto, se a empresa precisou pedir recuperação porque não está conseguindo pagar seus fornecedores, credores quirografários, certamente estará com passivo fiscal avantajado”⁵⁰.

Porém, a não concessão da recuperação judicial importaria a quebra do requerente em situação deficitária? Caso opte por esse caminho, mediante a leitura condicional do artigo 58⁵¹ da Lei em comento, estar-se-ia entregando o devedor ao disposto no revogado artigo 174⁵² do antigo regime, que dispunha que caso o devedor em concordata não apresentasse “prova do pagamento dos impostos relativos à profissão, federais, estaduais, municipais, e das contribuições devidas ao Instituto ou Caixa de Aposentadoria e Pensões do ramo de indústria ou comércio”, o escrivão certificaria o descumprimento e remeteria os autos ao juiz para decretação da falência.

Dessa maneira, não é razoável considerar que o legislador ao elaborar a LREF tenha condicionado a concessão da recuperação judicial à comprovação da regularidade dos créditos tributários, até porque os mesmos não estão sujeitos ao procedimento⁵³.

Nesse sentido, a jurisprudência acabou tendo o papel de atenuar o rigor exigido nos termos do artigo 57 da LREF, concedendo a recuperação judicial independentemente da apresentação das certidões negativas de débitos tributários, sob os mais diversos fundamentos:

⁵⁰ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 165.

⁵¹ “Art. 58. **[Se] Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor** cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei”. (Grifou-se)

⁵² Considerando o cumprimento praticamente impossível de tal disposição, a jurisprudência passou a admitir, ainda que sem expressa previsão legal, a possibilidade de desistência da concordata, tendo em vista que exigir o cumprimento do artigo 174 do Decreto-Lei nº 7.661/1945, seria levar a decretação certa da falência. Assim, tal solução evitaria a decretação da falência sem, contudo, possibilitar o seu reerguimento.

⁵³ Art. 187 do Código Tributário Nacional: “A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

“Entendeu-se que, já que as execuções fiscais não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial (§ 7º do art. 6º), a própria Lei dispensa a prova de quitação do tributo. Também foi entendido que o inciso II do art. 52, ao dispensar a apresentação de certidões negativas para que o devedor em recuperação exerça suas atividades, especificadamente permitiu a recuperação com débitos tributários em aberto. Entendeu-se também que o art. 57 não estabelece qualquer sanção para o caso de não apresentação de certidão negativa, de tal forma que não há como exigir tais certidões”⁵⁴.

Ocorre que a jurisprudência também tem afastado o entendimento de que a ausência de certidões negativas de débitos tributários não conduz obrigatoriamente à decretação da falência sob o argumento⁵⁵ que, enquanto a lei especial disciplinadora do parcelamento de créditos tributários não for regulamentada, não há como exigir a juntada das referidas certidões como condição para o deferimento da recuperação da empresa, devendo-se, portando, aplicar o tratamento mais benéfico ao contribuinte.

Nesse diapasão, consolidou-se o entendimento nº 55 da I Jornada de Direito Comercial, que assim dispõe:

“O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e no art.191-A do CTN”.

Entretanto, em 14 de novembro do ano passo entrou em vigor a Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014 que, dentre as suas medidas, acrescenta o artigo 10-A à Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 que, por sua vez, disciplina o parcelamento de débitos com a Fazenda Nacional em se tratando de empresário ou a sociedade empresária que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial.

Com essa regulamentação, o devedor que pleitear pelo parcelamento, terá suspensão a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do inciso VI do artigo 151 do CTN. Assim, o devedor poderá apresentar certidão na forma do artigo 206 do mesmo diploma e, portanto, atender ao requisito do artigo 57 da Lei nº LREF.

⁵⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 166.

⁵⁵ (TJSP, Processo n.º 583.00.2005.123223-8, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais).

Ocorre que, além de permitir o parcelamento em apenas 84 (oitenta e quatro) parcelas mensais e consecutivas, o que é totalmente desproporcional e ineficiente à pessoa física ou jurídica que se encontra em situação de crise econômico-financeira a ponto de pleitear a recuperação judicial, o mencionado artigo 10-A (§2º) também exige do devedor a desistência expressa e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial, e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem a ação judicial e o recurso administrativo acerca de débitos que se encontram sob discussão administrativa ou judicial.

Tal disposição afronta diretamente o princípio da razoabilidade, utilizando-se o fisco nitidamente de sanção política como meio coercitivo para cobrança dos tributos, o que já foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal.

Superada essa discussão, o juiz concederá⁵⁶ a recuperação judicial do devedor cujo plano não sofreu objeção, ou mesmo com objeção, o plano tenha sido aprovado em Assembleia Geral de Credores, ou ainda tenha obtido na Assembleia Geral de Credores condições para concessão por meio do cram down.

A doutrina diverge quanto à natureza da decisão concessiva da recuperação judicial, se ela seria uma simples decisão interlocutória ou sentença. Adota-se, no presente estudo, a concepção de que tal decisão tem natureza de sentença, tendo em vista o acolhimento da pretensão deduzida pelo autor da ação.

Extrai-se da decisão de concessão da recuperação judicial cinco efeitos, sendo eles:

- a) ampla publicidade quanto à condição do devedor sujeito ao procedimento da recuperação judicial: implica na obrigatoriedade de fazer constar, após o nome empresarial, a expressão “em recuperação judicial” em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor, bem como também deverá contar com anotação perante o Órgão de Registro de Empresas, através de expedição de ofício, pelo juiz, à Junta Comercial do estado

⁵⁶ A decisão que concede a recuperação judicial é recorrível mediante agravo, no prazo de 10 (dez), sendo legitimado para interposição qualquer credor e o Ministério Público.

onde o devedor possuir sede e filial, se for o caso, de forma que a decisão concessiva fique averbada junto ao registro empresarial.

Esse efeito é essencial ao terceiro que for contratar com o devedor, pois é dada publicidade ao estado de recuperação judicial, permitindo-lhe ter conhecimento da situação na qual este se encontra no momento da negociação.

- b) submissão ao regime para alienação de filiais e unidades produtivas⁵⁷: caso o plano aprovado envolva a alienação judicial de filiais e unidades produtivas isoladas do devedor, ela será feita por meio de leilão por lances orais, propostas fechadas ou pregão, na forma do artigo 142 da LREF, a fim de dar-se ampla publicidade e preservar o valor das unidades.

Assim, a alienação dependerá de aprovação do juiz, a quem caberá a sua fiscalização e condução, nos termos do processo de recuperação, ordenando sua realização após ouvido o administrador judicial e o comitê de credores, se houver.

No que tange à responsabilidade do adquirente das filiais ou unidades produtivas do devedor em recuperação, esse terá seus riscos minimizados, desde que realizada na forma do CTN⁵⁸, posto que não haverá sucessão trabalhista,

⁵⁷ Entende-se a expressão “filiais e unidades produtivas” como estabelecimentos empresariais isolados. (MUCHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 296)

⁵⁸ Nesse sentido é preciso observar o artigo 133 do CTN: *Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:*

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – em processo de falência;

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

tributárias, de fornecedores e outros, estando os objetos da alienação livres de qualquer ônus, privilegiando, assim, a continuidade da atividade.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”), no julgamento da ADI 3934, concluiu que o artigo 60, parágrafo único e o artigo 141, II, da LREF não são inconstitucionais ao estabelecerem que o arrematante não responde pelas obrigações do devedor, em especial os débitos trabalhistas, pois não há previsão constitucional expressa que isente a sucessão trabalhista dos ativos adquiridos em sede de recuperação judicial ou falência, assim como garante a função social dos complexos alienados, preservando ainda os vínculos trabalhistas.

Em atendimento aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da função social da propriedade, a Corte, por maioria, julgou a ação totalmente improcedente, seguindo o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

“Por essas razões, entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a incorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade - de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas – em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria”. (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2/DF, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 05/11/2009)

A exceção legal ao princípio da sucessão subjetiva (ou seja, sucessão de sujeito) válida para o direito concursal decorre da natureza jurídica de aquisição originária da propriedade sobre o estabelecimento isolado⁵⁹.

- c) constituição de título executivo judicial: a decisão de concessão da recuperação judicial é título executivo judicial, nos termos do artigo 475-N do Código de Processo Civil, conforme estipula o §1º do artigo 59 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

§ 3º *Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.”*

⁵⁹ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*, volume 4. 4ª edição. São Paulo, Atlas, 2010, pg. 179.

Assim, os credores cujas obrigações admitam, no plano, vencimento após o encerramento do processo de recuperação poderão valer-se desse título para executar a dívida ou pleitear a falência com fundamento no artigo 94 da LREF, conforme dispõe o artigo 62 da mencionada Lei.

- d) vinculação do devedor e todos os credores sujeitos à recuperação judicial: ficarão vinculados à recuperação judicial concedida todos os credores sujeitos ao procedimento, ainda que não tenham concordado com o plano aprovado.

Ficam excluídos desse efeito os credores fiscais e as garantias reais anteriormente existentes em face dos bens do devedor.

- e) novação dos créditos: a concessão da recuperação judicial implica na novação dos créditos anteriores ao pedido, pelo que as obrigações sujeitas ao plano não corresponderão mais às condições originais, mas sim aos contornos estipulados no plano aprovado, conforme dispõe o artigo 59 da Lei em comento.

Esse efeito fica condicionado ao cumprimento das obrigações previstas no plano e à ausência de convolação em falência, pois caso decretada a falência, os créditos restabelecem suas condições originais, reconstituindo os direitos e garantias originalmente contratadas, nos termos do § 2º do artigo 61 da LREF.

Assim, análise da novação com base nas regras da recuperação judicial em comparação ao Código Civil leva a conclusões distintas, principalmente considerando a condição resolutiva acima mencionada à que a novação dos créditos está submetida, bem como no que tange às eventuais garantias reais e pessoais da obrigação, o que nos leva a aprofundar o estudo da matéria nos próximos capítulos.

Ademais, cabe ressaltar que não é passível de retomada as ações e execuções suspensas contra o devedor, sendo entendimento firmado, inclusive, pelo STJ:

“Outrossim, uma vez aprovado o plano de recuperação, não se faz plausível a retomada das ações e execuções individuais após o decurso do prazo legal de 180 dias, pois nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05, tal aprovação implica novação”. (STJ, Agravo no

Conflito de competência nº 110.250/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 08/09/2010)

Concedida a recuperação judicial, inicia-se a fase de execução do plano aprovado em juízo, na qual o devedor deverá cumprir as obrigações previstas no plano, extinguindo-se o processo de recuperação judicial com o fim do período de observação de até 2 (dois) anos depois da sua concessão.

Durante esse período, caso haja descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano, caberá ao juiz a convolação da recuperação em falência.

Neste caso, a devedora voltará ao *status quo ante* da apresentação do pedido de recuperação judicial e 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, nos termos do §2º do artigo 61 da LREF.

Ademais, ter-se-iam cessado os efeitos da novação ocorrida com a concessão da recuperação judicial.

4. O INSTITUTO DA NOVAÇÃO E O SISTEMA DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

4.1. A NOVAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A dificuldade de compreensão dos efeitos da novação gerada pela concessão da recuperação judicial decorre da comparação com a novação prevista no Código Civil. Dessa forma, faz-se necessário um estudo prévio dos pressupostos, modalidades e efeitos desse instituto para correta compreensão dos artigos 59 e 49, §1º da LREF.

A extinção natural da relação obrigacional ocorre através do pagamento, ou seja, pelo seu cumprimento voluntário. Assim, é forma de liberação do devedor e satisfação do credor.

Entretanto, há várias outras formas previstas no direito civil que importam na extinção da obrigação, mas sem a precedência do pagamento ordinário.

Previendo esses casos, o Código Civil, nos Capítulos II a IX do Título III, apresenta oito modalidades especiais de pagamento que levam à extinção da obrigação, sendo uma delas a novação.

Assim, conforme magistério de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁰, tem-se o pagamento como “fim normal da obrigação”, sem, contudo, ser o único meio possível:

“O pagamento será, portanto, o fim normal da obrigação. Mas não o único, porque pode ela cessar: *a)* peça *execução* forçada, seja em forma específica, seja pela conversão da coisa devida no seu equivalente; *b)* pela *satisfação direta* ou *indireta* do credor, por exemplo, na compensação; *c)* pela extinção sem caráter satisfatório, como na impossibilidade da prestação sem culpa do devedor, ou na remissão da dívida”.

A novação é uma forma de extinção do vínculo obrigacional sem o adimplemento satisfatório do credor, ao lado da compensação, confusão e remissão.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pg. 164

A tutela legal da novação encontra guarida nos artigos 360 a 367 do Código Civil. Ela envolve a ideia de constituição de uma nova obrigação que irá extinguir e substituir a primitiva, ou seja, “o mesmo ato jurídico que ceifa uma obrigação é o germen para o brotar de outra”⁶¹.

Assim, a novação não ocorrerá em dois momentos distintos, tendo-se a constituição da nova obrigação e a extinção da antiga como fases simultâneas do mesmo procedimento:

“Não se pode pensar em dois momentos da mesma relação jurídica, nem, tampouco, em extinção seguida de constituição, ou em constituição seguida de extinção.

Nem há promessa de constituir, nem processo de extinguir: há promessa de constituir e extinguir, simultaneamente, pois esse é o próprio conceito da novação”⁶².

Diferentemente do direito romano, atualmente não mais se exige a constituição de uma nova obrigação com o mesmo objeto da relação obrigacional anterior, conforme ensina Maria Helena Diniz:

“Não mais se exige a identidade de prestações em ambas as relações obrigacionais; a nova terá de trazer um elemento novo (aliquid novi), que justifique a novação. Esse elemento novo pode dizer respeito à prestação, às partes (substituição do credor ou do devedor) ou ainda à causa da obrigação”⁶³.

Paralelamente, conservou-se da novação antiga para moderna a essencialidade do requisito do ânimo de novar entre as partes, posto que ela se realiza em consequência de ato de vontade dos interessados, e não em virtude de lei.

Logo, desenvolvida no direito moderno a partir princípio da transmissibilidade, a novação é meio especial de extinção da obrigação, o qual impõe em um único só ato o desaparecimento da obrigação anterior e a aquisição de novo direito de crédito, pois “não há mera alteração ou modificação dos seus

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 2: Obrigações. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2014, pg. 468.

⁶² MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2003, pg. 100.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: direito das coisas. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 280.

elementos secundários”⁶⁴, e sim extinção da obrigação preexistente, tal como ocorreria com o pagamento.

4.1.1. PRESSUPOSTOS

Pelo conceito apresentado, nota-se que o aperfeiçoamento da *novatio* exige a conjunção de quatro pressupostos: a) consentimento, b) existência de obrigação anterior válida, c) *animus novandi* e d) *aliquid novi*.

O consentimento está diretamente relacionado ao acordo entre as partes para constituir uma nova dívida a fim de extinguir e substituir a anterior, tendo em vista que a criação de novo liame obrigacional pressupõe a emissão de vontade.

Além disso, o negócio com força de novar somente será válido quando verificada a capacidade dos agentes, bem como atendido os demais requisitos do artigo 104 do Código Civil.

Ademais, é necessária a preexistência de uma relação obrigacional válida, que possa ser extinta e substituída por outra diversa, não existindo novação sem prévia constituição de débito primitivo. Dessa forma, não há que se falar em novação de obrigações nulas ou extintas (artigo 367 do Código Civil), pois “não se pode novar o que inexistente” (RT, 461:209).

A teor do artigo 361 do Código Civil, a novação apenas se aperfeiçoa com a declaração, ainda que tácita, do *animus novandi*, pois caso contrário, a segunda obrigação somente alcança a finalidade de confirmar a primeira.

Assim, na ausência de declaração expressa, caber-se-á apurar se as circunstâncias afirmam a intenção de novar de maneira inequívoca. Para verificação da ocorrência da novação no caso do *animus novandi* não estar expressamente previsto no instrumento, utiliza-se do critério da *incompatibilidade*:

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pg. 234.

“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”⁶⁵.

Nesse mesmo sentido ensina Serpa Lopes:

“(...) o *animus novandi* se apresentaria sob a forma tácita, quando manifesta a incompatibilidade entre a nova dívida e a precedente, se as circunstâncias permitem se induzir claramente a intenção de novar. Assim, não haveria incompatibilidade na intervenção de um devedor novo sem a liberação do primeiro, ou quando houver a estipulação de garantia hipotecária, dilação do prazo, emissão de uma cambial, sem a modificação da obrigação em si”⁶⁶.

Logo, infere-se que “a novação não se presume, na dúvida prevalecendo a negativa de sua ocorrência”⁶⁷.

Por fim, a presença do *aliquid novi* é que permitirá a diferenciação entre a obrigação antiga da nova, pressuposto este primordial para configuração da novação. A novidade poderá atingir tanto o objeto como os sujeitos da relação.

4.1.2. MODALIDADES

Conforme acima narrado, o elemento de ordem técnica “novo” é essencial para efetivação da novação, pois na falta deste, ocorrerá mera confirmação da obrigação anterior.

Esse *aliquid novi* pode atingir quaisquer dos dois lados da obrigação, gerando duas espécies de novação, perfilhadas no artigo 360 do Código Civil: objetiva e subjetiva, bipartindo-se a segunda em ativa e passiva.

A novação será objetiva – ou real – quando as partes originárias modificarem a natureza da prestação ou a *causa debendi* para constituição de nova dívida que irá extinguir e substituir a anterior (art. 360, I, do Código Civil):

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pg. 238.

⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Citado por: FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 2: Obrigações. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2014, pg. 472.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 2: Obrigações. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2014, pg. 472.

“Sempre que ocorrer a extinção de uma obrigação em virtude de contrair o devedor outra obrigação para com o mesmo credor, *cum animo novandi*, há uma novação objetiva, que abrange tanto os casos de substituição do objeto, propriamente, como os de mudança de título ou de causa jurídica, tomando o vocábulo *causa*, no sentido de *fonte*, sem as intrincações da fenomenologia causal”⁶⁸.

Assim, percebe-se que, na forma objetiva, apesar do remanejamento do objeto da *obligatio*, a identidade das partes contratantes permanece.

De outro lado, ter-se-á novação subjetiva – ou pessoal – quando, além da criação de uma nova relação obrigacional, ocorre a substituição dos sujeitos da própria relação, seja no polo passivo (art. 360, II, do Código Civil) como no ativo (art. 360, III, do Código Civil).

Estar-se-á diante de uma novação subjetiva passiva na hipótese de substituição do antigo devedor por um novo, ficando aquele desobrigado com o credor. Para sua realização não é exigido o consentimento do antigo devedor, pois, nos termos do artigo 362 do Código Civil, “a novação por substituição do devedor pode ser efetuada independentemente de consentimento deste”, configurando hipótese de expromissão.

Já a novação subjetiva ativa dá-se pela substituição do antigo credor em virtude de obrigação nova, ficando o devedor quite e exonerado com este, e exigindo o consentimento do devedor, assentimento do antigo credor e anuência do novo credor⁶⁹.

4.1.3. EFEITOS

Os efeitos da novação prevista no Código Civil estão diretamente ligados à sua dupla função: “pela sua força extintiva, é ela liberatória, e como força criadora,

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pg. 239.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: direito das coisas. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 291.

é obrigatória”⁷⁰. Por força disso, tem-se a extinção da dívida originária, liberando o devedor daquele vínculo, como principal efeito.

Mediante a extinção da obrigação anterior, desaparecerão as garantias e acessórios da dívida, os juros e os efeitos da mora, os efeitos da cláusula penal, os privilégios, os direitos reais e a fiança, salvo se houver disposição em contrário. Logo, com a produção dos efeitos da novação, extingue-se a dívida e as garantias.

Se com a novação mudou o objeto da prestação ou os sujeitos, a nova obrigação terá que se adaptar à nova situação, porque não caberia a manutenção dos acessórios primitivos, tendo em vista a perempção da *prior obligatio*:

“Nem seria, na verdade, de boa dedução jurídica que prevalecessem os acessórios como tais, depois de perempta a obrigação principal. Admite-se, contudo, a derrogação convencional desses efeitos da novação, por não condizerem com a ordem pública, mas serem de interesse privado”⁷¹.

Além disso, ainda de acordo com o artigo 364 do Código Civil, não subsistirá as garantias reais (penhor, hipoteca ou a anticrese), se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Ademais, caso a novação seja operada entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado, restando exonerados os devedores solidários (artigo 365 do Código Civil).

A eficácia da novação é simétrica à do adimplemento, tendo mantida as garantias apenas se a manifestação de vontade partir de quem as deu na dívida antiga.

De mesma sorte socorre-se a fiança que garantia a obrigação primitiva, pois, na qualidade de acessório, desaparecerá com a extinção da *obligatio*, importando em exoneração do fiador, caso a novação seja feita sem o seu consentimento (artigo 366 do Código Civil).

⁷⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Citado em: DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: direito das coisas. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 291.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pg. 241.

4.2. ANTIGO SISTEMA DE CONCORDATAS (DECRETO-LEI Nº 7.661/1945)

A Antiga Lei de Falência do Brasil (como ficou conhecido o Decreto-Lei nº 7.661/1945) previa o instituto da concordata, a partir do qual o devedor comerciante objetivava dilação de prazo para pagamento dos seus credores, a fim de regularizar a sua situação econômica, evitando ou suspendendo a falência, ante a sua natureza de favor legal.

O exame da novação no âmbito do mencionado Decreto-Lei não deixa dúvidas, estabelecendo o seu revogado artigo 148 que: *a concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores dêste e os responsáveis por via de regresso.*

Sobre o aludido dispositivo da Lei de Falências, comenta Trajano de Miranda Valverde:

“A concordata não nova a obrigação, vale dizer, o credor não adquire com a concordata um novo direito. Se a concordata é rescindida e, em consequência, aberta, ou reaberta a falência, o seu crédito não está sujeito a novo processo de verificação. Continuará a figurar no passivo pelo mesmo montante, se nenhum pagamento parcial foi efetuado pelo concordatário”⁷².

Além de não possuir o efeito de novar, há que se ressaltar também que a concordata não desonera os coobrigados com o devedor, seus fiadores e os responsáveis por via de regresso, os quais respondem integralmente, caso não se disponha o contrário, conforme dispunha o revogado artigo 148 do Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Assim, os efeitos da concordada não aproveitam aos codevedores e fiador. A doutrina justifica tal disposição sob o argumento de que a eles socorre o direito de discutir a proposta de concordada na qualidade de terceiros interessados, tendo em vista o ônus patrimonial provocado pelo instituto concordatário.

⁷² VALVERDE, Trajano Miranda. Comentários à Lei de Falências, volume II. Atualizado por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pg. 262.

Ainda nesse sentido, leciona Pontes de Miranda em seus comentários ao mencionado artigo 148:

“Os coobrigados com o concordatário ficam incólumes; os credores podem ir contra eles como se nada houvesse ocorrido. Obrigados solidários, fiadores, donos de bens dados em garantias, obrigados de regresso, coobrigados cambiários e combariformes, todos continuam obrigados como estavam antes da concordata”⁷³.

Essa vinculação dos garantidores do concordatário deve-se à ocorrência de solidariedade passiva em obrigações sujeitas aos efeitos da concordata⁷⁴.

Um ponto a se destacar diz respeito ao fato do credor do concordatário ter direito de ação contra os codevedores para reaver a diferença daquilo que foi recebido a menor por força da concordata, a fim de obter o pagamento integral.

Em complemento, José da Silva Pacheco ensina que o credor estará livre para perseguir os garantidores, com o objetivo de ver satisfeito integralmente seu crédito, independentemente da concessão da concordata:

“O coobrigado permanece em sua posição e contra ele pode o credor tomar a medida cabível, conforme seja obrigado solidário, fiador, avalista ou obrigado de regresso”⁷⁵.

Portanto, nota-se que no antigo sistema das concordatas ao credor não era obstado, pela novação, o direito de cobrar integralmente a dívida do coobrigado, fiador, avalista ou obrigado de regresso. Todavia, é vedada a cobrança de quantia superior ao crédito originalmente contratado, ou recebimento em duplicidade.

Pelo exposto, conclui-se no sentido que como a concordata não produz novação, não há constituição de um novo crédito que substitua o anterior, cabendo, portanto, sem maiores discussões, a cobrança do valor integral da dívida dos coobrigados, independentemente do favor concedido em sede de concordata⁷⁶.

4.3. A NOVAÇÃO DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

⁷³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2003, pg. 109.

⁷⁴ VALVERDE, Trajano Miranda. Comentários à Lei de Falências, volume II. Atualizado por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pg. 263.

⁷⁵ PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988, pg. 764-765.

⁷⁶ ALMEIRA, Amador Paes. Curso de falência e concordata. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991, pg. 385.

A novação civil, apesar de ainda contar com tratamento específico no ordenamento jurídico, perdeu importância no direito moderno, devido a existência de outros meios de transmissão das obrigações que mantêm em vigor a dívida originária apenas com alteração subjetiva da obrigação, à exemplo da cessão de crédito, pela qual o cessionário recebe o direito, preservando todos os acessórios e garantias.

Todavia, o legislador ao dispor que a concessão da recuperação judicial implica novação aos créditos anteriores ao pedido, trouxe o instituto de volta para pauta de discussões no meio jurídico.

Assim, sopesadas as formas de recepção do instituto da novação, tanto pelo Código Civil, como pelo antigo sistema das concordatas, faz-se possível analisar a eficácia novativa no âmbito da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

A princípio, considerar-se-ia instintivamente que os princípios que regem a novação em direito civil são os mesmos que a conduzem em direito empresarial.

Isso porque, a novação recuperacional preserva os pressupostos da novação civil, sendo possível observar, por consequência, a existência de obrigação anterior válida renegociada no âmbito da recuperação, implicando na constituição de elemento novo em relação à dívida primitiva.

Ademais, encontram-se presentes o animus novandi e o consentimento do devedor que requereu a recuperação e apresentou plano com a descrição pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, e dos credores, mediante discussão e aprovação do aludido plano em Assembleia Geral de Credores.

O mesmo pode ser dito em relação às modalidades de novação. Há novação objetiva mediante extinção da dívida anterior, substituída por nova obrigação, considerada espécie mais “adequada e suportável”⁷⁷ ao sistema de

⁷⁷ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 190.

recuperação de empresas, e novação subjetiva envolvendo alteração do titular da obrigação, tanto no polo passivo – devedor – quanto no polo ativo – credor.

Dentre as espécies de novação subjetiva, o sistema recuperacional apresenta maior interesse pela novação subjetiva passiva, no caso de sócios, administradores, ou mesmo terceiros ligados à recuperanda que assumem a titularidade da antiga dívida. Desse jeito, diminui-se o passivo da empresa em crise com o desaparecimento da dívida perante a devedora, possibilitando maiores recursos em caixa para continuidade do negócio.

A novação subjetiva ativa também poderá gerar efeitos proveitosos à recuperação da empresa, conforme discorre Rachel Sztain:

“Novação de credor produzirá efeito interessante se for dado compensar, por confusão, com algum crédito que a sociedade tiver contra terceiro. Sendo as obrigações de mesmo valor e exigíveis por serem vencidas, a compensação não altera o equilíbrio entre o ativo e passivo, mas pode interessar às partes envolvidas”⁷⁸.

Entretanto, a sinergia até então identificada entre a novação civil e a novação recuperacional se desfaz frente aos seus efeitos, cabendo-se indagar se a natureza jurídica do efeito de novar previsto pela recuperação judicial de empresas é a mesma daquela disposta no Código Civil.

Primeiramente, é preciso lembrar que a novação recebe enfoque da LREF em dois momentos distintos: como meio de recuperação judicial previsto, ao lado da dação em pagamento, no inciso IX do artigo 50, e como efeito da decisão de concessão da recuperação judicial pelo juízo, diante de previsão expressa no *caput* do artigo 59:

“Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

(...)

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;” (Grifou-se)

* * *

⁷⁸ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 240.

“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”. (Grifou-se)

O primeiro caso (art. 50, IX) refere-se à novação prevista nos artigos 360 e seguintes do Código Civil, sendo o segundo caso, conhecido como novação concursal ou recuperacional⁷⁹, a origem de debates judiciais e doutrinários.

A novação recuperacional incide sobre os créditos vencidos e vincendos alterados pelo plano de recuperação, não cabendo falar, portanto, em novação de créditos sem modificações em seu objeto ou titular, bem como aqueles que não estão sob efeito da recuperação judicial.

A respeito dos efeitos da novação decorrentes da concessão da recuperação judicial, a doutrina não é pacífica, ante a redação do §1º do artigo 49 da LREF, o qual dispõe que os credores do devedor em recuperação judicial conservam os direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, cumulado com a parte final do *caput* do artigo 59 que afirma a ocorrência da novação dos créditos anteriores ao pedido *sem prejuízo das garantias*.

Relembrando o principal efeito da novação prevista no Código Civil, tem-se ainda uma similaridade entre a novação civil e a novação recuperacional, posto que a aprovação do plano seguida pela concessão da recuperação judicial pelo juízo faz novação dos créditos que sofreram alguma alteração ou modificação, extinguindo e substituindo, em um só ato, a dívida primitiva com a sociedade empresária ou empresário em recuperação.

Porém, cabe observar que estar-se-á diante de novação condicionada ao cumprimento pela recuperanda de todas as obrigações previstas no plano durante o prazo de fiscalização legal de 2 (dois) anos, pois caso contrário, convolada é a recuperação judicial em falência, pelo que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, conforme expressa previsão legal no § 2º do artigo 61 da LREF.

⁷⁹ Adota-se ao longo desse trabalho a denominação de *novação recuperacional* proposta inicialmente pelo Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Novação recuperacional*. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009, pg. 125).

A respeito do tema confirmou o STJ⁸⁰: “A novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a condição resolutiva, nos termos do art. 61 da Lei n.º 11.101/05”.

Ainda em consonância com o §2º do artigo 61 da LREF⁸¹, da sua leitura se extrai o limite da regra de resolução da novação. Explica-se. Não sendo cumpridas todas as obrigações previstas no plano que se vencerem no período de dois anos do deferimento da recuperação, o negócio jurídico novado deverá ser resolvido, restaurando-se as características iniciais, ressalvados os *atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial*.

A lei presume válidos os atos de administração, endividamento, oneração e alienação praticados durante a recuperação judicial, desde que realizados na forma da LREF, no caso da convolação em falência, conforme dispõe o artigo 74. Além dele, os créditos contraídos pelo devedor durante a recuperação judicial serão classificados como extraconcursais, possuindo prioridade de pagamento na falência.

Além da ressalva aos atos validamente praticados, Eduardo Secchi Munhoz defende que a restauração das relações jurídicas novadas deixará de acontecer se incompatível com os atos praticados, de forma tal que as partes não retornarão ao *status quo ante*, e a novação produzirá efeitos definitivos⁸².

Essa interpretação não visaria beneficiar eventual devedor em recuperação que não tenha comprometimento com o plano aprovado. Ao contrário, a resolução é medida de repressão pelo não cumprimento das obrigações estabelecidas no plano, assim como tem o objeto de salvaguardar o direito de terceiros afetados pelos meios de recuperação empregados, a exemplo dos atos de alienação, reorganização societária, formação de novas sociedades, dentre outros.

⁸⁰ STJ, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1374877/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05/05/2015.

⁸¹ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

(...)

§ 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**. (Grifou-se e destacou-se)

⁸² MUCHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 291.

Dessa forma, buscar-se-ia impedir a sensação de incerteza do mercado e das contrapartes que eventualmente mantenham relações no âmbito de reorganizações societárias ou formação de novas sociedades.

Essa precaução, além de contar com expressa previsão legal, é justificável pela natureza de difícil reversão desses negócios jurídicos, de tal forma que a resolução da operação para retorno das partes ao estado anterior acabaria ocasionando danos de difícil reparação aos terceiros.

Ademais, continua o citado autor, com base nos ensinamentos do grande jurista Pontes de Miranda, a justificar que a resolução da novação não pode prejudicar os atos validamente praticados no âmbito da recuperação, pois ela não gera a ressurreição do vínculo primitivo, mas sim uma nova obrigação irradiada da resolução do negócio jurídico novativo⁸³.

Por oportuno, cabe recordar o mencionado entendimento de Pontes de Miranda:

“Não se trata do ressurgimento de dívida extinta, mas de nova obligatio em dois tempos, a obligatio que existe até a resolução e a obligatio que se implanta com essa, irradiada do negócio jurídico novativo. Não há identidade entre a pior obligatio e essa nova obligatio, ainda após a resolução”⁸⁴.

Ultrapassada a questão da condição resolutiva da novação recuperacional, passa-se a análise do efeito de extinção dos acessórios e garantias da dívida, salvo estipulação em contrário.

Os civilistas são unânimes ao afirmar que a novação extingue os acessórios e as garantias da dívida, diante de expressa previsão legal (artigo 364 do Código Civil). Nada obstante, poderia a LREF prever a novação dos créditos com a preservação dos acessórios e garantias reais e pessoais?

Jorge Lobo defende que a aprovação do plano de recuperação, ao mesmo tempo que importará a ocorrência de novação objetiva ou subjetiva, não modificará as garantias reais e pessoais das obrigações novadas, as quais mantêm-

⁸³ Idem, pg. 292.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2003, pg. 146.

se íntegras, sob o fundamento dos critérios cronológicos e da especialização, quando analisado o conflito de leis entre o Código Civil e a LREF⁸⁵.

Adotando posição similar, Manoel Justino Bezerra Filho, em comentários ao artigo 59 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, admite a continuidade das garantias reais originalmente pactuadas, repetindo o posicionamento refletido ao artigo 148 do Decreto-Lei nº 7.661/1945:

“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)”⁸⁶.

No mesmo sentido são as considerações de Fábio Ulhoa Coelho em seus comentários à Lei de falências e recuperação de empresas:

“De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.⁸⁷

Em contrapartida, a doutrina minoritária, composta aqui por comentários de Rachel Sztajn e Eduardo Secchi Munhoz, afirma estar contaminada por imprecisão a interpretação na qual os credores conservam os direitos e privilégios do crédito novado.

A respeito de exigir ou excutir as garantias dadas aos créditos sujeitos ao efeito da novação decorrente da concessão da recuperação judicial, a referida autora conclui:

“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 excutir as garantias relativamente a tais créditos. **Mantendo-se alguma coerência entre o sistema jurídico e o objetivo da nova Lei, sugere-se interpretar o parágrafo no sentido de que as garantias, como acessório, seguem o**

⁸⁵ LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35-69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005, pg. 157-159.

⁸⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 168.

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 238.

principal, o crédito. Em assim sendo, ficam elas subordinadas às mesmas condições que incidam sobre os créditos garantidos, ou seja, não podem ser excutidas de imediato”⁸⁸. (grifou-se e destacou-se)

Seguindo o mesmo entendimento, Eduardo S. Munhoz assevera que não seria adequado adotar sentido distinto para a disciplina da novação prevista na recuperação de empresas daquela disposta no direito civil. Dessa forma, não resistiria a estudo mais aprofundado a tese de que a novação recuperacional mantém refém os bens dados por terceiros, concluindo que:

“Assim, a interpretação sistemática do art. 59 e dos arts. 364, 366 e 367 do CC leva à conclusão de que a expressão “sem prejuízo das garantias” refere-se às garantias e acessórios da dívida em geral, ressalvados: (i) a fiança; (ii) o penhor, a hipoteca ou anticrese sobre bens pertencentes a terceiros; e (iii) a obrigação solidária de outros devedores (arts. 364, 365 e 366, CC)”⁸⁹.

Seguindo a posição majoritária, Manoel de Queiroz Pereira Calças firma seu convencimento acerca da diferenciação da natureza jurídica do instituto da novação quando aplicado por legislações distintas, sob o fundamento de que a LREF expressamente previu que a novação afeta exclusivamente as obrigações da empresa devedora:

“Estou convencido de que a novação, prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005, como consequência da concessão da recuperação judicial à empresa-devedora, não tem a mesma natureza jurídica do instituto regrado pelo art. 360 do Código Civil (art. 999 e ss. do CC/1916), o qual acarreta a extinção das dívidas novadas”⁹⁰.

Se por um lado, afirma-se a clareza da Lei ao prever que os débitos dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso não são atingidos, de outro lado, se acabaria admitindo quadro que possibilite a preservação dos privilégios e garantias sobre bens oferecidos por terceiros sem a participação direta desses agentes no ato novatório, os quais contarão apenas com eventual direito de regresso.

Para melhor enfrentamento da questão, a qual se mostrou controvertida na doutrina, passa-se a analisar o entendimento adotado pelos Tribunais nacionais.

⁸⁸ SZTAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 227.

⁸⁹ MUCHOZ, Eduardo Secchi. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pg. 290-291.

⁹⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009, pg. 118.

5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA NOVAÇÃO RECUPERACIONAL

5.1. A SITUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS GARANTIDORES NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Por meio de interpretação literal e autêntica da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, em especial o confronto entre disposto no §1º do artigo 49 e no *caput* do artigo 59, percebe-se que o legislador, diferentemente do que ocorria com o antigo sistema de concordatas, no qual o favor legal concedido não produzia novação, definiu que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido.

Apesar da novação recuperacional assemelhar-se à novação prevista na lei civil, os seus efeitos, em especial relacionado à responsabilidade do garantidor pelas obrigações do devedor principal em recuperação judicial, são fonte de divergência no meio jurídico.

Como visto no capítulo acima, a doutrina não é unânime acerca da supramencionada controvérsia, o que acabou motivando a interposição de inúmeros recursos contra decisões de primeiro e segundo grau, com o objetivo de discutir judicialmente a matéria.

Nesse curto espaço de tempo de dez anos de publicação da LREF, compreendeu-se que a novação recuperacional tem aplicação *sui generis*, ante a previsão de que ela ocorre sem prejuízo das garantias.

O Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), já teve em alguns julgamentos a oportunidade de analisar a questão, adotando o posicionamento majoritário pelo reconhecimento de que a novação operada pelo plano de recuperação judicial difere da novação prevista pela lei civil, posto que, como regra, traz a manutenção das garantias da dívida e não a sua extinção:

A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as

reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral. (STJ, Recurso Especial nº 1.326.888/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 08/04/2014 – grifou-se)

Dessa maneira, reconhecida que a extinção das garantias não é operada automaticamente pela novação produzida pela aprovação do plano e concessão da recuperação judicial pelo juízo, a liberação dos garantidores da dívida irá requerer prévia previsão do plano nesse sentido.

Entretanto, cabe verificar se há necessidade de o credor titular da garantia expressamente aprovar a cláusula do plano de recuperação judicial que imponha a sua supressão ou substituição.

Não há maiores discussões acerca da supressão ou substituição das garantias reais, tendo em vista a previsão legal no sentido de exigir do titular a sua aprovação para alienação do bem objeto da garantia, nos termos do §1º do artigo 50 da LREF, *in verbis*:

“Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

(...)

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”.

Aos demais tipos de garantias, os tribunais pátrios majoritariamente⁹¹ também vêm exigindo a expressa manifestação do credor acerca da possibilidade

⁹¹ Nesse mesmo sentido, são os recentes precedentes do TJSP: Agravo de instrumento nº 2180908-33.2014.8.26.0000, Rel. Enio Zuliani, j. 29/04/2015; Agravo de instrumento nº 2099024-79.2014.8.26.0000, Rel. Tasso Duarte de Melo, j. 06/02/2015; Agravo de instrumento nº 0103431-02.2013.8.26.0000, Rel. Des. José Reynaldo, j. em 03/02/2014; Agravo de instrumento nº 0233692-89.2012.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 29/01/2013; Agravo de instrumento nº 0231352-75.2012.8.26.0000, Rel. Des. Araldo Telles, j. 22/07/2013; do STJ: Recurso Especial nº 1326888/RS,

da supressão ou substituição da garantia da qual é titular, sob fundamento da autonomia concedida pela LREF ao credor, ao qual é dada a prerrogativa de dispensar ou substituir a garantia que o favorece, de modo que cabe a ele anuir expressamente, e não lhe obrigar por decisão proferida pela maioria em Assembleia Geral de Credores.

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao deparar-se com inúmeras decisões reconhecendo a necessidade de aprovação expressa do titular para supressão da garantia ou sua substituição, editou o entendimento sumular nº 61: “na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”.

Por outro lado, foi possível localizar corrente minoritária que defende que a aprovação expressa do credor só é necessária para o caso de supressão da garantia real, diante de previsão legal, não contando com a LREF com nenhum outro dispositivo que faça a mesma exigência de aprovação expressa para as demais garantias, dentre elas a prestada pelo fiador, endossante, avalista e garantidores fidejussórios em geral.

Nessa perspectiva, Manoel Justino Bezerra Filho em artigo sobre a responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido, ao promover interpretação do citado §1º do artigo 50, conclui que a garantia poderá ser suprimida mesmo sem expressa aprovação do credor afetado:

"Portanto, *contrario sensu*, a supressão da responsabilidade do fiador que não deu garantia real ou mesmo do endossante ou do avalista (garantidores cambiais) não está abrangida nesse dispositivo legal, podendo ocorrer mesmo sem aprovação expressa do credor"⁹².

Além de não contar com disposição legal direta, justifica-se esse entendimento pela própria lógica do sistema de recuperação judicial, no qual a maioria decide o destino dos créditos afetados pela recuperação judicial, com base no princípio da submissão universal das decisões da Assembleia Geral de Credores.

Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/04/2014; do TJRJ: Agravo de instrumento nº 0003098-66.2015.8.19.0000, Rel. Des. Cleber Ghelfenstein, j. 10/02/2015.

⁹² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009, pg. 130.

Por esse princípio, a decisão da Assembleia Geral de Credores que aprovar o plano de recuperação judicial irá sujeitar a sua aplicação ainda que nem todos os credores tenham assim votado, desde que observado o quórum legal para aprovação do plano, conforme pontuado por Fernando Netto Boiteux na obra A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas - Lei nº 11.101-05:

“A decisão da Assembleia Geral dos Credores representa um ato colegial, por meio do qual diversas vontades se fundem para formar uma só, conforme a regra da maioria. A vontade da maioria constitui um ato unilateral, que, em razão da lei opera a novação das obrigações, inclusive dos credores que não participaram da assembleia ou que nela se manifestaram contrariamente”⁹³. (Grifou-se)

Por essa posição, como a lei não exige aprovação expressa dos credores das demais garantias referidas no §1º do artigo 50 da LREF, a exceção da garantia real, o plano aprovado em Assembleia Geral de Credores que prever a supressão ou a substituição das demais garantias deverá ser cumprido, ainda que o titular não tenha manifestado concordância expressa com tal cláusula ou mesmo não tenha comparecido à Assembleia Geral de Credores.

Por fim, vale ainda mencionar a posição adotada pelo Desembargador do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Negrão, que considera a expressão “garantia” dos artigos 49, §1º, e 59 da LREF como a real fornecida pelo próprio devedor em recuperação judicial, de tal forma que a novação, como efeito da concessão da recuperação judicial, opera a liberalização dos bens dados em penhor, hipoteca e anticrese, pertencentes a terceiros que não fazem parte do plano e a exoneração do fiador, salvo se este consentir⁹⁴.

Em que pese os argumentos defendidos majoritariamente nas decisões dos tribunais pátrios, o entendimento de que a alteração das garantias ocorrerá desde que aprovado o plano de recuperação judicial, independentemente de voto específico do credor atingido, parece coadunar-se melhor ao sistema de recuperação de empresas e a vontade do legislador, que não previu a exigência de aprovação do credor titular das garantias previstas no §1º do artigo 49 da LREF, a exceção da garantia real.

⁹³ BOITEUX, Fernando Netto. In: Voto do Exmo. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp nº 1.338.948, publicado no DJe em 08/04/2014.

⁹⁴ NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 223.

5.2. O PROSSEGUIMENTO DE AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DOS COBRIGADOS, FIADORES, OBRIGADOS DE REGRESSO E AVALISTAS E O DIREITO DE REGRESSO CONTRA A RECUPERANDA

O crédito possui papel relevante na evolução do direito empresarial, exigindo tutelas jurídicas específicas às relações sociais, sem as quais poderia ser instalada a insegurança no trato comercial, impossibilitando o processo de concessão e tomada de crédito que possui papel fundamental na alavancagem da economia e desenvolvimento do empreendedorismo.

Todavia, ainda que reconhecida a sua importância, o sistema da recuperação de empresas tutela o direito do credor sob mandamento de segundo plano, ante a prevalência do interesse social assumido pelas empresas em crise viáveis, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho.

Assim, por tudo até aqui exposto, conclui-se que a novação recuperacional não libera automaticamente a responsabilidade dos garantidores, cabendo verificar, no entendo, se eles são atendidos pelo benefício de suspensão das ações e execuções quando o processamento da recuperação judicial é concedido, assim como se a suspensão se manteria após a novação gerada com a concessão da recuperação judicial.

O impedimento ao ajuizamento de novas ações e prosseguimento de ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, está previsto no *caput* do artigo 6º da LREF, como efeito da fase de processamento da recuperação judicial.

Esse benefício visa permitir que a empresa possa alcançar o fôlego necessário para sua reorganização, garantindo a continuidade da sociedade empresária ou empresário em recuperação judicial, em homenagem ao objetivo final de recuperação de empresas⁹⁵.

⁹⁵ TJRJ, Agravo de instrumento nº 014715-23.2015.8.19.0000, Rel. Claudio Dell Orto, j. 21/05/2015

Na fase de aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores e concessão da recuperação judicial pelo juízo, extingue-se as ações e execuções ajuizadas contra o devedor e os sócios solidários, diante da novação gerada pelo plano, pois caso contrário prejudicar-se-ia a possibilidade de recuperação da empresa em crise, e a própria efetividade do plano concedido.

Nessa linha, alguns devedores solidários da obrigação, que também figuram como sócios da pessoa jurídica em recuperação, entendem pela extensão da suspensão das execuções ajuizadas contra si, invocando a parte final do mencionado artigo 6º da LREF. Nesses casos, nota-se certa confusão quanto ao conceito de sócio solidário.

Quando se fala em sócio solidário, estar-se-á referindo ao sócio que responde ilimitadamente e solidariamente, figuras presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é subsidiária ou limitada às suas respectivas quotas/ações, como é o caso, por exemplo, da sociedade em comandita simples, no que concerne aos sócios comanditados, não se confundindo, portanto, com o devedor solidário⁹⁶.

Nota-se que o legislador ao dispor pela suspensão das ações dos credores particulares dos sócios solidários, verificou que a crise da empresa não raras vezes se revela como aquela do próprio sócio ilimitada e solidariamente responsável, posto que na decretação da falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsável os efeitos jurídicos da quebra em relação à sociedade falida se estendem a eles, conforme dispõe o artigo 81 da LREF:

Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Distinguido os conceitos de sócio solidário e devedor solidário, a controvérsia cinge-se a verificar se a suspensão beneficia os devedores solidários e os coobrigados em geral.

⁹⁶ STJ, Recurso Especial nº 1.333.349/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/11/2014.

No ano de 2009, o STJ julgou Agravo de Instrumento interposto contra decisão que negou seguimento a recurso especial contra acórdão da 17ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Execução - Deferimento do pedido de recuperação judicial - Extinção da execução em relação à avalista - Impossibilidade - Manutenção da decisão recorrida - Agravo improvido." (TJSP, acórdão nº 991.06.034210-3, Rel. Des. Borges Pereira, p. 23/04/2007).

Nesse caso, o Ministro Relator Aldir Passadinho Junior, entendeu que a recorrente tinha razão em seu pleito, em virtude do que conheceu, em decisão monocrática, o agravo de instrumento, assim como deu provimento ao próprio recurso especial, para suspender a execução provida contra a avalista da empresa recuperanda, sob a fundamentação que não há razão para prosseguimento da ação, ante a suspensão da própria execução em face do devedor principal:

“Destarte, se suspensa a execução em relação ao devedor principal, evidentemente razão não há para que se prossiga na persecução do crédito pela via executiva contra o avalista”. (STJ, Agravo de Instrumento nº 1.077.960/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, p. 04/08/2009)

Contudo, esse entendimento encontra-se superado no âmbito do STJ. No julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, os Ministros da Segunda Seção do STJ acordaram, por unanimidade, que a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz a suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, não lhes sendo aplicável, portanto, o benefício da suspensão, ou a novação operada pelo plano de recuperação judicial⁹⁷.

Esse posicionamento fundamenta-se no teor do §1º do artigo 49 da LREF que expressamente prevê a conservação dos direitos e privilégios contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, diante do que o credor com garantia de terceiro poderá executar o garantidor, ainda que tenha o crédito sujeito aos efeitos da recuperação. Além disso, relembram que o artigo 6º da LREF nada menciona sobre as obrigações dos devedores solidários e coobrigados em geral, de

⁹⁷ STJ, Recurso Especial nº 1.333.349/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/11/2014.

forma que as obrigações assumidas por eles não se confundem com a obrigação da sociedade em recuperação⁹⁸.

Ademais, em relação ao prosseguimento de ações ou execuções ajuizadas em face dos avalistas, cabe ainda citar o entendimento de que pelo aval o avalista torna-se codevedor, em obrigação solidária, de forma que a vinculação cambiária do avalista é autônoma⁹⁹ e, portanto, o deferimento do processamento da recuperação judicial, e posteriormente a sua concessão pelo juízo, não operam mudanças no direito dos credores em relação às obrigações cambiárias.

Entretanto, a matéria ainda carece de conclusão, pois é possível encontrar decisões minoritárias¹⁰⁰ no sentido de que não há como exigir do garantidor, desde logo, o valor do crédito originalmente contratado, pois com a aprovação e homologação do plano, não há que se falar em inadimplência, cabendo, portanto, a suspensão das ações e execuções, enquanto o plano estiver sendo cumprido.

Isso porque, a novação recuperacional está sujeita à ineficácia no caso das obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial serem descumpridas, de modo que a recuperação judicial é convolada em falência, e os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas.

Além disso, essas mesmas decisões, ainda minoritárias na jurisprudência pátria, asseveram o posicionamento que não caberia a cobrança do garantidor pelo valor integral do crédito, pois não comporta boa conclusão jurídica o garantidor se obrigar além do montante que se obrigou o devedor principal.

Ainda que sob a égide de posicionamentos minoritários, a suspensão ou extinção das execuções movidas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados diante da concessão da recuperação judicial do devedor principal parece se adequar melhor ao propósito da recuperação judicial, que visa conciliar a

⁹⁸ Nesse mesmo sentido: TJSP, Apelação nº 1000946-21.2014.8.26.0565, Rel. Teixeira Leite, j. 20/05/2015, Agravo de instrumento nº 2162539-88.2014.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, j. 10/04/2015; STJ, Recurso Especial nº 1.352.713/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22/04/2015.

⁹⁹ TJRJ, Agravo de instrumento nº 0007761-58.2015.8.19.0000, Rel. Rel. Claudio Dell Orto, j. 26/03/2015.

¹⁰⁰ TJSP, Agravo de instrumento nº 0270337-16.2012.8.26.0000, Rel. Ligia Araújo Bisogni, j. 06/05/2013; Agravo de instrumento nº 0013031-44.2010.8.26.0000, Rel. Cunha Garcia, j. 14/06/2010.

satisfação dos credores em prol da recuperação da empresa em crise, mantendo assim a sua função social, já que o seu reerguimento implica muitas das vezes na concessão de meios dilatórios e reajuste nos valores dos créditos.

Assim, não haveria motivo para garantir, desde sempre, a possibilidade de o credor receber todo o valor original do débito, se o abatimento disposto no plano de recuperação é justificável pelo condão de permitir a recuperação da empresa, devendo aguardar, portanto, a inadimplência das obrigações pactuadas no plano.

Ademais, esse entendimento não obsta o direito do credor, que no caso de descumprimento das obrigações previstas no plano pelo prazo legal de fiscalização, terá os direitos e garantias reconstituídas, podendo valer-se do pedido da convocação em falência da sociedade empresária em recuperação e o ajuizamento de execução em face dos garantidores que assim responderam pelas obrigações do obrigado principal.

Por fim, há que se falar que, caso a sociedade empresária ou o empresário em recuperação apresente um plano que mantenha intactas as obrigações dos codevedores e garantidores, ou mesmo que os credores modifiquem essa previsão em sede de votação do plano de recuperação judicial pela Assembleia Geral de Credores, o devedor ficará sujeito a responder por esse débito em direito de regresso, devendo-se o coobrigado habilitar-se na recuperação judicial no estado em que o procedimento se encontrar.

Dessa maneira, os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso passam a ostentar a posição jurídica do credor em relação à sociedade em recuperação, pois, nas palavras do Desembargador Manoel Justino Bezerra Filho seria uma iniquidade inimaginável obrigar o garantidor pelo pagamento, e ainda assim lhe tirar o direito de regresso¹⁰¹.

¹⁰¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009, pg. 131.

6. CONCLUSÃO

A novação é essencial ao regime da recuperação judicial, pois permite a efetividade do plano de recuperação aprovado, através do qual é alcançada a finalidade do sistema da recuperação de empresas viáveis: permitir o reerguimento da empresa, preservando-se a fonte de trabalho, a arrecadação tributária e a satisfação dos credores.

Contudo, a novação recuperacional assume contornos diversos da disciplina adotada pela lei civil, adequando-se, assim, às características das relações empresariais.

Conquanto possua similitude entre os pressupostos e modalidades do instituto civil, a novação prevista pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência adotou efeitos distintos, ostentando natureza jurídica *sui generis*, ao admitir a novação dos créditos sujeitos à recuperação sob condição resolutiva durante o período de dois anos de fiscalização exercido pelo juiz e pelos órgãos da recuperação judicial (Assembleia Geral de Credores, administrador judicial e comitê de credores).

Nesse interregno temporal, caso as obrigações previstas no plano que se vencerem na fase de fiscalização sejam descumpridas, ocorrerá a convolação da recuperação judicial em falência, e os credores terão reconstituídos os seus direitos e garantias nas condições primitivas.

Entretanto, o retorno das partes ao *status quo ante* não atingirá os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial, os valores já pagos, assim como não modificará os negócios praticados que importarão em dano de difícil reparação a terceiros caso sejam resolvidos.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência nacional entendem que a novação decorrente do plano de recuperação judicial implica, a reverso do previsto no Código Civil, na manutenção das garantias, possibilitando, assim, o credor de executar diretamente os terceiros garantidores, não afastando, por conseguinte, as ações e execuções ajuizadas em face dos coobrigados em geral.

Contudo, é cabível a substituição e supressão das garantias, desde que mediante previsão no plano de recuperação judicial aprovado, entendendo a corrente majoritária ser necessária a concordância expressa do credor afetado, diante da autonomia a ele conferida pela LREF para dispensar ou substituir a garantia que o favorece, se ele assim entender conveniente à recuperação da empresa.

Além disso, o direito de promover execução direcionada a codevedores e devedores solidários não é afetada pela novação ocasionada pelo deferimento da recuperação do devedor principal, pois conta com disciplina diversa da lei civil, prevendo a LREF a preservação das suas obrigações.

Entretanto, os dez anos de vigência da LREF são foram suficientes para as controvérsias serem consideradas decididas de forma pacífica, sendo possível encontrar posições minoritárias que permitem a possibilidade de supressão das garantias ou sua substituição, caso o credor presente à Assembleia Geral de Credores fique silente em relação à cláusula que altere os seus privilégios, ou mesmo ao credor que optou pelo não comparecimento, resguardado apenas o direito daquele credor que presente à Assembleia de Credores tenha manifestado objeção à mencionada cláusula.

Complementarmente, considerando que a negociação das dívidas do devedor em recuperação é meio de soerguimento da empresa, minoritariamente afirma-se que não se ajustaria ao sistema de recuperação judicial permitir que, desde logo, o credor possa exigir dos garantidores o cumprimento da obrigação na forma originalmente pactuada, pois cumpridas as obrigações previstas no plano, não há que se falar em inadimplência que justifique o prosseguimento ou ajuizamento de novas execuções em face dos terceiros obrigados.

Em contrapartida, caso o garantidor quite a obrigação do devedor principal em recuperação, terá direito de regresso contra a recuperanda, assumindo na relação jurídica a posição de credor.

7. REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. Edição de luxo. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1995.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

ALMEIRA, Amador Paes. Curso de falência e concordata. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Curso de falência e recuperação de empresa. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. 3ª edição reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009.

_____. Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BULGARELLI, Waldirio. Tratado de Direito Empresarial. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1995.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Novação recuperacional. Revista do Advogado, nº 105, ano 2009.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa. 13ª edição (2ª tiragem). São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: direito das coisas. 16ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, volume 2: Obrigações. 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2014.

LÜDERS, Germano. Fundos buscam oportunidades em empresas em crise. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/fundos-buscam-oportunidades-em-empresas-em-crise>>. Acessado em: 28 de março de 2015.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4. 4ª edição. São Paulo, Atlas, 2010.

MARTINS, Fran. Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresas, volume 3: falência e recuperação de empresas. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

OTTO, Samira. O credor fiduciário e a recuperação de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 45, ano 2009.

PACHECO, José da Silva. Processo de Falência e Concordata: comentários à lei de falências: doutrina, prática e jurisprudência. 5ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, volume II: teoria geral das obrigações. 25ª edição revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Edgler. A teoria dos jogos e o processo de recuperação de empresas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 9, nº 31, janeiro-março de 2006.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. Recuperação de empresas. Barueri: Manole, 2008.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15ª edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

VALVERDE, Trajano Miranda. Comentários à Lei de Falências, volume II. Atualizado por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999.