

Recuperação Judicial e o avalista: possíveis efeitos da atual tendência jurisprudencial

Corporate Reorganization and aval guarantee: possible effects of current court tendency

Eduardo Henrique Martins de Oliveira e Luiz Gustavo Friggi Rodrigues

RESUMO: O presente trabalho enfrenta a debatida questão dos créditos garantidos por aval e submetidos ao plano de recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, ou seja, a possibilidade de persecução autônoma do crédito frente ao garantidor, que em tese poderia responder pessoalmente pela dívida garantida por aval, ainda que a dívida principal esteja com o pagamento contemplado pelo plano de recuperação judicial. É apresentado o panorama atual dos tribunais brasileiros quanto ao entendimento sobre o tema, bem como a posição do Superior Tribunal de Justiça, e possíveis consequências da adoção de uma ou outra posição jurisprudencial, dentro do contexto principiológico da Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

PALAVRAS-CHAVE: Aval; garantia; recuperação judicial, novação.

ABSTRACT: This paper mainly focuses on the debated issue about credits secured by aval guarantee and submitted to the restructuring plan provided by Law n. 11.101/2005, that means, the possibility of autonomous enforcement of the credit against the aval securer, even if the main credit has its payment contemplated by the restructuring plan presented by the company which pleas for Bankruptcy Law reorganization. It is presented the current status of Brazilian courts decisions regarding this subject, as well as from Brazilian Superior Federal Court, and possible consequences from the adoption of one or other judgment, inside the context of principles from Brazilian Bankruptcy Law.

KEYWORDS: Aval endorsement; guarantee; Bankruptcy plan; novation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Principais argumentos da discussão. 3. Tendência jurisprudencial. 4. Pagamento pelo avalista. 5. Conclusão

1. Introdução

Após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) e, poucos anos mais tarde adiante, com a influência da crise financeira mundial, o instituto da Recuperação Judicial consolidou-se como instrumento legítimo para a tentativa do da empresa ou empresário em crise tentar equacionar seu passivo e, assim, evitar a falência.

Conjuntamente com o crescimento do número de pedidos de recuperação judicial ajuizados, naturalmente têm surgido diversas questões controvertidas, em razão da forma como foi redigida a norma citada. Dentre estas questões, encontra-se o tratamento das dívidas avalizadas, isto é, as dívidas garantidas por uma declaração cambial específica e autônoma.

Em realidade, trata-se de praxe e necessidade no mercado a obtenção de crédito por empresas e empresários junto a instituições financeiras, durante o desempenho da atividade empresarial, fato que não está necessariamente ligado a uma situação de instabilidade.

De igual modo é bastante comum nesse mesmo mercado a exigência de garantias vinculadas à concessão desses créditos. Dentre tais garantias encontra-se o aval, espécie de declaração cambiária, sendo usual, quando se trata de sociedade empresária tomadora de empréstimo, a prestação dessa garantia pelos próprios sócios da empresa.

Diante de uma situação de crise, as empresas veem na Recuperação a possibilidade de equacionar as dívidas, impulsionar a atividade e pagar seus credores, especialmente as instituições financeiras, tendo em vista que, geralmente, sobre os contratos com elas firmados incidem encargos maiores do que outras dívidas.

É possível vislumbrar na Recuperação a obtenção de descontos significativos, bem como prazos maiores de pagamento (configurando as duas mais usuais propostas do plano de recuperação, conforme artigo 50, da Lei 11.101/05). Além disso, com a Recuperação, é possível promover a organização de todas as dívidas ou parte delas e obter uma discussão aberta e conjunta com todos esses credores.

Contudo, mesmo diante do adequado processamento da Recuperação Judicial e aprovação do plano de recuperação pelos credores, as instituições financeiras têm buscado outros meios para persecução de seus créditos, vez que, na maioria das vezes, o plano implica em redução de valores e dilação de prazos. Na busca desse objetivo, tais instituições têm se utilizado da execução singular face ao avalista.

Essa situação tem gerado inúmeros conflitos, pois na visão das instituições financeiras nada obsta a persecução do crédito face ao avalista, tendo em vista que este seria um coobrigado solidário. Em contrapartida, os avalistas argumentam que, com a aprovação do plano de recuperação, a dívida principal sofreria *novação* (artigo 59, da Lei), cujos efeitos devem ser estendidos aos coobrigados.

No entanto, nos Tribunais de Justiça pátrios é possível encontrar decisões para ambos os argumentos; e numa maioria dos casos as instituições financeiras obtêm êxito, o que certamente trará efeitos futuros para a aplicação da Lei, possivelmente indesejados.

Neste artigo, buscar-se-á abordar os aspectos dessa tendência jurisprudencial, bem como traçar suas possíveis conseqüências.

2. Principais argumentos da discussão

Adiante serão trazidos, de forma resumida, os principais argumentos da discussão que vêm sido comentados no ambiente de aplicação da Lei, assim como as teses enfrentadas por alguns dos Tribunais de Justiça pátrios.

a) Pela possibilidade de execução do avalista

O aval é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista) se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor desse título (avalizado). [...]. O avalista assume, perante o credor do título, uma obrigação autônoma, mas equivalente à do avalizado. (COELHO 2003, 410)

A principal característica do aval é, portanto, a “autonomia”, subsistindo a obrigação (o aval), ainda que nula a obrigação garantida. COMPARATO ensina que:

[...] na Lei Uniforme, porém, essa solução foi afastada, ao se declarar que a **obrigação do avalista mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma**. Tirante essa ressalva, oriunda da tradição alemã, a lei genebrina consagrou a completa autonomia do aval. A única exigência é que haja, no título, a assinatura do avalizado, nada importando que essa assinatura seja falsa, pois às obrigações decorrentes do aval entende-se aplicável a norma geral do artigo 7º. (COMPARATO 1995, 481)

Dessa forma, conclui-se que 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 [...]* Não se pode dizer, porém, que sua obrigação seja a mesma obrigação do avalizado, mas simplesmente que é obrigação da mesma espécie, do mesmo grau [...]. (BORGES 1975, 165)

Essa autonomia vista no aval faz com que o avalista não possa *opor ao portador do título as exceções pessoais do obrigado a que se equiparou. Como todo devedor cambial, poderá defender-se, exclusivamente, com as exceções pessoais, que lhe forem próprias, com os defeitos formais do título e com a falta de requisitos necessários para que o possuidor possa exercer a ação cambial*. (BORGES 1975, 168)

Aliando a característica da autonomia do aval com a previsão do artigo 49, §1º, da Lei 11.101/2005, pela qual *os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*, argumenta-se pela possibilidade de execução independente do avalista, apesar do crédito avalizado estar sujeito à Recuperação Judicial da empresa avalizada.

Ainda é argumentado que novação prevista na lei especial (art. 59) é diferente da novação prevista no Código Civil que *vem a ser o ato que cria uma nova obrigação, destinada a extinguir a precedente, substituindo-a*. (DINIZ 2004, 291)

Para essa corrente, a própria lei exclui a extensão de efeitos, ao determinar a preservação das garantias contra os coobrigados. Nesse sentido, sustenta o desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças:

A novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005 não tem a mesma natureza jurídica do instituto regrado pelo art. 360 do Código Civil. As execuções contra os coobrigados não sofrem qualquer interferência, na forma do que dispõe o § 1º do art. 49. A novação não atinge os coobrigados, os fiadores, os obrigados de regresso e, especialmente, os avalistas. (CALÇAS 2009)

Argumenta-se, ainda, que o artigo 59, da lei especial também faz a ressalva quanto às garantias – “o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei” – o que corrobora para entendimento supra.

Embora reconheça a natureza contratual do Plano de Recuperação aprovado, LOBO afasta a incidência dos efeitos da novação na forma artigo 364, do Código Civil sobre o coobrigado, garantidores etc., em relação ao crédito inserido na Recuperação, mediante quatro argumentos:

A uma, porque, não obstante a doutrina, ao tratar do período “sempre que houver estipulação em contrário”, enfatizada pelo art.364, costume trabalhar com a hipótese de cláusula acordada, por mútuo consenso, em contrato sinalagmático, pelo devedor, credor e fiador, é legítimo entendê-la como estipulação prevista em lei, como sói ser a constante dos arts. 49. §1º, e 59, caput, da LRE; a duas, porque, como é curial, a solução corriqueira do conflito de leis deriva da aplicação do critério hierárquico e/ou cronológico e/ou especialidade, os quais, no caso em tela, levam à conclusão que, desprezado o da hierarquia, pois ambas as leis – o CC e a LRE – têm igual hierarquia, os outros dois penderiam para a LRE, porque ela é posterior e porque trata especificamente da subsistência da fiança na hipótese de novação da obrigação afiançada; a três, porque a LRE é de ordem pública, devendo prevalecer o seu comando; a quatro, porque, ex vi do art.61, §2º, se convolada em falência a recuperação judicial, “os credores terão reconstituídos os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas”, o que seria defeso se houvessem perecido na forma do art.364 do CC. (LOBO, 2005, 158)

Verifica-se, desta forma, que, para essa posição, a novação ocorrida na Recuperação Judicial não se estenderia ao avalista. Para se chegar a essa conclusão, o tratamento dado à novação prevista no Código Civil não poderia ser o mesmo da novação prevista na lei

especial, vez que aquela pressupõe a extinção da obrigação mediante a criação de uma nova, enquanto esta prevê a manutenção das garantias etc. Na Recuperação Judicial, então, a novação geraria efeitos somente em relação à Recuperanda.

b) Pela impossibilidade de execução contra o avalista

Contrariamente ao entendimento anterior, argumenta-se que a novação prevista no artigo 59, da Lei de Recuperação Judicial e Falência, deve se estender aos coobrigados. Para os partidários desse entendimento, a aprovação e a homologação do Plano de Recuperação implicariam em novação dos créditos anteriores ao pedido, na forma da lei civil, de modo que a dívida avalizada deixa de existir, haja a vista a constituição de nova obrigação: o plano, não se justificando, portanto, a execução individual contra o avalista.

Argumenta-se também que, com a implementação do Plano de Recuperação Judicial, não existe mora do devedor principal e, por isso, inexistiria interesse na persecução do crédito face ao avalista.

Outro argumento seria o recebimento em duplicidade do crédito, caso possível fosse a execução individual contra o avalista, já que o credor receberia na Recuperação e na execução, o que promoveria o enriquecimento sem causa e onerosidade excessiva da outra parte.

Uma parte dos juristas sustenta ainda que pela dicção do artigo 61, §2º¹, da lei, é possível concluir que a novação ocorrida na Recuperação atinge as garantias, uma vez o texto legal dispõe que, na hipótese de convação em falência, as garantias seriam restituídas. Não teria sentido restituir aquilo que não foi mudado/retirado.

A lição de MUNHOZ acerca da temática da novação ocorrida pela aprovação do Plano de Recuperação pode ser utilizada para corroborar esse último argumento. Veja-se:

Uma interpretação possível seria a de que a lei pretendeu ressalvar dos efeitos da novação todas as garantias, permanecendo obrigados

¹ § 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial

perante os credores, por exemplo, os fiadores ou quaisquer outros terceiros que tenham oferecido bens de sua propriedade em garantia da dívida. Essa, porém, não parece constituir a interpretação adequada da norma, por conflitar com a disciplina da novação, tal como regulada pelo Código Civil. [...] A novação operada pelo plano de recuperação, contudo, fica sujeita a uma condição resolutiva: o cumprimento do plano pelo devedor nos primeiros 2 anos contados da concessão da recuperação. É que, nos termos do art.61, §2º, o descumprimento do plano pelo devedor nesse período acarreta a decretação da falência, tendo os credores “reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”. (MUNHOZ 2007, 292)

Note-se que MUNHOZ, apesar de reconhecer os efeitos da novação sobre os coobrigados, assevera que esta estará condicionada ao adimplemento do Plano de Recuperação, sendo que na hipótese de convalidação em falência, as partes retornariam ao *status quo ante*.

3. Tendência jurisprudencial

Ambas as teses encontram fundamentos técnicos, contudo a jurisprudência atual tem privilegiado o entendimento de que é possível a execução individual contra o avalista. Vejam-se alguns precedentes de alguns Tribunais:

a) Favoráveis à execução

É possível verificar nos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a referência ao dispositivo da lei especial que prevê a preservação das garantias do crédito na hipótese de aprovação do plano, a interpretação pela sobreposição da norma especial em relação à norma geral, e argumentação pela autonomia do aval. Confira-se o exemplo abaixo.

Execução - Prosseguimento em face do devedor solidário - Recuperação judicial prevista na Lei 11.101/2005 que não atinge os direitos de crédito detidos em face de devedores solidários, fiadores e avalistas - Agravante que ocupa o pólo passivo da execução em

virtude de figurar como devedor solidário no título representativo do débito - Relação jurídica envolvendo o devedor solidário e o credor que não pode ser abalada pelos efeitos da decisão que defere o processamento do pedido de recuperação judicial ou que decreta a falência da devedora principal. Execução - Prosseguimento em face do devedor solidário - Situação do agravante que não está compreendida na hipótese prevista no art. 6º, "caput", da Lei 11.101/2005 - Norma que, quando faz menção a "sócio solidário", refere-se àqueles que respondem de modo solidário e ilimitado pelas dívidas sociais. Execução - Devedor solidário - Novação da dívida que não impede o credor de promover a execução em face dos coobrigados - Art. 59 da Lei 11.101/2005 que prevê, expressamente, a preservação das garantias do crédito - Inaplicabilidade do art. 356 do atual CC - Prevalência da norma especial inserida no art. 59, "caput", da Lei 11.101/2005- Continuação da execução em relação ao devedor solidário, isto é, ao co-executado - Cabimento - Agravo desprovido

(TJ/SP - Agravo 0177632-33.2011.8.26.0000 - 23ª Câmara de Direito Privado – Des. Relator Rizzatto Nunes – Julgado em 30.11.2011)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais adota entendimento idêntico:

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - EMPRESA DEVEDORA - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - NOVAÇÃO - EXTINÇÃO DO FEITO - GARANTIDOR - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. Não obstante a novação que se opera através de acordo firmado entre credor e devedor em processo de RECUPERAÇÃO JUDICIAL, o que implica a extinção da ação de cobrança ou execução anteriormente distribuída, por falta de interesse de agir, mantêm-se as ações cognitivas ou executivas contra os coobrigados da empresa em RECUPERAÇÃO, na forma do que determinam os artigos 6º e 49, parágrafo primeiro, da Lei 11.101/05.

(TJ/MG APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.07.356799-6/001 - Des. Relator Otávio Fortes – Julgado em 28.04.2011)

Também no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há bastante destaque a questão da autonomia do aval:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL CÉDULA BANCÁRIA (CCB) AVALISTAS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO AVALI-ZADO. O AVAL CONSTITUI GARANTIA PESSOAL E AUTÔNOMA, PODENDO SER O AVALISTA

EXECUTADO, AINDA QUE INEXISTA AÇÃO PROPOSTA CONTRA O AVALIZADO. DESTA SORTE, A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEFERIDA NÃO ATINGE, EM PRINCÍPIO A EXECUÇÃO DOS AVALISTAS, QUE, POR-TANTO, PODE PROSEGUIR. DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECURSO.

(TJ/RJ – Apelação 0355870-03.2010.8.19.0001 – Des. Rel. Sérgio Lucio Cruz – Julgado em 28.03.2012)

Por fim, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vê-se novamente o argumento legal para manutenção da persecução do crédito face ao avalista:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROTESTO EM NOME DOS GARANTIDORES E AVALISTAS DA EMPRESA AGRAVADA. EXEGESE DO ARTIGO 49, §1º, DA LEI N.º 11.101-2005. Tendo sido deferido o processamento da recuperação judicial da empresa agravada, os seus garantidores não são atingidos pelo benefício aplicável somente ao devedor principal. Aplicação do artigo 49, §1º, da Lei n.º 11.101-2005. RECURSO PROVIDO.

(TJ/RS - Agravo de Instrumento Nº 70040298010 - Quinta Câmara Cível – Des. Rel.: Isabel Dias Almeida, Julgado em 23/02/2011)

Dessa forma, pode-se dizer que a jurisprudência favorável a persecução do crédito contra o avalista, em que pese a aprovação do plano perante o devedor principal, está fundamentada basicamente na parte final do art. 59, da Lei 11.101/05 e na autonomia do aval.

b) Contrários à execução

Embora no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja possível identificar maioria de posicionamento pela possibilidade de execução contra o avalista, encontram-se alguns julgados no sentido contrário, conforme exemplo abaixo:

Ementa: Execução por título extrajudicial – Ação dirigida contra pessoa jurídica e contra os sócios desta, devedores solidários – Recuperação Judicial homologada – Benefício legal que torna

inexigível o título tanto para a devedora principal, quanto para os garantes, em razão de serem sócios da empresa em recuperação judicial – Análise do artigo 49, §1º, da Lei 11.101/2005, combinado com o artigo 739-A, do CPC – Recurso provido.

(TJ/SP - Apelação 7.166.479-6 – 21ª Câmara de Direito Privado – Des. Relator Souza Lopes – Julgado em 31.10.2007).

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também é possível encontrar um julgado contrário a responsabilização do avalista, sócio da empresa em Recuperação Judicial, por entender que haveria contradição em impor ao sócio uma situação mais onerosa do que à empresa:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL EM FACE DO DEVEDOR SOLIDÁRIO. AVAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL HOMOLOGADA. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES EM FACE DA SOCIEDADE E DO AVALISTA. Se a finalidade do plano de recuperação é organizar o quadro de credores da empresa, de modo a estabelecer um cronograma possível de ser realizado, não é razoável permitir que as execuções possam prosseguir, quando aquele crédito já está relacionado e programado para pagamento. Cogitar o prosseguimento dos processos de execução contra o sócio garante é privilegiar a contraditória situação onde o sócio seria responsabilizado de forma mais onerosa do que a própria empresa, beneficiada pela suspensão das ações e execuções. Conhecimento e provimento do recurso.

(TJ/RJ - Apelação 0032659-42.2009.8.19.0002 – Des. Rel. Rogério de Oliveira Souza – Julgado em 28.02.2012)

Com base nessa breve pesquisa, é possível verificar que em cada julgado, favorável ou não, estão sendo discutidas novas teses e esposados pontos de vistas diferentes sobre o mesmo tema.

c) Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

Diante dos julgados citados acima, é possível concluir que nos Tribunais de Justiça há uma tendência para possibilidade da execução individual contra o avalista, sendo que em alguns deles, como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tal

entendimento já está se pacificando. Já no Superior Tribunal de Justiça ainda não é possível identificar uma tendência, mas sim um equilíbrio em ambos os posicionamentos.

No caso abaixo, por exemplo, identifica-se o argumento da autonomia do aval para justificar a não extensão dos efeitos da novação ao avalista:

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - QUESTÃO DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO FALIMENTAR - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM FACE DA EMPRESA CO-EXECUTADA - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO CAMBIÁRIA - AUTONOMIA - PROSSEGUIMENTO - EXECUÇÃO - AVALISTAS - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - Não há omissão no aresto a quo, no qual se examinou os temas relevantes para deslinde da controvérsia, ainda que o resultado não tenha sido favorável à parte recorrente.

II - O tema atinente à competência absoluta do Juízo Falimentar não foi objeto de deliberação, sequer implícita, na Instância a quo, o que convoca o óbice da Súmula n. 211/STJ.

III - O deferimento do pedido de processamento de recuperação judicial à empresa co-executada, à luz do art. 6º, da Lei de Falências, não autoriza a suspensão da execução em relação a seus avalistas, por força da autonomia da obrigação cambiária.

IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 1095352/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 25/11/2010)

De outro lado, tem-se um julgado contrário, no qual é entendido pela impossibilidade de persecução do crédito face ao avalista, sob o argumento de que esse procedimento não seria consentâneo com a Recuperação Judicial (impossibilidade de se ajuizar execuções individuais). Veja-se:

COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA

DE MÉRITO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. SUSPENSÃO.

I. Há entendimento nesta Corte de que não se mostra consentâneo com a recuperação judicial o prosseguimento de execuções individuais, devendo estas ser suspensas e pagos os créditos de acordo com o plano de recuperação homologado em juízo.

II. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1297876/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 29/11/2010)

Por conta disso, verifica-se que a controvérsia está ainda distante de encontrar um posicionamento pacífico acerca da possibilidade ou não de persecução do crédito diante do avalista, contudo já é possível vislumbrar uma tendência relevante para a primeira hipótese.

Algumas empresas, a fim de evitar qualquer discussão quanto isso, passaram a adotar a cautela de prever a exclusão da garantia no Plano de Recuperação, circunstância que vem encontrando respaldo na jurisprudência:

Ementa: Recuperação judicial. Agravo de instrumento. Plano de recuperação judicial aprovado que contém cláusula que estende os efeitos da novação aos coobrigados, devedores solidários, fiadores e avalistas. A novação prevista como efeito da recuperação judicial não tem a mesma natureza jurídica da novação disciplinada pelo Código Civil. Pretensão da recuperanda de validade e eficácia da cláusula a todos avalistas, fiadores e coobrigados. **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 (fiadores/avalistas) em relação aos credores presentes à Assembleia-Geral que se abstiveram de votar, bem como aos ausentes do conclave assemblear. Evidente ineficácia da cláusula no que se refere aos credores que votaram contra o plano e, "a fortiori", aos credores que formularam objeção relacionada com a ilegalidade da cláusula extensiva da novação. Decisão mantida. Agravo desprovido.

(Agravo 0196402-74.2011.8.26.0000 - Câmara Reservada à Falência e Recuperação – Des. Relator Pereira Calças – Julgado em 20.09.2011)

Diante de ambos os entendimentos, cujas razões merecem igual respeito, passa-se a apresentar uma análise das possíveis consequências da tendência jurisprudencial que acena para possibilidade de execução do crédito face ao avalista.

4. Pagamento pelo avalista

Sabidamente, a Recuperação Judicial tem por objetivo equalizar as dívidas da Recuperanda, mediante a possibilidade de propostas diferenciadas de pagamento em relação a valores e a prazo. Portanto, na Recuperação Judicial, dá-se à Recuperanda a possibilidade de renegociar suas dívidas diante de seus credores, porém obrigatoriamente preservando certa isonomia entre eles. Isso tem por finalidade preservar a empresa, uma entidade, em tese, geradora de empregos e cumpridora de sua função social.

Partindo-se da tendência que indica a possibilidade de execução diante do avalista, é possível vislumbrar que este pague a dívida e, por certo, tentará a reaver a perda patrimonial diante daquele que é o verdadeiro devedor; daí a necessidade de verificar os efeitos do pagamento pelo avalista e a forma pela qual este poderá buscar a sua perda patrimonial face à avalizada.

Para alguns, o pagamento da dívida pelo avalista teria como efeito a sub-rogação, contudo este termo é bastante criticado em razão da independência e autonomia do aval. Segundo Pontes de Miranda *o avalista que paga adquire direito cambiário próprio e autônomo. O avalista, que paga, torna-se possuidor, e como possuidor vai contra os outros coobrigados. Passa-se o mesmo com o endossante que paga ou com o sacador. Os direitos, pretensões, ações e exceções que o avalista adquire são os direitos, pretensões, ações e exceções que teria o avalizado. [...] O avalista, pagando, faz-se credor. Não tem contra qualquer dos obrigados cambiários ações que não sejam cambiárias.* (apud CANUTO 2003, 75)

De qualquer modo, fato é que o avalista terá direito de buscar os valores despendidos contra a avalizada, no caso uma empresa em Recuperação Judicial. Então, passa-se verificar as respectivas hipóteses.

1ª hipótese: submissão do avalista à Recuperação Judicial.

Nessa hipótese, o avalista, ao efetuar o pagamento ao credor, passaria a perseguir o valor despendido dentro das condições do plano. Isso geraria um verdadeiro caos, pois, em primeiro lugar, o avalista estaria sujeito a uma condição com a qual não anuiu e sequer teve a possibilidade de discutir. Em segundo lugar, o avalista estaria sujeito a um pagamento a menor do valor que despendeu, dependendo, obviamente, das previsões do plano. Tais questões, a nosso ver, são suficientes para rechaçar essa hipótese.

Apesar disso, é importante comentar mais um reflexo que igualmente repudia a aplicação dessa hipótese. Não raras vezes, os credores, além de passarem a receber seu crédito de acordo com plano, ajuízam ação individual contra o avalista. Ao fazerem isso, os credores devem, no mínimo, abater os valores recebidos da Recuperanda, sob pena de enriquecimento sem causa. Neste caso, o avalista ficaria responsável pelo pagamento desse saldo, valor que haverá de buscar contra a avalizada.

Ocorre que, em circunstâncias normais, esse saldo não existiria em relação à Recuperanda, uma vez que cumprido o Plano, estaria extinta a obrigação. Assim, tal saldo que inexistiria volta à tona, embora sob uma roupagem formalmente diferente. Por conta disso, entendemos que submeter o avalista à Recuperação não é uma solução adequada.

2ª hipótese: persecução do crédito pelo avalista fora da Recuperação

Nessa segunda hipótese, tem-se um cenário mais estável para recebimento do crédito pelo avalista, entretanto isso poderá ter alguns reflexos negativos para a Recuperanda.

Isso porque a ação do avalista contra a Recuperanda trará contra esta uma dívida que estava inicialmente equacionada. Embora, formalmente, seja uma nova dívida, certo é que se trata de valores de uma mesma origem e sob o qual a Recuperanda passa a não ter mais o controle.

Todas as formas de recuperação previstas na lei perdem o sentido nessa situação, pois as vantagens proporcionadas pela norma somente seriam obtidas num primeiro momento,

enquanto não houver pagamento pelo avalista. Note-se que uma dívida inicialmente equacionada, passa a não ter mais flexibilidade quanto à forma de pagamento, seja em relação a valores, seja em relação a prazos.

Isso, por certo, impacta em todo planejamento traçado pela Recuperanda, trazendo um cenário de instabilidade, o que poderá culminar na sua falência, situação que norma quis evitar, em razão do papel importante da empresa na sociedade.

Por esse motivo, é possível concluir que o posicionamento jurisprudencial atual talvez não traga um resultado útil, embora, do ponto de vista jurídico, seja absolutamente sustentável. Passa-se a ter um problema de ordem prática que merece uma reflexão mais aprofundada.

5. Conclusão

A previsão da temática no próprio Plano de Recuperação mostra-se bastante razoável e minimiza as chances de eventual discussão paralela contra o avalista. Imagina-se que, mediante o debate entre todos interessados, em Assembleia Geral de Credores, poder-se-á chegar a uma solução equânime, sopesando todos os interesses afetados direta ou indiretamente com a eventual aprovação do Plano proposto.

Na hipótese de omissão do Plano, parece mais razoável adotar posicionamento idêntico ao visto no julgamento do Agravo nº 1297876/SP, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se entendeu pela suspensão da execução proposta contra o avalista até o resultado final da Recuperação Judicial. Caso paga a dívida na forma do plano, extingue-se a obrigação em relação a todos coobrigados. Caso haja descumprimento, a execução deverá retomar o seu curso.

Desta forma, parece-nos que toda a discussão envolvendo as dívidas avalizadas da empresa em Recuperação Judicial fica mais bem solucionada, trazendo maior estabilidade para todos os envolvidos na relação jurídica.

A posição que concorda com a execução individual do avalista encontra lastro na doutrina mais tradicional e na defesa ferrenha do instituto do aval em sua natural concepção no direito cambiário; contudo, tal posição acaba por ignorar efeitos futuros que poderão ter impacto negativo na Recuperanda, cujos interesses a lei quis preservar. E ao prestigiar a empresa estar-se-á prestigiando tantos outros interesses sociais, econômicos e individuais. Por conta disso, doutrina e jurisprudência deverão amadurecer a questão diante de uma hermenêutica plenamente integradora, em atenção aos princípios que nortearam a edição da Lei nº 11.101/2005.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, João Eunápio. *Do Aval*. 4ª edição. Rio Janeiro: Forense, 1975.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. "Novação recuperacional". *Revista do Advogado* 105, setembro de 2009, 118-123.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. Volume 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, 2º volume: Teoria Geral das Obrigações. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOBO, Jorge. Comentários aos artigos 35 a 69. In: TOLEDO, Paulo F.C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANUTO, Elza Maria Alves. *Alienação Fiduciária de bem móvel: responsabilidade do avalista*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.