

# O AVALISTA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO AVALIZADO

## THE GUARANTOR THE RECOVERY OF THE JUDICIAL ENDORSED

Áurea Moscatini

**RESUMO:** Trata-se de artigo que versa sobre a recuperação judicial do avalizado, e, neste caso, as obrigações e os direitos do avalista. Discorre sobre a posição do avalista, na hipótese de deferimento da recuperação do avalizado, bem como o valor que deve ser pago ao mesmo. A pretensão é demonstrar a posição dos Tribunais acerca do tema, e apresentar uma solução diferente para que o avalista possa participar da assembleia que aprova o Plano de Recuperação.

**PALAVRAS-CHAVE:** recuperação judicial; avalista; solidariedade; regresso; cambial; sub-rogação; assembleia; aprovação; plano; direito.

**ABSTRACT:** This article is about the bankruptcy of the endorsed, and in this case, the obligations and rights of the guarantor. Discusses the position of the guarantor in the event of acceptance of recovery endorsed, and the amount to be paid the same. The intention is to demonstrate the position of the Courts on the subject, and present a different solution to the guarantor may attend the meeting approving the Rehabilitation Plan.

**KEYWORDS:** judicial reorganization; guarantor; solidarity; return; exchange; subrogation; assembly; approved; plan; law.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar os direitos e deveres do avalista em caso de deferimento da recuperação judicial do avalizado, principalmente, quando o plano de recuperação prevê condição especial para o cumprimento da obrigação, como a remissão da dívida em questão.

Importante será destacar se o avalista está ou não subordinado ao plano de recuperação, e se, com o pagamento do valor integral do título, o mesmo sub-rogando-se nos direitos do credor, poderia buscar, seja no processo de recuperação ou por ação independente, o valor integral pelo qual pagou.

A Lei de Recuperação Judicial e Falência ganha relevância, face às dificuldades financeiras experimentadas por alguns setores, em razão da crise existente na atualidade.

Neste sentido, uma questão importante a ser tratada pelos nossos tribunais, refere-se aos efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial perante as obrigações dos avalistas da empresa recuperanda.

Nesta senda, dois pontos importantes serão discutidos no presente estudo, primeiramente o que se refere à questão do avalista estar também protegido pela recuperação deferida ao avalizado, e segundo no que diz respeito ao “*quantum*” a ser pago pelo mesmo, e o regresso a que tem direito.

A partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetiva-se apresentar as soluções e controvérsias existentes na solução do problema envolvido, procurando trazer para os operadores da área, subsídios para a uniformização do entendimento da questão.

A pretensão é a de mostrar as diferentes vertentes pelas quais, especialmente, a questão relacionada ao regresso do avalista se realiza, seja em relação às condições do plano ou pelo valor total pago, face à característica da autonomia, que norteia o Direito Cambiário, não deixando de lado o principal objetivo da Lei de Recuperação, que é o de manter a fonte produtora.

A matéria, à primeira vista, parece de simples análise em razão das obrigações cambiais serem autônomas e independentes umas das outras, mas diante do instituto da recuperação judicial de empresas, o regresso exercido pelo avalista pode provocar interpretações equivocadas, culminando com o comprometimento do próprio crédito, que norteia todas as relações empresariais. Na maior parte das operações, os avalistas são os próprios sócios da avalizada e por que os sócios de uma empresa iriam desejar a recuperação desta, se seu próprio patrimônio teria que responder pelos débitos?

Por outro lado, os sócios pensariam duas vezes antes de serem avalistas, o que pode levar à descapitalização de muitas empresas, que não têm outro modo de garantir suas dívidas. E então, a questão ficaria em buscar um avalista.

Assim sendo, a principal tarefa que se impõe é a de demonstrar tecnicamente qual a função de atribuir-se o ônus ao instituto dos títulos de crédito ou ao da Recuperação Judicial, pois esta análise jurídica pode comprometer o comportamento do crédito e via de conseqüência, causar fortes impactos econômicos.

## **2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

## 2.1. A Crise e seus efeitos

O estudo da recuperação judicial se lastreia em dois conceitos essenciais: o de empresa e o de crise. O conceito de empresa é tradicionalmente decomposto de acordo com os critérios estabelecidos por Alberto Asquini em um artigo denominado “Os perfis da empresa”<sup>1</sup>. Nesse texto, o doutrinador italiano defende a ideia de que o vocábulo “empresa” é plurívoco (o chamado fenômeno poliédrico) com quatro significados jurídicos (denominados perfis) distintos: subjetivo, objetivo, corporativo e funcional.

- Segundo *perfil subjetivo*, a empresa é equiparada à figura do empresário, do sujeito que exerce e organiza a produção de bens e serviços, com assunção de risco.
- Segundo o *perfil objetivo*, a empresa é equiparada ao patrimônio azial, ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que compõem o estabelecimento.
- Segundo o *perfil corporativo*, a empresa é equiparada a uma instituição, um grupo de pessoas organizadas em torno de um objetivo comum, cujo interesse organizacional ultrapassa e se sobrepõe ao interesse individual de cada um de seus membros.
- Segundo o *perfil funcional*, a empresa é equiparada à atividade empreendedora, ao conjunto de atos de produção e circulação de bens e serviços.

A doutrina hoje prestigia a definição de empresa segundo o *perfil funcional*, encarando-a como o conjunto sucessivo de atos organizados, voltados para a produção e circulação de bens ou serviços. A prevalência do perfil funcional decorre, por um lado, do descrédito do perfil corporativo, ante ao conflito de interesses inerentes aos sujeitos que participam da empresa (trabalhadores, investidores, credores etc.), e, por outro lado, da existência de definições legais próprias para o perfil subjetivo do empresário (art. 966 do CC) e para o perfil objetivo do estabelecimento (art. 1.142 do CC).

---

<sup>1</sup> ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. Fábio Konder Comparato, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed Malheiros, n.104, 1996

Empresa é, portanto, sinônimo de atividade no sistema jurídico brasileiro. E o que é, então, a chamada crise da empresa? Para entender a idéia de crise é necessário compreender a dinâmica da atividade empresarial e as suas duas dimensões, a de custo e a de resultado.

A dimensão de custo inclui os atos de aquisição dos insumos necessários à produção ou circulação de bens e serviços. É na dimensão do custo que a empresa incorre nas despesas com fornecedores, salários, matéria prima, locação da sede, juros de financiamento bancário, tributos e todos os gastos necessários à criação do produto final a ser oferecido no mercado.

Já dimensão de resultado, abarca os ganhos oriundos da disponibilização do produto ou serviço, composto basicamente pelo faturamento, mas que pode incluir também os ganhos com aplicações financeiras. Em termos gerais, a crise advém de um descompasso em que a dimensão de custo supera a de resultado, comprometendo a lucratividade da empresa. Tomando-se por base esta relação, a doutrina identifica três tipos de crise: a econômica, a financeira e a patrimonial.

- A *crise econômica* se caracteriza pela retração nos negócios, com queda na demanda pelos produtos ou serviços, decorrente de uma retração geral do mercado de atuação ou de perda de competitividade em relação às demais empresas do mesmo ramo.

- A *crise financeira* ou crise de liquidez se caracteriza pela falta de caixa para honrar compromissos. A empresa pode até ter um aumento em seus pedidos, porém, seja por inadimplemento, ineficiência na cobrança ou excesso de custos, falta dinheiro para pagamento das obrigações.

- A *crise patrimonial* é a situação de insolvência, caracterizada quando o valor dos ativos sociais titularizados pela empresa é inferior ao valor total do passivo.<sup>2</sup>

Caso o mercado funcionasse de maneira perfeita, a imposição judicial de um plano de recuperação não seria necessária, qualquer que fosse a modalidade de crise que atingisse a empresa. Se a empresa é viável, as instituições financeiras estariam dispostas a mutuar os valores necessários à superação do ciclo de impontualidade, ou

---

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.*, Saraiva 2005, p.23.

então outros investidores estariam dispostos a adquirir a empresa para trazê-la a padrões de eficiência competitiva.

Na hipótese de não haver interessados em financiar ou adquirir o negócio, este desinteresse seria a prova da inviabilidade da empresa e da necessidade do seu ativo ser o mais rapidamente realocado em atividades úteis, através de um processo de dissolução e liquidação. No entanto, as imperfeições do mercado tornam necessária a atuação do Poder Judiciário no auxílio da organização e aprovação de planos de recuperação envolvendo empresas econômica e financeiramente viáveis, que atravessam por períodos críticos.

## **2.2. Assembleia de Credores**

Fica evidente que a empresa, como fonte produtora cause fortes impactos no meio social com o seu desaparecimento, e por isso seus credores são os maiores interessados em sua manutenção, propondo-se, conforme a legislação atual, que o Processo de Recuperação Judicial se desenvolva em três fases distintas: a) fase de pedido e de processamento; b) fase do plano; c) fase de procedimento.<sup>3</sup>

Logo após a fase de pedido e processamento, a qual envolve questões de ordem processual, sucede-se a fase do plano, quando os credores deverão decidir sobre a possibilidade ou não de recuperação da empresa envolvida, sabendo-se, de antemão, que deverão arcar com a sua parcela no prejuízo sofrido. De acordo com o artigo 35 da Lei 11.101/05, são atribuições da Assembléia na Recuperação Judicial.<sup>1</sup>

A Assembléia possui a tarefa primordial de decisão sobre o futuro da empresa e para tanto devem participar somente os credores sujeitos, ou seja, os que forem atingidos, quando do momento da interposição da ação. Assim, o credor posterior ao pedido, o fiduciário, o arrendador, os bancos por adiantamento aos exportadores, por não estarem sujeitos aos efeitos da recuperação, não podem participar da referida Assembleia de Credores. Vale mencionar que a decisão tomada em Assembleia tem soberania, não podendo sequer decisão judicial revisá-la, salvo por razões de ordem formal.

Ante a esta situação, surge a questão se o avalista não tendo sido demandado pelo credor da empresa avalizada, seria legitimado a participar da

---

<sup>3</sup> NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*. 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 185

Assembleia, mesmo porque para ele, embora na qualidade de garantidor apenas da obrigação, o regresso seria uma possibilidade a ser exercida em face do avalizado.

Na verdade, por não ser considerado credor ainda, o avalista não tem amparo legal para participar da assembleia de credores, o que, evidentemente, mais tarde poderá vir a atingi-lo. Nesse particular, o artigo 49 da Lei 11.101/05.<sup>ii</sup>

Todavia, no mesmo artigo, são garantidos aos credores do devedor em recuperação, os mesmos direitos e privilégios contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso, evidenciando, de pronto que a obrigação do avalista não é afetada pelo deferimento da recuperação judicial, não podendo o mesmo participar da Assembleia, vez que os efeitos da decisão ali proferida não afetam a sua obrigação, que continua intacta.

### **2.3. O Plano de Recuperação**

O plano de recuperação é o documento mais importante para o deferimento, processamento e continuidade do processo de recuperação judicial, pois é através dele que todas as estratégias, pelas quais a empresa e os agentes envolvidos, estarão vinculados para a busca do efetivo cumprimento do objeto processual, a que se destina.

Integram o plano os seguintes itens: a) detalhamento dos meios de recuperação e seu resumo; b) demonstração da viabilidade econômica; c) laudo econômico-financeiro e de avaliação do ativo do devedor.

Dentre os meios de recuperação, que estão descritos no artigo 50 da Lei 11.101/05<sup>iii</sup>, cujo rol não é taxativo, compreende-se a dilação do prazo ou revisão das condições de pagamento.

Na verdade, este meio de recuperação, segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>4</sup>, é o que mais se aproxima da concordata preventiva, que possuía como estratégia, a remissão parcial das dívidas, proporcionando ao devedor condições para se reestruturar, já que terá mais recursos em caixa.

E é exatamente, através deste meio de recuperação, que surge toda a discussão acerca da responsabilidade do avalista, pois não estando sujeito aos mesmos

---

<sup>4</sup> Idem Ibidem 4, p. 134.

benefícios, de desconto, pode vir a ser demandado pelo credor pelo valor integral da dívida.

Interessante dúvida é a extensão dos efeitos aos coobrigados, quando o plano for aprovado, sendo que existem alguns julgados sobre o assunto, os quais destacam que o plano de recuperação é da empresa e não dos avalistas, encontrando-se subsídios na Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>5</sup>, que garante que os efeitos se estenderão aos avalistas, para os credores que efetivamente aprovarem tal questão.<sup>6</sup>

Enfim, as diretrizes constantes do plano serão endereçadas apenas à pessoa jurídica, parte legítima no processo de Recuperação Judicial, estendendo-se, se for o caso aos garantidores, se assim for aprovado pelos credores.

### **3. DO AVAL**

#### **3.1. Conceito e Noções Históricas e Etimológicas**

Antes de analisar-se o instituto do aval, se faz de suma importância tecer algumas considerações acerca da contribuição que os títulos de crédito trouxeram para o Direito Comercial. Importante destacar que a vida econômica moderna não se materializa sem os mesmos, pois as relações comerciais tomariam outro rumo e provavelmente mais denso, aproximando-se do direito comum. Segundo Túlio Ascarelli:

Graças aos títulos de crédito que pode o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando com a maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras.<sup>7</sup>

Em sendo assim, deve ficar bem claro que dentre os atributos que norteiam os títulos de crédito estão a certeza na existência do direito e a segurança em

---

<sup>5</sup> Acórdão nº 03380218, Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Pereira Calças. Acórdão nº 2011.0000189757, Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Pereira Calças.

<sup>7</sup>ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*. Trad. Benedicto Giacobbini, Campinas: RED Livros, 1999, p. 25

sua realização, o que faz com que todos, que negociam com eles acreditem nas obrigações ali lançadas e especialmente no crédito que representam, o que garante a circulação de riquezas.

Importante trazer a definição de título de crédito consagrada por Césare Vivante,

*Il titolo di credito é um documento necessário per esercitare il diritto letterale ed autônomo che vi è meenzionato. Si dice che il diritto menzionato nel titolo è letterale, perche esso esiste secondo il tenore del documento. Si dice che il diritto à autônomo, perche il possessore di buona fede esercita um diritto próprio, che non può essere ristrito o distrutto daí rapporti corsi fra i precedenti possessori e il debtor. Se dice che il titolo è il documento necessário per esercitare il diritto, perchè fino a quando il titolo esiste, il creditore deve esibirlo per esercitare ogni diritto, sias principalesia accessorio, che esso porta com sè e non si può fare alcun mutamento nella portata del titolo senza anntarlo sovra di Esso. Questo è lil concetto giuridico, preciso e limitado, che deve sostituirsí Allá frase volgare, per cui s'insegna che il diritto è incorporato nel titolo.<sup>8</sup>*

Esse conceito literalmente reproduzido pelo Código Civil de 2002, no artigo 887, onde Vivante acabou por apontar nele as três características básicas dos títulos de crédito, quais sejam, a literalidade, a autonomia e a cartularidade. E esclarece referido autor que o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou afastado em virtude das obrigações anteriores, tendo em vista que todas as obrigações são independentes das demais. E surge, portanto, para o credor várias oportunidades de cobrança, quantos forem os coobrigados.

Partindo-se destes pressupostos, importante destacar a figura do aval, que “consiste na declaração cambial cuja finalidade única é a de garantir o pagamento da letra de câmbio, da nota promissória e de outros títulos”.<sup>9</sup>

Ele tem existência própria, autônoma e completa, desde o momento de sua assinatura, ato que representa a origem e causa de sua obrigação. Trata-se de obrigação absolutamente independente, de maneira que mesmo que a obrigação a qual avaliza seja nula, nenhuma influência acarretará ao aval, que continua perfeito.

---

<sup>8</sup> VIVANTE, Cesare. *Trattado di Diritto Commerciale*, v. III, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1935, pag. 123

<sup>9</sup> BORGES, João Eunápio. *Títulos de Crédito*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 1971 p. 83

Em relação às suas origens etimológicas existem quatro teorias, citadas pelo Prof. João Eunápio Borges:

- a) a primeira deriva do francês *faire valoir* ou do equivalente latino *a valere*: o aval é ato que faz valer, que atribui valor ao crédito cambiário por ele garantido;
- b) a segunda deriva do árabe, *hawâla*, que no direito árabe significava uma obrigação de garantia;
- c) a terceira refere-se ao italiano *avallo*, correspondente ao francês *aval*, que representa a assinatura colocada em lugar inferior;
- d) a quarta demonstrando que em sentido figurado de garantia, o termo já era utilizado pelos clássicos latinos, sendo o aval derivado do *vallere*.<sup>10</sup>

Quanto à origem histórica, ao que tudo indica surgiu com as letras de câmbio, nas feiras, e como nem sempre era suficiente a confiança que se depositava no devedor, o credor exigia reforço, através de um banqueiro de maior solidez pecuniária, daí o surgimento, conforme lições de João Eunápio Borges<sup>11</sup>, nas feiras do *giro-avallo*, onde se denota pelas simples leitura os institutos do endosso e do aval.

### 3.2. Principais Características, Forma e Efeitos

De acordo com o artigo 31 da Lei Uniforme<sup>iv</sup> (Decreto n. 57.663/66), o aval é caracterizado pela simples assinatura, desde que aposto no anverso do título. Por outro lado o disposto no artigo 14 do Decreto n. 2044/08, evidencia que o aval pode ser dado tanto no anverso, quanto no verso do título, do que se extrai que o aval pode ser dado em qualquer local, porém, se no verso do título, necessita de identificação, para que não seja confundido com o endosso.

De sua função de garantia, o aval adquire a independência própria das obrigações cambiárias. Existe a equiparação entre avalista e avalizado, consubstanciada no artigo 15 da Lei Uniforme e também pelo artigo 43, segundo o qual ele fica vinculado e solidariamente responsável pelo pagamento, exceto em caso de vícios formais.

Diante da solidariedade, J.X. Carvalho de Mendonça:

---

<sup>10</sup>BORGES, João Eunápio. 4ª. Ed. Rio-São Paulo, Forense, p.17

<sup>11</sup> Ibidem 10, p.20

A acção cambial póde ser proposta contra um, alguns ou todos os co-obrigados, sem estar o credor adstricto a observancia da ordem dos endossos e sem que os co-obrigados não accionados se considerem desobrigados da obrigação de pagar a letra de cambio. As obrigações cambiaes são independentes umas das outras. Entre esses co-obrigados incluem-se os avalistas. O credor póde desistir da acção contra um devedor e propol-a contra outro, isto é cabe-lhe o *jus variandi*<sup>12</sup>

Vê-se claramente que o credor poderá propor acção contra qualquer coobrigado e mesmo se ele fizer a opção por apenas um, não lhe retira o direito de propô-la contra os demais, seja em conjunto ou isoladamente.

O avalista assume a mesma obrigação de quem avalizou, fazendo com que o credor possa cobrar tanto dele, quanto do avalizado e efetuando o pagamento, o avalista adquire os direitos emergentes do título, podendo exercê-los, com o objetivo de reembolso da quantia paga, seja contra o avalizado ou com relação aos coobrigados regressivos, que lhe são anteriores. Ao pagar o título, o avalista de acordo com o artigo 32 da Lei Uniforme fica investido dos direitos cambiários idênticos aos da pessoa a quem avalizou.<sup>13</sup>

### **3.3. A Responsabilidade do Avalista perante o Credor**

A responsabilidade do avalista para Fran Martins:

O avalista ocupa, na letra, a mesma posição daquele a quem avalizou. Não toma o avalista o lugar do avalizado pois, na verdade, pagando, poderá receber do mesmo a importância paga. Mas, apesar disso, a sua obrigação é semelhante à do avalizado, donde poder o credor agir contra um ou contra outro, indiferentemente.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, vol. V , 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1934, p.

<sup>14</sup> MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito. Letra de Câmbio e Nota Promissória*. 13. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p. 162

E ainda o mesmo autor evidencia que o avalista quando paga, transforma-se em um obrigado regressivo e por esta razão cabe a ele a escolha dos obrigados regressivos que pretende cobrar.<sup>15</sup>

Verifica-se que a autonomia que rege os títulos de crédito é absoluta, porém interessante a questão da autonomia colocada por Gladston Mamede<sup>16</sup>, no sentido de que a mesma não é absoluta, pois em situações precisas, como por exemplo, a má-fé do portador do título, hipótese, que comprovada, permite ao avalista alegar a invalidade de sua obrigação em razão de defeitos do negócio originário.

De acordo com o disposto no artigo 32 da Lei Uniforme Relativa em relação à Letra de Cambio e às Notas Promissórias, resumem-se em três cristalinas conseqüências a situação do avalista.<sup>v</sup>

a) o avalista é obrigado da mesma maneira que aquele que se torna garante, evidenciando que o avalista está equiparado ao avalizado, sob o ponto de vista obrigacional;

b) a sua responsabilidade é válida, ainda mesmo que a obrigação por ele garantida, seja nula por qualquer outra causa que não vício de forma, no sentido de que a característica da autonomia reinante no Direito Cambiário, aqui se faz presente sobremaneira, evidenciando que a obrigação do avalista subsiste, independente da do avalizado;

c) quando o avalista paga a letra, ele adquire os direitos dela resultantes contra o avalizado e contra os demais coobrigados, evidenciando-se aqui a do avalista nos direitos do portador, a quem efetuou o pagamento contra o avalizado.

Para João Eunápio Borges<sup>17</sup>:

O avalista é um obrigado cambial que ocupa, no contexto cambiário, a mesma posição jurídica objetiva da pessoa a favor de quem avalizou e à qual se equipara, nos termos do art. 15: será, pois, um obrigado direto, se avalista do aceitante, ou do emitente, quando se tratar de promissórias, ou de regresso, se avalista do sacador e dos endossantes.

Não se pode dizer, porém, que sua obrigação seja a mesma obrigação do avalizado, mas simplesmente que é obrigação da mesma

---

<sup>15</sup> Ibidem 14, p. 168

<sup>16</sup> MAMEDE, Gladston, *Títulos de Crédito*, 4. ed. São Paulo, Ed. Atlas, p. 146

<sup>17</sup> Idem Ibidem 10, p.165-68.

espécie, do mesmo grau. Não é a mesma obrigação do avalizado, que pode não existir ou não ser válida, sem que a do avalista sofra a menor restrição quanto à validade e eficácia.

Como toda obrigação cambial, o aval é obrigação autônoma, independente de quaisquer outras decorrentes do mesmo título, inclusive da do avalizado. Firmando o aval, o signatário fica vinculado e solidariamente responsável pelo aceite e pelo pagamento da letra, sem embargo da falsidade, da falsificação ou da nulidade de qualquer outra assinatura (art. 43).

Cambialmente, porém, a responsabilidade que decorre para o avalista, qualquer que seja a causa de sua declaração, é a mesma que contrai qualquer subscriptor do título: a garantias do pagamento. Perante o portador do título, vencido e devidamente protestado, são todos, devedores da mesma espécie, jungidos igualmente, pela solidariedade cambial, à obrigação de pagar.

Assim, extrai-se que o avalista adquire obrigação totalmente independente da do avalizado, pois se as obrigações constantes dos títulos fossem sólidas, não seria necessária a figura do aval. A sua função primordial é econômica, pois como garantia acaba por fomentar a circulação e de certa forma a produção de riquezas.

Discute-se desta maneira, se existe solidariedade passiva, no sentido civilista, entre os co-devedores de um título de crédito (digamos, avalista e sacado) perante o credor. Sem dúvida há solidariedade no sentido de duas ou mais pessoas estarem responsáveis por uma mesma obrigação perante um só credor. No entanto, o regime de solidariedade cambial (art. 47 da Lei Uniforme) diverge marcadamente daquele previsto para as obrigações civis em geral (arts. 275 a 285 do CC), por quatro razões:

1. Na solidariedade cambial, existe uma hierarquia entre co-devedores. Um título de crédito possui um co-devedor principal (p.ex. o sacado, o emitente, o aceitante) e pode possuir co-devedores secundários (endossantes e avalistas). Os co-devedores secundários são responsáveis pela dívida, porém a responsabilidade final pelo pagamento da obrigação é apenas do devedor principal. Na solidariedade civil não há hierarquia.
2. Na solidariedade cambial, os co-devedores secundários possuem direito de regresso pela totalidade da obrigação cambial. Já na solidariedade civil não há

hierarquia entre co-devedores, com a dívida em regra sendo rateada entre todos, na proporção de suas participações.

3. Na solidariedade cambial, há uma ordem de regresso entre os co-devedores. O direito de regresso só pode ser exercido em relação àqueles que ocupam posições anteriores ao do novo credor dentro da cadeia, e não perante os posteriores. Na solidariedade civil não há ordem, de forma que o regresso pode ser exercido sobre todos aqueles que ainda não honraram com a respectiva parte da obrigação.
4. Na solidariedade cambial, só os co-devedores secundários possuem direito de regresso. Na solidariedade civil, todos os co-devedores possuem direito de regresso, até porque ali inexistente distinção entre principais e secundários.

Fazendo um paralelo com a solidariedade, a doutrina também debate se há propriamente uma sub-rogação do avalista, no sentido próprio do Direito Civil, em relação ao credor que dele recebe pagamento. Dentro de um conceito amplo, como ato através do qual, um terceiro paga ao credor e assume a sua posição perante o devedor, há sub-rogação no pagamento cambiário. No entanto, o regime de sub-rogação civil (arts. 346 a 351 do CC), especialmente no que se refere à sub-rogação legal, diverge do da assim chamada “sub-rogação cambial” principalmente por duas razões:

1. Enquanto na sub-rogação civil (art. 346 do CC), o direito de regresso está limitado ao que o sub-rogado despendeu para desobrigar o devedor (art. 350 CC), na sub-rogação cambial, o regresso se dá sobre a totalidade da obrigação constante do título.
2. Na sub-rogação cambial, o sub-rogado não assume os direitos subjetivos do credor originário, mas sim a titularidade em toda a sua extensão dos direitos constantes do título, de modo equivalente ao de um endossatário.

A distinção entre solidariedade e sub-rogação, nas modalidades civil e cambial é importante para se compreender a situação do avalista que paga a obrigação no lugar do avalizado. Feito o pagamento, o avalista passa a ser titular da totalidade do direito constante do título (art. 32 do LU), e não de uma quota-parte remanescente, havendo solidariedade cambial entre os co-devedores. Porém, se o pagamento transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do credor originário (arts.

346 e 349 CC), por sua vez a sub-rogação cambial implica em que tais direitos apenas podem ser exercidos contra o co-devedor principal e demais co-devedores secundários, anteriores na cadeia. Com esse mecanismo, a cada pagamento a cadeia de co-devedores passíveis de serem responsabilizados se encurta, até que finalmente atinja a figura do co-devedor principal, cujo adimplemento extingue a cadeia de co-obrigados e o título em que ela se apóia. Da mesma forma, a sub-rogação a que se refere a legislação cambiária é peculiar. Não há uma transmissão de obrigação do credor para o avalista. A obrigação do avalista é autônoma e decorre diretamente do título, apenas equiparando-se aos direitos que o credor originário teria se buscasse a responsabilização do avalizado.

#### **4. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO AVALISTA**

##### **4.1. Subordinação ao plano de recuperação**

Retomando o problema da recuperação judicial, tem-se que todos os créditos existentes à época da requisição do benefício estão sujeitos ao processo de recuperação (art. 49 da LFRE). O critério de distinção é objetivo (voltado ao crédito) e não subjetivo (voltado ao credor). Com isso, a lei deixa claro que créditos posteriores à requisição do benefício, ainda que titularizados por um credor que esteja participando do processo de recuperação, não estão submetidos ao plano. Da mesma forma, créditos existentes (e não necessariamente vencidos) à época da requisição, ainda que titularizados por novos credores (por conta de cessão, sub-rogação ou regresso), estão sujeitos à recuperação.

O propósito da lei é criar um marco temporário para a eficácia do plano, separando os créditos resultantes da crise conjuntural, e, portanto, sujeitos à reestruturação, daqueles adquiridos posteriormente e imunes ao plano de recuperação. A criação de mecanismos de integração de créditos posteriores ao plano é muito importante, tendo em vista que muitas vezes o devedor não é capaz de identificar o momento exato em que o período de crise terá cessado. Ainda assim, a opção do legislador pelo critério objetivo é justificável, uma vez que o montante total da dívida sujeita ao plano de reestruturação é a informação mais importante para que o requerente do benefício consiga elaborar um plano de reestruturação. Um critério de natureza

subjetiva e atemporal tornaria o objeto do plano instável, impossibilitando a elaboração de um projeto consistente e eficaz de reestruturação.

Por tal razão, para os créditos existentes até a data de requisição do benefício há subordinação à recuperação. A subordinação é definida como a sujeição do crédito às deliberações resultantes da assembléia de credores<sup>18</sup>. Requisitado o benefício, o juiz determinará a suspensão das ações de execução relativas aos créditos subordinados, a fim de garantir o recurso financeiro necessário à elaboração, negociação e votação do plano. Aprovado o plano de recuperação, seja pelos mecanismos assembleares puros, seja pela conjugação da deliberação da assembléia geral de credores com uma decisão judicial, o crédito subordinado ao plano estará novado nos termos da reestruturação de dívida, independentemente da vontade do credor que o titulariza.

A obrigação do avalizado, constante do título de crédito, existe desde a sua constituição, assim como a obrigação do avalista, que existe desde o momento em que o aval foi praticado. Olhando por esse ângulo, caso o aceite do devedor e a assinatura do avalista tenham sido apostos antes da apresentação do requerimento da recuperação judicial, a questão não deixa margem para discussão. Trata-se de crédito subordinado ao plano de recuperação, ainda que o avalista, à época da requisição do benefício e no momento da aprovação do plano, não ostentasse a condição de credor principal. Assim, tanto o devedor como o avalista ou o endossatário serão titulares de créditos subordinados à recuperação judicial, caso, evidentemente, tentem executar o requerente do benefício. Deve-se dizer que a subordinação é mais do que salutar, é essencial ao plano, não só por conta do critério objetivo da lei, mas principalmente por um raciocínio consequencialista: caso avalistas e endossatários não se subordinassem, uma grande parcela do crédito anterior à requisição do benefício (incluindo créditos titularizados por bancos, quase sempre avalizados) poderia se furta ao plano, inviabilizando assim a recuperação da empresa.

Contudo, com a nova legislação concursal, tal entendimento não deve prevalecer. Não há na atual legislação (LRF) remissão legal de valores dos credores como ocorria na modalidade legal da concordata. Atualmente, a remissão deve ser obtida através da submissão do plano aos credores, que na assembléia-geral, devem

---

<sup>18</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação de Falências Comentada*, 3ª edição. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005.

aprovar ou não o mesmo. Assim, não há benefício legal (remissão) previsto na legislação, o que ocasionava a impossibilidade do avalista de se beneficiar do desconto, ou seja, ser ressarcido por valores superiores ao previsto na concordata de outrora. O ressarcimento do avalista, nessa situação, resumia-se ao valor previsto na concordata.

Portanto, atualmente pode-se invocar dois fundamentos para justificar a não consequência ao avalista, com relação ao seu direito de regresso do avalizado em recuperação, sendo o primeiro a não sujeição do acordado no plano de recuperação e o avalista.

O que deve balizar a primeira análise, é a situação da não participação do avalista na assembleia-geral e os efeitos sobre o direito desse. A matéria foi relatada pelo Desembargador Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças.<sup>19</sup>

No entanto, apesar de válida, cumpre examinar se, aprovado o plano de recuperação judicial que albergue a cláusula extensiva da novação aos coobrigados (fiadores/avalistas), tal cláusula poderá produzir efeitos em face dos credores titulares de garantias pessoais que: a) compareceram e se abstiveram de votar; b) ausentes; c) votaram contra e, inclusive, apresentaram objeção ao plano. Relativamente aos credores presentes, mas abstinentes (não votaram) e aos ausentes da Assembléia-Geral, entende-se que sua situação deve ser aferida sob as regras dos artigos 49, §1º e 59, “caput”, ambos, da Lei n. 11.101/2005, não incidindo o artigo 364 do Código Civil (“a novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. A douta decisão é corretíssima nos seus limites e fundamentação. Bem refere Marcos Bernardes de Mello<sup>20</sup> quando ensina:

---

<sup>19</sup> A.I n. 580.551.4/0-00. Recuperação judicial. Agravo de Instrumento. Plano de recuperação judicial que contém cláusula que estende os efeitos da novação aos coobrigados, devedores solidários, fiadores e avalistas. Concessão do plano com aplicação do “*cram down*” do art. 58, parágrafo 1º e incisos da LRF. Pretensão do credor de acolhimento de sua objeção colimando a nulidade de cláusula extensiva da novação aos garantidores fidejussórios. Nulidade não reconhecida. Validade e eficácia da cláusula em face dos credores que expressamente aprovaram o plano, por se tratar de direito disponível, que ao assim votarem, renunciam ao direito de executar fiadores/avalistas durante o prazo bienal da “supervisão judicial”. Ineficácia da cláusula extensiva da novação aos coobrigados pessoais em relação aos credores presentes à Assembleia-Geral que se abtiverem de votar, bem como aos ausentes ao ato de assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o plano e, “*a fortiori*”, aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Agravo provido, em parte, para reconhecer a ineficácia da novação aos coobrigados por débitos da recuperanda, dos quais a agravante é a credora. Extensão dos efeitos deste julgamento aos credores ausentes, abstinentes e aos que formularam objeção à cláusula hostilizada.

<sup>20</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

a) a existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais.

O plano da existência é o plano do ser, somente referindo a existência do fato jurídico. Já no plano da validade, o fato jurídico pode ser considerado válido, nulo ou anulável. Relata Bernardes de Mello:

A natureza imputacional das normas jurídicas põe o direito no plano do dever-ser, num *plano de validez*, no plano do ser, da *causalidade natural*, como vimos. Por isso, diferentemente do que acontece com as leis da causalidade natural, em que os fenômenos nelas *descritos* não podem realizar de modo diferente do previsto, sob pena de serem consideradas *falsas*, as leis (normas) jurídicas podem sofrer violações sem que isso afete a sua *validez* (no sentido da vigência). Como consequência dessa possibilidade, o Direito necessita preservar a integridade de suas normas, o que faz repelindo, por meio de sanções, as condutas que as infringem, as contrariam. (...) Essa atribuição de validade, no entanto, implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidos, o direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam. (...) <sup>21</sup>.

Quanto ao plano da eficácia, menciona Antonio Junqueira de Azevedo que em muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam fatores de eficácia, que são extrínsecos ao negócio, não participando e nem integrando o mesmo, mas contribuem para a obtenção do resultado pretendido <sup>22</sup>.

A cláusula aprovada do plano de recuperação, que estipula a remissão de parte da dívida, é válida e provoca a novação entre os participantes da recuperação

---

<sup>21</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 6 e 7.

<sup>22</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 55. O referido autor apresenta três fatores de eficácia: a) fatores de atribuição de eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticado nenhum efeito produz, ex. Ato sob condição suspensiva; b) fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, que são indispensáveis para que um negócio, que já é de modo eficaz entre as partes, venham a produzir exatamente os efeitos por ele visados, ex. Negócio realizado por mandatário sem poderes com terceiro; e c) fatores de atribuição de eficácia mais extensa, são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclua produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes* (p. 57).

(art. 59 da LRF). No entanto, não é eficaz em relação aos não participantes por uma simples razão - a não participação desses, não podendo os mesmos sofrer os efeitos. Não está sendo referida a submissão do entendimento minoritário ao majoritário, em sua classe de credores, algo que é perfeitamente normal, considerando que a deliberação será alcançada através de votação (art. 45 da LRF), mas sim os efeitos da cláusula aos não participantes.

Não são eficazes as deliberações da recuperação judicial do avalizado em face do avalista, pois este não participou da assembléia-geral de credores, sendo inclusive impossibilitado de tal evento. Não se reputa correto equiparar a recuperação judicial com a concordata, prevista na legislação revogada, pois nesse havia a “remissão legal” (art. 156 do Decreto-Lei n. 7.661/45), que não era aproveitada para o avalista. Na LRF, o ajuste entre as partes, credor e devedor em recuperação é feito através da aceitação do credor do plano apresentado ou a aprovação do mesmo em assembléia-geral. Assim, o negócio jurídico ajustado e reconhecido pelo juiz, com a concessão da recuperação judicial, não é eficaz em relação aos terceiros não participantes da mesma.

O segundo argumento para refutar os efeitos da recuperação judicial ao avalista é o princípio da autonomia dos títulos de crédito. Tal princípio, em relação às considerações que poderão ser alegadas pelo avalista em relação a tentativa de satisfação do direito do credor, o impede de invocar a recuperação judicial do avalizado, bem como os benefícios concedidos nesta (moratória de 180 dias, por exemplo). De modo inverso, ou seja, o direito de regresso do avalista em relação ao avalizado o argumento é o *a simili*. Portanto, as estipulações entre avalizado e credor, em recuperação judicial, sem qualquer participação do avalista, são autônomas em relação a este, não sendo submetidas ao mesmo. Assim, não interfere no direito de regresso do avalista as estipulações extra cartulares entre devedor e credores.

Como bem ressaltado por João Eunápio Borges:

Pagando o título, o avalista sub-roga-se *ipso jure* nos direitos da pessoa a favor de quem deu aval, entende-se, porém, esta sub-rogação no sentido de que se transferem ao avalista todos os direitos e garantias cambiárias que competiam ao possuidor, do mesmo modo que tais direitos e garantias lhe seriam transmitidos por um endosso. Ele não é mero cessionário ou sub-rogado nos termos da lei civil, mas, adquirido, pelo pagamento, a cambial, torna-se um credor cambial, do mesmo modo que se houvesse adquirido por um endosso anterior ao vencimento. Não adquire o

crédito e a ação do possuidor a quem pagou; nem os da pessoa a favor de quem deu aval: adquire o título com todos os direitos que competem – com plena autonomia e independência – a qualquer proprietário do título<sup>23</sup>.

Desta forma, poderá o avalista reaver a totalidade dos valores que pagou a portador (credor) do título de crédito, mesmo que o devedor (avalizado) tenha obtido a remissão (negociável na recuperação judicial) com o credor, mas esse tenha cobrado valor superior ao avalista.

#### 4.2. Regresso total ou parcial?

Em relação ao aspecto de que o avalista tem o direito de regresso, importante destacar os ensinamentos de Margarinos Torres, que esclarece a existência de uma grande confusão reinante entre os autores, quanto à pessoa em cujos direitos o avalista se sub-roga cambialmente. Os que o julgam sub-rogar-se no direito do avalizado e não nos do portador, negam por isto a ação do avalista contra o avalizado. Na verdade, se fosse a sub-rogação dada no direito do portador, o avalista poderia ter ação em relação aos seus posteriores e por esta razão o código italiano e o português especificaram que o avalista se sub-roga nos direitos que o portador teria contra o avalizado.<sup>24</sup>

Para Eunápio Borges:

É força concluir que, em nosso direito, o avalista não dispõe contra a pessoa a que se equiparou da ação cambial propriamente dita, para cobrança do que houver desembolsado com o pagamento do título.<sup>25</sup>

Também no mesmo sentido, J.X.Carvalho de Mendonça:

Pagando a letra de câmbio, o avalista: 1. Subroga-se *ipsu jure* nos direitos da pessoa a favor de quem dera o aval, podendo exigir dos co-obrigados anteriores o reembolso do capital, dos juros e despesas. 2. Conseqüentemente, tem ação cambial para exigir este reembolso. A posse da letra e do protesto basta para justificar o seu direito de regresso. 3. Ficando na

---

<sup>23</sup> Idem Ibidem 10, p 17.

<sup>24</sup> TORRES, Margarinos, *Nota Promissória*, Ed. Saraiva & Comp. P. 195

<sup>25</sup> Idem Ibidem 10, p. 18.

situação de credor cambial, tem a ação cambial também contra o avalizado, para haver deste o reembolso.<sup>26</sup>

Posicionando-se a respeito deste assunto, Fábio Ulhoa Coelho, apoiado em posição de Newton de Lucca, evidencia que da equiparação do aval à obrigação avalizada não se segue a mesma extensão da obrigação. Quer dizer, o avalista pode vir a ser obrigado, perante o credor do título, por montante superior àquele que, em regresso, recuperará junto ao avalizado. É, por exemplo, a situação em que se encontra o avalista de empresário beneficiado com a recuperação judicial. De fato, se o avalizado obtém, de acordo com o plano de recuperação aprovado em juízo, a remissão parcial de suas obrigações, o credor da cambial, poderá executar o avalista pela integralidade de seu valor, mas esse somente poderá exercer o seu direito creditício na recuperação judicial, recebendo o pagamento pelo valor menor.<sup>27</sup>

A esse respeito merece destaque os ensinamentos de Newton de Lucca:

O argumento de que, na concordata, o avalista subrogado nos direitos do credor, irá receber apenas a percentagem fixada, ou que, na falência, terá o seu crédito estancado pela inexistência da correção monetária, não poderá alterar o conteúdo de sua própria obrigação, ainda que ele venha a arcar, efetivamente, com tal prejuízo.<sup>28</sup>

Enfáticas também a esse respeito da indagação são as palavras de J.X. Carvalho de Mendonça:

O fiador ou o co-brigado, que paga ao credor o restante da dívida, não póde exigir do concordatario a quantia que pagou, nem mesmo a porcentagem da concordata sobre a mesma quantia, pois, se assim fosse, a remissão obtida pelo devedor ficaria completamente illusoria; dava-se uma troca de pessoas, mas a situação continuaria a mesma. Em vez de pagar o credor directo, teria de pagar ao co-obrigado ou ao fiador quanto a estes por elle pagarem.<sup>29</sup>

Ainda segundo de Lucca, o fato de vir o avalista sofrer um prejuízo, decorrente da irrecuperabilidade da quantia total que desembolsou, não poderá, como

---

<sup>26</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. V, Ed. Freitas Bastos, p. 334

<sup>27</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1 Ed. Saraiva, p. 422.

<sup>28</sup> LUCCA, Newton de, *O Aval*, RT, p.66.

<sup>29</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, vol VIII, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, p. 406.

parece ser de comezinho senso jurídico, fazer esboroar todo o princípio substancial do aval.<sup>30</sup>

Por fim, segundo João Eunápio Borges<sup>31</sup>, as relações entre avalista e avalizado estão subordinadas ao direito comum, no caso a lei civil, pois não estando mais em circulação, abranda-se o regresso, devendo se acertarem pelas regras das obrigações solidárias comuns. Também continua mostrando que o texto do artigo 32 da Lei Uniforme foi traduzido de forma equivocada, já que se utilizando da palavra sub-rogação, pois esta não expressará a verdadeira situação, de quem adquire a letra pelo pagamento.

Foi visto que as obrigações avalizada e a do avalista são autônomas e equiparadas e pela autonomia, não há entre avalizado e avalista uma relação de garantia, de acessoriedade ou de dependência. Não há obrigação principal ou acessória, de forma que a nulidade de uma não implica na da outra. Ao contrário do fiador, parte de um contrato acessório, em que a regra é a do benefício de ordem, o avalista não se compromete a pagar a obrigação constante da cártula caso o avalizado não tenha condições de honrá-la. Há uma autonomia de obrigações em que ambos, avalizado e avalista, assumem direta e independentemente a obrigação de pagar o valor do título. Por tal razão, o credor pode exigir a obrigação de qualquer um dos dois, sem qualquer ordem ou hierarquia.

Daí advém a equiparação, pois, apesar de serem autônomas do ponto de vista substancial, as obrigações são reflexas do ponto de vista formal. Paga a dívida, o avalista adquire direitos equiparados àqueles que poderiam ser exercidos pelo credor na posição da cadeia por ele ocupada no momento do pagamento. A equiparação, no entanto, não implica em que o avalista e o avalizado suportem, ao final, obrigações de mesma extensão. Pelo contrário, o avalista arcará com a obrigação conforme a sua posição, mas adquirirá um direito de regresso equiparado à posição ocupada pelo credor, que pode vir a ser diferente da sua. A equiparação não é entre o quanto avalista paga para o credor e o quanto o mesmo avalista cobra regressivamente do avalizado, mas sim entre a posição do credor perante o avalizado quando do pagamento do aval e a posição do avalista após o pagamento.

O caso do avalizado que se encontra em processo de recuperação judicial exemplifica com perfeição essa distinção. Por conta da aprovação do plano, a

---

<sup>30</sup> Ibidem, p. 69

posição do credor diante do devedor sofre uma alteração, reduzindo o valor do crédito avalizado. No entanto, a autonomia do aval faz com que a posição do avalista continue substancialmente a mesma, sem qualquer redução. Ao ver exigido o pagamento do aval, o avalista é obrigado a arcar com a totalidade da obrigação avalizada, conforme já julgado exhaustivamente pela Câmara Especializada de São Paulo.<sup>32</sup> No entanto, por conta da equiparação, o avalista assume uma posição equivalente àquela ostentada pelo credor originário perante o plano, caso tentasse proceder à cobrança do avalizado. Neste caso, a equiparação implica na diferenciação entre o valor pago e aquele a ser exigido em direito de regresso pelo avalista. Qualquer solução que forçasse um nivelamento entre o quanto o avalista pagou e o quanto ele teria a receber estaria violando, e não prestigiando a equivalência do aval.

Portanto, as respostas aos dois questionamentos acima colocados são:

- a) sim, o avalista responde pela integralidade da obrigação perante o credor, mesmo diante da reestruturação resultante do plano de recuperação; e
- b) sim, o avalista deve submeter seu direito de regresso às limitações impostas pelo plano de recuperação<sup>33</sup>.

Até o presente momento, ficou bem claro que o aval constituindo uma obrigação pessoal, autônoma, não se confunde com a do avalizado. Por esta razão, o avalista possui obrigação da mesma espécie que a do avalizado, respondendo de forma independente pela dívida e tendo o avalizado conseguido o benefício da recuperação judicial, tal fato em nada influencia, pois os avalistas podem ser executados independentemente do avalizado.

O artigo 6º, *caput* e parágrafo 4º, da Lei de Recuperação Judicial e Falência, é bastante claro.<sup>vi</sup>

Vale dizer, a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, que as ações e execuções em face somente da empresa em recuperação ficarão suspensas. E a indagação que surge refere-se às obrigações dos avalistas, se estas também estariam suspensas, mas o artigo 52, III, da Lei 11.101/05 determina:

---

<sup>32</sup> Acórdão 2012.0000277070, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ministro Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, 04/06/2012.

<sup>33</sup> Idem 33.

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...)III – ordenará a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvado as ações previstas nos

Hoje, os tribunais brasileiros estão com posicionamento bem tranquilo no sentido de que a recuperação judicial deferida a avalizado, não obsta ao credor de cobrar seu crédito em face dos avalistas, pois não se justifica seja suspensa referida execução diante da natureza autônoma do aval.

Aliás, uma boa análise foi feita a esse respeito foi feita usando-se da analogia com o instituto da fiança,<sup>34</sup> quando destaca-se que existem duas relações jurídicas conjuntas, mas que não se confundem: a relação de responsabilidade entre fiador e credor, e a relação de pretensão regressiva do fiador contra o devedor. E essa somente pode existir, em relação àquela, mas a reciprocidade não existe. Existe uma relação contratual entre fiador e credor, sendo que o devedor pode até ignorar a existência da garantia. E assim sendo, a responsabilidade de regresso entre devedor e fiador pode estar adstrita às circunstâncias referentes à pessoa do devedor, e que são estranhas à relação entre fiador e credor. Em assim sendo, Fábio Konder Comparato conclui que o benefício da antiga concordata, que era concedido de forma personalíssima a um comerciante, não poderia ser estendido a seu fiador e pior se isso pode ser aplicado à fiança, mais ainda deve ser estendido ao aval, diante da autonomia, que é incontestável.

#### **4.Considerações Finais**

Diante da autonomia que rege os títulos de crédito, em especial quando referida obrigação se vê diante do instituto da Recuperação Judicial da empresa, faz com que subsista a obrigação do avalista ainda que nula a do avalizado, isto para que o interesse do credor tenha prevalência, já que o que norteia o Direito Cambiário é a circulação de riquezas.

---

<sup>34</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Direito Empresarial. Estudos e Pareceres, São Paulo: Ed. Saraiva, p.489

Sendo o aval uma obrigação autônoma e uma obrigação garantidora, ele sobrevive e não é afetado por favores ou mudanças na obrigação do avalizado, no caso a recuperação judicial, pois dentro da ciência do Direito, o julgador, atento, deve dar prioridade ao interesse que o legislador deu maior importância, por ter descoberto nele um valor maior que interessa à sociedade, o que ficou demonstrado neste estudo. O instituto da Recuperação Judicial se sobrepõe ao do Direito Cambiário, já que o que mais importa é manter a fonte produtora de riquezas, e não a circulação delas, pois uma é consequência da outra.

Quando se extrai que a obrigação do avalista é da mesma maneira que a pessoa por ele avalizada, não se quer dizer que a obrigação é do mesmo valor, mas sim a de que ele, avalista pode ser executado isoladamente e independentemente do decidido na Ação de Recuperação Judicial do avalizado.

A obrigação do avalista, mesmo diante da Recuperação do Avalizado prevendo-se a remissão de dívida não pode ser afetada, justamente diante da autonomia que rege os títulos de crédito, e sob o ponto de vista jurídico evidente a sua responsabilidade pela dívida total mencionada no título e imediatamente.

E o exercício de seu regresso está adstrito ao direito de cobrar apenas o valor que foi aprovado e constante do Plano de Recuperação, mesmo quando ele pagou integralmente o valor do título, pois se assim não o fosse, deixaria de ter sentido a remissão por ele obtida. Em hipótese alguma, o fato do avalista não poder recuperar a quantia por ele desembolsada, tem o cunho de abalar o princípio da autonomia presente no conceito de título de crédito. Na realidade, isso acaba por fortalecer ambos os institutos, o da autonomia que garante a circulação do crédito e o da recuperação judicial, que garante a manutenção da fonte produtora de riquezas e isso sem qualquer mácula ou comprometimento de ambos.

Não se está afirmando que a obrigação do avalista seja maior que a do avalizado, mas sim que ela permanece inalterada, pois as condições que protegem ou alteram a obrigação do avalizado, não terão o condão de atingir a do avalista, justamente pelo princípio da autonomia.

Aliás, não se pode esquecer que a principal função do crédito é econômica, qual seja, de circular riqueza e por mais injusto que possa parecer a atribuição do prejuízo ao avalista pelo cumprimento integral de sua obrigação e não ressarcimento posterior garante o sucesso de toda a circulação. Há que se lembrar que sua obrigação foi assumida de forma livre e consciente, de que eventualmente nem

sequer o regresso teria sucesso. O maior objetivo do aval é a garantia de outra obrigação.

Se prevalecesse a autonomia em suas últimas conseqüências, com a recuperação integral do valor pago pelo avalista, pela experiência de autores clássicos e consagrados citados ao longo deste estudo, quando da análise do instituto da concordata, verificar-se-ia apenas uma transposição de pessoas, e não haveria razão de ser o instituto da recuperação da empresa, com a conseqüente remissão de dívida. E também, quando se atribui ao avalista a obrigação, tem ele o dever de pagar o título, independentemente até mesmo da obrigação do avalista se materializar. Em outras palavras, o avalista é conhecedor dos riscos de sua obrigação, não havendo razão falar-se em justiça ou em injustiça, já que sob o ponto de vista técnico-jurídico a solução foi apresentada.

O reverso dessa situação, igualmente incômoda, está no fato dos credores protegidos por aval serem convocados para assembleias, sem qualquer incentivo para atuar com diligência. Como eles não estão sujeitos ao plano, o voto irresponsável ou a abstenção não lhes custa nada, situação que contribui para distorção dos resultados da deliberação (aprovação de planos irresponsáveis, quebra de empresas saudáveis etc.). Numa frase: quem comparece não se interessa, e quem se interessa não pode comparecer.

A questão do avalista não ostentar, à época da aprovação do plano, a condição de credor é importante e merece ser ressaltada. Se por um lado, todo crédito anterior à requisição do benefício deve se submeter ao plano, por outro, até para se preservar a seriedade da deliberação, todos os credores presentes à assembleia devem estar em alguma medida sujeitos ao benefício. Para que a recuperação não se torne um processo sem sentido, é fundamental que os credores estejam motivados a discutir e aprimorar as propostas. Credores que porventura não estão sujeitos ao plano tendem a demonstrar um comportamento descompromissado, aprovando qualquer proposta de recuperação ou simplesmente abandonando o procedimento, o que pode em tese inviabilizar a aprovação de um bom plano. Qual o incentivo em se estudar de viabilidade de um plano, propor alterações e comparecer à assembleia, para um credor que pode exigir a obrigação integral de um avalista? Como fica a discussão de aprovação de um plano de recuperação, se este pode vir a ser votado por credores que não estão sujeitos ao que for aprovado?

Não à toa, com o objetivo de proteger os co-obrigados de negociações isoladas entre co-devedores e credor, institutos como a solidariedade passiva e a fiança possuem dispositivos que limitam os efeitos de repactuações paralelas. Na solidariedade passiva, o art. 278 do CC estabelece que nenhuma cláusula, condição ou obrigação adicional estipulada entre um dos devedores solidários e o credor poderá agravar a posição dos outros sem o consentimento destes.

Na fiança, o art. 838, I, do CC estabelece que o fiador fica desobrigado caso, sem o seu consentimento, o credor conceder moratória ao devedor. Em comum, esses dispositivos indicam a necessidade de consentimento para que as alterações promovidas tenham eficácia perante os demais co-obrigados. É fato que a situação do avalista e do devedor principal não é um caso de solidariedade passiva civil, nem muito menos a outorga de um aval (um ato unilateral autônomo) se confunde com a fiança (um contrato acessório). No entanto, a existência de co-devedores e o problema da renegociação isolada da obrigação principal são essencialmente os mesmos e levantam questões bastante semelhantes. Se o crédito avalizado é sujeito à recuperação, como garantir que o credor que compareça à assembléia esteja motivado a deliberar a aprovação do plano com seriedade?

Uma solução para esse dilema poderia se basear numa distinção de natureza subjetiva, a saber, entre situações em que o avalista é sócio da avalizada e situações em que o avalista não é sócio da avalizada, bem como na criação de uma regra que obrigasse o credor de obrigação avalizada a, no caso de uma recuperação judicial, antecipar no tempo a sua decisão sobre exigir ou não do avalista o pagamento. No momento em que recebe a notícia de publicação do aviso do plano de recuperação, o credor já tem consigo uma quantidade crítica de informações: ele sabe quem é o avalista e quem é o devedor; sabe o quanto lhe é devido por força do título e o quanto o devedor está oferecendo no plano de recuperação; sabe, ou ao menos tem condições de saber, as condições de solvabilidade tanto do avalista como do devedor. Tais informações são suficientes para que o credor possa antecipar a decisão sobre executar ou não o avalista.

Caso a opção do credor seja por não se submeter ao plano, este já sabe que o avalista estará subordinado aos efeitos da recuperação. Nada mais lógico, portanto, que o credor comunique o avalista de sua decisão, facultando-lhe a oportunidade de comparecer na assembléia de credores e se manifestar sobre o plano de recuperação no seu lugar. Caso sua opção seja aderir voluntariamente à recuperação e votar o plano, não há necessidade de comunicação ao avalista. No entanto, a partir daí a

obrigação do avalista para com o credor deveria se limitar ao montante total e às condições de pagamento constantes do plano de recuperação.

Essa limitação é importante até para se evitar um conluio entre devedor e credor em detrimento dos interesses do avalista. Imagine-se a situação em que o devedor entrega certa vantagem ao credor para que este aprove um plano de recuperação absurdo. O credor, por não estar submetido ao plano, aceita a oferta e vota favoravelmente ao plano, contribuindo para a sua aprovação. Em seguida, o credor promove uma execução e recebe a integralidade da obrigação do avalista, que no regresso se volta para a recuperação e se vê subordinado a um plano inconsistente.

Como resultado, teríamos o seguinte: o credor ganha o valor integral da obrigação como o “prêmio” pago pelo devedor; o devedor ganha a aprovação de um plano de recuperação lesivo, cujos benefícios superam o do “prêmio” entregue ao credor; e o avalista suporta sozinho, nos ombros, os efeitos de uma execução do valor integral da dívida e de um plano lesivo para o qual, apesar de ser o maior interessado, não foi sequer convocado a deliberar na assembléia de credores.

Este é um exemplo que busca demonstrar potenciais conseqüências do desalinhamento do credor com o sucesso ou insucesso do plano. Resumindo de forma pontual, a estrutura da solução seria a seguinte:

1. Caso o avalista seja sócio da avalizada, o credor estaria liberado para exigir, a qualquer tempo, a obrigação frente à sociedade, na extensão do plano de recuperação, ou frente ao avalista, na extensão do título. É comum, nas operações envolvendo sociedades empresariais com responsabilidade limitada, que o credor exija do devedor a outorga de um aval dos sócios como garantia, criando um mecanismo jurídico de responsabilização dos sócios. Por ser sócio da avalizada, pressupõe-se que o avalista tenha consentido com o plano, inexistindo justificativa para se furtar à subordinação ao processo de recuperação. Além disso, como o sócio é impedido de votar na assembléia de credores (art. 43 LFRE), ele não teria de qualquer modo como interferir na aprovação ou rejeição do plano de recuperação.
2. Caso o avalista não seja sócio da avalizada, ao receber o aviso de publicação do plano, o credor teria de optar entre exigir dos avalistas ou do avalizado a obrigação e, assim, entre participar da assembleia de credores ou não. Na hipótese dele optar por exigir da avalizada a obrigação, o credor poderia

comparecer à assembléia e votar o plano. Com conseqüência, porém, a obrigação do avalista ficaria restrita ao aprovado na recuperação judicial. Na hipótese do credor optar por exigir a obrigação do avalista, este deve ser comunicado desta opção, para comparecer na assembléia e votar a aprovação do plano. Neste caso, as obrigações dos avalistas para com o credor e do devedor para com os avalistas se tornariam eficazes independentemente de qualquer pagamento, sendo que os avalistas estariam obrigados a responder à execução do credor originário pelo valor integral, e teriam de exercer o seu direito de regresso frente à avalizada através do plano de recuperação.

Tal solução talvez conseguisse harmonizar os interesses do credor, do avalista e do avalizado, apenas antecipando no tempo a opção do credor sobre quem executar. O credor continuaria podendo executar aquele que lhe pareça possuir o melhor potencial econômico. O avalista teria a oportunidade de participar da assembléia de votação do plano de recuperação. E o avalizado teria garantida a subordinação ao plano de recuperação de todos os créditos anteriores ao requerimento do benefício.

Por fim, de toda a análise jurídica feita, fica a grande lição de que os juristas devem estar atentos ao momento histórico, econômico em que estão inseridos, a fim do sucesso de seus próprios fundamentos, tendo o Direito como tecnologia. Nesse caso, depois dos aspectos jurídicos, os quais foram largamente elucidados, deve-se mencionar o aspecto econômico, que prende-se ao fato de que mais vale proteger a fonte produtora de riqueza, de que garantir a circulação de riqueza, vez que esta última, em hipótese alguma, existirá sem a outra.

## **5. Referências**

ASCARELLI, Tullio. **Teoria Geral dos Títulos de Crédito**. Trad. Benedicto Giacobbini. Campinas: Ed. RED Livros, 1999

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Trad. Fábio Konder Comparato, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Ed Malheiros, n.104, 1996

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação de Falências Comentada**, 3ª edição. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005.

- BORGES, João Eunápio. **Do Aval**. 4ª edição. Rio-São Paulo: Ed. Forense, 1974.
- CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**, vol. V e vol VIII, 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1934.
- COELHO, Fábio Ulhoa..**Curso de Direito Comercial**, 1º vol, 11ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da empresa**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, 1984, Editora Revista dos Tribunais, n. 50, 1983
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial. Estudos e Pareceres**,São Paulo:Ed. Saraiva, 1990.
- LUCCA, Newton de.**O Aval**, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, 1984
- MAMEDE, Gladston. **Títulos de Crédito**, 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.
- MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.
- NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.
- TORRES, Margarinos. **Nota Promissória**. 4ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva e Cia., 1935.
- VIVANTE, Cesare. **Trattado di Diritto Commerciale**, vol. III, 5ª edição. São Paulo, 1935.

---

<sup>i</sup> I – na recuperação judicial:

a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;  
[...]

---

f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.

<sup>ii</sup> Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na datado pedido, ainda que não vencidos.

<sup>iii</sup> Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

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

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

<sup>iv</sup> Art. 31. O juiz, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer interessado, poderá determinar a destituição do administrador judicial ou de quaisquer dos membros do Comitê de Credores quando verificar desobediência aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros.

§ 1º No ato de destituição, o juiz nomeará novo administrador judicial ou convocará os suplentes para recompor o Comitê.

§ 2º Na falência, o administrador judicial substituído prestará contas no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos §§ 1º a 6º do art. 154 desta Lei.

<sup>v</sup> Artigo 32 O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma. Se o dador de aval paga a letra, 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.

<sup>vi</sup> Art. 6º. A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.