



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MAIARA OLIVEIRA NASCIMENTO

**INOVAÇÃO DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO NA LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA**

Brasília
2017

MAIARA OLIVEIRA NASCIMENTO

**INOVAÇÃO DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO NA LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientadora: Prof.^a Lucinéia Possar

Brasília – DF

2017

MAIARA OLIVEIRA NASCIMENTO

**INOVAÇÃO DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO NA LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientadora: Prof.^a Lucinéia Possar

Brasília, ____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Prof.^a Mestre Lucinéia Possar
Orientadora

Prof. Dr. Nome completo
Examinador

Prof. Dr. Nome completo
Examinador

Dedico a Deus e à minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me dado saúde e forças para trilhar estes 5 anos de curso.

À minha mãe e aos meus irmãos Mailson e João pelo apoio e palavras de incentivo.

Ao meu pai por acreditar nos meus sonhos.

Agradeço especialmente a minha amiga Diana Rocha que sempre apoio e acreditou nas minhas decisões.

Agradeço carinhosamente ao UniCEUB que durante estes anos foi como uma segunda casa, em especial, a Dra. Elizabeth Manzur pelas boas oportunidades que me deu.

Agradeço, por fim, a minha orientadora prof.^a Lucinéia Possar, pela compreensão e disponibilidade em compartilhar seu conhecimento comigo, não fosse o seu profissionalismo e dedicação não seria possível a elaboração deste trabalho; em especial ao professor Carlos Orlando, que com sua paixão por ministrar as aulas de direito empresarial - cambiário, despertou-me a paixão pelo direito empresarial.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o exame do instituto da novação no âmbito do direito empresarial, especificamente no contexto da recuperação judicial, prevista na Lei n.º 11.101, de 09.02.2005, conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência. A relevância do tema decorre do disposto no art. 59 da referida Lei, o qual estabelece a novação dos créditos anteriores ao pedido da recuperação quando da aprovação do plano de recuperação judicial, ou seja, a dívida antiga é trocada por uma nova, geralmente de valor inferior à original, conforme o deságio negociado e aprovado no plano, nos exatos contornos da novação clássica prevista no Código Civil Pátrio; no entanto, a peculiaridade da novação trazida pela lei citada abandona o conceito civil do instituto, tratando a Lei de Recuperação de Empresas de uma novação realizada sob condição resolutiva de que a obrigação novada (o plano de recuperação) seja cumprida nos primeiros dois anos após a concessão da recuperação. Vale dizer, caso o plano de recuperação judicial seja descumprido nesse período, que a novação operada quando de sua aprovação será automaticamente desfeita (§ 2º do art. 61, da Lei n.º 11.101/2005). Para melhor compreensão, o tema será tratado por meio da literatura jurídica: leis, doutrina, artigos e jurisprudência. Por fim, depreende-se de toda a problemática que o instituto da novação encontrado na recuperação judicial se trata de uma novação com características peculiares que não é vislumbrada no Código Civil.

Palavras-chave: Novação. Plano de recuperação judicial. Garantias. Novação Recuperacional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ORIGEM DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO	9
2.1 Requisitos para a Novação Romana	10
2.2 Novação no Direito Civil Brasileiro	13
2.2.1 <i>Requisitos para a Novação Civil</i>	15
2.2.2 <i>Espécies de Novação</i>	16
2.2.3 <i>Efeitos da Novação</i>	18
3 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	20
3.1 Contexto Histórico da Recuperação de Empresas	21
3.2 Princípios Norteadores	24
3.3 Recuperação Extrajudicial	27
3.4 Recuperação Judicial	31
3.4.1 <i>Fases do Processo de Recuperação Judicial</i>	38
3.4.1.1 Fase Postulatória	39
3.4.1.2 Fase Apuratória	40
3.4.1.3 Fase Deliberatória	41
3.4.1.4 Fase Executória	43
3.4.2 <i>Decisão de Deferimento do Processamento da Recuperação Judicial e seus Efeitos</i>	44
3.4.3 <i>Decisão de Concessão da Recuperação Judicial</i>	46
4 A INOVAÇÃO DA NOVAÇÃO NA LEI N. 11.101/2005	49
4.1 A Novação Prevista na Lei de Recuperação de Empresas (arts. 59 e 61)	49
4.2 Análise do art. 62	57
5 CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

A empresa é uma entidade importante para a sociedade, pois gera empregos, circula e produz riquezas. Contudo, essa importância foi sendo modificada ao longo do tempo. O cenário econômico, com o passar dos anos, foi possibilitando à empresa exercer um papel ainda mais relevante para o bom funcionamento da engrenagem socioeconômica.

A Lei n.º 11.101, de fevereiro de 2005, que trata da recuperação de empresas e falência, nasceu com intuito de preservar a empresa, buscando, portanto, o soerguimento da atividade empresarial. Essa lei surgiu com o foco de recuperação da empresa, em detrimento à decretação da falência, assumindo este instituto papel secundário.

Sendo assim, o escopo deste trabalho é a análise da recuperação judicial, sem, contudo, deixar de explanar brevemente o instituto da recuperação extrajudicial. Justifica-se o enfoque na recuperação judicial pela razão desta modalidade trazer polêmicas e peculiaridades referentes ao instituto da novação.

O legislador de 2005 concedeu aos credores a necessária participação na recuperação judicial, o que não havia na concordata, instituto previsto no Decreto-Lei 7661/1945. A forma de participar no processo, prevista aos credores é por meio de aprovação do plano de recuperação, pois, assim, eles têm o poder de deferir ou negar as propostas. Havendo a rejeição do plano pelos credores, nos critérios estabelecidos pela Lei n.º 11.101/2005, será decretada a falência.

A recuperação judicial vem com intuito de substituir a concordata, sendo que o legislador, de forma inovadora, trouxe o instituto da novação para o âmbito empresarial, com o objetivo de dar maior segurança e efetividade na recuperação. Esse é um instituto do Direito Civil; todavia, o legislador de 2005 achou por bem trazê-lo ao âmbito empresarial por meio da recuperação judicial. Ressalta-se que, apesar de ser um instituto usado nas obrigações civis, deve-se ter cautela com sua aplicação na recuperação, conquanto, os efeitos no direito concursal possuem peculiaridades que não são, em hipótese alguma, vislumbrados no Direito Civil Pátrio.

Considerou-se, por bem, iniciar a análise fazendo uma comparação entre novação civil e a novação concursal, para que possam ser percebidas as diferenças que o legislador trouxe na nova lei de recuperação de empresas e falência e os efeitos gerados por cada uma delas.

Num segundo momento, analisa-se o instituto da recuperação judicial, retroagindo às leis que antecederam à Lei n.º 11.101/2005, pois somente assim é possível compreender o porquê de o legislador trazer uma lei que aborda um instituto conhecido do Direito Brasileiro, especificamente do Direito Civil, mas ao aplicar a novação no Direito Empresarial o fez com efeitos encontrados somente na novação concursal.

Em seguida, há uma análise dos princípios norteadores que facilitam a compreensão da recuperação judicial e demonstram a preocupação do legislador não apenas com a empresa, mas também com os credores.

Necessário, ainda, explanar as fases do processo de recuperação, uma vez que facilita a didática e sua compressão, tendo em vista que a novação se dá em determinada fase da recuperação judicial – na fase executória.

A novação aplicada na recuperação judicial tem interpretações divergentes. Portanto, o último capítulo reserva a análise dos artigos que poderão causar confusão e polêmicas, bem como expor a posição dos doutrinários referente ao tema.

Ao fim do presente estudo, objetiva-se responder a dois questionamentos: i) caso o empresário descumpra o plano após os 2 anos de recuperação judicial, depois de encerrado o processo, deverão os credores exigir o cumprimento da obrigação novada? ii) havendo o descumprimento do plano, também após a sentença de encerramento do processo, esses mesmos credores conterão seus direitos e garantias reconstituídos?

2 ORIGEM DO INSTITUTO DA NOVAÇÃO

O instituto da Novação originou-se no Direito Romano. Surgiu com o intuito de possibilitar a transmissão das obrigações, pois, naquela época, não havia a cessão das obrigações como ocorre nos dias de hoje.

À época do Direito Romano era desconhecida a figura da cessão de crédito, uma vez que as obrigações eram personalistas havendo apenas a oportunidade de alterar a obrigação por uma nova. Neste período, o devedor respondia pela dívida, inclusive, com seu próprio corpo, podendo ser penalizado com a morte em consequência do inadimplemento.

Naquele tempo, para que houvesse a novação não era necessária a vontade das partes, bastava à ocorrência de algo novo na obrigação e a permanência do mesmo valor do débito original¹.

Ainda quanto à origem do instituto da Novação, segundo Álvaro Cassetari² citando Sílvio Rodrigues, aduz ter havido o surgimento em decorrência da imposição do progresso que gerou a necessidade de transferir os créditos ou débitos, resultando, assim, na extinção de uma obrigação mediante a criação de outra.

Reforça-se que as obrigações, em geral, no primitivo Direito Romano (*direito quiritário*), possuíam características de ser pessoal, conseqüentemente, eram personalíssimas, dando margem para aquele que inadimplisse a obrigação sofresse penalidades físicas ou, por vezes, chegando até a decretação da morte do devedor. Portanto, a novação surgiu como um meio inovador para transmitir as obrigações firmadas.

No que tange às características, a obrigação era tida como imutável e, por isso, firmada a obrigação era vedado transferir ou realizar qualquer alteração. Perceptível que tanta rigidez em face das obrigações trazia um atraso para a evolução do comércio que crescia de maneira feroz na época. Todavia, o progresso crescente impulsionou a flexibilidade nas relações jurídicas, sendo que, a novação surge nesse

¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p 70-71.

² RODRIGUES, Sílvio, 2001 apud CASSETARI, Álvaro Augusto. **Confissão de dívida bancária: novação**. Curitiba: Juruá, 2001. p.2.

cenário, para possibilitar a transferência das obrigações ou, ainda, para permitir a circulabilidade do direito obrigacional, porquanto sem previsão no Direito Romano.

Assim, de acordo com Camargo Vianna citando Almeida, a Novação Romana “é o ato pelo qual se cria nova obrigação para extinguir a primeira”³. Destarte, extinta de forma não-satisfatória, pois não se atinge a satisfação imediata do crédito.

Tendo como base apenas o conceito da novação romana, tem-se a impressão que se trata de um instituto bastante semelhante com a novação moderna. Entretanto, fazendo uma análise mais profunda, percebe-se que os aspectos em comum, entre a novação romana e a civil, consistem apenas em terem o mesmo nome e, dentre os efeitos produzidos, ambas têm o efeito de extinguir a primeira obrigação mediante a criação de uma nova.

A diferença entre os dois institutos apenas foi esclarecida por meio das Institutas de Gaia, pois, por meio delas que se pode conhecer melhor o Direito Romano e, referente à novação, percebeu que havia requisitos específicos deste instituto no período romano⁴.

Ademais, é por meio de análise dos requisitos específicos do Direito Romano, comparado com os requisitos da novação moderna, que fica evidente se tratar de institutos completamente diferentes.

2.1 Requisitos para a Novação Romana

A Novação Romana possuía como primeiro e essencial requisito o *stipulatio*, que consistia em um contrato solene, verbal, caracterizado pelo uso de palavras sacramentais numa via dupla, ou seja, consistia em perguntas e respostas⁵.

Referente ao *stipulatio*, este possui seus próprios requisitos como discorre Moreira Alves, e dentre eles estão:

- a) Oralidade, por tratar-se de um contrato verbal. Por haver a necessidade do diálogo, ou seja, pergunta e resposta, sendo que tal fato acarreta em

³ ALMEIDA, 1934 apud VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.5.

⁴ SOUZA NETO, José Soriano de. **A Novação**. São Paulo: Saraiva, 1937, p.5.

⁵ VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.9

outro requisito que seja a presença das partes, pois de outra forma não poderia haver o cumprimento das palavras sacramentais⁶;

- b) *Unitas actus*, pois deveria haver unidade no ato, qual seja, perguntar e responder⁷ e
- c) conformidade, devendo ocorrer rigorosamente entre a pergunta e a resposta, assim, ao perguntar (estipulador), usaria determinado verbo ao passo que a resposta (promissor) deveria usar o mesmo verbo empregado, caso não fosse obedecido este requisito ocorreria a nulidade do *stipulatio*⁸.

Para a ocorrência da novação romana necessário, ainda, um segundo requisito: a identidade do objeto das duas obrigações, pois nesta novação, diferentemente da novação moderna, não poderia ter alteração do objeto, e sim modificar o vínculo da relação obrigacional.

Neste sentido, Camargo Vianna traz:

Daí sua extremação do entendimento atual do instituto, que admite novação por mudança do objeto; a novação romana exigia uma estipulação; estipulação essa relativa à mesma coisa que era devida⁹.

Assim, a possibilidade de alterar o objeto é uma das diferenças entre a novação romana e a novação moderna, uma vez que a novação atual apresenta a espécie de novação objetiva, que aceita a troca do objeto, como será analisado posteriormente.

Existe ainda o terceiro requisito que é o elemento novo, pois somente havendo um novo componente é que seria possível a novação romana, pois necessário era que houvesse alteração entre a obrigação antiga e a nova. Caso não ocorresse, esta alteração estaria apenas confirmando a obrigação outrora realizada.

Quando se diz que havia um elemento novo, ressalta-se que não se tratava de alterar o objeto, pois este era inalterável. No Direito Romano, o *aliquid novi* consistia em uma mudança intrínseca na obrigação. Segundo Camargo Vianna:

Essa necessidade de introdução de *aliquid novi* é intuitiva, quando se vê ocorrer, pela novação, a extinção da anterior obrigação, fato

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 500.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 500.

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 500.

⁹ VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p.10.

demonstrativo de que, através dela, as partes pretendem pôr termo ao negócio anterior¹⁰.

E ainda diz:

Ora, repetir, então, a mesma obrigação não se coadunaria com o objetivo da novação, já que estipulando a mesma obrigação as partes a confirmariam em vez de alterá-la. Essa alteração, já foi visto, não poderia atingir o objeto, por ser essencial nas duas obrigações *idem debitum*¹¹.

Por último, o quarto requisito para constituir a novação romana seria a intenção de novar, o *animus novandi*, isto é, as partes na obrigação deveriam demonstrar sua intenção de novar. Todavia, inicialmente, no Direito Romano não se tratava de condição essencial, como bem elucida Camargo Vianna:

No que se refere ao elemento intencional – *animus novandi* – este não era cogitado no direito romano primitivo. Quando mais recuado no tempo, maior valor assumia o formalismo diminuindo de importância a perquirição da vontade da parte. Para ocorrer novação, bastava pronunciar a fórmula correspondente e a transformação se operava (*uti língua nuncupassit ita jus esto*)¹².

A novação romana, com o decorrer do tempo, passou por uma evolução, fato evidente ao perceber que o *animus novandi* passou por três épocas distintas, como relata Souza Carvalho, que diz “no direito antigo ele se unia unicamente à fórmula; no direito clássico à intenção se revelando pela fórmula; no direito de Justiniano à intenção unicamente”¹³.

Ainda referente à evolução, nota-se que ocorreram alterações na *stipulatio* que tinha como principal característica ser um contrato formal e abstrato. Verifica-se, contudo, que se tornou um contrato material e causal, onde deveria haver a manifestação da vontade, a intenção das partes. Percebe-se que, neste cenário de mudanças, surge a necessidade de demonstrar de forma inequívoca a intenção de novar.

Neste sentido, traz Souza Neto referente à realidade advinda dessas mudanças:

¹⁰ VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p.11.

¹¹ VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. P.11.

¹² VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. p.13.

¹³ CARVALHO, Theophilo B. Souza. **A novação**: direito romana e em direito civil. São Paulo: Drupat &Comp, 1914. p. 46-47.

A realidade, que a vida jurídica oferecia era outra: as antigas fórmulas de novação continuavam, pela sua construção, a produzir efeito extintivo, mas como regra legal de caráter não absoluto, como primitivamente, mas relativo, uma vez que as partes, por convenção especial, podiam afastá-la. A consequência novatória absoluta, necessária e forçada das antigas fórmulas cede passo à categoria de simples presunções legais de novação, removíveis por cláusula em contrário¹⁴.

O *animus novandi* tornou-se requisito indispensável para a manifestação da novação apenas em 530 a.C., numa constituição imperial que previa novação quando a *stipulatio* adviesse de inequívoca vontade de novar das partes¹⁵.

Os efeitos produzidos pela novação romana atestam a diferença entre estes institutos. A novação romana produz apenas três efeitos que são o de criar, transferir e extinguir a obrigação. Ressalta-se que a extinção é apenas da relação obrigacional, pois a dívida, ou seja, o objeto permanece inalterado.

2.2 Novação no Direito Civil Brasileiro

Feita as considerações referentes ao instituto da novação no Direito Romano, passa-se a analisar este instituto na modernidade. Os institutos possuem o mesmo nome, mas, no entanto, merecem uma análise com atenção, pois têm características que os distanciam.

Como bem ilustra Carlos Jadon, em sua defesa de mestrado:

O instituto da novação no direito contemporâneo nada tem a ver com a novação romana. Enquanto no direito romano a novação através da *stipulatio* ocorria a transformação da obrigação mantendo-se o seu conteúdo material, na novação contemporânea as partes criam uma obrigação nova que extingue e substitui a antiga¹⁶.

No tocante ao conceito de novação no direito moderno Cristiano Farias afirma que:

A novação é uma interessante modalidade de extinção de obrigações em virtude da constituição de uma nova obrigação que venha ocupar o lugar da primitiva. Nesta espécie de pagamento indireto,

¹⁴ SOUZA NETO, José Soriano de. **A Novação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 62-63.

¹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 456.

¹⁶ JADON, Carlos Eduardo. **A novação moderna e o novo direito privado**. p. 58. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/9043>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

percebemos que em um único ato, uma nova dívida assume a posição da outra, que desaparece. Via de consequência, a novação envolve a ideia de substituição de uma obrigação, pela intenção das partes de novar, manifestadamente mediante acordo, cessando o vínculo anterior com a aquisição de novo direito de crédito. O mesmo ato jurídico que ceifa uma obrigação é o germen para o brotar de outra. Na concepção personalista das obrigações do direito romano, não seria crível que uma obrigação fosse sepultada, sem que isto representasse o fim de qualquer vínculo entre as partes. Atualmente, a despersonalização de vínculos permite que a obrigações sejam extintas e constituídas outras em seu lugar, mesmo com a substituição de seus protagonistas¹⁷.

Ainda na seara dos conceitos da novação, Gagliano conceitua que “dá-se novação quando, por meio de uma estipulação negocial, as partes criam uma nova obrigação, destinada a substituir e extinguir a obrigação anterior”¹⁸.

A matéria é disciplinada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, nos art. 360 a 367, como será analisando mais à frente.

No tocante à natureza jurídica da novação moderna, diz ser natureza contratual, pois a efetividade do instituto só ocorre com a vontade das partes e levando em consideração os requisitos necessários a validade do ato praticado.

A respeito da natureza jurídica da novação, complementa-se o que preleciona o doutrinador Orlando Gomes:

A extinção da dívida por novação opera-se em consequência de ato de vontade dos interessados; jamais por força da lei. Diz-se, por isso, que a novação tem natureza contratual. Resulta, efetivamente, do concurso de vontades. Exige-se, por essa razão, que as partes observem os requisitos necessários à validade dos contratos em geral. Seria, em suma, um contrato liberatório¹⁹.

É notório que a novação tem natureza contratual, no entanto, não quer dizer que ela seja um contrato no sentido técnico, mas deve se sujeitar aos requisitos dos atos jurídicos em geral.

Os requisitos da validade do negócio jurídico são elencados no art. 104 do Código Civil, a saber:

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 36-37.

¹⁸ GLAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. Saraiva, 2009. p.179.

¹⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.166.

- a) Agente capaz;
- b) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- c) Forma prescrita e não defesa da lei.

Depreende-se que a novação possui natureza contratual pelo fato de ser indispensável à vontade das partes e, também, pela razão de se obedecer aos requisitos para validade do ato praticado. Observa-se que o requisito da vontade das partes não era obrigatório inicialmente na novação romana.

2.2.1 Requisitos para a Novação Civil

Como relatado anteriormente, ao analisar os requisitos da novação romana e civil, percebe-se, claramente, a diferença entre estes institutos, ainda que possuam a mesma denominação.

O primeiro requisito encontrado na novação moderna é que deve haver existência jurídica de uma obrigação, ou seja, a obrigação antiga deve ser válida para que possa ser novada. Importante frisar que a obrigação anulável pode sofrer novação, entretanto, sendo nula, jamais poderá ser novada²⁰.

O segundo requisito é a criação de obrigação nova, que extingue a anterior no momento em que é criada. Necessário ser válida pois, caso contrário, não irá extinguir a obrigação originária se for nula²¹.

Por sua vez, o terceiro requisito é o “*animus novandi*” para que se complete a novação. Se as partes não tiverem a intenção de novar a obrigação originária, esta apenas será confirmada pela posteriormente criada²². Tal requisito é resguardado pelo art. 361 do Código Civil Brasileiro.

Além dessas condições específicas, aplica-se à novação os requisitos previstos para a realização dos atos jurídicos em geral, que estão elencados no art. 104 do Código Civil (CC), pois a novação tem natureza contratual, pois, há uma negociação entre as partes e, por esta razão, deve cumprir os requisitos para realizar atos

²⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.167.

²¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.167.

²² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.167.

jurídicos, observando especialmente o requisito da capacidade das partes e a legitimidade.

2.2.2 Espécies de Novação

As relações obrigacionais percorrem um caminho no mundo jurídico até alcançarem sua extinção, conquanto, a novação é um dos instrumentos que possibilitam a extinção desta relação. Sendo assim, este instituto se apresenta por meio de espécies de novação que serão esplanadas a seguir.

No direito moderno, admite-se a novação objetiva, na qual a obrigação primitiva se extingue em virtude da criação de uma nova obrigação. Porquanto, para que ocorra é fundamental que haja a modificação, ou seja, a substituição do objeto da obrigação ou da *causa debendi*²³. No tocante à novação objetiva, é de suma importância o *aliquid novi*, pois é indispensável que a nova obrigação seja diferente²⁴.

Nesse sentido, o art. 360, inciso I, do Código Civil (CC) de 2002²⁵ expõe que:

Art.360. Dá-se a novação:

I – quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior

O dispositivo acima mencionado prevê a novação objetiva, podendo assim confirmar que a modalidade objetiva ocorre quando se contrai nova obrigação, com o intuito de extinguir a anterior.

Outra espécie de novação é a subjetiva, que consiste na substituição das partes que compõe a obrigação. Logo, esta modalidade se subdivide em subjetiva passiva, subjetiva ativa e subjetiva mista.

A novação subjetiva passiva opera quando o devedor da obrigação dá lugar a um novo devedor, sendo assegurada pelo art. 360, III, do CC, que preleciona que “quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este²⁶”.

²³ CASSETARI, Álvaro Augusto. **Confissão de dívida bancária: novação**. Curitiba: Juruá, 2001, p.41.

²⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.169.

²⁵BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 nov. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 nov. 2017.

No entanto, a novação subjetiva passiva ocorre por duas modalidades, quais sejam, a expromissão e a delegada.

Sendo a primeira modalidade por expromissão, que consiste em um terceiro, por sua própria vontade, assumir o lugar do devedor, nesta situação, o consentimento do devedor é irrelevante, uma vez que, este ficará desobrigado sem ter se prejudicado por tal ocorrido.

A segunda modalidade é a novação subjetiva delegada, que ocorrerá quando um terceiro/delegado é encarregado, pelo devedor primitivo/delegante, de adimplir a obrigação diante do credor/legatário, ficando o delegante totalmente desobrigado em relação a obrigação²⁷.

Tendo como última espécie, a novação subjetiva ativa, prevista no art. 360, II, do CC, que está presente quando é modificado o credor em virtude de nova obrigação, de acordo com a previsão do dispositivo supramencionado que diz que “quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor”²⁸.

Para os doutrinadores Orlando Gomes, Cristiano Chaves e Arnaldo Rizzardo, a espécie de novação subjetiva divide-se em passiva e ativa. Pablo Gagliano acrescenta uma terceira modalidade de novação subjetiva, qual seja a hipótese de novação subjetiva mista²⁹. Este doutrinador expõe que incide novação mista quando a alteração é do sujeito (credor ou devedor) e mais o conteúdo ou o objeto.

Gagliano diz que:

Trata-se, pois, de um *tertium genus*, formado pela fusão das duas espécies de novação anteriormente estudadas (objetiva e subjetiva). É lógico que, por ser uma forma mista, guarda as características das duas outras.

Um bom exemplo, de razoável plausibilidade, é encontrado na doutrina: “o pai assume dívida em dinheiro do filho (mudança do devedor), mas com a condição de pagá-la mediante a prestação de determinado serviço (mudança do objeto)”³⁰.

²⁷ CASSETARI, Álvaro Augusto. **Confissão de dívida bancária: novação**. Curitiba: Juruá, 2001, p.48.

²⁸BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 mar. 2017.

²⁹ GLAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10.ed. Saraiva, 2009, p.188.

³⁰ GLAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10.ed. Saraiva, 2009, p.188.

Por fim, entende-se que esta espécie de novação nada mais é do que a junção da novação objetiva e subjetiva. Sendo assim, a novação subjetiva mista traz as características das duas outras espécies de novação.

2.2.3 Efeitos da Novação

Ao que tange os efeitos advindos da aplicação da novação no âmbito civil, destaca-se o efeito fundamental que é a criação de uma obrigação para extinguir outra, vindo a substituir a primeira obrigação. Portanto, opera-se a extinção da obrigação principal sem pagamento.

Ao novar a obrigação, surgirá um novo objeto ou poderá haver um novo credor ou devedor, a depender da espécie de novação, que irão compor uma nova relação obrigacional, pois o intuito de novar é justamente para que a nova obrigação substitua à antiga.

Consequentemente, a extinção de uma obrigação acarreta a extinção dos acessórios e garantias da dívida, com exceção se estipulado em contrário³¹. Contudo, apenas perecerão as garantias e acessórios se não houver estipulação em contrário, de acordo com art. 364 que estabelece que:

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação³².

Assim, respaldado no artigo acima, quando diz que se extinguem as garantias e acessórios da dívida antiga, compreende-se que paralisam os juros e extinguem-se os juros vencidos. De tal modo, o estado de mora no qual se encontra o devedor também será extinto, por meio de efeito da novação.

A vontade das partes é requisito indispensável para que ocorra a novação. Deste modo, os privilégios e garantias poderão subsistir caso haja a concordância das partes de forma expressa.

³¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p.169.

³²BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 nov. 2017.

No tocante aos efeitos produzidos pelo ato de novar, deve-se observar a limitação contida no art. 365, do CC, que relata:

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados³³.

O referido artigo traz a ocasião de, havendo a novação entre credor e um dos devedores solitários, apenas aquele devedor que firmou a novação com os demais credores é quem sofrerá as consequências advindas do ato novatório.

Percebe-se que a novação decorre da vontade das partes de novar. Na situação acima, a vontade é expressada somente por um dos devedores e, por isso, os demais que não tiveram o intuito de novar a obrigação ficarão exonerados dos efeitos deste ato. Nesse sentido, segue o art. 366:

Art. 366. Importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal³⁴.

O legislador teve o cuidado de afastar do fiador os efeitos da novação caso este não consentisse com a obrigação novada, estando liberado da obrigação.

Oportuno, ainda, ressaltar que a novação é um efeito jurídico do contrato. Sendo assim, quando se aplica a novação e esta causa a extinção de uma obrigação anteriormente firmada, e, de forma simultânea, o surgimento de outra obrigação, verifica-se, então, produção de efeitos do contrato, pois este é uma espécie de negócio jurídico que produz como resultado aquisição, modificação e criação de direitos.

Tal situação é explanada por Pontes de Miranda que:

Por vezes se fala de “contrato de novação”. Não há contrato de novação, como não há contrato de compensação ou de confusão. Novação, compensação e confusão são efeitos. De modo que a expressão “contrato de novação”, só se há de entender “contrato de a que se atribuiu a eficácia novativa”. A eficácia novativa consiste em ser simultânea, *ipso iure*, ao nascimento do novo crédito e a extinção do anterior. Por isso mesmo que a novação é eficaz, não se deve

³³BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 nov. 2017.

³⁴BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 24 nov. 2017.

pôr no plano da existência o problema de ter havido ou não a novação. É problema do plano da eficácia³⁵.

Ainda no âmbito civil, o principal efeito gerado pela novação é a extinção das obrigações sem o pagamento. Há, ainda, outros efeitos derivados deste, quais sejam, a extinção de obrigações acessórias e das garantias existentes na obrigação novada, como mencionado anteriormente.

Com a formação de nova obrigação, as exceções e vícios referentes à obrigação original são extintas e valerá somente as ações pertinentes à nova. Por consequência destes efeitos, a novação perdeu o seu valor no direito moderno, sendo preferida, tanto pelo credor como pelo devedor, o uso do instituto da cessão de crédito.

Conclui-se que, ocorrendo a novação, como fundamenta o Código Civil, haverá a extinção da obrigação antiga, juntamente com suas garantias e acessórias. Em decorrência destes efeitos é que este instituto com o passar do tempo deixou de ser usado com grande frequência.

Como visto, no direito moderno é um instituto pouco utilizado, entretanto, previsto no Código Civil, e, apesar de outros institutos serem mais usados, ainda se recorre à novação no caso de negociação de dívida. Não se trata, contudo, de afirmar que o instituto da novação fora extinto, pois, além de ser previsto no Código Civil, ainda tem previsão na Lei de falência e Recuperação de Empresas, como será exposto adiante.

3 INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Vive-se em uma sociedade onde o capitalismo é o sistema econômico que rege as relações comerciais. É neste cenário que o empresário desenvolve sua atividade empresarial, na qual poderá, em algum momento, passar por crise econômico-financeira, que afetará toda sociedade e não apenas o negócio da empresa.

Esta crise poderá afetar a sociedade como um todo, uma vez que a empresa tem uma relação interligada profundamente com a sociedade como, por exemplo, na geração de empregos, produção de riquezas e pagamento de impostos. Por esta razão, o legislador buscou com a Lei n.º 11.101/2005 trazer o instituto da recuperação

³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. t 23. p.102-103.

de empresas, com o objetivo de proporcionar mecanismos para o soerguimento do empresário.

Notadamente que no ordenamento anterior, o Decreto-Lei n.º 7.661/1945, não tinha o foco em recuperar a empresa, privilegiava a liquidação das instituições, fazendo um comparativo com a nova lei a falência torna-se uma medida secundária, pois o foco da nova Lei é proporcionar que a empresa supere a crise.

3.1 Contexto Histórico da Recuperação de Empresas

Certamente que ao iniciar um estudo referente a um instituto jurídico, faz-se necessário conhecer o contexto histórico para que se vislumbre o que ocasionou o seu surgimento. Conquanto, de suma importância visitar os primórdios que deram origem à recuperação judicial e extrajudicial, uma vez que o instituto de recuperação de empresas surgiu com intuito de substituir outro instituto denominado concordata, que possuía uma pseudo finalidade de permitir a recuperação do devedor empresário.

O instituto de recuperação de empresas teve sua origem no Direito Romano. Nesta época, havia regulamentação do comércio marítimo³⁶. A origem da concepção de recuperação prevista na concordata ou no direito concursal como um todo surgiu com a Lei das XII Tábuas. Tal afirmativa advém da análise da terceira tábua, que trata dos direitos de crédito. Conforme relata Domingos Quadros:

A lei das XII tábuas, na tábua Terceira, n° 9, que trata dos direitos do crédito, nos concede um nuclear pensamento da essência do instituto naquela época, a saber: se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos os pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além o Tibre.³⁷

Apreende do trecho transcrito que havia, já no Direito Romano, uma relação obrigacional que carecia de métodos mais humanos e eficazes para possibilitar ao devedor arcar com a dívida.

³⁶ LOBO, Jorge. **Da Recuperação da Empresa no Direito Comparado**. Ed. Lumen Juris, 1993, p. 29.

³⁷ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 23.

Debruçando-se no contexto histórico brasileiro, é possível observar que o Brasil, sendo colônia de Portugal, sujeitava-se às suas regras jurídicas. A legislação daquela época consistia nas Ordenações Afonsina, Manuelina e Filipina³⁸. Neste período, o devedor ainda era tido como comerciante insolvente, cabendo regularizar sua dívida resguardada pelas normas contidas nas ordenações da época.

Posteriormente, com o surgimento do Código Comercial, em 1850, já no período republicano, elucida sobre a época José Candido Sampaio Lacerda³⁹ que:

Alegava-se, contra o sistema do Código, ser lento, complicado, dispendioso, prejudicando, há um tempo, credores e devedor; além disso, dava maior importância à apuração da responsabilidade comercial da falência, pois só com a ultimação do processo da quebra e qualificação da falência é que iniciava a liquidação⁵ da massa. (...) Por outro lado à aceitação da concordata dependendo da maioria de credores em número e que representassem pelo menos dois terços dos créditos sujeitos aos efeitos da concordata (art. 847, 3ª al.) constituía obstáculos à obtenção desse favor.

Constantes alterações ocorreram no período republicano, passando por várias fases, com o intuito de atender às demandas da recuperação de empresas.

Nota-se, como primeira fase, a criação do Código Comercial. Conforme mencionado acima, no decorrer da vigência do Código, percebeu-se a necessidade de editar decretos para tratar de assuntos pontuais. Portanto, a segunda fase é aquela que editou o Decreto Republicano n.º 917, de 24 de outubro de 1890, instituindo-se a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva como meios inibidores da declaração de falência. Na terceira fase, ocorreu a edição da Lei n.º 2.024/1908, que havia o intuito de simplificar o mecanismo processual e aperfeiçoar os princípios que eram abordados no decreto republicano supracitado⁴⁰.

A última fase consiste na edição do Decreto n.º 7.661/1945, com a figura da concordata, a qual tinha como finalidade salvaguardar o comerciante desventurado e honesto que se encontrava na situação de endividado. A concordata era um instituto

³⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7-13.

³⁹ LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1961, p. 36-37.

⁴⁰ CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. **Da caracterização do estado falimentar segundo a nova lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial**. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Vol. 2. Disponível em www.pge.mg.gov.br/documentos/revista_juridica_vol_II_dezembro_2005.pdf. Acesso em: 24 nov 2017.

jurídico que buscava regularizar a situação econômica do comerciante, podendo ocorrer na modalidade preventiva ou suspensiva⁴¹.

Apesar dessas constantes alterações nas normas jurídicas relacionadas a recuperação de empresas, ainda havia necessidade de mecanismos mais eficientes como alternativa para o devedor empresário não incorrer na falência.

O Decreto-Lei n.º 7.661/45 não era uma resposta jurídica efetiva à crise econômico-financeira enfrentada pela empresa. Ressalta-se que o juiz concedia a concordata apenas quando verificava que se tratava de crise financeira. Portanto, não concedia tal favor legal ao devedor que era acometido por crise econômica.

Cabe esclarecer a diferença entre os tipos de crise acima citadas. Segundo Fábio Ulhoa, a crise econômica é “a retração considerável nos negócios desenvolvidos”⁴², ou seja, a empresa trabalha no prejuízo. A crise financeira, por sua vez, é a “constante incapacidade de a empresa fazer frente às próprias dívidas, com recursos financeiros à disposição”, como elenca Tomazzette, citando Mario Garella⁴³.

No aspecto técnico-jurídico, a concordata apresentava muitos defeitos que acarretavam sua ineficiência como, por exemplo, proporcionava apenas alargamento do prazo para pagamentos da dívida, independente do problema ser ou não relacionado a prazo, sendo que em sua grande maioria não era um problema decorrente de data para o pagamento. Tratava-se de um instituto com pouca ou nenhuma participação dos credores e limitava-se aos créditos quirografários⁴⁴.

Levando em consideração os problemas encontrados no Decreto-Lei e uma ordem econômica que gritava por uma legislação mais efetiva, é que surge a Lei n.º 11.101/05, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e falência. Nasce trazendo uma tendência do direito estrangeiro, que era dar amplas possibilidades para reestruturação da empresa em crise, diferentemente da concordata, que tinha como alternativa somente postergar o prazo de pagamento.

⁴¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 397.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v.3. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.231.

⁴³ GARELLA, 200 apud TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial**. v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

⁴⁴ VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a lei 11.101/05**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008, p. 68-70.

Feita toda essa breve caminhada histórica, chega-se à Lei n.º 11.101, de 2005, que é a legislação que disciplina sobre o tema de recuperação de empresas até o presente momento.

3.2 Princípios Norteadores

A recuperação de empresas, como todos os institutos jurídicos, possui princípios que fundamentam e possibilitam a compreensão dos objetivos e finalidades para qual o instituto fora criado.

A Lei n.º 11.101/2005, ao instituir o mecanismo de recuperação de empresas, o fez com base nos princípios da preservação da empresa, da função social, da viabilidade, da participação ativa dos credores, do *par conditio creditorum* e da publicidade.

Citados os princípios norteadores da recuperação, passa-se a analisar detalhadamente cada um dos fundamentos supracitados.

Primeiramente, será abordado o princípio da preservação da empresa, que é uma consequência da introdução da teoria da empresa no ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio consiste na busca de preservar a manutenção da unidade produtiva, sendo que, com a teoria da empresa houve a separação da figura de empresário e empresa, todavia, não se busca proteger as intenções dos proprietários e, sim, a atividade empresária.

Afirma Quadros Domingos que:

O princípio da preservação da empresa está intimamente ligado ao próprio intento macro do legislador, ou seja, editar um regramento que vise a real possibilidade do empresário ou da sociedade empresária em dificuldade de não se deixarem cair em bancarrota sem terem uma única chance de suspirarem e acreditarem numa legislação que os beneficiem e os ajudem⁴⁵.

Se feita uma rápida análise do trecho citado acima poder-se-ia concluir que se trata de um princípio superior, pois verifica ser um princípio com *status* de interesse público. Entretanto, não há hierarquia entre os princípios, portanto, para embasar a

⁴⁵ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 78.

recuperação judicial, necessita de uma esfera onde orbitam todos os princípios, sem que nenhum se sobressaia aos demais.

O princípio da preservação da empresa busca a proteção da atividade realizada pela empresa, visto que esta possui uma relação com ligações profundas com a economia de uma sociedade e destina-se à proteção somente do empresário que tenha capacidade para a revitalização de suas atividades.

O princípio da função social está intrinsecamente ligado com a preservação da empresa. Contudo, quando se fala em função social refere-se ao papel do empresário perante a sociedade. Como mencionado, é função social a circulação de riquezas, criação de empregos e incentivo à cultura⁴⁶.

Nota-se a presença do princípio da viabilidade quando o legislador limitou que deverá gozar da recuperação judicial aquele empresário que comprove ser capaz de superar a crise econômico-financeira.⁴⁷

O princípio da participação ativa dos credores é uma das novidades adquiridas com a Lei n.º 11.101/2005, uma vez que a recuperação judicial traz uma participação ativa dos credores neste instituto, fato que não ocorria na concordata. Percebe-se essa ativa participação dos credores pelo fato de caber a eles aprovar ou indeferir o plano recuperatório.

Esta prerrogativa de aceitar ou não o plano é dada aos credores por serem imediatos interessados e diretamente afetados com a recuperação judicial, por isso o mais acertado é que tenham ativa participação no procedimento da recuperação⁴⁸.

O princípio do *par conditio creditorum* consiste em igualar os credores, isto é, gerar paridade entre os créditos, sendo analisado e aplicado de acordo com cada classe de credores. Na recuperação judicial, diferente da concordata, não existe aqui a questão “quem chega primeiro terá mais possibilidades de satisfazer seu crédito”.

⁴⁶ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 80.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial – direito de empresa**. v.3, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 382-385.

⁴⁸ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 81.

Por último, tem-se o princípio da publicidade ou da transparência, que procura afastar fraudes no processo de recuperação, permitindo que seja a recuperação judicial um instituto efetivo.

É notório que este princípio está evidenciado nos artigos 51, inciso II, e 53, incisos II e III, da Lei N^o 11.101/2005⁴⁹, que impõem ao devedor empresário apresentar documentos que demonstrem a veracidade dos fatos alegados no requerimento da recuperação.

O art. 51, II diz põe que:

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:
I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira⁵⁰;

Já o art. 53, II e III, preleciona:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:
I – (...)
II – demonstração de sua viabilidade econômica; e
III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada⁵¹.

Quadro Domingos alude em sua obra que o princípio da publicidade possui duas vertentes, a saber:

A primeira é a comunicação dos atos do processo, o que não nos traz surpresa face à normalidade de ocorrência de outras áreas processuais, mas à segunda se torna peculiar, pois se consubstancia em meio de inibição de fraudes dentro do processo de recuperação judicial. E é neste aspecto que devemos nos ater⁵²

⁴⁹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁵⁰BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁵¹BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁵² DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 81.

Diz ainda que:

Com o processo de recuperação judicial englobara inúmeros interesses individuais de credores e, também, do próprio devedor, a possibilidade de manobras fraudulentas é uma realidade fática e frequente dentro do processo. Portanto, quanto maior for a publicidade, menor será a chance de desvirtuamentos ilegais acontecerem⁵³.

Ante o exposto, conclui-se que não há hierarquia entre os princípios que direcionam o instituto da recuperação de empresa, todos devem existir conjuntamente para que alcance a efetiva recuperação do empresário ou da sociedade empresária, para que a sociedade e a economia sofram o mínimo possível com os efeitos perniciosos da crise econômico-financeira.

3.3 Recuperação Extrajudicial

A recuperação extrajudicial não é o escopo deste trabalho. Todavia, será brevemente analisada, pois também é um dos institutos trazidos pelo legislador de 2005, visando à recuperação do devedor, necessário para que se possa entender o funcionamento e a diferença em face da recuperação judicial.

A recuperação extrajudicial, conforme o próprio nome indica, é o acordo realizado fora do âmbito judicial. Esta espécie de recuperação tem previsão nos artigos 161 a 167, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF)⁵⁴, com intuito de possibilitar ao devedor firmar acordos sem a interferência do poder judiciário.

Esta modalidade de recuperação possibilita ao empresário um caminho menos burocrático e moroso, pelo qual poderá firmar o acordo sem os gastos advindos da atuação do administrador judicial, da verificação de créditos e da convocação de assembleia geral de credores, sendo que estes procedimentos são encontrados na recuperação judicial. A recuperação extrajudicial seria, portanto, uma estratégia para evitar estes gastos.

⁵³ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 81.

⁵⁴BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

O âmbito de incidência da recuperação judicial é para os que se enquadram no conceito de empresário, tais como, empresário individual e sociedade empresária.

Ressalta-se que estão excluídos da recuperação extrajudicial os créditos fiscais, pois estes advêm de interesse público, e, por força do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, não cabem negociação.

De outro lado, estão excluídos da recuperação extrajudicial os créditos trabalhistas e de acidente de trabalho, pois estes créditos não possuem força de negociação.

Por fim, excluem os créditos que não têm interesse na negociação, como os créditos que são resguardados pelo direito de propriedade, esta exclusão se dá pelo fato de já possuírem grande garantia de seus créditos.

Ademais, feitas essas exclusões, restam os credores com garantia real, credores com garantia especial, credores com privilégio geral, credores quirografários e os subordinados, que serão abarcados pela recuperação extrajudicial.

A recuperação extrajudicial se subdivide em recuperação extrajudicial de homologação facultativa e recuperação extrajudicial de homologação obrigatória.

A primeira, prevista nos artigos 161 e 162 da Lei em comento⁵⁵, que diz ser aquela onde ocorre a adesão de todos os credores de forma voluntária e irá produzir efeitos apenas entre aqueles que concordaram com o plano. Ocorrendo recuperação extrajudicial de homologação facultativa deverá o devedor assinar o plano de recuperação extrajudicial e recolher assinatura dos credores para que em seguida homologue em juízo. Esta homologação é facultativa, por força do art. 162 da lei em comento⁵⁶, ainda acerca desta modalidade, importante mencionar, que o pedido da homologação do plano recuperatório não acarreta na suspensão de direitos, ações ou execuções, conforme art. 161, §4, da LREF⁵⁷. A recuperação extrajudicial ordinária

⁵⁵BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁵⁶BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁵⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação.** São Paulo: Editora Atlas, 2010, v. 4, p. 206.

após homologação judicial irá tornar possível a execução como título judicial⁵⁸, de acordo com art. 515, III do Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Já a recuperação extrajudicial de homologação obrigatória, prevista no art. 163, consiste na adesão por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos, sendo que vinculam os demais que não aderiram, esta vinculação dos demais que foram contra a proposta, ocorre pelo fato de que se deve ter como objetivo principal a preservação da empresa, portanto não caberia, neste caso, que a vontade da minoria se sobressaísse ao intuito primordial do legislador de 2005 de preservar a atividade empresarial.

Entende-se, pelo fato de vincular os credores que foram contra a proposta, que a homologação nesta modalidade deverá ser obrigatória. Frisa-se que o acordo firmado entre devedor e credores não possui a necessidade de abarcar todas as classes ou todos os créditos que compõe determinada classe.

Ressalta-se que, para que o devedor empresário venha alcançar a homologação da recuperação extrajudicial, este deverá preencher requisitos subjetivos e objetivos, sabe-se que tais requisitos são necessários, justamente, para que fique provado a idoneidade do devedor e o seu real interesse em superar a crise.

No que tange aos requisitos subjetivos, o devedor deverá preencher as condições abaixo elencadas:

- a) Exercício regular da atividade empresarial a mais de 2 (dois) anos;
- b) Não ser falido;
- c) Não possuir condenação definitiva por crime falimentar;
- d) Não poderá ter obtido recuperação por meio de plano especial para microempresas ou empresa de pequeno porte;
- e) Não possuir pendente pedido de recuperação judicial.

⁵⁸BRASIL. Lei nº 13.105, de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 24 nov. 2017.

No tocante aos requisitos objetivos que são condições relativas ao próprio plano de recuperação extrajudicial, quais sejam:

- a) Concordância dos credores que representam mais de três quintos dos créditos de cada classe;
- b) Ausência de pagamento antecipado de credores;
- c) Concordância dos credores para afastamento da variação cambial que lhe era assegurada originalmente;
- d) Não poderá haver tratamento desfavorável em relação aos credores não abrangidos pelo plano
- e) Aprovação expressa do credor titular de objeto com garantia real para supressão ou substituição de sua garantia.

Por fim, ajuizado o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial de homologação facultativa ou obrigatória, este será recebido pelo juiz que ordenará que seja publicado o edital, para que os credores se manifestem a fim de dizer se aceitam ou rejeitam o plano, sendo que terão o prazo de 30 dias⁵⁹ (art. 164 §2º) a contar da publicação do edital para se manifestarem. Ressalta-se que no âmbito da recuperação extrajudicial não suspende ações e execuções ajuizadas em face do devedor, nem proíbe que os credores que não fazem parte do plano peçam a falência.

Destaca-se que, havendo a homologação do plano de recuperação extrajudicial, os efeitos por este produzido, irão abranger os credores que não aceitaram o plano inicialmente, no entanto obedecendo a regra de concordância de mais de três quintos dos créditos de cada espécie.

De suma importância, mencionar que, a homologação do plano de recuperação extrajudicial tem como consequência a novação dos créditos sujeitos ao plano, mas, entretanto, mesmo que seja decretada a falência do devedor a dívida será regida pelas condições acordadas no plano. Assim sendo, a novação prevista na recuperação extrajudicial não possui qualquer diferença da novação civil.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Reforça que mesmo que se trate de plano de recuperação de homologação facultativa e este não seja levado a juízo para que homologue terá o efeito da novação⁶⁰.

Caso haja alguma objeção, o devedor terá o prazo de 5 dias para se manifestar acerca do fato rejeitado.

No tocante à sentença que homologa o plano de recuperação extrajudicial, em conformidade com art. 164, §7⁶¹, caberá apelação sem que resulte em efeito suspensivo.

Ademais, caso seja indeferido o pedido de homologação, poderá o devedor, observando o previsto no art. 164, §8, ajuizar outro pedido de recuperação extrajudicial. Portanto, havendo o indeferimento, não irá ocorrer, necessariamente, a decretação da falência.

3.4 Recuperação Judicial

Ao longo da história, as empresas assumiram uma grande e crescente intervenção social. A crise empresarial afeta diretamente a sociedade, sendo necessário dar uma resposta jurídica adequada, que propicie o soerguimento da atividade desenvolvida. Os efeitos da crise são perniciosos tanto para a empresa como para a sociedade, afetando diretamente a economia de um país, cabendo assim a intervenção estatal para buscar a solução da crise empresarial.

As crises que afetam a empresa são extremamente danosas para economia de um país, cabendo, deste modo, que o ordenamento jurídico brasileiro disponibilize soluções para que a empresa venha superar a crise, sendo assim, o ordenamento pátrio oferece duas soluções gerais, quais sejam, a recuperação judicial e a extrajudicial⁶².

⁶⁰ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial**. v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 261.

⁶¹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v.3. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

Ressalta-se que a recuperação judicial, extrajudicial e falência são destinadas aos empresários e sociedades empresárias, conforme disposto o art. 1º da LREF⁶³.

Quando o legislador se refere a empresário, consiste no empresário individual que é aquele que assume todo o risco da atividade, uma vez que é a pessoa física exercendo a empresa em seu próprio nome, sendo que as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada (IRRELI's) que são uma pessoa jurídica assumindo o exercício individual da atividade empresarial também são abrangidas pelo conceito de empresário, razão que a pessoa jurídica é detentora dos direitos e obrigações oriundas da realização da atividade⁶⁴.

Entende-se, ainda, que as sociedades empresárias enquadram-se no conceito de empresário, pois quando formam a sociedade é esta que assume o risco e as obrigações, portanto, é a própria sociedade que adota o papel de empresário⁶⁵.

Cabe salientar que sociedade empresária não se confunde com a empresa, pois a empresa é a atividade organizada, não sendo sujeito de direitos enquanto a sociedade é um sujeito de direito equiparando-se ao conceito de empresário⁶⁶.

Quando se fala em recuperação judicial, faz-se necessário olhar o plano de fundo da crise empresarial. Neste contexto de crise, há basicamente três possibilidades, conforme segue.

No primeiro cenário, tem-se uma empresa que entra em crise, mas esta empresa é viável, a crise é meramente circunstancial, portanto o empresário consegue por suas próprias forças encontrar a solução para crise; nesta situação o empresário supera a crise utilizando as estruturas de livre mercado, conquanto sem necessidade de buscar meios jurídicos para superar a crise.

⁶³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁶⁴ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial.** v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 261.

⁶⁵ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial.** v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 261.

⁶⁶ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário.** v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

No segundo cenário, há uma empresa em crise, mas a crise neste caso não é meramente circunstancial, mas sim uma crise estrutural, ou seja, a atividade empresarial tornou-se absolutamente inviável. Portanto, no contexto em análise trata-se de uma crise impossível de ser superada, tendo como resposta jurídica à falência.

Por fim, no último cenário, há uma empresa em crise, sendo esta crise meramente circunstancial, todavia, a empresa é viável, mas o empresário não consegue encontrar por suas próprias forças uma solução para superar a situação de crise, por alguma disfunção das estruturas de livre mercado.

Assim, a aplicação do instituto de recuperação judicial, previsto na Lei em comento, somente será possível no terceiro cenário, onde o devedor empresário não possuiu condições para superar a crise, havendo, assim, necessidade de auxílio do Estado, por meio da Lei n.º 11.101/2005, para reabilitar a atividade empresarial.

A Lei n.º 11.101/2005 (LREF) surgiu com a premissa de reabilitar a empresa em crise, abandonando o intuito preliminar liquidatário previsto no sistema falimentar anterior, por um sistema que possibilitasse ao devedor sair da situação de crise econômico-financeiro. Sendo a recuperação judicial um mecanismo de esforços conjuntos entre credores e devedor empresário, que assumem ações corretivas com o intuito de reestruturar a empresa para que este retorne exercer sua atividade empresarial de extrema importância para a sociedade.

O art.47 da lei em comento disciplina que:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica⁶⁷.

Ademais, o art. 47 da LREF delimita os objetivos da lei, trazendo que a recuperação não é destinada a todo empresário em crise, mas sim, destinados àqueles que provarem a sua capacidade de superar a crise econômico-financeira.

⁶⁷BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Entende-se que a recuperação judicial é um meio de superar a situação de crise apenas para aquelas empresas que consigam desempenhar sua função social.

O empresário deverá preencher os requisitos contidos no art. 48 da LREF⁶⁸. Sendo que estes requisitos deverão ser preenchidos simultaneamente pelo devedor no ato do pedido, caso contrário não fará jus a recuperação judicial, bem como a extrajudicial, pois ambas as modalidades têm a necessidade de cumprir os requisitos deste artigo.

Assim, referente aos objetivos da lei, com fulcro no artigo supracitado, não há que se falar em uma hierarquia entre eles, pois tais objetivos devem ser analisados conjuntamente, sendo ao fim conjecturado que cumprido esses objetivos alcança-se a função social da empresa.

Depreende-se ao analisar a Lei que, este diploma legal não possui mais a visão de favor legal, como era percebida na concordata. Neste diapasão, observa-se que as benesses que a concordata oferecia ao devedor era apenas a postergação do pagamento de suas dívidas. Noutra banda, a recuperação judicial traz inúmeros meios de recuperação, como elencados no art. 50 da Lei 11.101/05⁶⁹, no entanto, os meios dispostos neste artigo não são meios taxativos, mas sim exemplificativos, podendo o empresário apresentar no plano outras formas de recuperação judicial.

No tocante à recuperação judicial, ocorrerá por meio do pedido de recuperação, sendo o pedido de competência exclusiva do devedor, uma vez que é este quem melhor conhece a situação de crise da empresa.

O pedido é feito via de regra pelo devedor, todavia, o § 1º do 48 da LREF⁷⁰ traz a previsão de que o cônjuge sobrevivente, herdeiro do devedor, inventariante ou sócio remanescente poderão pedir em juízo a recuperação judicial.

⁶⁸BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁶⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷⁰BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

A recuperação judicial é destinada ao empresário, no entanto, a própria Lei de Recuperação de Empresas e Falência, em seu art. 2º⁷¹, excluem algumas pessoas do efeito da recuperação. Assim sendo, ficam excluídas da recuperação judicial as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as instituições financeiras, as cooperativas de crédito, as administradoras de consórcio, as entidades de previdência complementar, as sociedades de operadoras de planos de assistência à saúde, os segurados, as sociedades de capitalização.

Ademais, os empresários que não estão no rol dos excluídos poderão requerer o benefício da recuperação judicial, contudo, a lei impõe aos empresários que preencham determinados requisitos para que possam gozar da recuperação, portanto deverão cumprir os requisitos abaixo mencionados:

- a) Exercício regular das atividades há mais de dois anos;
- b) Não ser falido ou, se falido, que suas obrigações já tenham sido extintas;
- c) Não ter sido beneficiado por recuperação judicial há menos de cinco anos;
- d) Não possuir condenação por crime falimentar ou ter como sócio controlador ou administrador pessoa condenada por crime falimentar.

Tais requisitos funcionam como um mecanismo de filtro para saber quais empresários demonstram real interesse e condições de uma possível capacidade de superar a crise.

No tocante aos créditos que serão abrangidos pela recuperação judicial o art. 49 da Lei Nº 11.101/2005⁷² traz que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estarão sujeitos ao plano recuperatório, todavia, a mesma lei exclui determinados créditos.

A saber, estão excluídos da recuperação judicial os créditos que não são exigíveis do devedor, por força do art. 5º da LREF⁷³, conquanto, as obrigações a título

⁷¹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷²BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷³BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

gratuito e, também, as despesas geradas pelos credores para se habilitar na recuperação judicial, salvo as custas judiciais decorrentes de litígio com o devedor.

Também estão excluídos os créditos fiscais que por serem de interesse público não podem ser negociados tendo em vista o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, ressalva-se que, neste caso, não o que se falar nem mesmo de suspensão das exceções fiscais.

A Lei nº 11.101/2005 faz a exclusão dos credores proprietários, pois estes não possuem interesse em negociar, uma vez que, seus créditos já estão assegurados, conforme dispõe art. 49, § 3 da mencionada lei⁷⁴.

Ainda, referente ao pedido, este deverá ser apresentado ao juízo competente, que será aquele do principal estabelecimento da empresa, fundamentando sua exordial com documentos previsto no art. 51 da lei em comento, requerendo a concessão da recuperação judicial que poderá ter como resposta jurídica o deferimento ou não do pedido.

É fundamental mencionar que o fato de ajuizar o pedido de recuperação não enseja na recuperação judicial, no entanto, de acordo com art. 66 o devedor fica impedido “alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”⁷⁵, assim, tão logo ajuizado o pedido, este já gera efeito que muda a situação jurídica do devedor.

Atendendo os requisitos do art. 51 da lei de recuperação e falência, o pedido será deferido pelo julgador que irá determinar as providências contidas no art. 52⁷⁶.

⁷⁴BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷⁵BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷⁶BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

A determinação das providências contidas no art.52 da LREF é de suma importância, pois abre o prazo de 60 dias para que o devedor empresário, que busca gozar do benefício da recuperação judicial, apresente o seu plano recuperatório.

Apresenta-se o plano recuperatório para que os credores analisem, podendo aprovar ou não, nesta etapa é evidente uma grande diferença com a concordata que havia pouca ou nenhuma participação dos credores, diferentemente, na recuperação judicial o legislador permitiu aos credores efetiva participação. Os credores deverão analisar o plano se manifestando pela aprovação ou rejeição no prazo de 30 dias, conforme art. 54 da LREF.⁷⁷ Importante frisar que o devedor poderá incluir no plano as dívidas vencidas e vincendas.

Apesar da participação ativa dos credores, caso estes não se manifestem no prazo previsto no dispositivo legal terá o plano presumido aprovado, contudo, caso qualquer credor faça objeção ao mesmo, caberá ao juiz convocar a assembleia geral para deliberar sobre a aprovação. Havendo a não aprovação por parte da assembleia geral o pedido de recuperação será convertido em falência, com base no art. 54, § 4º.

Por fim, aprovado o plano de recuperação o juiz observando o cumprimento do art.58⁷⁸ sentenciará a recuperação judicial permanecendo devedor em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano a vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, como disposto no art. 61 da referida lei.

Cabe, ainda, explanar que caso o devedor empresário descumpra o firmado no plano dentro do período de 2 anos terá decretado sua falência, entendimento contido no art. 61, § 1º⁷⁹.

⁷⁷BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷⁸BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁷⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Feita essa breve descrição do procedimento de recuperação judicial, verifica-se por meio de comparativo com o instituto da concordata, que o legislador buscou trazer uma lei que não tenha como foco a falência da empresa, mais sim uma lei que busca mecanismos efetivos para possibilitar o soerguimento da empresa.

3.4.1 Fases do Processo de Recuperação Judicial

Sabe-se que a recuperação judicial é de jurisdição voluntária, pois, compete ao devedor buscar no judiciário a fim de satisfazer sua pretensão, qual seja, requerer a recuperação observando a lei 11.101/2005 que é composta de regras processuais e materiais.

Certamente que, o processo de recuperação judicial é um conjunto de ações corretivas e incisivas aplicadas conjuntamente, objetivando reabilitar a atividade empresarial, pois uma vez que não seja alcançado o soerguimento da empresa as consequências afetam a sociedade como um todo.

Todavia, como citado anteriormente, a recuperação judicial compreende em um conjunto de atos, sendo que estes ocorrem por meio de fases durante o processo de recuperação.

Além disso, a divisão dos atos em fase possibilita ter um panorama geral de como ocorre o processo da recuperação, por conseguinte, divisão em fases delinea aspectos pormenorizados, evidenciando que descumpridos alguns dos atos, independente da fase, poderá impedir a recuperação judicial⁸⁰.

Ante as considerações expostas, passa-se a análise, individualizada, das fases da recuperação judicial.

3.4.1.1 Fase Postulatória

Em primeira análise, será posto à baila a fase postulatória que tem como marco a apresentação da petição inicial perante o juízo competente. A petição deverá

⁸⁰ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 111.

respeita o art. 319 do Código de Processo Civil⁸¹ e as requisições específicas da petição no âmbito empresarial contido no art. 51 da Lei 11.101/05⁸².

Respeitando os artigos acima, o juiz irá deferir o processamento da recuperação e determinará que se cumpram as exigências do art.52 da lei em comento.

Portanto a fase postulatória se limita nos atos acima citados, ressalta-se que caso não observados os requisitos necessários para que o ato seja válido, cabe ao juiz determinar a emenda a inicial.

O entendimento de que a fase postulatória é composta por duas situações e a possibilidade do juiz, caso julgue necessário, permitir a emenda à inicial é defendido pelo doutrinador Ulhoa que diz:

Se a pessoa legitimada para requerer a recuperação judicial instruir adequadamente o pedido, a fase postulatória se encerra com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho que manda processar a recuperação. Se a instrução do pedido não tiver observado a lei, pode arrastar-se o processo pelo período solicitado para apresentação de documentos ou por determinação do juiz, com base na legislação processual civil, de emenda da petição inicial.⁸³

Importante, ainda, mencionar que para requerer o pedido de recuperação judicial ocorre por duas hipóteses, sendo que, a primeira consiste no pedido, por um dos legitimados, direcionado ao juízo falimentar requerendo a concessão. A segunda hipótese dentro do processamento da decretação da falência, contudo, cabe ao devedor a contestação, sendo assim, possível que requeira a recuperação judicial, como se observa no art. 95 da LREF⁸⁴.

Ademais, independente da forma pela qual fora requerida a recuperação judicial cabe ao juiz se manifestar pelo deferimento ou não do pedido, caso seja

⁸¹BRASIL. Lei nº 13.105, de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 24 nov. 2017.

⁸² DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p.116.

⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 342.

⁸⁴BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

deferido o processamento da recuperação terá início o prazo para que o devedor apresente o plano recuperatório.

3.4.1.2 Fase Apuratória

A fase apuratória, como o próprio nome aduz, tem a finalidade de apurar, verificar e habilitar os débitos, visto que, esta fase tem início com deferimento do processamento da recuperação. Assim, entende-se que a apuração se dá pela apresentação do plano de recuperação, pois o comando para que o devedor cumpra essa obrigação está contido no art. 53⁸⁵, caput e seus incisos que descrevem os documentos necessários para comprovar a situação do devedor.

O legislador, a fim de auxiliar o devedor e facilitar a elaboração do plano recuperatório, descreveu, no art. 53, da lei em análise, quais as informações indispensáveis sendo elas: informar qual o meio de recuperação utilizado, ressalte-se que o art. 50 que trata dos meios é meramente exemplificativo, podendo o devedor escolher outro meio não mencionado na lei; demonstração da capacidade reabilitação econômica; laudo econômico-financeiro e de avaliação dos ativos, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.⁸⁶

Ressalta-se que acerca dos meios de recuperação judicial dispostos no art. 50, I que permite a concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas, deverá observar que o legislador proibiu que fosse exposto no plano recuperatório prever prazo superior a 1(um) ano para o pagamento de débitos advindos da legislação trabalhista e de acidente de trabalho, vedação expressa no art. 54 da lei 11.101/05⁸⁷.

Esta vedação dar-se-á pelo fato dos créditos trabalhistas e de acidente do trabalho possuírem natureza alimentar e humanístico, razão que o credor despenhou

⁸⁵BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁸⁶ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial.** Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 124.

⁸⁷BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

esforço físico para que gerasse esse crédito, portanto, dá preferência ao recebimento destas verbas⁸⁸.

Por fim, a fase apuratória consiste no período em que o administrador judicial irá verificar a veracidade dos fatos alegados pelo devedor, por meio da documentação apresentada pelo devedor e os credores.

3.4.1.3 Fase Deliberatória

No que tange a fase deliberatória, se inicia pelo ato de objeção de qualquer um dos credores, pois havendo discordância do plano apresentado, o juiz convocará a assembleia geral de credores que deverá, obedecendo ao prazo limite de 150 dias contados da data do deferimento do processamento da recuperação judicial, deliberar acerca do plano de recuperação, de acordo com entendimento extraído do art. 56 da lei.

Vale ainda salientar que a fase deliberatória é de suma importância, pois cabe neste período trazer à baila a discussão acerca do plano recuperatório. Apenas será possível que o plano seja analisado, pela assembleia geral, se o devedor o apresentar, assim sendo, o art. 53 da lei analisada, prevê o prazo improrrogável de 60 dias para apresentação do plano, caso contrário será penalizado com a decretação da falência.

Porém, esta fase possui a peculiaridade de apenas existir se houver objeção de qualquer credor, caso não haja, com fulcro no art. 58 da lei em comento, o juiz irá conceder a recuperação judicial, uma vez que, entende-se que os credores estão de acordo com o proposto no plano recuperatório.

Prevê o art. 45 da LREF⁸⁹ que todas as classes de credores deverão aprovar o plano, portanto depreende-se desse dispositivo que há a necessidade de atingir um quórum deliberativo, para que se alcance o objetivo de aprovação do plano recuperatório. Frisa-se que, os credores que possuem os maiores créditos terão maior poder de decisão ao votarem.

⁸⁸ DOMINGOS, Carlo Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: JM livraria jurídica, 2009, p. 85.

⁸⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Nota-se que o juiz tem um papel meramente homologatório, pois caso o plano seja aprovado pela assembleia geral dos credores resta ao magistrado apenas realizar a homologação.

Ora, a fase de deliberatória existe, justamente, para que os credores deliberem acerca da proposta de recuperação, deste modo, as decisões tomadas pelos credores é soberana, no que se refere ao plano, contudo, as deliberações, que são atos que expressam a vontade, estão sujeitas ao controle judicial.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal se manifestou no Resp. 1.314.209, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, que traz o entendimento de que a soberania nas decisões relacionadas ao plano não afasta em hipótese alguma a possibilidade do controle judicial, veja-se:

Plano de recuperação judicial. Aprovação pela AGC. Controle judicial. A assembleia geral de credores (AGC) é soberana em suas decisões quanto ao conteúdo do plano de recuperação judicial. Contudo, as suas deliberações – como qualquer outro ato de manifestação de vontade – estão submetidas ao controle judicial quanto aos requisitos legais de validade dos atos jurídicos em geral. Resp 1.314.209, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.5.12. 3ª T. (Info 498, 2012)⁹⁰

Este entendimento demonstra, contudo, que apesar da soberania dos credores os atos devem estar cerceados pela licitude, tal cuidado se justifica pela razão que, aprovado o plano todos os credores estão sujeitos a proposta de recuperação, inclusive os que foram votos vencidos.

Retomado ao raciocínio da deliberação da assembleia geral, após a discursão e aprovação do plano, com fundamento no art. 56, § 2º poderá a assembleia geral indicar credores para compor o comitê de credores que irá fiscalizar se o devedor cumprirá as obrigações outrora firmadas. Todavia, como se observa no verbo “poderá” usado no artigo acima, depreende-se que o comitê de credores é ato facultativo.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp.1.314.209** SP 2012/0053130-7. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21864334/recurso-especial-resp-1314209-sp-2012-0053130-7-stj/inteiro-teor-21864335?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

3.4.1.4 Fase Executória

A fase executória é a de mais fácil entendimento, pois consiste na fase que o devedor cumprirá as medidas/obrigações firmadas no plano de recuperação, almejando o soerguimento da empresa.

Esta fase é a de mais fácil percepção, contudo, deve-se tomar cuidado, pois é a fase de maior complexidade, já que caso descumpra as obrigações dentro do prazo de 2 (anos) será convertida a recuperação em falência, por força do art. 61 da lei em análise⁹¹.

Esta fase é de suma importância e complexidade, visto que, ocorrendo a convocação em falência aplica-se o art. 61 da 11.101/2005 que terão os credores restituídos sua relação obrigacional com o devedor, na forma originalmente pactuada. Veja que, o disposto no art. 61 é uma inovação desta lei, pois, apesar de efetuado a novação que tem como um de seus efeitos extingue a obrigação anterior, no direito empresarial, de forma peculiar, os credores poderão ter seus direitos e garantias reestabelecidos.

Sendo de obrigação do administrador fiscalizar o cumprimento das obrigações estabelecidas no plano recuperatório, cabendo, ainda, caso haja o comitê de credores, este também assumirá a responsabilidade de fiscalizar o bom andamento da recuperação.

Por fim, o cumprimento das obrigações no prazo de 2 (anos) encerra a fase executória.

3.4.2 Decisão de Deferimento do Processamento da Recuperação Judicial e seus Efeitos

Ajuizada a petição inicial, caberá ao juiz proferir despacho para o processamento da recuperação judicial, sendo que, o magistrado decidirá observando

⁹¹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

se a petição está instruída com os documentos obrigatórios constantes no art.51 a LREF⁹².

Pois bem, cumprido os requisitos disposto no art.51, cabe ao magistrado proferir o despacho que de imediato gera efeitos, conforme art. 52 da referida Lei, quais sejam:

- a) Nomeação de administrador judicial;
- b) Dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, no entanto, não poderá contratar com o poder público ou ser beneficiado por incentivos fiscais;
- c) Suspensão de todas as ações execuções que tramitam contra o devedor;
- d) Apresentação de contas demonstrativas mensalmente enquanto durar a recuperação judicial;
- e) Intimar o Ministério Público e comunicar a Fazenda Pública Federal e de todos os Estados e municípios onde o devedor tenha estabelecimento.

Necessário tecer algumas considerações acerca dos efeitos gerados pelo processamento do pedido de recuperação. Inicialmente ressalta-se que, o administrador judicial deve ser escolhido pelo juiz, este deve observar o art. 21 da LREF que impõe limites na escolha do magistrado. A lei traz claramente a intenção de que o administrador judicial deve ter qualificação técnica, sendo que este poderá ser pessoa física ou jurídica.

No intuito de suspender as ações e execuções, o legislador criou o prazo improrrogável de 180 dias, o qual deverá ser contado da publicação do processamento da recuperação judicial, como exposto no art. 6 da LREF⁹³

⁹²BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁹³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Referente ao efeito da suspensão das ações e execuções cabe expor que, à suspensão encontra previsão legal no art.6 da lei em comento, todavia, a suspensão não é eterna, ocorre apenas pelo prazo de 180 dias⁹⁴.

Neste sentido, a Min. NANCY ANDRIGHI, relatora do resp. Nº 1.610.860 - PB (2016/0171448-5) reafirma em seu voto que:

No que se refere especificamente ao prazo previsto no art. 6º, § 4º, da LFRE – segundo o qual o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende, por 180 dias, o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor⁹⁵.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo abraçou o entendimento de que deferido o processamento da recuperação judicial estão suspensas automaticamente as ações contra o devedor, como dispõe no AI nº 0585732-43.2010.8.26.0000:

“Considerando que as credoras habilitaram o crédito na recuperação judicial, deverão aguardar o pagamento de acordo com o plano já apresentado. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Seção de Direito Privado – 12ª Câmara AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0585732-43.2010.8.26.0000 -JOSÉ BONIFÁCIO (VOTO Nº 570) - 4 - Em razão disso, SUSPENDO a presente execução por meio de cumprimento de sentença”⁹⁶

Diz que, com o processamento da recuperação judicial, gera o efeito do *automatic stay* que significa que, ao deferir o processamento inicia automaticamente a suspensão das ações pelo período de 180 dias (art.6, §4º da LREF)⁹⁷.

⁹⁴BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

⁹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.610.860 - PB (2016/0171448-5). Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/133727266/stj-19-12-2016-pg-4562?ref=next_button>. Acesso em: 24 nov. 2017

⁹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI nº 0585732-43.2010.8.26.0000. Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Rel. Desemb. Sandra Galhado Esteves. São Paulo, 16 de março de 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18690223/agravo-de-instrumento-ai-5857324320108260000-sp-0585732-4320108260000/inteiro-teor-104088553?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 nov. 2017

⁹⁷ YAOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125.

A justificativa para a suspensão é que os credores e devedor devem unir esforços para que a empresa possa superar a crise, sendo que ao suspender as ações os credores se voltam unicamente para a ação de recuperação.

Transcorrido os 180 dias do deferimento do plano de recuperação sem que tenha sido o crédito objeto do plano judicial aprovado, poderá o credor retornar à ação ou execução, caso não tenha ajuizado poderá decorrido este prazo ajuizar a ação pleiteando seu crédito.

Importante, ainda, dizer que feito uma rápida leitura do caput do art.6º seria possível entender que estariam suspensas todas ações e execuções do devedor, todavia, no mesmo dispositivo legal em seu §1º há a exceção para ações de quantias ilíquidas. Estas ações seguem seu trâmite normal, razão que, não está a relação crédito e débito constituído, portanto não é uma ameaça ao devedor.

Não poderão ser suspensas as execuções fiscais, de acordo com art. 6º, §7º, pois são execuções de interesse do poder público, sendo que, a execução segue normalmente o tramite, o que ficará suspensa será o ato de expropriação pelo prazo de 180 dias⁹⁸.

Excetuadas, ainda, as ações sem efeitos patrimoniais econômicos, estas ações em nada afetam o patrimônio do devedor, cabendo assim seguir seu trâmite normal.

Ao passo que o magistrado defere o processamento da recuperação judicial, tem início a fase de deliberação, analisada anteriormente em capítulo específico.

3.4.3 Decisão de Concessão da Recuperação Judicial

Como discutido anteriormente, o plano de recuperação judicial é analisado na fase deliberatória onde deverá os credores votarem pela sua aprovação ou não. Todavia, a aprovação do plano se dá por determinadas modalidades, dentre elas está

⁹⁸BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

a modalidade prevista no art. 45⁹⁹, LREF, que consiste na aprovação por deliberação em Assembleia Geral por todas as classes de credores¹⁰⁰.

Outra modalidade seria pela homologação do plano por não haver objeção dos credores que tiveram o prazo de 30 dias para se pronunciarem rejeitando o plano, conforme o disposto no art. 55 da LREF, ou ainda, na modalidade *cram down*.

Ainda, no tocante a modalidade *cram down*, importante explicar que, está hipótese ocorre quando a deliberação do plano não alcança o quórum determinado no art. 58 da LREF¹⁰¹, assim sendo, caberia convolar em falência, conforme dispõe o art. 73, III, c/c art. 56, §4º, ambos da LREF, no entanto, há o quórum alternativo contido no art. 58, §1º da mesma lei, que permite ao juiz conceder a recuperação ao invés de convolar em falência, sendo a modalidade em análise conhecida por *cram down*, expressão anglo-saxônico¹⁰².

Deste modo, o Desemb. Milton Fernandes de Sousa, no AI 0037321-84.2011.8.19.0000, esclarece que:

O art. 58, § 1º, da Lei de Falência autoriza o juiz a homologar o plano de recuperação judicial, ainda que sem a aprovação dos credores na forma do art. 45 da Lei, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos neles estabelecidos¹⁰³.

Publicada a decisão de conceder a recuperação, terá início a fase de execução do plano recuperatório, sendo que a empresa recuperanda detém o prazo de 2 (dois)

⁹⁹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹⁰⁰BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹⁰¹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹⁰² YAOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 289.

¹⁰³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI nº 0037321-84.2011.8.19.0000**. 1º Vara Civil Rel. Desemb. Milton Fernandes de Sousa. Rio de Janeiro 13 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/388268403/agravo-de-instrumento-ai-373218420118190000-rio-de-janeiro-nova-iguacu-1-vara-civil/inteiro-teor-388268421>>. Acesso em: 24 nov. 2017

anos para pôr em prática a proposta, no qual o devedor acredita ser viável para o soerguimento da empresa.

Ademais, entende-se que com a publicação da concessão da recuperação judicial surgem efeitos, sendo um deles a novação dos créditos e a sujeição do devedor e seus credores ao plano de recuperação.

Quando aprovado o plano de recuperação e a concessão da recuperação judicial, ocorrerá a novação dos créditos, conforme a redação do art.59 da Lei 11.101 de 2005 que relata expressamente que, “o plano de recuperação implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos¹⁰⁴”. Portanto, estando o devedor e credores submissos ao plano não há que se falar em retorno das ações e execuções contra o devedor, como previsto no art. 6º, § 4º, uma vez que, este terá o prazo de 2 anos para cumprir o acordado no plano.

¹⁰⁴BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

4 A INOVAÇÃO DA NOVAÇÃO NA LEI N. 11.101/2005

4.1 A Novação Prevista na Lei de Recuperação de Empresas (arts. 59 e 61)

O art. 59 da Lei n. 11.101/2005 traz o instituto da novação, que no âmbito empresarial é denominado de novação recuperacional, entretanto, este dispositivo não diz expressamente em qual momento se dá a novação.

O art.59 apenas diz “*O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido...*”¹⁰⁵, contudo o dispositivo não menciona que a novação apenas ocorrerá com a decisão que concede a recuperação judicial, razão que, não há novação pelo simples fato de haver a decisão de processamento da recuperação.

Como dispõe o art.59:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do **caput** da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§ 2º Contra a decisão que conceder a recuperação judicial caberá agravo, que poderá ser interposto por qualquer credor e pelo Ministério Público.

De acordo com o dispositivo acima citado percebe-se que não há expressamente no artigo o momento que ocorre o efeito da novação. Nesse passo, por falta de uma previsão expressa deixa dúvidas se a novação ocorre no momento da decisão de processamento, ou na decisão de concessão da recuperação judicial.

Logo, percebe-se a importância de se diferenciar estas duas decisões para que se possam entender quais os efeitos gerados por cada uma delas.

Conforme exposto, é evidente que não sendo expresso na lei o momento exato que opera a novação causaria grande discussão. A celeuma gerou diversas decisões, inclusive de no âmbito do STJ que buscam esclarecer a distinção dentre essas duas decisões.

¹⁰⁵BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Neste sentido, a Des. Ana Maria Nedel Scalzilli, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, defende na Apelação Cível nº 700251535511 que se trata de fases distintas, sendo que em cada uma delas há um efeito específico, veja-se:

Assim, trata-se de duas fases distintas. Quando deferido o processamento, é aberto prazo para que a empresa apresente o plano para adimplir as obrigações e para que os credores habilitem seus créditos, momento em que ficam suspensas as ações já em curso contra a devedora para aguardar a concessão ou não da recuperação judicial. Assim, só há novação das obrigações após aprovado o plano e concedido a recuperação judicial¹⁰⁶

No mesmo posicionamento, a Des. Elaine Harzheim Macedo afirmar em sua decisão que a decisão de processamento da recuperação judicial não tem efeito de novar os créditos, de acordo com a ementa abaixo transcrita, relata sobre o assunto que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO AOS COBRIGADOS. MESMO QUE TENHA HAVIDO A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELA ASSEMBLÉIA DE CREDORES CARACTERIZANDO A OCORRÊNCIA DE NOVAÇÃO, PERSISTE A RESPONSABILIDADE DOS DEMAIS EXECUTADOS POR ESTAREM ENVOLVIDOS COM O CRÉDITO OBJETO DE COBRANÇA JUDICIAL. OCORRE QUE A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE UMA DAS EMPRESAS NÃO TEM O CONDÃO DE EXTINGUIR A DEMANDA EXECUTIVA COM RELAÇÃO AOS DEMAIS COBRIGADOS, JÁ QUE CONSTAM NAS DUPLICATAS MERCANTIS COMO PARTES¹⁰⁷.

Em sentido divergente, o Des. Pereira Calças entende que “a aprovação do plano de recuperação judicial da empresa avalizada implica na novação dos créditos anteriores ao pedido”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 700251535511**. Décima Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Ana Maria Nedel Scalzilli. Rio Grande do Sul, 22 de outubro de 2009. Disponível em: < www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris >. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹⁰⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI: 70042987131** RS. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. Rio Grande do Sul, 26 julho de 2011. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹⁰⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI: 498.450-4/6-00**. Câmara reservada à falência e recuperação. Rel. Des. Pereira Calças. São Paulo, 30 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199989444/recurso-especial-resp-1272697-df-2011-0195696-6/relatorio-e-voto-199989459?ref=juris-tabs> acesso em: 24 nov. 2017.

O Min. Rel. Luis Felipe Salamão proferiu o voto, acerca do tema, no Resp: 1272697 DF 2011/0195696-6, afirmando que:

As instâncias ordinárias, observada a máxima vênia, baralharam conceitos distintos no processo de recuperação, quais sejam, o **deferimento do processamento** do pedido e a **concessão** da recuperação judicial, após a aprovação do plano¹⁰⁹.

No recurso especial acima citado, o Ministro faz uma brilhante explicação sobre a diferença das duas decisões e o que cada uma delas gera, afirmando em seu voto que da decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial acarreta a suspensão das ações e execuções contra o devedor e que da decisão que concede a recuperação judicial implica a novação dos créditos.

Feitas as considerações acerca da divergência na jurisprudência sobre o momento que ocorre a novação, passa-se para o entendimento da doutrina acerca do assunto.

Inicia-se com o entendimento do Professor Enedino, que diz ser a novação a principal consequência da concessão da recuperação judicial, percebendo-se, por tal afirmativa, que o doutrinador comunga do entendimento de haver novação dos créditos no momento da decisão de concessão da recuperação judicial. Assim sendo, concedida a recuperação judicial, as dívidas do devedor empresário passarão a ser aquelas constantes no plano previamente aprovado pelos credores e, por conseguinte, portanto, as condições firmadas na dívida original são extintas e substituídas pelas obrigações nas condições estipuladas no plano recuperatório¹¹⁰.

Frisa-se que são extintas as execuções que estavam suspensas, em decorrência da decisão de processamento da recuperação judicial; extintas, ainda, as ações, pois operando a novação ocorrerá a perda do objeto, uma vez que ao novar é criado um novo objeto; todavia, haverá a tramitação normal nos casos de ações com objetos que não foram apreciados no plano recuperatório.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp: 1272697 DF 2011/0195696-6**. Quarta Turma. Rel. Luis Felipe Salamão. Brasília, 02 de junho de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199989444/recurso-especial-resp-1272697-df-2011-0195696-6/relatorio-e-voto-199989459?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹¹⁰ CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.019 a 1.021

A novação recuperacional estabelecida no art. 59 da Lei 11.101/2005, vem sofrendo grandes críticas: “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”¹¹¹, sendo as críticas em sua grande maioria advindas da doutrina civilista, pois a novação recuperacional possui peculiaridades não encontradas na novação civil.

Nota-se que um dos grandes problemas encontrados na novação recuperacional é que ela pode ser absoluta ou relativa, dependendo do inadimplemento ser dentro do período de recuperação judicial, ou após tal período. Este fato dá margem às críticas, pois na novação civil não há que se falar em absoluta ou relativa.

Apesar das críticas terem respaldo as peculiaridades encontradas na novação recuperacional, deve-se considerar que a legislação que traz esta modalidade de novação será aplicada no âmbito empresarial, isto é, aplica-se a empresários que enfrentam uma crise econômico-financeira, situação muito específica, portanto, o legislador foi cuidadoso ao ponto de não aplicar a novação nos moldes civis, pois se trata de circunstâncias diferentes.

Tendo como base a novação civil, entende-se que havendo a novação é impossível que se volte ao estado anterior, restabelecendo a obrigação que fora novada. A Lei n. 11.101/2005 veio modificar este entendimento, pois na lei em comento permite-se o restabelecimento da obrigação nos moldes originais.

A lei traz a imposição de que os créditos que foram objeto do plano de recuperação judicial serão novados; entretanto, na hipótese da empresa recuperanda não cumprir o que fora estipulado no plano, e isso ocorra dentro dos dois anos de cumprimento do plano de recuperação judicial, o juiz convolará a recuperação judicial em falência e os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições

¹¹¹BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

originalmente contratadas, sendo deduzidos os valores que por ventura foram pagos (art. 61 da Lei n. 11.101/2005)¹¹².

No entanto, caso o descumprimento ocorra no decurso dos 2 (dois) anos, caberá ao credor decidir se executa a obrigação ou se requer a falência, ressaltando que o crédito é mantido na forma novada.

Referente ao art. 61 da LREF, este prevê que: “proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial”. Transcorrido o prazo de dois anos, o juiz encerrará a recuperação judicial, mesmo que ainda tenham parcelas a serem pagas nos anos restantes, devendo ser cumprido o que fora estabelecido no plano até que estas parcelas venham ser adimplidas.

Havendo a novação dos créditos por meio da homologação do plano recuperacional, restarão três situações possíveis decorrentes desta decisão.

A primeira situação seria o devedor cumprir com o que fora estabelecido no plano, sendo esta hipótese a mais adequada, pois ocorrendo tal situação, verifica-se que a recuperação judicial alcançou sua finalidade.

A segunda hipótese consiste no devedor empresário descumprir o que fora acordado no plano, sendo este descumprimento ocorrido dentro do prazo de dois anos, terá como consequência a convolação em falência. Nota-se que, a situação discutida nesta hipótese consiste na novação condicional, conhecida também por relativa, conforme prevê os §§ 1º e 2º do art. 61, da LREF. A novação é condicionada ao cumprimento do plano recuperatório.

Um ponto crítico do processo de recuperação é o § 2.º do art. 61 que estabelece que o descumprimento do plano de recuperação antes do encerramento do processo leva à reconstituição dos direitos e garantias originárias dos credores.

¹¹²BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

O efeito gerado pela novação recuperacional, que reconstituiu os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas advindo da novação, é bastante criticado e trata-se de uma inovação trazida pela lei em comento, pois uma das consequências primordiais da novação é a extinção de obrigação anterior, ao passo que cria uma nova obrigação.

Entende-se que este efeito apenas irá ocorrer se houver decretação da falência; portanto, trata-se de evento futuro, pois pode acontecer em qualquer momento no período de dois anos, diz que é incerto pelo fato de não haver uma certeza se o empresário irá descumprir o plano; portanto, conclui-se que a extinção dos créditos originários está condicionada a evento futuro e incerto de forma resolutive.

Neste sentido, o ministro Luis Felipe Salomão, relator no RECURSO ESPECIAL Nº 1.326.888 - RS (2012/0116271-2) diz que:

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os "credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas" (art. 61, § 2º).

Dá se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutive, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil¹¹³.

O ministro Salomão comunga do entendimento previsto no art. 61, § 2º pois a constituição dos créditos na forma original apenas acontecerá se futuramente o empresário recuperando descumprir o plano, podendo ser decretado sua falência. Quando o empresário não cumprir o estabelecido no plano, resolve-se o negócio jurídico novado, cabendo então a decretar a falência e reestabelecer direitos e garantias do credor como se aquela obrigação que extinguiu a anterior jamais tivesse existido.

Neste mesmo Recurso Especial, explica o relator:

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp. Nº 1.326.888 - RS**. Quarta turma. Rel. Min Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140508-04.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral¹¹⁴.

Portanto, no art. 49, § 1º encontra-se um efeito peculiar da novação recuperacional, pois o dispositivo prevê que os credores do devedor, em recuperação judicial, conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Dessa maneira, mesmo com a decisão que concede a recuperação judicial que incorre em novação das obrigações perante os credores, estes têm assegurados na lei o direito de acionar por via judicial, mesmo que esteja ocorrendo à recuperação.

Esse entendimento está alinhado com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive afirmado por meio da súmula 581:

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória¹¹⁵.

Cabe esclarecer que, dentre as peculiaridades trazidas pela Lei 11.101/2005, havia grande confusão com base no enunciado do art. 6º:

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 solidário¹¹⁶.

A confusão que originou a Súmula STJ 581 ocorria pelo fato de que muitos entendiam que o comando do art. 49, §1º era conflitante com o disposto no art. 6º, pois entendiam que a suspensão tratada no art. 6º alcançava os sócios do devedor recuperando, bem com coobrigado, fiadores e obrigados de regresso. Porém, a suspensão contida no art. 6º referente a “credores particulares do sócio solidário”,

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp. Nº 1.326.888 - RS**. Quarta turma. Rel. Min Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140508-04.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

¹¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 581**. Brasília, 14 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/11/sc3bamula-581-stj.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017

¹¹⁶BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

desrespeita o empresário individual, que é responsabilizado de forma ilimitada e solidária.

Como exposto, a finalidade da Lei de recuperação foi proporcionar a possibilidade do empresário ou sociedade empresária de superar a crise, pela razão da empresa ter grande interferência na sociedade. Ao passo que jamais foi a intenção do legislador se preocupar com a pessoa do empresário, tal entendimento é nítido com a previsão contida no art. 49, §1º que assegura aos credores os direitos e privilégios em face dos os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Nesta seara, de tantas divergências acerca desses dispositivos legais é que o Superior Tribunal Justiça aprovou a Súmula 581 com a finalidade de uniformizar a jurisprudência.

Feitas estas considerações, retorna-se ao raciocínio das hipóteses que poderão ocorrer quando da novação dos créditos após homologação do plano.

Assim, a terceira hipótese se dá quando o devedor empresário descumprir o acordado no plano de recuperação judicial. No entanto, este descumprimento ocorre após o prazo de 2 anos, sendo, aqui, percebida a novação “incondicionada” ou também conhecida como novação absoluta. Diz ser absoluta pelo fato de que, transcorrido o prazo dos 2 anos, restará ao credor reivindicar a dívida apenas nos moldes da obrigação novada, tal entendimento depreende-se do art. 62 da LREF.

Ricardo Negrão trata do tema da novação citando jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que considera que a novação mencionada no art. 59 é de natureza relativa, e transcreve a decisão citada, afirmando que há outros julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJ/SP:

(...) somente será efetivamente levada a efeito se cumpridas todas as obrigações previstas no plano, pois, caso contrário, o caminho será somente o da falência, reconstituídos todos os direitos dos credores tais como contratados originalmente (Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, no julgamento do AgReg. n. 2054649-90.2014, 07.07.2014)¹¹⁷.

¹¹⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 219-220.

Pode-se concluir que, na linha desse doutrinador, considerando que ele traz a jurisprudência do TJ/SP, a qual afirma que a novação prevista no art. 59 da Lei n. 11.101/2005 é relativa, seu entendimento é também de que, se o plano for descumprido fora do período de dois anos, após encerrada a recuperação judicial, os créditos serão cobrados pelos valores novados¹¹⁸.

4.2 Análise do art. 62

O art. 62 da Lei em análise disciplina o descumprimento das obrigações previstas no plano recuperatório; todavia, o legislador não teve o cuidado de mencionar se o descumprimento após o prazo de 2 anos, período que devedor empresário estava em recuperação judicial, acarreta cobrança da obrigação original ou a cobrança da obrigação novada.

O art. 62 dispõe que:

Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei¹¹⁹.

O dispositivo legal apenas prevê que, descumprido o acordado no plano de recuperação, os credores poderão requerer contra o empresário devedor a execução específica ou a decretação da falência. No entanto, não fala que se decretada a falência os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, uma vez que houve a novação com homologação do plano.

Não há menção também se ao requerer a execução específica esta será pedida em face da obrigação novada ou da obrigação anterior à novação.

Há poucos autores que examinam o tema. Contudo, Eduardo Secchi Munhoz se posiciona dizendo que as obrigações descumpridas após o prazo de 2 anos, ou seja, após a sentença de encerramento do processo de recuperação judicial, caberá ao credor exigir o cumprimento da obrigação novada, seja por meio de execução

¹¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 219-220.

¹¹⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

específica ou decretação da falência. Para o autor, não há que se falar em direitos e garantias reconstituídas, pois decorridos os dois anos, a recuperação judicial será encerrada, restando apenas a obrigação nas condições novadas.

O Autor entende que:

O art. 62 cuida das obrigações previstas no plano de recuperação a serem cumpridas depois de expirado o prazo de 2 anos da concessão do regime, previsto no art. 61. Uma vez cumprido o plano de recuperação pelo devedor nos primeiros 2 anos, encerra-se o processo de recuperação por sentença. Com o advento da sentença de encerramento da recuperação, as obrigações vincendas previstas no plano (negócio novado) não mais poderão ser resolvidas, com a conseqüente restauração dos direitos e garantias inicialmente detidos pelos credores. Assim, a estes caberá exigir o cumprimento da obrigação novada, seja pleiteando tutela específica, seja requerendo a falência do devedor, haja vista que tais obrigações estão previstas em título executivo judicial (art. 59, § 1.º)¹²⁰.

Diz ainda que:

Nessa medida, conclui-se que, encerrado o processo de recuperação, as obrigações do devedor, ainda que constantes do plano de recuperação, seguem o regime jurídico de todas as suas demais obrigações, bem assim o regime das obrigações análogas de empresários que jamais estiveram envolvidos em um processo de recuperação judicial. A única diferença de tratamento reside no fato de que o devedor a quem tiver sido concedida a recuperação judicial há menos de 5 anos não poderá requerer novamente o regime (art. 48, II). Passados cinco anos da concessão do regime, podem ainda remanescer obrigações previstas no plano de recuperação, mas o devedor (recuperado) não observará nenhuma diferença de tratamento em relação a outros empresários¹²¹.

Portanto, Secchi Munhoz alega que encerrado o processo de recuperação judicial, as obrigações que serão cumpridas a frente terão o mesmo regime jurídico das obrigações firmadas posteriormente ao plano.

Justifica-se haver a possibilidade de entendimento contrário, pois é nítido que o legislador tratou as obrigações novadas na recuperação judicial de forma diferente,

¹²⁰ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1759229/mod_resource/content/2/Comentarios%20a%20Lei%20de%20Recuperacao%20de%20empresas%20-%20completo.pdf. Acesso em 12 mar. 2017.

¹²¹ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, Pitombo, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1759229/mod_resource/content/2/Comentarios%20a%20Lei%20de%20Recuperacao%20de%20empresas%20-%20completo.pdf. Acesso em 12 mar. 2017.

como evidente no art. 61 que assegura a reconstituição dos direitos e garantias na forma pactuada originalmente. Poderia com fundamento no tratamento dado no dispositivo acima mencionado, entende perfeitamente possível que o credor execute a obrigação nos moldes anterior à recuperação judicial ou peça a decretação da falência e reivindique o seu crédito nas condições da obrigação anterior que estava aparentemente extinta.

Caso fosse analisado, tendo em vista a proteção do credor, seria mais vantajoso que fosse cobrado o cumprimento da dívida nos moldes da antiga obrigação, pois se o devedor empresário, logo após passar por recuperação judicial, continua sem cumprir com as obrigações entende-se, a posteriori, que esta empresa não é capaz de exercer sua atividade empresarial.

Noutra posição, observando à proteção a atividade empresarial, seria mais proveitoso e lucrativo que se entendesse o art. 62 da mesma forma que Secchi Munhoz, cabendo ao credor exigir o cumprimento da obrigação novada.

Posicionando de forma contrária, o jurista Fábio Ulhoa Coelho entende que a novação prevista na Lei n. 11.101/2005 trata de uma cláusula resolutiva tácita, sendo assim, o efetivo soerguimento da empresa é condição indispensável para que opere a novação dos créditos, sendo que este autor argumenta que independe se o plano de recuperação fora cumprido dentro dos 2 anos ou não.

Comentando o art. 62, assim se manifesta Fabio Ulhoa:

“A efetiva recuperação da empresa é condição resolutiva tácita de toda novação, alteração ou renegociação viabilizada pela aprovação do plano de recuperação judicial. Não é necessário que o Plano contemple cláusula expressa nesse sentido porque o sacrifício imediato dos credores tem sentido se alcançada a contrapartida da reorganização da empresa explorada pelo devedor.

Desse modo, se for decretada a falência do devedor, opera-se a cláusula resolutiva tácita. Reconstituem-se todos os direitos dos credores alterados, novados ou renegociados pelo plano¹²².

Percebe-se que, pelo trecho acima transcrito, o autor defende que passados os 2 anos, caso o devedor empresário descumpra o plano e venha a ser decretado sua

¹²²COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 254.

falência, terão os credores seus direitos reconstituídos nos moldes anteriores à novação.

Neste diapasão, conclui-se que o mais adequado será que o credor exija o cumprimento da obrigação novada, tal entendimento está mais alinhado com a finalidade da Lei que é o soerguimento da empresa, visto que a crise sofrida pelo empresário devedor interfere profundamente na sociedade. Frisa-se que é nítida a preocupação do legislador em ver a empresa superar a crise, sendo o credor uma preocupação secundária, por isso o mais adequado é interpretar o art. 62 como sendo possível cobrar apenas a obrigação novada.

5 CONCLUSÃO

A crise econômico-financeira enfrentada por uma empresa não afeta apenas o empresário, mas também a economia e a sociedade como um todo. Em razão disso, o legislador, por meio da Lei n.º 11.101/2005, trouxe o instituto da recuperação judicial que possibilita o soerguimento, sempre que a empresa for viável.

A preocupação com manutenção da atividade empresarial se dá pelo fato de que, uma vez recuperada, a empresa poderá novamente oferecer vantagens como, por exemplo, o bom andamento do mercado e da economia nacional, motivo pelo qual a Lei n.º 11.101/2005 deixou a falência como última alternativa (no último capítulo da referida lei).

Assim sendo, o presente trabalho se propôs a apresentar os objetivos e fundamentos da recuperação judicial, tendo como foco analisar o instituto da novação, previsto no sistema de recuperação de empresas trazido pela Lei n.º 11.101/2005.

Justifica-se o estudo acadêmico do instituto da recuperação judicial devido ao legislador ter aplicado, no âmbito empresarial, o instituto da novação. Contudo, a aplicação deste instituto ocorreu de forma peculiar, distanciando-se da novação aplicada no Direito Civil, conforme demonstrado ao longo da monografia.

Buscou-se enfrentar as divergências contidas nos artigos da Lei n.º 11.101/2005, especificamente sobre o instituto da novação e seus efeitos na seara da recuperação judicial.

O legislador aplicou a novação no Direito Empresarial com peculiaridades, dentre elas a contida no art. 61, que traz o efeito de reconstituir os direitos e garantias nas condições originalmente contratadas e, nesse contexto, este estudo buscou evidenciar que a novação recuperacional deve ser analisada levando em consideração as regras inovadas por meio da Lei n.º 11.101/2005.

Demonstrou-se que a LREF surgiu com intuito de preservar a empresa, tendo como um dos mecanismos de soerguimento da empresa a recuperação judicial, sendo, ainda, trazido o instituto da novação como um mecanismo para se alcançar de forma mais efetiva a recuperação da empresa, demonstrando – como tema principal

deste trabalho – que a Lei n.º 11.101/2005 veio com uma nova roupagem acerca do instituto, diferente da novação civil.

Foi exposto e debatido a lacuna contida no art. 62, que não expressa se, decretada a falência posterior aos 2 (dois) anos, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, uma vez que houve a novação com homologação do plano de recuperação judicial.

Ressalta-se que a reconstituição de direitos e garantias está previsto no § 2º do art. 61, quando descumprido o estabelecido no plano no prazo de 2 (dois) anos. No entanto decorrido esse prazo, a Lei não faz qualquer referência sobre ter reconstituídos direitos e garantias dos credores nos moldes anteriores à novação.

O silêncio da Lei quanto à reconstituição dos direitos e garantias, após o prazo de 2 (dois) anos, abre margem para questionar se caberá aos credores exigir o cumprimento da obrigação novada ou da obrigação anterior à novação, ou seja, requerida a execução específica ou a falência, será levada em consideração a obrigação novada ou a obrigação firmada nos moldes anteriormente contratados.

Entendeu-se que, ao levantar o questionamento do silêncio contido no art. 62, qual seja, a de não mencionar como ficará a obrigação novada se o devedor empresário descumprir o plano após decorrido os 2 (dois) anos de recuperação judicial, tornaria possível uma maior segurança jurídica e alcançar o máximo de efetividade da recuperação judicial.

Por fim, conforme dito na introdução deste trabalho sobre o enfrentamento de dois questionamentos e, com base em tudo que foi pesquisado e debatido ao longo da monografia, responde-se objetivamente:

l) caso o empresário descumpra o plano após os 2 anos de recuperação judicial, depois de encerrado o processo, deverão os credores exigir o cumprimento da obrigação novada?

a. Sim. Descumprido o acordo firmado no plano recuperatório, após o prazo de 2 anos, caberá aos credores exigir a obrigação novada. Tal entendimento advém do fato de que, com a sentença de encerramento da recuperação judicial, não havendo previsão legal

de cobrança da dívida original, aplica-se a regra da novação civil, razão pela qual a nova dívida que deverá ser cobrada pelos credores.

II) *havendo o descumprimento do plano, também após a sentença de encerramento do processo, esses mesmos credores terão seus direitos e garantias reconstituídos?*

a. Não. A restauração de direitos e garantias aos credores somente tem previsão no art. 61 da LREF, ou seja, com o descumprimento do plano dentro do prazo de 2 anos; após esse prazo, com o encerramento da recuperação judicial por sentença e, havendo descumprimento de obrigações pelo devedor, aplica-se a regra da novação civil, vale dizer, não haverá restauração dos direitos e garantias aos credores.

Ademais, não restam dúvidas que os efeitos da novação recuperacional, trazida pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), distingue-se dos efeitos produzidos pela novação contida no Código Civil. Assim sendo, a novação contida no art. 61 da LREF, qual seja, possibilitar que os credores tenham seus créditos e garantias reconstituídos condiz com os objetivos que levaram a promulgação da referida lei, pois, havia, na época, a necessidade de uma legislação moderna que atendesse as demandas e complexidades das relações comerciais, portanto, entende e justifica-se o instituto da novação no Direito Empresarial ter aplicação diferenciada do Código Civil.

Assim, uma vez descumprido a novação dentro do prazo de 2 (dois) anos os credores deverão ter seus créditos e garantias restituídos, visto que, nesta situação tem-se uma novação condicional, ou seja, o efeito de extinguir direitos e garantias apenas ocorrerá mediante o cumprimento do plano, uma vez não cumprido resolve-se o negócio jurídico novado, devendo o credor exigir a obrigação nos moldes originalmente contratados.

Ainda, referente ao descumprimento do plano recuperacional, como mencionado a lei não diz se após o prazo de 2 (dois) anos caberá ao credor exigir o cumprimento da obrigação novada ou da obrigação original. No entanto, considerando que a recuperação judicial trata-se de um mecanismo que visa possibilitar a solução da crise, entende-se que após o prazo de 2 (dois) anos, com a sentença de encerramento do processo de recuperação judicial as obrigações contidas no plano

não poderão ser resolvidas, deste modo, caberá apenas exigir o cumprimento da obrigação novada, sem que tenha qualquer direitos ou garantias restituído aos credores.

É difícil concluir o entendimento de que deve-se exigir a obrigação novada em decorrência da omissão contida na legislação em comento, no entanto, considerando os objetivos da lei, o papel da empresa na sociedade e todo o estudo acerca do tema chega-se à conclusão que, de fato, é menos pernicioso para a empresa que se exija a obrigação novada, uma vez que, se o empresário não consegue cumprir com as obrigações prevista no plano já vislumbra que o mesmo não poderá arcar com as obrigações pactuadas anteriormente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Comentada: Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017

BRASIL. **Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 581**. Brasília, 14 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2016/11/sc3bamula-581-stj.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp.1.314.209** SP 2012/0053130-7. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de maio de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21864334/recurso-especial-resp-1314209-sp-2012-0053130-7-stj/inteiro-teor-21864335?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. 1.610.860** - PB (2016/0171448-5). Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/133727266/stj-19-12-2016-pg-4562?ref=next_button>. Acesso em: 24 nov. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp. 1.272.697** DF 2011/0195696-6. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 02 de junho de 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199989444/recurso-especial-resp-1272697-df-2011-0195696-6/relatorio-e-voto199989459?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resp. Nº 1.326.888 - RS**. Quarta turma. Rel. Min Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/5/art20140508-04.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Da caracterização do estado falimentar segundo a nova lei de falência e recuperação judicial e extrajudicial. **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**. v. 2. Disponível em: <www.pge.mg.gov.br/documentos/revista_juridica_vol_II_dezembro_2005.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2017.

CARVALHO, Theophilo B. Souza. **A novação: direito romana e em direito civil**. São Paulo: Drupat &Comp, 1914.

CASSETARI, Álvaro Augusto. **Confissão de dívida bancária: novação**. Curitiba: Juruá, 2001.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito Empresarial Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**.v.3. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: J. M. Livraria Jurídica, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GLAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JADON, Carlos Eduardo. **A novação moderna e o novo direito privado**. p.58. Disponível em <<https://tede.pucsp.br/handle/handle/9043>> Acesso em: 24 nov. 2017.

LACERDA, José Cândido Sampaio de. **Manual de direito falimentar**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1961.

LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação.** São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. 25.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Da Recuperação Judicial. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI nº 0037321-84.2011.8.19.0000.** 1º Vara Civil Rel. Desemb. Milton Fernandes de Sousa. Rio de Janeiro 13 de dezembro de 2011. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/388268403/agravo-de-instrumento-ai-373218420118190000-rio-de-janeiro-nova-iguacu-1-vara-civel/inteiro-teor-388268421>>. Acesso em: 24 nov. 2017

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AI: 70042987131** RS. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo. Rio Grande do Sul, 26 julho de 2011. Disponível em: <www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 24 nov. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AI nº 0585732-43.2010.8.26.0000.** Décima Segunda Câmara de Direito Privado. Rel. Desemb. Sandra Galhado Esteves. São Paulo, 16 de março de 2011. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18690223/agravo-de-instrumento-ai-5857324320108260000-sp-0585732-4320108260000/inteiro-teor-104088553?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 nov. 2017

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AI: 498.450-4/6-00.** Câmara reservada à falência e recuperação. Rel. Des. Pereira Calças. São Paulo, 30 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/199989444/recurso-especial-resp-1272697-df-2011-0195696-6/relatorio-e-voto-199989459?ref=juris-tabs> acesso em: 24 nov. 2017.

SOUZA JUNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1759229/mod_resource/content/2/Comentarios%20a%20Lei%20de%20Recuperacao%20de%20empresas%20-%20completo.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2017.

SOUZA NETO, José Soriano de. **A Novação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1937.

TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação judicial.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 3.

TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. v.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

VIANNA, Rui Geraldo Camargo. **A Novação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

VIGIL NETO, Luiz Inácio. **Teoria falimentar e regimes recuperatórios**: estudos sobre a lei 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

YAOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.