

O EFEITO DAS GARANTIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO PELA APROVAÇÃO DO PLANO RECUPERACIONAL SEM A AQUISIÇÃO DO TITULAR

ARIVAL JOSÉ BETINELLI¹

RESUMO

O presente estudo apresenta uma visão axiológica da perspectiva do empresário em recuperação judicial e seus credores em relação aos efeitos das garantias no âmbito da recuperação e o posicionamento judicial atual de não permitir a supressão de tais garantias, sem que haja a aquiescência do titular das garantias.

PALAVRAS-CHAVES: Recuperação judicial. Garantias. Efeitos. Supressão

ABSTRACT

This study presents an axiological view of the perspective of the entrepreneur in judicial reorganization and its creditors in relation to the effects of guarantees in the scope of reorganization and the current judicial position of not allowing the suppression of such guarantees, without the acquiescence of the guarantee holder.

KEYWORDS: Judicial recovery. Warranties. Effects. Suppression

¹ Advogado Corporativo

Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense

Mestre em Direito Processual e Cidadania Pela Universidade Paranaense

e-mail: arival.betinelli@hotmail.com

Artigo apresentado ao curso de Recuperação Judicial 5/2021 do Instituto Brasileiro de direito da empresa IBDE;

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar os efeitos das garantias e a possibilidade jurídica de sua supressão, em relação àqueles que se abstiveram do voto ou se manifestaram contrariamente à sua aprovação do plano de recuperação judicial, observando o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da temática.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se por um lado a recuperação judicial traz um enorme benefício jurídico/econômico ao empresário recuperando, facultando-lhe lançar mão das medidas *ad exemplum* elencadas no art. 50 da Lei 11.101/2005, para renegociar suas obrigações com seus credores, de outro estão os credores, igualmente preocupados com a sua sobrevivência ou ao menos na manutenção de seu lucro e crescimento econômico. Para aqueles que necessitam conceder crédito para conseguir comercializar seus produtos ou serviços, buscam, por meio de garantias, mitigar os riscos de não reaver o crédito concedido.

De outro lado, é recorrente a ocorrência no plano de recuperação judicial o recuperando apresentar o pedido de extinção das garantias contratuais das obrigações submetidas à recuperação, como forma persuasiva de se tentar uma melhor negociação junto aos credores ou então, dispor livremente de dos bens da empresa para alavancar crédito para financiar o seu soerguimento. Naturalmente encontrará oposição do credor em conceder tal vantagem, razão pela qual tem-se que, na perspectiva do devedor, que o plano de recuperação devidamente aprovado pela classe de credores, contendo a disposição de liberação das garantias é suficiente para a sua extinção das garantias, mesmo em desfavor daqueles que se omitiram ou votaram contrariamente ao plano de recuperação, questão que passa-se a analisar.

DO CONTRATO DE GARANTIA, SUAS ESPÉCIES E SEU REGIME JURÍDICO

A garantia, seja real ou fidejussória, é contrato bilateral, acessório convencionada entre as partes livremente, visando a segurança do credor em determinado direito.

A constituição de uma garantia real (hipoteca ou penhor) é negócio acessório ao que gerou a obrigação garantida. A fiança é negócio jurídico acessório em relação ao que vinculou o afiançado ao credor. (COELHO, 2016, *e-book*).

Tratando-se de direitos disponíveis situados no campo da autonomia privada, normalmente é prestada em favor do credor com o intento de mitigar os riscos de eventual falha do devedor em solver suas obrigações. Uma vez contratada, via de regra, somente podem ser desconstituídas em algumas situações específicas: pelo pagamento ou nulidade da obrigação principal, perecimento do objeto ou renúncia do credor.

De início, a garantia é de suma relevância na recuperação, pois a depender da espécie, determinará até a subordinação ou não do crédito ao regime recuperacional. As garantias de alienação fiduciária e reserva de domínio (art. 49, da Lei 11.101/2005), patrimônio rural em afetação, nas condições específicas estabelecidas no art. 10, § 4º, I da Lei 10.986/2020 igualmente tornam a obrigação principal vinculada à garantia, créditos extraconcursais.

Tais garantias não importam presente estudo, visto que justamente o que se pretende é analisar seus efeitos no âmbito da recuperação judicial.

A vetusta anticrese igualmente não será abordada aqui, pois embora ainda exista no universo jurídico, parece ter apenas algum valor histórico, pois está em desuso, tendo sido substituída pela hipoteca que é mais interessante ao credor. (GONÇALVES, 2011)

Desse modo, especificamente serão observadas nesse estudo as **garantias reais de penhor e hipoteca** e as **fidejussórias de aval e fiança**, pois são as mais comuns e usuais no mercado de crédito e produzem na recuperação judicial.

As garantias de penhor e hipoteca estão cedendo lugar para as de alienação fiduciária, justamente pela segurança jurídica frente à recuperação

judicial ou ainda outras razões *v.g.*, eventualmente se tornarem impenhoráveis, ainda tem seu valor no âmbito do agronegócio ou nos contratos bancários onde se contrata penhor sobre títulos de crédito, garantia que é regulada na pela lei de Recuperação judicial e Falência, em razão do objeto.

O penhor e a hipoteca prestadas por terceiro não vinculado à recuperação judicial viabiliza a continuidade da execução face à esses, a exemplo do que ocorre na fiança e no aval, limitando todavia a ação contra os garantidores ao bem prestado em garantia.

OS EFEITOS DAS GARANTIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Tratando aqui somente as garantias que não se excluem do regime jurídico-recuperacional, de forma não exauriente, elencamos alguns dos principais efeitos que elas produzem.

Inicialmente as garantias reais são utilizadas para classificar os credores em classes no processo recuperacional para fins de deliberação, aprovação ou rejeição do plano de recuperação. Assim os titulares de garantias reais estarão concentrados, nos termos do art. 83, II da Lei 11.101/2005, até o limite do bem gravado. Sobejado crédito sem garantias, será alocado o remanescente na condição de quirografário. Igualmente, se os bens gravados de garantia real pertencerem à terceiros, o crédito será classificado como quirografário. (SACRAMONE, 2021)

No tocante à competência, em se tratando de garantias reais prestadas pelo próprio recuperando, a competência para processamento é o juízo da recuperação judicial. Nas demais hipóteses em que se tratar de garantia fidejussória ou reais prestadas por terceiros a competência será do juízo comum, de acordo com a Súmula 480 do STJ “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”. Assim, a competência é fixada em razão da titularidade dos bens constritos, que no exercício da execução em face à terceiros, não há relevância jurídica para a recuperação judicial. (SACRAMONE, 2021)

Em relação à manutenção dos bens essenciais ao recuperando para prosseguir com as suas atividades, nos moldes do art. 49, 3º da Lei 11.101/2005, para as garantias em comento a disposição não possui relevância, visto que eventual prosseguimento de execução em face aos coobrigados não representa nenhuma ameaça ao patrimônio do recuperando, enquanto que, dentre as garantias reais, a execução de hipoteca de obrigação submetida à recuperação judicial permanecerá inerte durante o *stay period* assim como, posteriormente, durante o período de cumprimento do plano. Já o objeto do penhor igualmente não poderá ser reivindicado pelo recuperando em razão de essencialidade, pois não haver nenhuma previsão legal, além de que, sob o viés axiológico, tal bem já está em poder do credor, de modo que, se essencial fosse, não deveria ter havido tal disposição. No caso dos penhores especiais onde a posse do bem permanece com o recuperando, esse não poderá dispô-lo para robustecer o caixa da recuperada, podendo eventualmente o credor intentar medidas acautelatórias de preservação do direito, com base do direito de sequela, inerente ao instituto jurídico dessa garantia. O adquirente não poderá alegar boa-fé pois deve conhecer que o bem está gravado de ônus. Ao administrador que alienar bem indisponível, ao que nos parece, incorrerá na conduta penal tipificada no art. 171, § 2º, III do Código Penal. Também, não deve o juiz autorizar a alienação de tais bens, sem a aquiescência do seu titular, pois na hipótese da recuperação ser convolada em falência, ou então, no prosseguimento da execução específica nos termos do art. 62 da Lei 11.101/2005, o credor não mais poderá reconstituir o seu direito de garantia.

Havendo renúncia ou perecimento das garantias, além de perder o direito de prosseguir a execução contra os eventuais coobrigados, no caso de garantia real o titular deverá ser reclassificado como quirografário.

Por derradeiro, para o recuperando, as garantias prestadas em favor dos seus credores são um enorme problema. A começar, aquelas que excluem o crédito do regime recuperacional. Mesmo não sendo o nosso propósito tratar de tais garantias, para o recuperando, temos que registrar que os créditos extraconcursais trazem uma dificuldade a mais a ser administrada, pois além dos créditos insertos no plano recuperacional, terá que solver tais obrigações, justamente às demais extraconcursais sob pena de ser expropriados de bens

relevantes à operação, após o *stay period*. Para quem realmente está com dificuldades de manter suas operações, tais circunstâncias poderão ser determinantes para provocar ou não a bancarrota. Além disso, a extraconcursalidade retira, em tese, qualquer poder de barganha do recuperando face à esses credores. Seja como for, ao recuperando resta apenas realizar o esforço adicional em planejar e administrar a situação.

Já em relação às garantias dos créditos concursais, embora não haja uma coerção direta, já que as execuções individuais serão suspensas durante o *stay period*, o recuperando deverá utilizar o tempo para organizar suas finanças e elaborar o seu plano recuperacional se ser importunado patrimonialmente. É certo porém que, mesmo as garantias das obrigações submetidas ao plano recuperacional não deixarão de prejudicar o recuperando. As garantias de penhor e hipoteca dos bens que lhes são próprios acabam por prejudicar a livre disponibilidade de seus bens justamente no momento mais necessário, onde a confiança dos potenciais investidores está abalada pela simples notícia da recuperação judicial, que, por óbvio, exigirão segurança adicional para aportar recursos à crédito a quem não anda bem.

Já as fidejussórias, embora não haja a afetação patrimonial direta da azienda recuperanda, mas às pessoas (naturais ou jurídicas) que se obrigaram solidariamente ou subsidiariamente ao cumprimento da obrigação. “O credor com garantia de terceiro (*v.g.*, aval, fiança etc), mesmo sujeitando-se aos efeitos da recuperação, poderá executar o garantidor.” (Bezerra, 2018, p. 175). Calha ressaltar, que o garantidor será responsabilizado pela integralidade da obrigação e não aquela resultante da novação estabelecida no plano recuperacional, a menos que haja a aquiescência do titular da garantia de cláusula específica do plano recuperacional (SACRAMONE, 2021)

Ao sub-rogado lhe resta exercer o seu direito, nos termos do plano de recuperação com os direitos e privilégios estabelecidos no título originário. (SACRAMONE, 2021) Ocorre que, muitas vezes o garantidor é o sócio da recuperanda o que acaba o responsabilizando às obrigações da sociedade.

Por tudo isso, tornou-se comum o recuperando incluir no plano recuperacional, além das condições extraordinárias de pagamento das

obrigações das obrigações submetidas à recuperação judicial, que normalmente se resumem em descontos, prazos estendidos e remuneração básica, cláusula de extinção de garantias.

Dessa cláusula surge o debate no tocante à sua eficácia em relação aos que se manifestaram contrariamente ao plano recuperacional ou que se abstiveram de votar

DA IMPOSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO DAS GARANTIAS POR MEIO DE SIMPLES APROVAÇÃO DO PLANO RECUPERACIONAL

A tensão gerada pela oposição de interesses entre o recuperando e seus credores, cada um buscando uma situação melhor dentro da recuperação judicial trouxe ao debate a questão da liberação das garantias mediante aprovação do plano de recuperação, pelo princípio majoritário.

Na visão do devedor, a cláusula de extinção de garantias ou mesmo sua suspensão durante o cumprimento do plano, posta no plano recuperacional vincula todos daquela classe, inclusive aos que votaram contrariamente ao plano ou que se abstiveram da votação.

Aos que defendem essa corrente, fundamentam-se na questão da soberania assemblear, e de que a novação que se opera por ocasião da aprovação do plano retira as garantias contratuais.

Em recente julgado do STJ REsp nº 1794209/SP o assunto foi abordado e tratado e que passará a nortear as futuras decisões. A seguir passaremos a destacar e comentar o que restou consignado.

A organização dos credores em classes de acordo com seus privilégios que axiologicamente foram se moldando com o curso do tempo exige também tratamento igualitário a fim de que haja nenhuma forma de favorecimento ilícito de nenhum dos credores por qualquer que seja a razão, conduta que o legislador reprovava, chegando ao ponto de tipificar penalmente (art. 172, Lei 11.101/2005).

Todavia tal tratamento igualitário não pode servir de argumento para o recuperado que pretenda suprimir todas as garantias dos credores mediante a

aprovação do plano recuperacional, sem o consentimento específico do seu titular.

Fora do âmbito recuperacional, qualquer alteração superveniente em obrigação constituída, somente poderá ser alterada supervenientemente mediante novo ajuste entre as partes ou outra circunstância prevista em lei *v.g. rebus sic stantibus*.

Sob pena de pleno esvaziamento da finalidade da lei de recuperação cria atmosfera diversa do regime privado para proporcionar ao empresário em crise apresentar uma proposta de pagamento de suas obrigações dentro de suas possibilidades, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 11.101/2005. Assim, baseado no princípio da igualdade entre os credores de mesma classe, que já foram segregados de acordo com os direitos e privilégios inerentes aos seus créditos, caso a assembleia tenha aprovado condições de pagamentos diversas das originariamente contratadas tratando de prazos, descontos, encargos, etc, não há que se falar em tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, em razão da sua manifestação desfavorável ou abstenção na votação do plano de recuperação judicial, quando ele tenha sido aprovado pelo quórum necessário, sujeitando assim a todos os credores .

Todavia “obrigações” não se confundem com “garantias”. Ao tratar da sujeição. O dispositivo em comento trata tão somente do vínculo jurídico obrigacional que vincula o devedor à uma prestação de dar, fazer ou não fazer e não de garantias.

As garantias estão disciplinadas nos arts. 49, § 1º, e 50 § 1º da Lei 11.101/2005. Da exegese desses dispositivos, a conclusão lógica é que houve por parte do legislador a intenção de que as condições negociadas em assembleia geral de credores não afetam a todos indistintamente pelo princípio majoritário. No caso das garantias, sejam reais, pertencentes ao recuperando ou fidejussória de terceiros, essas somente poderão ser suplantadas por aquiescência expressa dos seus titulares.

Assim fica esclarecido que permanece o tratamento isonômico dos integrantes da classe, mas respeitados o direito de garantia, pois o princípio majoritário poderia causar desvantagem injusta à esses credores se, por

exemplo, houver uma concentração de maior número de credores sem garantias que estariam indiferentes com a cláusula de supressão de garantia.

Como nem todos os credores possuem a mesma garantia e o mesmo risco, a maioria dos credores sem a referida garantia seria mais favorável à aprovação dessa cláusula de renúncia porque não sofreria o efeito direto dela. Não haveria, assim, comunhão de interesses a ponto de permitir que a maioria imponha sua vontade à minoria, pois os credores possuem interesses diversos, embora possam integrar uma mesma classe na Assembleia Geral de Credores (SACRAMONE, 2021, p.270)

De outro prisma, a novação que se opera com a aprovação do plano de recuperação, não é a mesma que ocorre nos termos do art. 364 do Código Civil. No âmbito da recuperação judicial, a novação está subordinada a condição resolutiva, pois nos termos do art. art. 61, § 2º, da Lei 11.101/2005, havendo convolação em falência os credores serão restituídos ao *status quo ante* abatido eventuais amortizações. Assim, tem-se que trata-se de uma novação *sui generis* diversa daquela da Lei civil. (COELHO, 2021)

Seja como for, a novação em relação às garantias não se opera contra aqueles que não aquiesceram com a supressão da garantia, pois a sua extirpação, no caso de descumprimento do plano não mais poderá ser reestabelecida uma vez extinta, sendo necessária manifestação expressa do titular.

Destaca-se por fim, que as razões axiológicas sustentadas pelo recuperando, de que manutenção das garantias prejudicam o soerguimento do empresário em crise por deixar seu patrimônio gravado de ônus ou a perturbação causada pelos coobrigados não se sobressai aos interesses dos demais, detentores das garantias, pois sua retirada implicaria em um efeito social adverso onde, ante a insegurança jurídica de verem suas garantias sendo destituídas pela vontade de terceiros, importariam em um aumento da taxa de juros no mercado de crédito assim como a sua redução de oferta ao público que justamente necessita de contratar crédito num momento de dificuldades.

Assim a conclusão é que sempre que houver a pretensão do recuperando em suprimir a garantia das obrigações submetidas à recuperação judicial será

necessária a aceitação do seu titular, sendo mantidas em qualquer hipótese contrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recente decisão do STJ consolida um posicionamento de que o princípio da preservação da empresa encontra alguma relativização na própria Lei de Recuperação judicial e falência, submete os credores à uma negociação forçada a fim de salvar o empresário em crise, mas põe à salvo as garantias contratuais de modo que tais credores possam prosseguir cobrando a integralidade de seus créditos face aos demais coobrigados e mantém as garantias reais hígidas para a hipótese de que o plano recuperacional não seja cumprido.

A decisão é acertada visto que mantém a segurança jurídica daqueles que tomaram tais garantias para se precaver de eventual falha do devedor e sinaliza ao mercado de crédito que conta com tal segurança jurídica de modo a haver bases objetivas em relação à manutenção ou não de tais garantias, de modo a possibilitar a taxas de juros mais baratas e alavancar o crescimento econômico de toda a sociedade.

Ao recuperando resta planejar e analisar as suas possibilidades de soerguimento, frente à decisão e valer-se das demais alternativas que a lei lhe faculta para renegociar suas obrigações dentro das suas possibilidades.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico] : Lei 11.101/2005 : comentada artigo por artigo** / Manoel Justino Bezerra Filho ; Eronides A. Rodrigues dos Santos, coautoria especial. -- 6. ed. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial ^o 1.794.209 – SP. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Julgado em 12/05/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120695703&num_registro=201900226016&data=20210629&tipo=91&formato=PDF

BRASIL. Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**. Brasília – DF, 2005.

BRASIL. Lei n.º 14.112 de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial**. Brasília – DF, 2020.

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial**. Brasília – DF, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. **Titulos de Crédito**. 18. ed – São Paulo : Altas, 2001

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas** [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil - Vol. 1.[Livro eletrônico]** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Correa Nasser de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101, de 09 fevereiro de 2005**. Curitiba : Juruá, 2021.

GIANNOTTI e WAISBERG, Ivo. **Recuperação judicial do empresário rural na nova lei nº 11.101/2005 atualizada pela lei nº 14.112/2020**. Revista do Advogado, São Paulo-SP, Ano XLI, nº 150, p.91-99, junho 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 5 : direito das coisas**. 6 ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.