

Winter August, 2010

Problemas da Conservação das Garantias do Crédito Novado na Recuperação Judicial

Rafaela L. P. Furlan



**ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA
FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAELA LOUREIRO PINHEIRO FURLAN

**PROBLEMAS DA CONSERVAÇÃO DAS GARANTIAS DO CRÉDITO
NOVADO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

SÃO PAULO

2010

RAFAELA LOUREIRO PINHEIRO FURLAN

**PROBLEMAS DA NOVAÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS
GARANTIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao programa de graduação da
Escola de Direito de São Paulo da
Fundação Getúlio Vargas, como
exigência parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

SÃO PAULO

2010

*Dedico este trabalho ao meu pai Miguel Ângelo, por ter suportado a distância como única forma de me oferecer a oportunidade de ter estudado na FGV;
à minha mãe Vera Rita por ter me oferecido sempre todo o amor, dedicação, carinho e apoio incondicionais para que eu superasse todas as adversidades que surgiram ao longo dos últimos cinco anos;
e à minha irmã Maria Clara pela tolerância à minha indisponibilidade de tempo para aproveitar com ela o sabor da juventude.*

*Agradecimentos:
Flavia Portella Püschel
Francisco Satiro de Souza Júnior
Vera Rita L. P. Furlan
Miguel Ângelo Furlan*

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A NOVAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL	7
2.1. Conceito.....	7
2.2. Requisitos ou pressupostos da novação	9
2.2.1. Animus novandi.....	10
2.2.2. Aliquid novi.....	11
2.2.3. Prior obligatio.....	11
2.3. Espécies de novação	12
2.4. Eficácia da novação.....	13
3. NOVAÇÃO NO DIREITO FALIMENTAR.....	17
3.1. Novação no Dec. Lei 7.661/1945	17
3.2. Novação na Lei 11.101/2005.....	20
3.2.1. Contexto e objetivos da nova lei.....	20
3.2.2. Novação.....	23
3.3. Manutenção das garantias - possibilidade	32
3.3.1. Fiança	32
3.3.2. Aval	37
3.3.3. Outras obrigações solidárias	44
4. CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	53

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências de número 11.101/2005, dentre os instrumentos criados em atenção ao princípio da preservação da empresa prevê a novação como mecanismo para viabilizar a superação do estado de crise. Por meio do seu artigo 59 o legislador determinou que o plano de recuperação judicial implicará a novação de todos os créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos à nova obrigação.

Ocorre que a novação da forma foi estabelecida em sede de direito comercial é eivada de controvérsias, sendo tema de relevantes e ainda inconclusivas discussões, de sorte que se questiona, além da validade dos dispositivos, também sobre a real possibilidade de se chamar tal instituto de novação, tendo em vista o disposto no Código Civil em seus artigos 360 e seguintes, que tratam do assunto.

Trataremos aqui das dificuldades encontradas pelos doutrinadores e operadores do direito no que diz respeito ao disposto no artigo 59 *caput* sobre a manutenção das garantias. Daí decorre outro conflito além da possibilidade de caracterizar o instituto como novação, qual seja o presente no §1º do artigo 49 da lei, o qual determina que os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Nesta esteira de discussões alguns pontos merecem relevante destaque, quais sejam: (i) se é válida a extensão das garantias a despeito do consentimento do garantidor quando ocorre a novação; (ii) se é possível vincular fiador e avalista considerando o caráter particular de cada uma dessas garantias; e (iii) se o credor pode cobrar a dívida original dos garantidores, ou se a novação aplica-se também a eles, tendo em vista a ausência de segurança ao garantidor e o escopo da nova lei.

Assim, por meio da exposição do conceito e características do instituto da novação no Código Civil, buscaremos analisar como se dá a novação na nova lei de falências e recuperação de empresas no que tange especialmente às garantias relativas a fiança, aval e demais obrigações solidárias.

2. A NOVAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

2.1. Conceito

A Lei de Recuperação de Empresas e Falências aqui tratada inclui em seu texto o instituto da novação regulado pelo Código Civil, cuja análise possui grande importância para o desenvolvimento do estudo que seguirá doravante com vistas a analisar como se dá a novação na lei falimentar.

A novação constitui modalidade de extinção contratual de uma obrigação em decorrência da constituição de outra nova, a qual ocupa o lugar da primeira¹ (COSTA, 2009, p. 1111). Outro não é o entendimento de Judith Martins-Costa (2005, p. 563), que define o instituto pela extinção e criação de relação jurídica por efeito do mesmo ato e segundo quem é este o mais relevante traço da novação, sem cuja compreensão é impossível apreender o instituto, bem como e sua funcionalidade e eficácia.

Por ser uma forma indireta de pagamento, a novação é, portanto, um dos elementos extintivos da obrigação. Consoante Miguel Maria de Serpa Lopes (1966, p.

¹ Acrescenta Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 412 e 413) que a obrigação superveniente nasce com o fim específico de extinguir a primeira. Ressalta, porém, que a novação é modo de extinção de *obrigações* e não de contratos ou negócios jurídicos. Considerando as obrigações enquanto *efeitos* dos contratos, o autor diz que pode haver novação sem que haja a extinção do contrato que gerou as obrigações a serem extintas. Cabe notar que tal observação não foi tema de discussão entre os demais doutrinadores aqui citados, de sorte que é preciso ter cautela ao adotá-la.

254), o instituto diverge, por exemplo, de outros meios para se atingir o mesmo fim como a sub-rogação pessoal, na qual o pagamento se dá com a subsistência do mesmo débito, que apenas passa para novo credor. Na novação, ao contrário, é produzido um novo débito com força extintiva do anterior.

Segundo o mesmo autor, diverge a novação também da dação em pagamento, em que o conteúdo é substituído por um elemento diverso, suscetível, porém, de retomar o débito extinto se houver evicção, de sorte que tal extinção passa a ser relativa, ao contrário da extinção novativa, que é absoluta.

Judith Martins-Costa (2005, p. 597) acrescenta ainda que a novação também não é a pactuação de uma garantia hipotecária, a dilação do prazo, a notificação da taxa de juros, ou a transformação meramente formal do ato, a emissão de uma cambial, nem mesmo a redução do preço de aluguéis sem a modificação do título obrigacional, a tolerância do credor em relação a um ato do devedor ou, ainda, a prorrogação de prazo concedida pelo credor.

O Código Civil Brasileiro em seu artigo 360 determina que a novação ocorre fundamentalmente em três situações: (I) quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior; (II) quando o novo devedor sucede ao antigo ficando este quite com o credor²; e (III) quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

Observa-se que em todos os casos a lei fala em *nova obrigação*. Há que se dizer, conforme acima, que não se trata simplesmente de uma nova dívida que soma-se à anterior, mas do contrário, tem por objetivo extingui-la, no estrito sentido do

² Note-se que, ao contrário do que ocorre no caso de sucessão de dívida, o inciso II do presente artigo não trata de sucessão, muito embora empregue o termo “sucede”. O novo devedor assume dívida própria, o que, consoante Judith Martins-Costa diferencia a novação da assunção de dívida alheia. (2005, p. 522)

termo *novar*. Não se vincula duplamente as partes, mas faz-se com que assumam nova obrigação *no lugar* da que existia anteriormente, ou, em outras palavras, verifica-se com a novação a “conversão de uma obrigação em outra” (BEVILAQUA, 1931, p. 133). Assim, temos que trata-se a novação de um ato jurídico que cria e extingue ao mesmo tempo, não havendo por um momento sequer a sobreposição de obrigações para as partes³.

Não podemos dizer, portanto, que a novação tem por *efeito* a extinção da obrigação primitiva, mas que é em si mesma um *modo* para se atingir tal fim ou, ainda, que representa a sua própria eficácia. A criação e extinção simultâneas de obrigações e quaisquer vínculos daí resultantes constituem em si o próprio conceito de novação⁴ (PONTES DE MIRANDA, 1984, A, p.70).

2.2. Requisitos ou pressupostos da novação

A novação, segundo a doutrina clássica, apresenta dois principais requisitos, quais sejam: o *animus novandi* e o *aliquid novi*. A doutrina contemporânea, representada aqui pela Professora Doutora Judith Martins-Costa, acrescenta ainda outros dois: o acordo entre as partes⁵ e a existência de dívida anterior.

Dada a ausência de consenso doutrinário a respeito, para efeitos do presente trabalho, adotaremos, assim como o fez Jorge Cesa Ferreira da Silva (2007, p. 430),

³ Segundo Pontes de Miranda (1984, A, p. 70), “[...] a nova dívida é posterior, mas constituir-se e extinguir foram num só instante: extinguiu, constituindo-se; constituiu-se para extinguir.”

⁴ Pontes de Miranda (1984, A, p. 70) ressalta ainda que, muito embora a doutrina utilize largamente o termo “obrigação”, refere-se em realidade à dívida, e portanto ao crédito, podendo abranger toda a relação jurídica, ou apenas uma dívida em específico, em relação, por exemplo, a prestação de aluguel.

⁵ Importante notar que ao referir-se ao acordo entre as partes Judith Martins-Costa não trata do mesmo enquanto requisito geral do negócio jurídico, mas como manifestação expressa da vontade das partes em novar a obrigação. Disto extrai-se que deve haver intenção declarada das partes, e não apenas adesão a cláusulas ou condições pré-estabelecidas. (2005, p. 508).

apenas três deles, cuja explicação segue abaixo⁶, quais sejam: *animus novandi*, *aliquid novi* e *prior obligatio*.

2.2.1. *Animus novandi*

O primeiro requisito da novação é tratado pelo artigo 361 do Código Civil, o qual determina que não havendo vontade de novar, não há novação. Em outras palavras, a simples reprodução da obrigação não tem efeito novativo, isto é, para que o negócio jurídico posterior se constitua, é preciso que exista a intenção dos figurantes caracterizada pela “manifestação de vontade negocial” (PONTES DE MIRANDA, 1984, T.25, p. 77).

Entendemos assim que, não havendo o acordo entre as partes tem-se sim duas obrigações, e não a própria novação. Segundo Pontes de Miranda (1984, A, p. 73), o *animus novandi* pode ser tácito ou expresso, o que importa é que seja inequívoco, isto é, que tenha havido e entrado no mundo jurídico a vontade de novar de sorte que, conforme o artigo 361 supracitado, não verificado referido ânimo, a segunda obrigação apenas confirma a primeira.

Sobre isto ensina Cunha Gonçalves (1956, p. 132) que a intenção de novar é indispensável, porque uma dívida nova pode sempre ser criada ao lado de uma antiga. Assim, se o credor não consentiu em perder sua primeira ação, as duas obrigações subsistirão lado a lado. Deste modo, não se pode dizer que os meios encontrados pelas partes para facilitar o cumprimento da obrigação constituam novação se elas assim

⁶ Ao discorrer sobre a interpretação do acordo, Judith Martins-Costa trata de temas como a intenção declarada das partes, ou *animus novandi*, boa-fé, usos e costumes, função social do contrato e interpretação mais favorável ao aderente, com foco sobretudo nos contratos de consumo. Por não constituírem tais contratos, porém, o objeto do presente trabalho, decidimos pelo não aprofundamento no tema. Vale, contudo, indicar ao leitor interessado, a consulta da obra, uma vez que apresenta análise com sólidos fundamentos no que tange principalmente aos contratos agrícolas.

não o declararam expressamente. Há que se dizer assim que, se não se altera nem a natureza, nem o objeto da prestação, trata-se de simples renegociação.

É, pois, erro grave afirmar que basta haver dívida nova para que haja novação. Isto porque a novação não é simplesmente uma questão de direito, mas sobretudo uma questão de fato, visto que tem de ser expressamente estipulada ou deduzir-se claramente dos termos do contrato (CUNHA GONÇALVES, 1956, p. 136).

2.2.2. *Aliquid novi*

O segundo requisito da novação é o *aliquid novi*, isto é, o elemento novo que caracteriza a diferença entre a antiga e a nova obrigação. Assim, se apenas se altera o que existia e sua essência persiste, não se pode dizer que tenha havido novação. Neste sentido, as mudanças de prazo, o aumento ou diminuição da prestação devida, as alterações nas taxas de juros, o pagamento parcial da dívida ou alternativa, entre outros, não constituem novação (PONTES DE MIRANDA, 1984, A, p. 73).⁷

Consoante Cunha Gonçalves (1956, p. 130), a diferença entre as obrigações deverá estar em seus elementos basilares. Isto significa que tal diferença deve ser derivada da substituição de sua causa ou objeto (novação objetiva), de um dos contratantes (novação subjetiva), ou de todos os elementos, já que nada obsta que a novação seja simultaneamente objetiva e subjetiva, conforme veremos adiante.

⁷ O autor adverte ainda que “(...) prorrogar não é renovar, nem novar (...)”. Neste mesmo sentido, encontramos exemplificativas decisões do Superior Tribunal de Justiça, as quais merecem ser consultadas: REsp n. 833.619-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11/05/2010, DJE 31/05/2010; AgRg no REsp 876.938-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008 e outros.

2.2.3. *Prior obligatio*

Conforme o acima exposto, a novação caracteriza-se pela substituição de uma dívida por outra. Diante disto, apenas podemos dizer que há novação quando se reconhece a existência de uma dívida anterior, comumente tratada pela doutrina como *prior obligatio*.⁸

Segundo Cunha Gonçalves (1956, p. 128), a obrigação anterior deverá ser existente e válida, pois uma dívida fantasiada, ou legalmente inexistente, por ser radicalmente nula, não pode ser novada. Se a primeira dívida se encontrar extinta ao tempo em que a segunda for contraída, não terá efeito a novação. Da mesma forma, se for absolutamente contrária à lei de tal sorte que não possa ser sanada tal contrariedade, será nula a obrigação que a substituir. Nestes e em outros casos, haverá questões importantes a serem discutidas as quais, contudo, fogem ao objeto do presente trabalho, de sorte que não trataremos aqui de tais peculiaridades⁹.

2.3. Espécies de novação

O gênero novação divide-se em duas principais espécies, quais sejam, a novação subjetiva, que pode ser subdividida em ativa ou passiva, e a novação objetiva.

A novação subjetiva ocorre quando altera-se o sujeito da obrigação, substituindo devedor ou credor por terceiro, casos em que há, respectivamente, a novação subjetiva passiva e novação subjetiva ativa.

⁸ Neste sentido: REsp n. 302134-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/05/2003, DJE 09/06/2003

⁹ Ao leitor interessado recomendam-se as obras de Pontes de Miranda e Judith Martins-Costa constantes na bibliografia do presente artigo.

A novação subjetiva passiva, prevista no inciso I do artigo 360 do Código Civil, dispensa a manifestação de vontade do devedor, uma vez que se outro promete o que ele deve, o devedor original encontra-se liberado da obrigação, quando o objetivo é novar, não havendo, pois, sucessão na dívida, já que o devedor novo assume dívida própria.

Já a novação subjetiva ativa – artigo 360, II do Código Civil -, trata da manifestação da vontade do devedor como algo fundamental, dada a substituição do credor, a qual, por constituir novação da obrigação, necessariamente exclui, por exemplo, cessão de créditos ou sub-rogação, o que implica a geração de efeitos completamente distintos, uma vez que os referidos institutos se dão sobre a obrigação original, a qual, no caso da novação, é extinta.

Finalmente, a novação objetiva constante do inciso III do mesmo artigo ocorre, conforme já dissemos, quando se muda o objeto da dívida em decorrência do negócio jurídico novativo. Assim, se, por exemplo, A deve a B dada soma em dinheiro e, não podendo apurar tal soma, obriga-se a entregar a ele terreno de sua propriedade com valor equivalente.

Ocorre também a novação objetiva quando se altera a natureza ou a causa da dívida. Exemplifica tal situação o devedor de um capital que, em vez de restituí-lo, obriga-se a dar ao credor uma pensão vitalícia (CUNHA GONÇALVES, 1956, p. 142). Verifica-se, neste caso, que houve alteração na própria natureza da obrigação, ao contrário do que aconteceria se, por exemplo, fosse fixada indenização por perdas e danos em decorrência de um fato qualquer, que não constitui a novação da obrigação anterior, uma vez que não se verifica a substituição do objeto da obrigação original.

2.4. Eficácia da Novação

O ato novativo apresenta fundamentalmente duas eficácias, quais sejam a extintiva da dívida antiga e a criadora da nova dívida, ambas distintas entre si (MARTINS-COSTA, 2005, p. 577)¹⁰. Neste sentido, diz Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 252): “os efeitos da novação aparecem como um consectário lógico de sua própria estrutura”.

Em outras palavras, temos que a função primeira do instituto, como já dito, é extinguir a obrigação antiga, substituída pela nova, no intuito de libertar as partes do vínculo original. A novação constitui, pois, um “acordo liberatório”, do qual decorrem importantes conseqüências, as quais veremos a seguir.

Entende a doutrina que a novação, além de extinguir o crédito anterior, afastando, portanto, a mora, extingue também as obrigações a ele acessórias. Neste sentido, conforme classificação proposta por Serpa Lopes (1966, p. 269-270)¹¹ teria a novação os seguintes efeitos:

1) Imediata paralisação dos juros inerentes ao débito;

2) Desaparecimento do eventual estado de mora;

3) Extinção de todos os acessórios e garantias da dívida sempre que não houver estipulação em contrário, o que importa o desaparecimento automático das garantias reais, hipotecárias, pignoratícias e anticréticas, cauções e garantias fidejussórias, sendo certo que não aproveitará ao credor ressalvar a hipoteca, anticrese

10 Retomando o que disse Pontes de Miranda (1984, T. 25, p. 70), Judith Martins-Costa (2005, p. 578) afirma que não há na novação “dois momentos” de uma mesma dívida, a que corresponderiam dois negócios jurídicos – o extintivo e o novativo -, não havendo assim, sucessão ou retroação da nova dívida no que tange à sua eficácia.

11 Entendimento compartilhado por Judith Martins-Costa em seus Comentários ao Código Civil: Direito das Obrigações (2005, p. 590)

ou penhor, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não for parte na novação, conforme determina o artigo 364 do Código Civil;

4) Nos casos em que haja solidariedade, a novação operada entre o credor e um dos devedores solidários ou alguns implica a manutenção das preferências e garantias do crédito novado somente do co-devedor que contraiu a nova obrigação, estando os demais devedores, por este fato exonerados da obrigação original, conforme a regra do artigo 365;

5) Extinção da anterior ação resolutória por carência de objeto;

6) Perda pelo devedor do benefício das exceções resultantes da dívida original;

7) Perda do direito de ação regressiva pelo credor em face do devedor antigo, caso o novo seja insolvente, salvo se a substituição sucedeu por má-fé (artigo 363);

8) Havendo fiança, encontra-se o fiador desonerado nos casos em que a novação tenha sido feita sem o seu consenso com o devedor principal, na forma do artigo 366 do Código Civil.

Como já dito, a novação extingue todos os direitos, pretensões e acessórios da dívida novada. Quanto a isto, ressalta Caio Mário que, aliás, não seria de boa dedução jurídica que, extinta a obrigação principal, prevalecessem os acessórios como tais (PEREIRA, 2005, p. 252).

Consoante Arnaldo Rizzardo (2006, p. 282) ao tratar das cédulas de garantia, se a novação importa em criar nova obrigação com a extinção da original, não podem existir cédulas rurais ou industriais, hipotecárias, pignoratícias ou outras, admitidas unicamente para financiamentos específicos. Desta forma, uma vez efetuado o pacto novativo, é mister que não mais persistam tais obrigações.

Desaparecem com o contrato original, portanto, a mora, os direitos reais de garantia, a fiança a ele relacionados, entre outras garantias, salvo se o garantidor dispuser em contrário, ocasião em que se estenderão a ele os efeitos da novação, conforme determinam os artigos 364 e 366 do Código Civil¹². Quanto à referida faculdade, há que se dizer que a estipulação em contrário deverá ser submetida ao consentimento de todos aqueles a quem a mesma possa ser oposta, sob pena de não prevalecer sobre a regra geral.

Sobre isto, conclui Caio Mário (2005, p. 252) que os privilégios e garantias da obrigação original podem ser mantidos na nova, desde que haja acordo expresso e, nos casos em que provenham de terceiros, mediante sua participação no ato novatório.

Ao permitir que as garantias fossem mantidas, desde que com a anuência do garantidor, buscou o legislador permitir certa economia procedimental, já que, mantendo as garantias originalmente contratadas, o devedor principal não teria maiores desgastes em conseguir novas garantias quando novada a obrigação (SILVA, 2007, p. 446).

Explicação complementar encontramos em PONTES DE MIRANDA (1984, A, p. 112), segundo o qual para que a previsão do artigo 364 seja possível, é preciso que a migração das garantias da obrigação original para a nova obrigação, aconteça

¹² No mesmo sentido SILVA, 2007, p. 445.

antes que se produzam os efeitos novatórios, após o que considerar-se-ão extintas não apenas as dívidas, mas também as garantias a elas relacionadas.

Desta feita, não verificada referida migração, temos que qualquer pacto já configura, em si, um novo contrato não se caracterizando, portanto, a novação no que tange às garantias reais de hipoteca, penhor, anticrese ou outra caução qualquer.

Voltaremos a tratar adiante dos tipos de garantia acima expostos afetados pela novação, com o objetivo de analisar se o tipo de garantia importa solução específica no que tange à relação entre credor e devedor, e entre este e seu garante. Por hora cabe-nos adentrar o tema relativo à Lei 11.101/2005 na parte em que trata da novação em específico.

3. A NOVAÇÃO NO DIREITO FALIMENTAR

3.1. Novação no Dec. Lei 7.661/1945

Na vigência do Decreto Lei 7.661/ 1945 a novação era tratada no artigo 148, segundo o qual “a concordata não produz novação, não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores deste com os responsáveis por via de regresso”. Em se tratando de instituto jurídico limitado às relações diretas entre credor e devedor era mesmo de se esperar que não desonerasse os coobrigados com o devedor, uma vez que as relações entre estes não era afetada.

O dispositivo era bastante claro. Observava-se sem dificuldades que a extinta concordata não implicava novação, de modo que, iniciado o procedimento, não adquiria o credor novo direito decorrente do negócio jurídico novatório. Ausente novo direito e igualmente ausente o novo título, a concordata não desonerava os referidos

garantidores, que continuavam vinculados à obrigação originalmente assumida (BOSISIO, 1947, p. 289).

Naquele contexto, mantinha o credor o direito de cobrar a obrigação do garantidor em sua integralidade, cabendo, porém, a este o direito de regresso limitado ao valor acordado entre aquele e o devedor no processo da concordata (art. 148, Dec. 7.661/1945).

Assim, quanto mais alta fosse a porcentagem oferecida em pagamento pelo devedor principal em relação à dívida original, menor seria o prejuízo dos garantidores (VALVERDE, 1999, p. 263), já que os mesmos encontravam-se sujeitos aos efeitos da concordata quanto ao prazo de pagamento e redução do crédito. Isto porque, não obstante tendo adimplido a obrigação frente ao credor em sua totalidade, o garante teria direito apenas a receber o que fora estipulado na concordata sobre o respectivo crédito.

Desta forma, consoante Fabio Konder Comparato (1995, p. 493 e ss), os co-devedores e fiadores não poderiam opor ao credor, a título de exceção à cobrança do crédito, as alterações de prazo ou de valor decorrentes da concordata. Para explicar a questão, o autor remonta à teoria dualista da relação obrigacional, segundo a qual em toda obrigação normal há duas relações jurídicas perfeitamente distintas: a relação de débito-crédito e a de garantia-responsabilidade¹³.

¹³ Ensina Comparato a respeito da teoria dualista da relação obrigacional: “A relação crédito-débito tem por objeto uma prestação do devedor, isto é, um comportamento voluntário deste, consistente num *dare*, num fazer ou não fazer. A relação garantia-responsabilidade, diversamente, tem normalmente por objeto o patrimônio do responsável e, só excepcionalmente, sua liberdade física. Por outro lado, a relação crédito-débito coloca as partes em pé de igualdade e tem por finalidade o pagamento, entendido em seu mais amplo significado, como satisfação do interesse do credor e solução do vínculo obrigacional. Mas o pagamento é sempre um ato voluntário do devedor ou de alguém por ele, não se podendo logicamente falar em pagamento forçado. Uma vez inadimplida a obrigação, porém, a relação crédito-débito cede lugar à de garantia-responsabilidade, em que as partes já não se encontram em

No caso em questão, o fiador assume responsabilidade própria por dívida alheia, o que, por consequência, lhe confere o direito de regresso contra o devedor principal sobre tudo o que pagou. Ocorre que a obrigação deste também se decompõe em dívida e responsabilidade. Assim, quando a lei suspende ou suprime a responsabilidade do devedor principal, como é o caso da concordata, sem tocar na dívida, o fiador se vê sujeito a satisfazer coativamente o credor, sem poder agir regressivamente contra aquele devedor.

Conclui Comparato que seria absurdo estender o benefício legal concedido de modo personalíssimo ao comerciante ao seu fiador como defesa para o não pagamento da dívida afiançada. Segundo o autor, no caso da concordata se está diante de um *jus speciale* que, apesar de seu caráter transitório, não se aplica à generalidade das pessoas, mas a um tipo especial de devedor. Assim, tem-se que a concordata concedida a um dos coobrigados ou ao devedor principal não aproveita aos demais, nem ao fiador. (COMPARATO, 1990, p. 496)

Na mesma esteira ensinou Pontes de Miranda (1984, B, p. 108) que dada a ausência de eficácia novativa da concordata no tocante aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, os créditos quirografários não eram substituídos por créditos novos, não havendo, portanto, a extinção dos mesmos de sorte que persistiam podendo ser eventualmente diminuídos ou renegociados a fim de garantir possibilidade, ainda que remota, de recebimento.

Neste sentido, conforme os demais, afirmou o mesmo autor (PONTES DE MIRANDA, 1984, B, p. 108) que os coobrigados com o concordatário ficavam incólumes, podendo os credores agirem contra eles de forma independente. Tínhamos, pois que, se o credor recebesse a porcentagem da concordata, poderia voltar-se contra

posição igualitária. O responsável não é apenas o titular de um dever jurídico, ele está em estado de sujeição, isto é, põe-se em situação de sofrer os efeitos jurídicos da iniciativa do titular da pretensão, que pode investir sobre os bens do responsável, dispensando inteiramente a vontade deste.” (1990, p. 492-493)

o coobrigado para obter o restante do crédito que completaria o seu pagamento integral. E mais ainda cobrar diretamente do coobrigado, o qual, porém, apenas teria direito, via regresso, à porcentagem acordada entre concordatário e credor, sofrendo o prejuízo sobre o valor restante (VALVERDE, 1999, p. 263).

Finalmente, o revogado decreto em seu artigo 150 previa a possibilidade de rescisão da concordata nos casos expressamente mencionados na lei relativos ao descumprimento de norma ou obrigação legal decorrente do benefício concedido. Rescindida a concordata, era declarada a falência do devedor sem que, contudo, as partes voltassem à situação anterior. Assim, se o devedor houvesse pago aos credores alguma prestação, não ocorria a devolução, mas o pagamento era imputado para a diminuição do crédito, que iria concorrer no concurso creditório (REQUIÃO, 1983, p. 53)¹⁴.

No procedimento de convalidação da concordata em falência, não havia a necessidade de se fazer nova habilitação. Assim, concorreriam os credores pela importância total do crédito, uma vez que as porcentagens obtidas em acordos durante a concordata deixavam de existir. Disto conclui-se que a concordata não estabelecia novação, confirmando o disposto no artigo 148 da mesma lei.

3.2 Novação na Lei 11.101/2005

3.2.1. Contexto e objetivos da nova lei

A Lei 11.101/2005 veio para substituir o Decreto Lei 7.661/1945, instrumento elogiável, contudo anacrônico, uma vez que não mais se coadunava com a realidade das relações empresariais. Assim é que o legislador buscou criar condições e meios

¹⁴ No mesmo sentido, Jorge Lobo, 1999, p. 147 e seguintes.

para a utilização produtiva dos bens e recursos disponíveis, com vistas a contribuir para o ideal funcionamento do mercado, dando continuidade ao que se iniciou na Constituição em seu artigo 170, que trata da Função Social da Empresa.

Incorporando medidas que vinham sendo adotadas anos antes de sua publicação, a nova lei de falências e recuperação de empresas surgiu com uma mentalidade já conhecida da prática comercial, porém sensivelmente inovadora no campo jurídico, qual seja a da eficiência na aplicação dos recursos disponíveis a fim de obter resultados globais mais interessantes, que atendam a um maior número de envolvidos.

A recuperação de empresas, instituto que assumiu o lugar antes ocupado pela concordata, sendo talvez a mudança mais relevante trazida pela nova lei, reflete bem a idéia da eficiência. Diferentemente da concordata que visava a preservação do interesse dos credores da empresa, excluindo do meio empresarial o empresário inapto a exercer sua atividade, a recuperação judicial prioriza as possibilidades de sobrevivência do negócio de sorte a propiciar o restabelecimento do empresário no mercado. Neste sentido, vai além do binômio credor *versus* devedor, buscando atingir todos os demais agentes envolvidos em sua operação, assim como o funcionamento da economia, naquilo em que lhe diz respeito.

O texto ultrapassa os limites do mero tratamento da incapacidade de pagamento, buscando alcançar o equilíbrio entre os direitos e interesses dos credores, empregados, fisco, instituições de crédito e toda a rede de agentes relacionados com a empresa insolvente com vistas à manutenção da atividade econômica.

Desta forma, o novo instituto pretende garantir acima de tudo a continuidade da atividade da empresa de maneira eficiente por meio da agregação de valor a ela, e pela geração maior bem-estar aos seus investidores, trabalhadores e credores, e da

melhoria das condições do crédito para a economia, diminuindo assim os riscos de suas operações. Em outras palavras, trata-se de contribuir para o desenvolvimento do país, por meio da criação de alternativas para a recuperação de empresas em dificuldade, e da garantia do emprego e da continuidade da atividade econômica.

Neste contexto, a insolvência passa a ser vista como um fenômeno digno de cuidados, porém passageiro. O processo de recuperação da empresa prioriza o restabelecimento de sua viabilidade econômica por meio de um efetivo e sólido procedimento que abrange a todos os envolvidos exigindo de cada um postura comprometida para se atingir o fim comum, qual seja o do restabelecimento das condições necessárias para o exercício da atividade empresarial¹⁵.

Além dos princípios da preservação da empresa e da recuperação das sociedades e empresários, segundo o qual o Estado deve oferecer instrumentos e condições para que a empresa se recupere sempre que for possível a manutenção de sua estrutura organizacional ou societária, temos também o princípio da *redução do custo do crédito* (TEBET, 2005, p. 30).

Consoante tal princípio, é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com a preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência e de renegociação na recuperação judicial, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a um custo menor nas atividades produtivas com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

Neste contexto, a novação das obrigações surge como um importante mecanismo para permitir que os credores sejam satisfeitos sem, contudo, prejudicar a atividade empresarial, garantindo seu restabelecimento. Assim, por meio da

¹⁵ A respeito do acima exposto, consultar, a título de aprofundamento, os autores que comentam a Lei 11.101/2005 tais como: Marcos Lisboa e outros (2005), Jorge Lobo (2007), Eduardo Secchi Munhoz (2007), Rachel Sztajn (2007), Ramez Tebet (2005), entre outros.

manutenção das garantias nos moldes do artigo 49 §1º da Lei 11.101/2005 o credor se vê protegido, de forma que a possibilidade de o devedor entrar em recuperação não represente um contra-incentivo à realização de negócios.

Em contrapartida, conforme veremos, a mesma ferramenta que oferece maior segurança aos credores, garantindo a continuidade do estabelecimento de relações negociais, representa também um importante óbice aos garantidores dos referidos contratos. Isto porque, a manutenção compulsória de garantia quando da novação, além de ser, por vezes, inválida, pode significar excessiva onerosidade aos fiadores, coobrigados e demais obrigados de regresso, a qual torna desinteressante oferecer garantias às empresas de modo geral.

Assim, observa-se que ao mesmo tempo em que os negócios são incentivados por meio da segurança conferida aos credores, o crédito resta sobremaneira comprometido tendo em vista o total desamparo que se coloca em relação aos garantidores.

Isto posto, trataremos agora da novação prevista na Lei 11.101/2005 dos problemas que dela podem surgir no que tange à manutenção das garantias.

3.2.2. Manutenção das garantias

Os dispositivos da Lei 11.101/2005 que tratam da novação e da manutenção das garantias são, respectivamente, o artigo 49, § 1º; 59 e 61, §2º¹⁶. Ao contrário do extinto Decreto-lei 7.661/1945, a nova lei de falências e recuperação de empresas

¹⁶ Não obstante devam ser, conforme o entendimento de Pereira Calças (2009), abordados conjuntamente, para efeitos do presente trabalho trataremos os artigos 49 e 59 em separado do artigo 61, o qual trata especificamente da condicionalidade a que está sujeita a novação, tema que, ao nosso ver, merece ser discutido em separado, de sorte que não será abordado aqui.

estabelece expressamente que a aprovação do plano de recuperação judicial acarreta a novação dos créditos anteriores ao pedido obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, *sem prejuízo das garantias*.

Consoante os artigos acima citados, o credor com garantia de terceiro, ainda que se submeta aos efeitos da recuperação a que se sujeita a empresa devedora, pode perfeitamente executar o garantidor, exceção feita ao disposto no §1º do artigo 50, referente às garantias reais, cuja manutenção depende da expressa anuência do credor titular da respectiva garantia.

Percebe-se que o legislador manteve o entendimento vigente à época do revogado decreto 7.661/1945 em seu artigo 148, segundo o qual a concordata não desonerava os coobrigados, fiadores ou demais responsáveis de regresso.

Como consequência afirma Pereira Calças (2009)¹⁷, entende-se que, concedida a recuperação judicial, a novação dela decorrente afeta única e exclusivamente as obrigações da recuperanda, não atingindo, portanto, os coobrigados, fiadores, obrigados de regresso e avalistas no que toca às suas obrigações frente aos credores. Em outras palavras, entende o autor que os garantes não poderão opor qualquer exceção aos credores, devendo responder integralmente pela obrigação inicialmente assumida.

A este respeito, segundo Fábio Comparato (1990, p. 496), o garantidor não poderia se beneficiar de decisão que confere ao devedor favor legal de caráter personalíssimo, tendo em vista a teoria dualista da relação obrigacional.

¹⁷ No mesmo sentido: Jorge Lobo (2007, p. 136), Fábio Ulhôa Coelho (2005, p. 168) e outros.

O Tribunal de Justiça de São Paulo confirma tal posição, dado que a majoritária jurisprudência segue no sentido de que a concessão de recuperação judicial à empresa devedora não afeta as garantias oferecidas aos débitos sujeitos ao procedimento, de sorte que continuam os credores autorizados a cobrar as dívidas dos coobrigados, fiadores e demais obrigados de regresso pelo valor *integral* da obrigação inicialmente contratada¹⁸.

Consoante entendimento do TJSP, a obrigação do avalista, por exemplo, enquanto devedor solidário, é autônoma e não sofre influência do fato de o devedor principal estar em recuperação judicial. Isto porque tal procedimento não atinge os direitos de crédito detidos em face dos devedores solidários e coobrigados, podendo o respectivo titular exercê-los em sua plenitude¹⁹.

Semelhante é a previsão da lei argentina de número 24.522 que, naquele país, cumpre o papel da nossa Lei 11.101/2005. Em seu artigo 55 o referido diploma dispõe que em qualquer caso, o acordo homologado, equivalente ao nosso plano de recuperação, tem como consequência a novação de todas as obrigações com origem ou causa anterior ao processo, não estando, assim como na legislação pátria, extintas as obrigações do fiador ou dos demais devedores solidários.

A este respeito, a doutrina comparada (RUILLO e GOUTLIEB, 2007, p. 660) citada por Pereira Calças (2009) considera o instituto da novação em sede concursal ou, para nós, recuperacional, como distinto daquele previsto no regime civil, uma vez que não causa a extinção das obrigações dos garantidores, de sorte que

¹⁸ A este respeito, exemplificativamente tempos: Agravo de Instrumento n. 7.067.494-5, Rel. Sampaio Pontes, DJ 24/01/2006. No mesmo sentido Agravo de Instrumento n. 7.180.757-7, Rel. Roberto Bedaque, DJ 27/11/2007

¹⁹ A título de exemplo, leia-se o disposto nos seguintes julgados: Apelação n. 990.10.186447/SP, Rel. José Reynaldo, Décima Segunda Câmara de Direito Privado, DJ 09/06/2010. No mesmo sentido, Apelação n. 990.10.003664-5, Rel. Rizzato Nunes, Vigésima Terceira Câmara de Direito Privado, DJ 07/04/2010 e Agravo de Instrumento n. 990093133873, Rel. Heraldo de Oliveira, Décima Terceira Câmara de Direito Privado, DJ 10/02/2010.

estariamos frente a dois institutos parcialmente diferentes. Resta-nos saber em que medida isto é possível.

A legislação comercial, ao contrário da civil, não obstante reconhecer a novação, não extingue as garantias com as quais contava o credor do crédito novado. Disto entendemos que o legislador previu na Lei 11.101/2005 uma exceção ao disposto no Código Civil, em seu artigo 364 que permite a manutenção das garantias quando assim estipulado *entre as partes*.

Muito embora a regra geral do Código Civil determine que desaparecem com o contrato original, a mora, os direitos reais de garantia, a fiança a ele relacionados, entre outras garantias, existe a possibilidade de que o garantidor disponha em contrário, ocasião em que se estenderão a ele os efeitos da novação, conforme determina o artigo 364 do Código Civil²⁰.

Jorge Lobo ao discorrer sobre o tema (2007, p. 177) sustenta que não obstante a doutrina considere preenchida a lacuna da lei civil apenas nos casos em que haja mútuo consenso entre o devedor principal e seu garantidor no tocante à manutenção das garantias, é legítimo considerar também como hipótese de estipulação em contrário a própria determinação legal, sobretudo por se tratar de norma de ordem pública.

Seria de boa dedução jurídica, pois, considerarmos que a expressão “salvo estipulação em contrário” prevista no Código Civil não se limita apenas ao acordo entre as partes, mas também à previsão legal expressa a este respeito. Desta forma, o

²⁰ No mesmo sentido SILVA, 2007, p. 445.

fato de a novação prevista na Lei 11.101/2005 prever a manutenção das garantias não seria motivo para especularmos a criação, pelo legislador, de exceção à regra civil²¹.

Há que se dizer, porém, que a rigor tal possibilidade, isto é, de considerar a disposição legal como sendo a “estipulação em contrário” prevista no artigo 366 do Código Civil constitui argumento problemático, tendo em vista o que dispusemos sobre a novação no início do presente trabalho. Como vimos, o instituto constitui meio extintivo de obrigação o que, a rigor, faz com que extinga-se não apenas a obrigação principal, mas também as acessórias, exceção feita se houver expreso consentimento das partes.

Ao tratarmos do assunto, importa destacar a questão relativa ao direito de regresso de que dispõe o garantidor frente ao devedor principal. A este respeito, a legislação comercial brasileira nada dispôs no sentido de determinar os termos em que os garantes poderiam receber seu dinheiro de volta uma vez cumprida a obrigação frente ao credor.

Sobre este assunto a lei portuguesa por seu turno foi além da legislação pátria ao delimitar em que condições tais garantias seriam mantidas. O Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas português (Decreto-Lei n. 200/2004) em seu artigo 217, IV determina que as garantias relativas à obrigação original poderão ser exigidas dos garantidores, os quais, porém, apenas poderão agir contra o devedor em via de regresso nos termos em que o credor que a eles opôs a obrigação poderia exercer contra os mesmos.

Vemos, pois, que, consoante o legislador lusitano, poderá o credor exigir do garantidor o pagamento integral da dívida, porém, este apenas poderá cobrar do

²¹ Podemos ter como objeto de discussão a manutenção de garantias que gozam de privilégios de constituição especiais, tais como a fiança e o aval, a respeito dos quais, por conta disto, discorreremos mais a frente.

devedor original o montante relativo ao crédito novado. Disto surge um importante problema do qual a despeito da falha legislativa no que toca ao direito de regresso, não estamos livres, qual seja o a criação de obstáculos à concessão de garantias.

Há quem diga que o garantidor, a rigor, não perdeu nada além do que previa perder quando da concessão da garantia. Isto seria verdade na situação em que os valores daí decorrentes, uma vez pagos ao credor, pudessem ser recuperados em sede de regresso. Ocorre que, como vimos, não apenas os tribunais, mas parte relevante da doutrina entende que tal reembolso respeitará os limites do crédito novado, colocando-se assim o garantidor em evidente situação de desvantagem em relação aos demais envolvidos.

Além disto, resta duvidosa a questão a respeito da viabilidade jurídica entendida enquanto possibilidade legal da manutenção das garantias a despeito da novação que, a princípio, extinguiria junto com as obrigações principais, também as acessórias desonerando assim os garantidores.

Conforme introduzido acima, o processo de recuperação judicial prioriza o restabelecimento da viabilidade da empresa por meio de um efetivo e sólido procedimento que abraça a todas as partes, através do oferecimento de condições e incentivos para que atinjam o fim comum. Disto decorre a necessidade de se oferecer a segurança necessária a todos os envolvidos de modo que se sintam em condições de contribuir para o bom desempenho do plano.

Ocorre que no cenário construído pela Lei 11.101/2005, em que os garantidores apenas têm o direito de receber em regresso os valores correspondentes à dívida novada, arcando sozinhos com a diferença entre ela e o que foi efetivamente pago por eles, ou ainda vêm suas obrigações mantidas não obstante a extinção da obrigação principal, observa-se uma situação de relevante desequilíbrio não apenas

em relação ao próprio garantidor, mas inclusive, e principalmente, em relação aos objetivos da lei de falências e recuperação de empresas.

Sabemos que a garantia, assim como o crédito, é condição necessária para a realização de negócios de natureza econômica. A ausência dela acarreta forte insegurança ao mercado e, com isto, a redução nos contratos ou, ao menos, seu encarecimento, como forma de compensação de eventuais perdas²².

Do modo como a questão tem sido conduzida pelo TJSP, não se pode esperar outro resultado que não a redução da prestação de garantias, com a conseqüente diminuição ou encarecimento dos contratos. Tal situação vai, evidentemente, de encontro com os objetivos da nova lei no que tange ao oferecimento de condições para que a empresa se restabeleça e consiga manter-se de forma saudável no mercado.

Sabe-se que a lei tem, como uma das formas de atingir seus objetivos, o oferecimento de um ambiente confortável e seguro aos credores, enquanto atores de destaque no processo. É de se entender assim, que a interpretação dada ao seu conteúdo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo tenha como finalidade garantir tais interesses de sorte a incentivar que os credores não apenas aprovem o plano, mas, sobretudo, que não criem empecilhos ao seu desenvolvimento.

Entretanto, há que se dizer que estes objetivos seriam perfeitamente atingidos se outro fosse o entendimento, do qual trataremos a frente, qual seja o de conferir às garantias as mesmas condições do crédito novado, como forma de promover um ambiente igualmente justo e seguro a todos os envolvidos, quais sejam, devedores, garantidores e credores.

²² Sobre o tema, consultar TEBET, Senador Ramez. Lei de Recuperação de Empresas Lei 11.101/2005. SENADO FEDERAL. Brasília, 2005.

Ensina Rachel Sztajn (2007, p. 229), que não obstante a exceção aberta aos casos tratados pelo §1º do artigo 50 da lei, há convergência entre os objetivos de manutenção da atividade empresarial visados pelo legislador e o sistema jurídico criado se entendermos que as obrigações acessórias seguem a sorte das principais, quais sejam, os créditos.²³

Isto porque, consoante ensina Manoel Justino Bezerra Filho (2009), situação diversa a esta, frustraria o próprio espírito da lei, que pretendeu dar a oportunidade de recuperação ao devedor em crise. Em outras palavras, pretendeu o legislador que não houvesse qualquer tipo de bloqueio à aprovação do plano por parte dos envolvidos, assegurando assim maiores possibilidades de sucesso a ele. Desta forma, estariam tais garantias mantidas, porém de forma subordinada ao mesmo regime imposto ao crédito garantido de sorte a não prejudicar os co-obrigados, fiadores e demais obrigados de regresso, sem os quais a realização de negócios pela recuperanda não teria sido possível.

Entendimento diverso deste apresenta Eduardo Munhoz (2007, p. 293), para quem a regra da novação deve ser interpretada sempre à luz do Código Civil. Assim, se da legislação supra extrai-se que a extinção do principal implica a extinção dos acessórios, exceção feita quando houver estipulação em contrário *pelas partes*, não há que se falar em obediência à estipulação em contrário prevista na lei.

Alem disto, surge aqui importante questão que não se limita à extensão das garantias, mas à própria possibilidade de chamarmos o disposto na lei de “novação”.

²³ Segundo Eduardo Munhoz (2007, p. 294) o artigo 59, ao referir-se ao §1º do artigo 50, segundo o qual a supressão ou substituição de garantia real somente poderá acontecer com a concordância expressa do credor titular da respectiva garantia, completa a proteção do credor com garantia real, ao estabelecer que eventual novação do seu crédito não implicará a extinção da garantia real sobre ele incidente, salvo com sua expressa concordância, em compatibilidade com o artigo 364 do Código Civil, que deixa à autonomia das partes a definição da manutenção ou não dessa espécie de garantia.

Conforme defendido por Pontes de Miranda (1984, A, p. 74), se por força de lei é estabelecida medida emergencial que determine a adaptação dos contratos, não se pode ter a convenção entre os contratantes como novativa, dado que carece entre as partes o ânimo de novar.

Assim, em sede de recuperação judicial, consoante a doutrina acima citada, não poderíamos chamar de novação, como o faz a Lei 11.101/2005, a imposição de revisão dos contratos com vistas a permitir melhores condições de adimplemento pela empresa devedora e, conseqüentemente, a manutenção saudável de suas atividades dada a ausência de um dos pressupostos do instituto, qual seja, o supracitado *animus novandi*.

Disto decorre que, se considerarmos que o que a nova lei de falências e recuperação de empresas chama de “novação” é, em realidade outro instituto, não há que se falar em extensão dos seus efeitos às garantias, posto que, por óbvio, as mesmas não teriam porque deixar de existir. Assim, torna-se justificável o entendimento do supracitado do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual poderão os garantidores serem cobrados pelo valor integral da dívida inicialmente contratada, tendo em vista que, em realidade, não houve novação da obrigação.

Do contrário, isto é, se novação fosse, conforme o entendimento doutrinário tal posição não mereceria prosperar, uma vez que o acessório segue a sorte do principal de modo que (i) as garantias relativas à dívida anterior estariam, assim como ela, extintas ou (ii) tendo em vista as alterações de condições da obrigação principal, igualmente estariam alteradas as condições relativas às garantias.

Buscaremos respostas às questões acima levantadas por meio da análise dos institutos da fiança, aval e demais obrigações solidárias à luz da Lei 11.101/2005. Pretende-se com isto averiguar não apenas em que medida encontra-se o garantidor

obrigado, o que inclui as condições do direito de regresso contra o devedor principal tendo em vista a novação imposta pela nova lei.

Pretende-se com isto verificar se podemos aplicar à nova lei o mesmo entendimento que outrora havia em relação à concordata no que toca à manutenção das garantias, tendo em vista que o legislador agora acrescentou o requisito da novação, que implica mudanças substanciais à compreensão dos efeitos daquelas.

3.3. Manutenção das garantias em espécie

Feita a análise geral sobre a possibilidade da manutenção das garantias no caso da novação prevista na Lei 11.101/2005, passaremos agora ao estudo da viabilidade de tal conservação no que toca a tipos específicos de garantia, tais como a fiança e o aval. Trataremos ainda da questão relativa às obrigações solidárias, tendo em vista ao novo cenário imposto pela lei aos contratos e, conseqüentemente, aos obstáculos gerados à assunção de obrigações em caráter solidário.

3.3.1. Fiança

Determina o Código Civil, em seu artigo 818 que pelo contrato de fiança uma pessoa garante assegurar com o seu patrimônio o uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra, ficando pessoalmente obrigado perante o respectivo credor (COSTA, 2009, p. 888 e 889). A fiança tem por objetivo, pois, cobrir as conseqüências da mora ou culpa do devedor no que tange à sua obrigação com o credor (art. 822).

Conforme todos os demais negócios jurídicos está a fiança subordinada a determinados requisitos de validade, dentre eles a necessidade de declaração expressa do fiador. Assim, consoante o artigo 819 do mesmo código, a fiança se dará por escrito, não se admitindo interpretação extensiva a seu respeito. Desta forma, o fiador não responde senão por aquilo que declarou no instrumento de fiança, e em caso de dúvida, a interpretação deverá ser favorável a ele não se admitindo presunções nem tão pouco interpretação extensiva (PACHECO, 1947, p. 188).

A interpretação não deve jamais ser feita, portanto, no sentido de colocar a cargo do fiador dívidas que ele provavelmente não previu no contrato. Em outras palavras, a fiança se circunscreve aos limites exatos dentro dos quais foi contratada, seja quanto à pessoa, quanto ao tempo, ou quanto ao objeto. Daí decorre a razão do legislador determinar forma escrita para a existência, validade e eficácia do contrato de fiança, isto é, devido ao fato de que ela não se presume (DELGADO, 2006, p. 161).

Trata-se, pois, de um contrato de natureza formal, no qual a manifestação da vontade do fiador deve ser feita de forma expressa e inequívoca. A este respeito nota-se importante questão relativa ao disposto na Lei 11.101/2005. Podemos dizer que, ao manter válidas as garantias a despeito da novação, falhou o legislador em observar um dos requisitos do contrato de fiança, qual seja o da manifestação expressa da vontade do fiador em prestar a garantia.

Muito embora seja previsto em nosso ordenamento a fiança legal, isto é, obrigatória por lei, o mesmo não se aplica ao presente caso, posto que não se trata de fiança obrigatória a determinado tipo de contrato, mas de imposição da manutenção de fiança inicialmente prestada de forma voluntária.

Em outras palavras, quando da fiança obrigatória, as partes estão cientes das imposições legais e, com base nelas, estabelecem os limites do risco assumido. No caso da imposição feita pelo legislador em sede recuperacional isto não ocorre, na medida em que o fiador é, por assim dizer, pego desprevenido sendo obrigado a prestar garantia a qual, eventualmente, não prestaria fossem outras as condições.

Sobre a adoção de interpretação restritiva em matéria de fiança, temos, pois, que não apenas a mesma não é extensiva a toda a dívida, quando expressamente se refere a uma só parte, como também, ocorrendo a novação da dívida, se nova fiança não tiver sido constituída, o credor não pode exigir os efeitos da primeira (DELGADO, 2006, p. 173).

Neste sentido é que, cauteloso, o legislador previu, no artigo 366 do Código Civil que importa a exoneração do fiador a novação feita sem o seu consentimento com o devedor principal. Consoante Judith Martins-Costa (2005, p. 551), tal regra nem mesmo precisaria estar expressa, pois seria perfeitamente dedutível a partir dos princípios que regem a fiança, dentre eles o da interpretação restrita ora em tela.

Assim, em se tratando de uma garantia prestada por terceiro, é evidente que a lei civil tenha tido cuidados especiais com o patrimônio do fiador, que garante dívida alheia, compreendendo todos os acessórios da dívida principal, mesmo as despesas judiciais quando não limitada.

Deste modo, importante avaliar a validade da coerção legal prevista no diploma falimentar, cujo legislador não pareceu ter os mesmos cuidados que o civil. É possível concluir então que a manutenção da fiança prevista no §1º do artigo 49 pode ser relativizada se considerarmos os princípios que regem o referido instituto. Em outras palavras, não obstante a previsão da lei falimentar, é preciso considerar antes de tudo os fatores que caracterizam a fiança, respeitando-os em sua integralidade.

Disto decorre que a previsão legal que visou, a princípio, garantir maior segurança e, em consequência, maior incentivo à colaboração dos credores com a recuperação da empresa em crise, acaba por mostrar-se, no tocante ao tema presente, inócua, já que é pacífica a doutrina, e mesmo a lei civil, no sentido da necessidade de manifestação expressa do fiador para os casos de extensão ou manutenção da fiança quando alterado o contrato principal.

Além dos requisitos de validade, a fiança apresenta ainda algumas características fundamentais, dentre elas a acessoriedade e a subsidiariedade das obrigações. Em se tratando de obrigação acessória temos, no que tange ao que interessa ao objeto do presente trabalho, que extinguindo-se a dívida principal, pelas mesmas causas igualmente extinta se encontrará a fiança (CUNHA GONÇALVES, 1955, p. 159). Desta forma, ocorrendo o termo do contrato principal, extingue-se, sem qualquer manifestação das partes interessadas, o negócio jurídico fidejussório (DELGADO, 2006, p. 284)²⁴.

Sendo a fiança obrigação acessória de garantia, uma vez verificadas as causas de extinção do contrato principal, a mesma de igual modo desaparecerá. Isto porque o fiador garantiu apenas o resultado de ser cumprida a obrigação do afiançado, de sorte que verificado tal resultado, quando novada a dívida, não há razão de ser da manutenção da garantia (COSTA, 2009, p. 903).

Se nos remetermos para o disposto na Lei 11.101/2005, veremos que a partir do momento em que são novados os créditos no processo de recuperação, não faz sentido que se mantenham as garantias decorrentes de contrato de fiança, posto que

24 Quanto a isto, comenta Carvalho Santos (1977, p. 471) “A fiança é contrato de natureza acessória, e como tal, não pode subsistir independentemente da obrigação principal a que se refere. Eis porque ao fiador é lícito invocar as exceções extintivas da obrigação principal, para, por via indireta, conseguir a extinção da fiança, na sua qualidade de acessório da obrigação. As exceções que o fiador, demandado pelo credor, pode opor são as que, incidindo sobre a dívida, atingem, por consequência, a fiança. As causas capazes de extinguir a obrigação principal acarretando ao fiador o direito de invocá-las, para liberar-se da satisfação da fiança ao credor são as comuns de extinção das obrigações.”

não se pode manter algo que já não existe, vez que fora extinto juntamente com a obrigação original, objeto do negócio jurídico novatorio.

O contrário, porém, era verdadeiro quando vigente o Dec. Lei 7.661/1945, segundo o qual a concordata não produzia novação, de modo que, como efeito lógico, não desonerava os coobrigados com o devedor, tampouco os fiadores deste com os responsáveis por via de regresso. À época do revogado diploma era válida a afirmação de manutenção da fiança, já que a concordata não impunha qualquer meio de extinção da obrigação principal, de sorte que era de boa dedução jurídica que se mantivessem as obrigações acessórias de qualquer natureza.

Observa-se assim que o legislador ao propor o nova lei falimentar com boas intenções impôs a novação dos créditos a fim de garantir à empresa em crise as condições necessárias para sua recuperação. Meio para isto era também a manutenção das garantias considerando a segurança oferecida aos credores que, a partir de então, teriam incentivos para participarem do procedimento. Entretanto, falhou ao manter o disposto no revogado decreto a respeito da fiança dentro do rol das garantias previstas no artigo 49, §1º da Lei 11.101/2005.

Conforme vimos, a fiança é contrato por natureza acessório, e a novação, por sua vez, caracteriza-se pela extinção de determinada obrigação que é substituída por outra em decorrência do mesmo ato jurídico. Disto decorre que é incompatível com a própria definição dos referidos institutos que se mantenha obrigação acessória quando extinta a obrigação principal.

Concluimos assim que a manutenção da fiança para os limites da nova lei de recuperação de empresas não encontra respaldo jurídico sendo, portanto, completamente inválida e, em consequência, ineficaz para efeitos recuperacionais.

3.3.2. Aval

O aval, instituto de direito cambial, presente em nosso ordenamento nos decretos 2.044/1908 e 57.663/1966, tem por finalidade garantir o pagamento das obrigações constantes nos títulos de crédito, efetuando-o quando exigido (BORGES, 1975, p. 16). Em outras palavras, entende-se por aval a obrigação cambiária assumida por alguém – avalista – com o objetivo de garantir o pagamento do título nas mesmas condições de um outro obrigado, que pode ser tanto a própria pessoa a quem o aval é dado – avalizado -, quanto os demais avalistas ou garantidores.

Consoante Willie Duarte da Costa (2005, p. 195), o aval é uma garantia tipicamente cambiária e, como tal, não existe fora do título. Assim, o aval é ato substancialmente autônomo e, portanto, independente da obrigação garantida no que tange à sua matéria, estando àquela vinculado somente em termos formais.

Disto decorre que eventuais vícios tais quais a falsidade, a inexistência ou a nulidade da obrigação do avalizado não afetam as obrigações do avalista, não aproveitando a este as defesas pessoais, diretas ou indiretas, que àquele possa legitimamente competir (FRANCESCHINI, 1972, p. 200)²⁵.

Neste sentido, afirma João Eunápio Borges (1975, p. 34) que a propriedade característica de toda obrigação cambial é a sua perfeita independência de qualquer outra obrigação, de sorte que uma das bases do direito cambiário é a de que toda firma lançada em título de crédito formalmente válido é vinculativa por si mesma, não obstante a validade das outras firmas, entre elas a do próprio avalizado.

²⁵ Vale ressaltar que, consoante opinião de Cesare Vivante (*apud* BORGES 1975, p. 34-35), o aval decai se inexistente a obrigação avalizada.

Quanto a isto, Cesare Vivante apresenta o que se chamou de tese dualista, segundo a qual muito embora a relação entre avalista e avalizado possa ser determinada por um complexo de relações pessoais que motivaram a concessão do aval, a relação entre avalista e portador é sempre, e exclusivamente de natureza cambiária e, portanto, autônoma (VIVANTE *apud* BORGES, 1975, p. 34 e 35).

Desta forma, consoante o artigo 32, alínea 2, da Lei Uniforme de Genebra (Dec. 57.663/66), mantém-se a obrigação do avalista em relação ao possuidor, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma, ocasião em que se admite o caráter acessório do aval. Vale dizer, porém, que em qualquer outra situação que não esta sua autonomia prevalecerá sobre sua acessoriedade (BORGES, 1975, p. 37).

A autonomia e independência do aval se confirmam ainda pela ausência de vedação legal à possibilidade de o mesmo ser dado à revelia do avalizado. Neste sentido, muito embora o caráter acessório da obrigação possa dar origem a conseqüências de relevo na relação entre avalista e avalizado, fato é que, como dito, prevalece seu caráter autônomo, de sorte que cambialmente, ou seja, na relação entre avalista e possuidor do título, eventual divergência não constituirá óbice ao cumprimento da obrigação.

Retomando o conceito de aval, segundo o qual o avalista é um obrigado cambial que ocupa, neste contexto, mesma posição jurídica objetiva do avalizado, consoante o artigo 15 do decreto 2.044/1908, trataremos agora dos seus efeitos.

Importante ressaltar que o fato de o avalista ocupar a mesma posição jurídica do avalizado não implica que sua obrigação seja a mesma daquele a quem se equiparou, mas sim de mesma espécie, ou mesmo grau. Disto decorre, consoante ensina João Borges (1975, p. 165), e na mesma linha Azevedo Franceschini (1972, p.

200), que a inexistência ou invalidade da obrigação do avalizado não implica restrições de qualquer natureza à obrigação do avalista no que tange à sua validade ou eficácia, de modo que não pode este valer-se das exceções pessoais que competem ao avalizado, consoante o *princípio da inoponibilidade das exceções*.

Do princípio acima citado, vigente no direito comercial em matéria de títulos de crédito, decorre que não se podem opor ao adquirente de boa-fé quaisquer exceções não aparentes no próprio título (WIELAND *apud* BORGES, 1975, p. 171). Disto entendemos que, não estando expressa no título, por exemplo, qualquer informação a respeito de possível extinção da obrigação, como é o caso da novação aqui tratada, manterá o possuidor do mesmo sua plena capacidade de cobrar o valor devido do avalista, independentemente do que aconteça ao avalizado.

Assim, quaisquer fatos extintivos, impeditivos ou modificativos de direito decorrentes de obrigações extra-cambiais, isto é, alheias ao título, terão influência apenas em relação ao avalista e avalizado, uma vez que, consoante o princípio acima, não podem ser opostos a terceiros que não tinham, a princípio, condições de conhecê-los, posto que não dispostos no título.

Disto entendemos que, independentemente da previsão legal do artigo 49, §1º da nova lei de falências e recuperação de empresas, os direitos dos credores frente aos avalistas estariam conservados, posto que resultantes de obrigação autônoma. A partir daí é possível supor ser o aval forma de garantia interessante do ponto de vista do credor, vez que não obstante a previsão legal e possíveis divergências que em decorrência disto venham a surgir, seu direito de crédito estará garantido, representando assim um importante incentivo à sua contribuição para a aprovação do plano de recuperação judicial.

Note-se, porém, que poderá ser oposta pelo avalista exceção de pagamento quando a mesma for constante no título. No caso da novação, negócio jurídico de caráter extintivo da obrigação, seria possível imaginar situação em que, uma vez aposta no título, desobrigaria o avalista da responsabilidade decorrente do aval. Situação semelhante poderíamos verificar quando seja possível ao avalista fazer prova literal da extinção da obrigação, como, por exemplo, comprovante da quitação fornecido pelo avalizado, ou a própria decisão que homologa o plano.

Surge então a questão a respeito da possibilidade de considerarmos como prova literal de extinção da obrigação a novação obrigatória prevista na Lei 11.101/2005 em seu artigo 49, §1º e 59 *caput*, não obstante a expressa determinação de manutenção das garantias. Quanto a isto, poderíamos eventualmente dizer que, dada a extinção obrigacional expressa na lei, poderia o avalista opor ao possuidor do título o fato acontecido com a obrigação principal, ocasião em que perderia a validade a parte do artigo que determina aos coobrigados que mantenham as garantias oferecidas.

Consoante jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando ocorre a novação não há manutenção do aval, dada a extinção do título de crédito em que fora originalmente apostado. Não é outro o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o qual sem a adesão pelo avalista da repactuação, não há que se falar em responsabilidade do mesmo pela obrigação²⁶.

Na hipótese de não ter o leitor se convencido do entendimento dos tribunais acima expostos a respeito da impossibilidade da manutenção da garantia prestada por aval nos casos abrangidos pela lei 11.101/2005, mostraremos que, a despeito disto, os dispositivos que tratam do tema encontram-se igualmente falhos.

²⁶ A este respeito, encontramos a título de exemplo os seguintes acórdãos: REsp 190.753/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 28/10/2003, DJU 19/12/2003; TJRS: Apelação Cível n. 70031602998, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Paulo Sergio Scarparo, J. 29/10/2009; TJSP: Apelação n. 995.131-5, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho, J. 29/03/2006.

Como vimos, o avalista obriga-se de modo diverso do avalizado, porém responde da mesma maneira que ele. Desta forma, consoante o supracitado artigo 32 da Lei Uniforme de Genebra, tem o possuidor do título direito à ação cambial contra o avalista da mesma forma que tem contra o avalizado. Daí decorre que tendo pago a obrigação terá o avalista direito a ação de regresso contra o avalizado e contra os demais coobrigados que tenham assumido a obrigação antes dele.

Em outras palavras, temos que, pagando o título como devedor autônomo, adquire o avalista os mesmos direitos que teria o possuidor contra o avalizado e os obrigados anteriores a ele, dos quais torna-se credor em função do pagamento efetuado (BORGES, 1975, p. 176). Ressalta o mesmo autor que a autonomia e independência da obrigação do avalista comunica-se igualmente aos direitos que adquire, pelo pagamento e posse do título, direitos também independentes e autônomos “invulneráveis às exceções pessoais que os obrigados anteriores pudessem usar contra o possuidor a quem o avalista efetuou o pagamento, e contra o coobrigado a quem este se houver equiparado”.

Temos assim, que no caso de novação previsto na Lei 11.101/2005, os avalistas terão direito de regresso contra a recuperanda *nos exatos termos originalmente contratados*. Assim, não importa ao coobrigado por aval o resultado da novação imposta pela lei, tendo ele direito a receber do avalizado o exato valor pago ao possuidor, no caso, referente à obrigação original.

Observa-se que o artigo 49, §1º da referida lei, ao mesmo tempo em que oferece segurança aos credores, criando incentivos à concessão de crédito e fomento à atividade empresarial, representa verdadeira armadilha ao próprio devedor em crise. Isto porque, muito embora o devedor faça um acordo com seu credor para adimplir suas obrigações em condições mais favoráveis, ainda assim responderá, em sede de regresso, pelo abatimento que eventualmente tenha conseguido com o credor, em face do garantidor.

É evidente, portanto que em circunstâncias desta natureza não se atende a finalidade primeira da lei, que é permitir a recuperação da empresa por meio de negociações viáveis e novos arranjos relativos às obrigações já assumidas, uma vez que estamos diante de situação de simples postergação do pagamento, tornando-se vazio qualquer acordo feito pelo devedor em crise. Em outras palavras, de nada adianta o devedor renegociar a dívida com o credor se, em sede de regresso, terá de pagar o valor integral ao garante.

Quanto a isto, importante ressaltar para que não se dê margem a interpretação errônea, que, consoante a lição de João Borges (1975, p. 177), não é exato dizer que o avalista se *sub-roga* nos direitos do possuidor do título a quem pagou, nos termos da sub-rogação prevista no Direito Civil. No Direito Comercial, tal sub-rogação se dá no sentido de que se transferem ao avalista todos os direitos e garantias *cambiários* que competiam ao possuidor, de tal sorte que o garantidor adquire pelo pagamento o próprio título, tornando-se credor cambial. Em outras palavras, segundo o autor, não adquire o avalista o crédito e a ação do possuidor a quem pagou, nem os da pessoa a favor de quem deu o aval, mas sim adquire o título com todos os direitos que competem a qualquer possuidor cambiário.

Disto entendemos que, no que tange à lei 11.101/2005, não há que se falar em sub-rogação do avalista nos direitos do credor, o que o levaria a receber em condições distintas e certamente desfavoráveis em relação às originais decorrentes da novação. Como já vimos, o avalista possui obrigação autônoma em relação ao possuidor, o que o obriga a pagar integralmente o valor avalizado. Por outro lado, o credor possui junto ao devedor em crise a obrigatoriedade de novar a dívida como forma de permitir que o mesmo tenha condições de se recuperar, seja pagando menos, em prazo mais longo, ou simplesmente de forma distinta.

Neste cenário, tendo pago ao possuidor o valor integral da obrigação, uma vez aceita a tese da sub-rogação com efeitos civis, estaria o avalista condenado a suportar

a diferença entre o que pagou e o que poderá cobrar do devedor original. Quanto a isto, coloca-se BEZERRA FILHO (2009) no sentido de que “seria iniquidade, inimaginável em nosso sistema de Direito, permitir que o devedor principal pague ao credor um valor menor do que o contratado originalmente, obrigar o garantidor a pagar a diferença e, ainda assim, tirar do garantidor o direito de regresso.”.

Para que não restem dúvidas quanto aos efeitos do pagamento pelo avalista, ainda que em sede de recuperação judicial, dado o silêncio da lei no que tange ao conteúdo da obrigação que o mesmo poderá cobrar via ação de regresso, siga-se o que diz o artigo 32, alínea 3 da Lei Uniforme de Genebra, segundo o qual se o avalista paga a obrigação presente no título, fica sub-rogado *nos direitos emergentes da letra* contra a pessoa a favor de quem foi dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.

Concluimos, portanto, que exceção feita à eventual possibilidade de oposição ao pagamento em decorrência de se considerar a novação como forma de extinção de obrigações, e que, portanto, desoneraria o garantidor, corresponde o aval à previsão da lei de falências no sentido de manter o possuidor a garantia de recebimento da obrigação por parte do avalista.

Ocorre que, para a recuperanda, a manutenção de tal garantia pode ser prejudicial, já que aqui a novação será em vão, pois, em sede de regresso, consoante o entendimento doutrinário e a legislação cambiária, possui o avalista o direito de regresso frente ao devedor principal na *totalidade* da obrigação paga. Assim, não obstante a empresa em crise tenha obtido êxito ao negociar novas formas de adimplemento da obrigação assumida, o que envolve diminuição de valores, dilação de prazos, entre outros, terá de pagar ao avalista no valor e forma originalmente contratados, representando o benefício legal apenas uma postergação do pagamento devido ao credor.

3.3.3. *Outras obrigações solidárias*

As obrigações solidárias caracterizam-se por serem obrigações em que há pluralidade de credores ou devedores por convenção entre as partes ou por determinação legal, sendo que cada credor pode exigir e cada devedor é obrigado a pagar a prestação integral (CUNHA GONÇALVES, 1956, p. 869).

A solidariedade entre os credores chama-se solidariedade ativa, enquanto a solidariedade entre os devedores é chamada de solidariedade passiva. Em outras palavras, significa a primeira que pode haver credores solidários e devedor único e vice-versa, respectivamente, podendo ainda ambas as solidariedades coexistirem quando haja pluralidade simultânea de credores e devedores. Neste caso, ensina Cunha Gonçalves, que cada um dos primeiros poderá exigir a prestação total a cada um dos segundos, de sorte que o pagamento feito por um destes extinguirá a dívida em relação a todos os outros credores e devedores, exceção feita às relações entre eles (CUNHA GONÇALVES 1956, p. 870).

Consoante o mesmo autor, o principal efeito da solidariedade é impedir a divisão do crédito entre os diversos credores, quando tenham de exigir o pagamento ao seu devedor, ou da dívida entre os diversos devedores, quando estes tenham de cumprir a obrigação (CUNHA GONÇALVES 1956, p. 870).

Para o escopo do presente trabalho não convém tratar aqui da solidariedade ativa, segundo a qual, consoante o artigo 267 do Código Civil, cada um dos credores tem a faculdade de, por si só, exigir do devedor comum a inteira prestação, que, uma vez efetuada, o libera perante todos os demais. Assim, abordaremos com maior profundidade a solidariedade passiva, tratada pelos artigos 275 e seguintes do mesmo código.

Ensina Mário Júlio de Almeida Costa (2009, p. 670) que a solidariedade passiva apresenta dois aspectos básicos, quais sejam: o das relações externas e das relações internas, respectivamente, as que ocorrem entre credor e os devedores solidários, e a destes entre si.

No que toca ao credor, o efeito fundamental da solidariedade passiva, segundo o autor, consiste em cada um dos co-devedores se responsabilizar pela inteira prestação. Disto decorre, conforme previsto no artigo 275 do Código Civil, que o credor possa exigi-la, no todo ou em parte, da totalidade dos devedores ou só de alguns deles.

Nos casos em que opte o credor por exigir o valor total da dívida de apenas um devedor, este terá o direito de exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores (art. 283 do Código Civil).

Quanto a isto, a lei civil portuguesa em seu artigo 523, prevê como possibilidade de satisfação do direito do credor não apenas o cumprimento da obrigação, mas também a dação em pagamento, compensação, consignação e a novação. Quanto a isto, muito embora se utilize de termos distintos, podemos perceber que o nosso legislador buscou oferecer igual proteção ao garantidor por meio do artigo 365 do Novo Código Civil, segundo o qual os devedores solidários não figuram no negócio jurídico novativo, pois são estranhos à dívida nova e se encontram exonerados da dívida original, a qual foi extinta (MARTINS-COSTA, 2005, p. 610). Exceção à regra é configurada pela situação em que um dos devedores solidários se manifesta em relação à novação, permitindo assim a extensão dos seus efeitos a si, estando desonerados os demais.

Deste modo, podemos supor que no caso específico da novação prevista pela Lei 11.101/2005, estariam liberados os devedores solidários quando com ela discordassem. Isto porque, não obstante a novação tenha sido imposta por lei e não diretamente contratada entre as partes, há que se dizer que beneficia o devedor principal por todas as razões já expostas, o que nos permite crer que o cumprimento da obrigação tenha sido por ele assumido. Não há que se falar então na manutenção das garantias decorrentes de obrigações solidárias, uma vez que, novada a obrigação, exonerados estão os devedores no que a ela diz respeito.

Não obstante tal entendimento, importa tratar aqui do regresso a que o co-devedor que assumiu a integralidade da dívida tem em relação aos demais.

Conforme lição de Cunha Gonçalves (1956, p. 898), a solidariedade dos devedores só existe em relação ao credor, de sorte que sendo este pago, ela desaparece e a dívida torna-se conjunta ou divisível, restando o devedor solidário que pagou seu valor total sub-rogado nos direitos do credor no sentido de exigir de cada um dos demais co-devedores que o indenizem no tocante às suas respectivas frações.

Observa-se que a Lei 11.101/2005 oferece bases contraditórias à conclusão a respeito do direito de regresso no que tange aos devedores solidários. Se consideramos, conforme acima, que a novação constitui meio de exoneração dos devedores solidários, teremos que, assumida a obrigação pela recuperanda, tem ela o direito de exigir dos demais em regresso sua respectiva quota. Disto decorrem algumas conseqüências.

Primeiramente, temos que, a contrário senso do previsto na lei, ocorrida a novação, estariam os devedores solidários exonerados da obrigação frente ao credor, de modo que o dispositivo legal que trata da manutenção das garantias careceria de

aplicabilidade prática, posto que incidiria sobre situação inexistente, dado o negócio jurídico novativo.

Paralelamente, ainda considerando a assunção da obrigação pela recuperanda, temos que novada a dívida é de se supor que alterem-se também as respectivas quotas de cada co-devedor sem prejuízo destes. Deste modo, entende-se sem maiores conflitos que caberia a cada um dos devedores solidários ressarcir a empresa em crise no que tange à sua quota então alterada em relação à original.

O maior conflito, porém, é no que diz respeito à previsão do Código Civil sobre a exoneração do devedor insolvente. Temos aqui evidente contradição entre as duas normas, e razoável dificuldade para verificar qual delas prevalece. Se analisarmos o Código Civil isoladamente, a regra sobre a novação é clara. Por outro lado, a Lei 11.101/2005, como já dito, implica a novação dos créditos, o que pode significar o pagamento da obrigação pela empresa em crise e exoneração dos demais obrigados em relação ao credor. Ao mesmo tempo, prevê a lei a manutenção das garantias, aqui entendidas em sentido amplo, isto é, abrangendo também a obrigação dos devedores solidários.

Do exposto podemos entender que ou (i) os co-obrigados mantêm-se como tais em relação ao credor, assumindo assim a dívida e exonerando a recuperanda em razão do disposto no Código Civil, ou (ii) como já vimos, a recuperanda assume a obrigação cabendo aos demais reembolsá-la no que tange à sua cota.

A primeira alternativa parece mais plausível tendo em vista não apenas a regra do Código Civil, mas também os objetivos da nova lei no que toca à proteção do devedor a fim de que consiga se restabelecer no mercado. Disto porém, surge outra questão relevante, qual seja a do direito de regresso que, aliás, assemelha-se ao problema acima tratado a respeito do aval.

Poderíamos entender que, dada a ressalva feita ao devedor insolvente estaria o mesmo definitivamente desobrigado em relação aos demais devedores? Se isto for verdade, observamos aqui clara situação de incompatibilidade com os princípios previstos na nova lei de falências. Isto porque a insolvência ali prevista é de ordem temporária, distinta, portanto, daquela prevista quando da publicação do Código Civil, há quase uma década.

À época ainda vigorava o regime da concordata, que visava sobretudo garantir o pagamento dos credores, não havendo qualquer preocupação com a recuperação da saúde financeira da empresa e, menos ainda, qualquer expectativa em relação a isto. A partir de 2005 passamos a vivenciar cenário distinto²⁷.

Assim, não obstante a previsão do Código Civil, poderíamos entender pela manutenção do direito de regresso dos co-obrigados em relação ao fiador, por exemplo, ainda que incluídos tais créditos no cronograma do plano de recuperação. O que não se pode admitir de maneira alguma, é que a responsabilidade pela quota do devedor em crise recaia em absoluto e de maneira definitiva sobre os demais. Situação desta natureza representaria, isto sim, clara violação aos princípios que regem a lei de recuperação de empresas e falência.

Assim como já exposto quando se falou do aval, a Lei 11.101/2005 buscou assegurar tão somente os direitos dos credores, enquanto atores fundamentais para a recuperação da empresa, esquecendo-se de garantir igual proteção aos coobrigados. Não se pode olvidar que estes representam papel de extrema importância se não para o plano em si, para o oferecimento de garantias futuras comprometendo assim não a recuperação da empresa em crise, mas todas as relações de coobrigação as quais, evidentemente não serão extintas, mas certamente serão cercadas de limitadores do risco, entre eles a própria onerosidade da prestação.

²⁷ Sobre o tema consultar Cunha Gonçalves, 1956, p. 899.

Pelo exposto, podemos perceber que o legislador mais uma vez falhou ao manter as garantias concomitantes ao regime novativo, não apenas em função das incompatibilidades que isto trás, mas sobretudo pela ausência de mecanismos paralelos de proteção para os co-garantidores, dentre eles o próprio direito de regresso.

4. CONCLUSÃO

Feita a análise das questões que embasaram o presente trabalho, quais sejam: (i) se é válida a extensão das garantias a despeito do consentimento do garantidor quando ocorre a novação; (ii) se é possível vincular fiador e avalista considerando o caráter particular de cada uma dessas garantias; e (iii) se o credor pode cobrar a dívida original dos garantidores, ou se a novação aplica-se também a eles, tendo em vista a ausência de segurança ao garantidor e o escopo da nova lei, à luz do que prevê o instituto da novação, ficou evidente que a resposta para os questionamentos acima, como vimos, é predominantemente negativa.

Sobre a questão levantada a respeito da denominação do instituto previsto na lei de falências como “novação”, vimos que tal possibilidade é inexistente, se considerarmos que falta ao negócio jurídico previsto no artigo 59 da lei de falências um dos requisitos fundamentais do instituto, qual seja o *animus novandi*.

Confome vimos, muito embora parte da doutrina considere a possibilidade de haver novação por força de lei, fato é que a maioria dos doutrinadores alerta para a necessidade de haver expressa vontade das partes para que se dê o negócio jurídico novatório. Desta forma, há que se dizer que o instituto previsto na lei não é sequer espécie distinta de novação, posto que carece de fundamento jurídico para tanto.

Entretanto, tal resposta não é definitiva, posto que derivada de opinião doutrinária. Assim, se consideramos que a despeito da ausência de vontade expressa das partes ocorra novação, vimos que isto trás conseqüências relevantes ao disposto no artigo 49, §1º da Lei a respeito da conservação das garantias contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Como pudemos depreender da análise realizada, a fiança é contrato por natureza acessório, de modo que, dada a extinção do negócio jurídico principal pela novação, é aquele igualmente extinto. Com isto ficou evidente que falhou o legislador ao estipular em lei a conservação da fiança a despeito da novação, posto que juridicamente impossível tal opção, já que a obrigação acessória não resiste à extinção da obrigação principal, conforme anteriormente exposto. Disto decorre que não obstante a previsão legal a respeito da manutenção das garantias, estaria o credor que não aprovou o plano de recuperação desprotegido no que toca às garantias que lhe cercavam.

Da mesma forma falhou o legislador ao manter a garantia prestada por aval. Isto porque, apesar da execução da mesma pelo credor ser plenamente cabível, dada a autonomia de que dispõem as obrigações cambiais e a vinculação única e exclusiva do avalista ao disposto no título, tem ele o direito de cobrar do avalizado, no caso a empresa em recuperação, a integralidade do valor pago a título de garantia.

Deste modo, vimos que muito embora o credor esteja seguro no que tange ao recebimento da dívida que lhe é devida, encontra-se a recuperanda em situação de importante desamparo, uma vez que ela estará diante apenas de uma postergação do pagamento, não aproveitando, portanto, das ferramentas que a nova lei de falências e recuperação de empresas lhe oferece.

No que tange às obrigações assumidas pelos devedores solidários, concluímos que se encontram estes igualmente desprotegidos pela Lei no que toca à assunção integral da dívida do devedor insolvente, o que, no médio e longo prazos pode gerar importante obstáculo à sua participação em negócios desta natureza.

Isto posto, percebemos que o legislador buscou manter na Lei 11.101/2005 o que outrora dispusera no Dec. Lei 7.661/1945 relativamente à conservação das garantias, sem, contudo, atentar para a modificação por ele mesmo feita no tocante à novação. Ficou claro que lhe faltou cautela no sentido de adaptar a norma mantida à inserção do novo instituto, o que resultou em problemas de grande relevância à solução encontrada pelo legislador para garantir os interesses dos credores e, com isto, também os do devedor em recuperação.

Desta forma, criou-se, ainda que sem intenção, um ambiente de insegurança aos garantidores e também à própria empresa em recuperação. Vimos assim, que o dispositivo que trata da novação, cumulado com a conservação das garantias, foi de encontro à lógica da própria lei, qual seja a de oferecer um ambiente favorável à reestruturação da empresa em crise.

Falamos em ambiente de insegurança, pois, o disposto na Lei 11.101/2005 vai de encontro ao entendimento doutrinário e demais previsões legais sobre novação e os diversos tipos de garantia. No cenário atual os atores envolvidos no processo de recuperação, sobretudo os garantes, não encontram o suporte necessário para prestar garantia, tendo em vista que, uma vez aprovado o plano de recuperação judicial, estarão sujeitos a uma regra confusa e com grande potencial de litígio.

Conseqüência imediata disto é o aumento do custo da garantia para a empresa que deseja tomá-la, o que atinge imediatamente seu fluxo financeiro e, uma vez em recuperação, dificulta o bom desempenho do disposto no plano. Sabemos que, ao

contrário da concordata, a recuperação de empresas surgiu com o objetivo de oferecer as melhores condições possíveis para a reestruturação da empresa, retirando ou ao menos diminuindo possíveis obstáculos. Disto podemos entender que qualquer custo adicional imposto à recuperanda vai de encontro ao próprio processo de recuperação.

Neste sentido o presente trabalho identificou algumas falhas previstas na lei que poderão constituir importantes obstáculos ao desenvolvimento do plano de recuperação judicial.

Concluimos, pois, que não obstante a boa intenção do legislador ao manter as garantias buscando proteger os credores, é preciso que haja modificações na lei no sentido de corrigir as falhas aqui apontadas, sob pena de estar fadado ao fracasso no longo prazo o instituto da recuperação de empresas, não obstante seu imenso potencial de sucesso no sentido de recuperá-las.

BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. A Responsabilidade do Garantidor na Recuperação Judicial do Garantido. **Revista do Advogado AASP**, São Paulo, ano 29, n. 105, 2009 disponível em <www.aasp.org.br>. Acesso em 25 de maio de 2010.

BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4. Ed. São Paulo: Forense, 1975.

BOSISIO, Arthur *in* CARVALHO SANTOS, J.M. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947. V. 10

CARVALHO SANTOS, J.M. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Vol. XIX: Direito das Obrigações (art. 1.363-1.504) 9ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial, Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COSTA, Willie Duarte. **Títulos de Crédito**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. 1ª Ed. Brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1956. V. IV, T. II

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato, da constituição de renda, do jogo e da aposta, da fiança, da transação, do compromisso**. Vol. XI, T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2006

FARIAS, Edno Dmascena. A Equivocidade de Interpretação Doutrinária na Lei de Recuperação. **Boletim Informativo OAB Santa Catarina**. Blumenau. Mar/ 2010. Disponível em: “Notícias e Artigos” <http://www.oab-bnu.org.br/site/>

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Títulos de Crédito: doutrina e jurisprudência**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. V. 4.

LISBOA, Marcos B. ; DAMASO, Otávio R. ; SANTOS, Bruno C. ; COSTA, Ana Carla A. “Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas” in PAIVA, Luis Fernando Valente de (Coord.). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOBO, Jorge Joaquim in TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito Concursal**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, T. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005

MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Do procedimento de Recuperação Judicial” in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de e PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (Coord.).

Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PACHECO, José da Silva *in* CARVALHO SANTOS, J.M. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947. V. 22

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Queiroz. Novação Recuperacional. **Revista do Advogado** AASP, São Paulo, ano 29, n. 105, 2009 disponível em <www.aasp.org.br>. Acesso em 25 de maio de 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. II. Atualizado por Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. T. 25 (A)

_____. **Tratado de Direito Privado.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. T. 30 (B)

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** São Paulo: Saraiva, 1983. V.2

ROUILLON, Adolfo N. (Dir.). **Código de Comercio Comentado y Anotado.** Tomo IV-A. Buenos Aires: La Lay, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil: Obrigações em Geral.** Vol. II. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. “Adimplemento e Extinção das Obrigações” *in* REALE, Miguel e MARTINS-COSTA Judith (Coord.). **Coleção Biblioteca de Direito Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. V. 6

SZTAJN, Rachel. “Da Recuperação Judicial” *in* SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro e PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TEBET, Senador Ramez. **Lei de Recuperação de Empresas Lei 11.101/2005**. SENADO FEDERAL. Brasília, 2005.

VALVERDE, Trajano Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. Atualizado por SANTOS, J.A. Penalva e SANTOS, Paulo Penalva. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. V. 2

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5 Ed. Milano: Francesco Villardi, 1929 *apud* BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4. Ed. São Paulo: Forense, 1975.

WIELAND, Karl. **La cambiale ed i suoi rapporti col diritto civile**. Trad. Italiana de GIULIO SUBAK, Padova : CEDAM, 1931. - LVII, *apud* BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4. Ed. São Paulo: Forense, 1975.