

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA UTILIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM ABUSO DE DIREITO

CIVIL LIABILITY FOR THE USE OF BANKRUPTCY IN ABUSE OF RIGHT

Giovanna Ramos Fachini¹

Vitor Ottoboni Pavan²

Resumo: Desde a publicação da Lei n. 11.101/05 as empresas em crise vêm se valendo do instituto da recuperação judicial, buscando soerguimento. Entretanto, tendo em vista as benesses que a Lei proporciona, muitas empresas requerem a Recuperação Judicial unicamente com o objetivo de blindar patrimônio, agindo com abuso de direito. Dessa forma, é necessário o debate sobre a possibilidade de responsabilizar civilmente o devedor quando comprovado abuso de direito ao requerer a benesse recuperacional. Como método de pesquisa foi utilizado o dedutivo, analisando a doutrina e produções científicas acerca do tema.

Palavras-Chave: Recuperação Judicial. Responsabilidade Civil. Lei 11.101/05. Abuso de direito.

Abstract: Since the Law no. 11.101 / 05 was issued companies in crisis have been using the judicial reorganization institute, seeking uplift. However, in view of the benefits that Law provides, many companies require Judicial Reorganization solely for the purpose of shareholding arrangements, acting with abuse of rights. Thus, is necessary to debate the possibility of imposing civil liability to the debtor when abuse of rights on the use of bankruptcy was proven. The deductive method was used as research method, analyzing the doctrine and scientific productions on the subject.

Keywords: Bankruptcy. Civil Liability. Law 11.101 / 05. Abuse of Right.

Sumário: 1. Introdução; 2. Do processo de recuperação judicial; 2.1 Requisitos necessários para o deferimento do processamento da recuperação judicial; 2.2 Da finalidade da recuperação judicial; 3. Da possibilidade de reconhecimento de abuso de direito com o ajuizamento de recuperação judicial de empresa; 3.1 Abuso de direito e a aplicação da boa-fé no processo de recuperação judicial; 3.2 Requerimento de recuperação judicial por empresa saudável para fins exclusivos de blindagem patrimonial e fraudar credores; 4. Da possibilidade de responsabilização civil decorrente do abuso de direito no âmbito da recuperação judicial; 4.1 Danos e consequências decorrentes do abuso de direito na recuperação judicial; 4.2 Possibilidade de responsabilização civil da requerente da recuperação judicial; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas;

1. Introdução

¹ Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina, Advogada, Mandaguari, Paraná, Brasil. E-mail: giovanna.fachini@medina.adv.br

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; Professor; Advogado Maringá, Paraná, Brasil. vitorpavan@gmail.com.

A Recuperação Judicial é um processo pelo qual a empresa em dificuldades financeiras negocia novas formas de pagamento de suas dívidas, por meio de um plano aprovado em assembleia-geral de credores. Dentre os diversos requisitos para que o juízo defira o processamento da Recuperação Judicial, é necessário que a empresa requerente esteja em crise econômico-financeira e tenha capacidade de soerguimento.

Entretanto, por vezes o instituto da Recuperação Judicial é desvirtuado quanto à sua finalidade, e o *mens legis* da Lei n. 11.101/05 não é respeitado. Algumas empresas e/ou empresários, abusando de seu direito e agindo de má-fé, requerem a benesse recuperacional sem efetiva crise econômico-financeira a ser superada e com o único intuito de blindar patrimônio.

Por este motivo, em um primeiro momento, é necessário que seja feita uma análise minuciosa do preenchimento dos requisitos para o requerimento da Recuperação Judicial, em especial quanto à existência de crise e possibilidade de soerguimento, caso contrário, se estaria diante de um cenário falimentar.

Contudo, para aquelas empresas e/ou empresários que conseguem a benesse recuperacional mesmo sem estar em crise – com o fim de blindar patrimônio e fraudar credores – o ato ilícito ocorre, e, conseqüentemente, fica caracterizado o abuso de direito, tendo como base uma análise objetiva-finalística do direito de pleitear Recuperação Judicial.

Ocorre que a Lei n. 11.101/05 não prevê, de forma específica, as conseqüências desse abuso, de modo que cabe a análise pontual e um maior debate por parte da doutrina.

De todo modo, há de se defender a possibilidade de responsabilização civil da empresa e/ou empresário que, abusando de direito, provocam danos e prejuízos aos credores da recuperação judicial.

2. Do processo de Recuperação Judicial

Para que se verifique existir ou não abuso no exercício do direito de pleitear a recuperação judicial por parte da empresa e/ou empresário em crise é necessário fixar os critérios objetivos que permitem o processamento do pedido, bem como estabelecer qual a finalidade que o ordenamento jurídico pretende para referida situação jurídica.

É a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, recentemente alterada pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que disciplina o instituto da recuperação judicial no Brasil quanto aos seus requisitos e objetivos.

Desse modo, passa-se à análise de referidos critérios objetivo-finalísticos do direito de pleitear Recuperação Judicial.

2.1. Requisitos necessários para o deferimento do processamento da recuperação judicial

A Recuperação Judicial se divide em três fases distintas, chamadas postulatória, deliberativa e de execução. A primeira, se inicia com a petição inicial e termina com o despacho do juízo deferindo, ou não, o processamento da Recuperação Judicial (COELHO, 2013, p. 65).

Deste modo, quando um devedor decide requerer o processamento de uma Recuperação Judicial é necessário que ele preencha uma série de requisitos. O artigo 48 da Lei n. 11.101/05 determina que pode requerer a recuperação judicial o devedor, empresário ou sociedade empresária, que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e que cumpra os seguintes requisitos cumulativos:

- I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
- IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Cumpridos esses requisitos, a Lei n. 11.101/05 determina uma série de outras exigências que o devedor deve atender para ter deferido o processamento do pedido, a começar pelo artigo 51, que determina como a petição inicial deve estar instruída e todos os documentos necessários a integrar o pedido.

Em seu primeiro inciso, determina que a petição inicial deve ser instruída com “a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira”. Neste contexto, tem-se que a situação a ser comprovada é a de crise, e que realmente, naquele momento, a devedora não conseguiria honrar com todas as suas obrigações. Referida crise, contudo, não deve ser profunda a ponto de apontar ser iminente um cenário falimentar (BARROS, 2014, p. 122).

A crise pode ter causas econômicas, financeiras ou patrimoniais, e podem ter sido originadas pelos mais diversos tipos de situação, seja estrutural ou de mercado, e traduz-se na incapacidade de obtenção de meios para continuar, normalmente, a atividade (SILVA, 2009, p. 20). De todo modo, é requisito imprescindível e primordial que a crise exista e seja devidamente comprovada pelo devedor.

Neste mesmo sentido, discorrem MEDINA e HUBLER (2017, p. 137):

Não basta, tão só, que o devedor atenda às exigências dos arts. 2.º e 48 da LRF, discorra sobre sua situação patrimonial e a situação de crise, e instrua a petição inicial com os documentos do art. 51 da LRF para que se verifiquem preenchidas as condições para processamento da ação de recuperação judicial. Estes são os requisitos mais facilmente perceptíveis quando se fala na ação em questão, não se podendo olvidar dos demais requisitos para um juízo de admissibilidade positivo estabelecidos pelo diploma processual civil, como também da imprescindibilidade de uma exposição lógica e coerente das razões da crise econômico-financeira e da demonstração, ainda que perfunctória, da viabilidade econômica.

Comprovada a crise e demonstrada a situação patrimonial, a requerente da Recuperação Judicial deve juntar com a petição inicial diversos documentos, entre os quais balanço patrimonial, relatório de fluxo de caixa, relação de credores, dentre outros, que estejam elencados no artigo 51 da Lei n. 11.101/05 ou sejam complementares.

Cumpridos estes requisitos, ao juiz caberá deferir o processamento da Recuperação Judicial, nos termos do artigo 52 da Lei, finalizando-se, neste momento, a fase postulatória.

2.2. Da finalidade da recuperação judicial

A Lei de Recuperação Judicial e Falências foi promulgada com o objetivo principal de reestruturar empresas em crise econômico-financeira, provocando seu soerguimento, e, portanto, evitar um cenário falimentar.

Nas palavras de CRIPPA (2013, p. 28):

Pelo princípio da recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere sempre que isso for possível, estimulando, assim, a atividade empresarial.

Com a intenção de estimular a atividade empresarial, o princípio norteador de todo o trâmite da Recuperação Judicial é o da Preservação da Empresa. Sendo assim, busca-se evitar ao máximo que a empresa e/ou empresário vão à falência. Referido objetivo está intrinsecamente conectado ao reconhecimento constitucional da livre iniciativa e da importância da atividade econômica para a manutenção de diversos vínculos sociais que dependem da manutenção da unidade produtiva.

O artigo 47 da Lei n. 11.101/05 trouxe expressamente os objetivos e finalidades da recuperação judicial:

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 econômica.

Todos os objetivos e finalidades contidos neste artigo estão na verdade interligados, eis que, antes de mais nada, é preciso preservar a empresa, para que ela cumpra sua função social (MAMEDE, 2010, p. 57). Já a função social a ser cumprida, diz respeito a diversas questões,

como, por exemplo, aos empregos que devem ser preservados, à possibilidade de que os credores recebam seus créditos e ao estímulo e movimentação da economia como um todo.

Deste modo, tem-se que a proteção da empresa não diz respeito somente aos seus sócios/donos e empresários, mas, muito mais na verdade, a toda a comunidade e ao Estado que se beneficiam, mesmo que de forma indireta, com a produção de riquezas (MAMEDE, 2010, p. 54). Isso, sem dúvida, faz parte da cadeia de produção geradora de empregos e de crescimento da economia, sendo de interesse legítimo de todos que as empresas em crise possam soerguer-se.

Em uma análise finalística, portanto, o processo de recuperação judicial visa à preservação da empresa em um olhar comprometido para com os terceiros que com ela se relacionam e não em uma visão individual-patrimonialista de preservação da empresa enquanto mera perseguidora de lucros.

Por este motivo, a Lei de Recuperação e Falências veio para convergir ideias divergentes, unindo os interesses de credores, devedores e sociedade, muitas vezes antagônica, em um único plano de recuperação, discutido e aprovado (ou não) em assembleia-geral de credores.

3. Da possibilidade de reconhecimento de abuso de direito com o ajuizamento de recuperação judicial de empresa

O abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, é caracterizado quando o titular de um direito, ao exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Neste caso, estar-se-á diante de um ato ilícito. De acordo com RODRIGUES (2003, p. 46):

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.

Para que o ato seja considerado abuso de direito, deve ter ocorrido uma conduta intencional, que exorbite o regular exercício do direito, ou seja, o titular de um direito vai além, de forma intencional, se desenrolando em um ato ilícito (NADER, 2004, p. 552).

Originário da jurisprudência francesa, o abuso de direito visava evitar que o exercício de direitos subjetivos – aos quais a doutrina liberal-individualista atribuía o caráter de absolutos – produzissem efeitos injustos (SCHREIBER, 2019, p. 213).

Assim, originalmente, o abuso de direito estava vinculado à identificação de uma conduta intencionalmente direcionada a causar dano a outrem a partir do exercício abusivo de um direito subjetivo (SCHREIBER, 2019, p. 213).

O Código Civil de 2002, no entanto, conferiu nova roupagem ao abuso de direito. Consagrou a lei civil vigente o processo de descolamento do abuso de direito de sua concepção liberal-individualista, pautada em critérios subjetivos e voluntaristas (CATALAN, 2007, p. 3).

Ao se desvincular de critérios subjetivistas, o abuso de direito veio encontrar na contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido o seu critério de caracterização (SCHREIBER, 2019, p. 214). Referido critério resta consagrado na parte final do art. 187 do Código Civil: “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Caracteriza-se a responsabilidade civil fundada no abuso de direito, portanto, como objetiva, isto é, independente da voluntariedade do autor do dano (TARTUCE, 2014, p. 72).

O ato qualificado como abuso de direito é verificado objetivamente a partir do critério objetivo-finalístico, tal qual assentado no Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

É o abuso de direito, assim, o exercício de um direito reconhecido de forma excessiva e em contrariedade à sua finalidade normativa ou ao seu fundamento axiológico que provoca dano a outrem.

3.1 Abuso de direito e a aplicação da boa-fé no processo de recuperação judicial

Do ponto de vista do sistema jurídico o abuso de direito, em que pese estar topograficamente localizado na Parte Geral do Código Civil, é plenamente aplicável a todos os ramos do Direito (TARTUCE, 2014, p. 73). Esse é, inclusive, o entendimento preconizado pelo Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: Quando se está diante de um processo de Recuperação Judicial, é esperado que a empresa/empresário requerente, além de ter o intuito de preservar a empresa, haja com transparência e boa-fé, de forma que o sacrifício dos credores – de receber seu crédito com um possível deságio e grande flexibilização na forma de pagamento – seja para um fim maior, qual seja, que a empresa e/ou empresário possam cumprir sua função social.

Ao fazer menção aos limites impostos pela boa-fé (em seu artigo 187), o Código Civil trata dela de forma objetiva, impondo deveres de conduta entre pessoas ligadas a determinada relação jurídica (CRIPPA, 2013, p. 72).

A partir do momento que o requerente de uma Recuperação Judicial não age com boa-fé e não busca com a benesse recuperacional os devidos objetivos e fins determinados pela Lei n. 11.101/05, a empresa/empresário ultrapassa o seu exercício regular do direito, cometendo ato ilícito, e, conseqüentemente, agindo com abuso de direito.

O requerente da Recuperação Judicial que se vale de prerrogativa legal, mas desvirtua a sua finalidade, age com abuso de direito, como bem explica TEPEDINO (2020, p. 13):

A jurisprudência, tanto em processos judiciais como arbitrais, tem registrado numerosos precedentes nesse sentido, ao argumento de que o controle de abusividade deve alcançar também o exercício unilateral daquele que, ao se valer de prerrogativa contratual ou legal, desvirtua a sua finalidade, atuando de modo incompatível com a boa-fé objetiva ou com a função reservada pelo ordenamento ao direito que lhe foi atribuído.

Portanto, a boa-fé é, ao lado da preservação da empresa, princípio norteador de todo o trâmite da Recuperação Judicial, e é com boa-fé que os credores e o Estado esperam que o devedor, requerente da recuperação judicial, aja.

Caso a intenção do requerente da recuperação não seja de preservar a empresa, mas sim de obter vantagens contrárias aos fundamentos axiológicos-normativos da Recuperação Judicial, há a ocorrência do abuso de direito.

3.2 Requerimento de recuperação judicial por empresa saudável para fins exclusivos de blindagem patrimonial e fraudar credores

Do deferimento do processamento da Recuperação Judicial decorre uma série de direitos e deveres, tanto aos credores como devedor, bem como uma série de benefícios, que são concedidos ao requerente da Recuperação.

Muitos dos benefícios são designados justamente para permitir que a empresa/empresário possam se reerguer e manter ativa a unidade produtiva. Um deles, e talvez o mais expressivo, é o “*stay period*”, tipificado no art. 6º, § 4.º da Lei n. 11.101/05:

6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:
§ 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal.

Durante um período de 180 dias, ficam suspensas quase todas as execuções movidas contra a devedora (art. 6º, II da Lei n. 11.101/05), salvo as exceções previstas em Lei.

Igualmente, fica proibido, durante o mesmo período, qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, quando esses atos forem oriundos de demandas relativas a créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial (art. 6º, III da Lei n. 11.101/05).

Conforme expresso na Lei, este prazo, de 180 dias, pode ser prorrogado uma única vez. Essa redação, contudo, foi incluída apenas pela Lei n. 14.112/2020, tendo em vista que anteriormente o prazo era improrrogável, mas a jurisprudência já admitia a flexibilização da restrição, de forma a reconhecer a possibilidade de prorrogação, por mais de uma vez, inclusive³.

Nas palavras de COELHO (2013, p. 32):

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham o fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa.

Além do *stay period*, o devedor requerente da Recuperação Judicial experimenta uma série de outros benefícios. Por exemplo, normalmente vem a pagar suas dívidas com deságios altíssimos e em longo prazo, de forma a oferecer condições para o soerguimento, já que todo o trâmite recuperacional é sedimentado no princípio da preservação da empresa.

Apesar dos deveres impostos em Lei, nota-se que os benefícios são enormes e têm uma razão de ser: tornar possível que uma empresa em crise econômico-financeira possa soerguer-se.

Entretanto, quando uma empresa se utiliza do instituto da Recuperação Judicial sem realmente estar em crise, o resultado acaba por ser normalmente a fraude a credores, não pagando suas dívidas como deveriam ser pagas e a blindagem de seu patrimônio, eis que, via de regra, seus bens ficam protegidos, não podendo sofrer atos constritivos.

É por este motivo que, ao menos em tese, a crise deveria ser comprovada de forma minuciosa e específica pelo requerente da Recuperação Judicial, não bastando que se valha de situações genéricas, como crises mundiais, desvalorização monetária, problemas com o setor

³ PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. STAY PERIOD. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BENS DE CAPITAL. CASO CONCRETO. CARÁTER ESSENCIAL. EXCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO. 1. É sedimentada, ademais, a jurisprudência mitigando o rigor do prazo de suspensão das ações e execuções, que poderá ser ampliado em conformidade com as especificidades do caso concreto; de modo que, em regra, uma vez deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, é incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após transcorrido o referido lapso temporal (REsp 1.212.243/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 29/9/2015). 2. Agravo interno que se nega provimento. (2020)

que está inserido, ou até mesmo a pandemia da COVID-19, para formular seu pedido da benesse recuperacional. Por óbvio que tais fenômenos macroeconômicos podem influenciar na situação específica da empresa, mas não devem ser tomados como os fundamentos únicos para deferimento do processamento da recuperação judicial.

Essa questão foi um dos motivos que levou o legislador a inserir o artigo 51-A na Lei n. 11.101/05 (com a vigência da Lei 14.112/20), que determina que após a distribuição do pedido de recuperação judicial o juiz pode, quando reputar necessário, nomear um profissional para promover constatação das reais condições de funcionamento da requerente da Recuperação.

Neste caso, quando constatado que a requerente não se encontra em real situação de crise econômico-financeira, é possível indeferir a petição inicial, por ausência de interesse processual, nos termos do art. 330, III do Código de Processo Civil, como bem explicam CARNIO e FAZAN (2019, p. 25):

Nos termos do que dispõe o art. 330, inc. III, do Código de Processo Civil, a petição inicial será indeferida quando o autor carecer de interesse processual. Nesse sentido, se não estiver presente o interesse processual, seja na modalidade necessidade, seja na adequação, não se deve sequer iniciar o processo judicial. Tratando-se de recuperação judicial, o interesse processual (adequação) será revelado pela capacidade da empresa em crise gerar os benefícios que a lei busca tutelar, conforme estabelecido no art. 47 da lei 11.101/05.

Quando não ocorre a constatação prévia da situação econômico-financeira da empresa na forma do artigo 51-A da Lei 11.101/05, há grandes possibilidades de uma empresa, que não está realmente em crise, ter deferido o processamento de sua Recuperação Judicial.

São em situações como essas, em que a empresa saudável tem o processamento de sua Recuperação Judicial deferido, que ocorre a blindagem patrimonial com o fim de fraudar credores, o que foge ao objetivo da Recuperação Judicial, conforme bem explica CRIPPA (2013, p. 124):

O objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise do devedor com o propósito de preservar a empresa, e não blindar os sócios ou garantidores contra qualquer responsabilidade ou sonegar informações de acesso público.

Há casos, inclusive, em que a devedora promove diversas transações, empresta valores altíssimos de instituições financeiras, realiza compras com fornecedores, momentos antes de entrar com o pedido de Recuperação Judicial, justamente para se eximir de grande parte do pagamento e não ter seu patrimônio constrito, e com o nítido intuito de enriquecer ilicitamente

O grande problema é a dificuldade de se comprovar a fraude. Caso não haja uma perícia específica para que a questão seja averiguada, muitas vezes inexistência da situação de crise acaba passando despercebida. Isso ocorre porque a grande maioria dos credores, e inclusive o

Juízo, não possuem capacidade técnica para, analisando os balancetes e contabilidade da empresa, bem como todas as transações realizadas, ter a absoluta certeza se a tentativa de fraude ocorreu, ou não.

Quando provadas, entretanto, tais condutas podem até ser tipificadas como crime. Trazendo as disposições da Lei das Sociedades Anônimas para o contexto da Recuperação Judicial, pode ser considerado como ato abusivo praticado pelos sócios autorizar o ajuizamento de recuperação judicial de empresa próspera (CRIPPA, 2013, p. 117).

Mais específico ainda, é o disposto no artigo 168 da Lei n. 11.101/05:

Art. 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento da pena

§ 1º A pena aumenta-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o agente:

I – elabora escrituração contábil ou balanço com dados inexatos;

II – omite, na escrituração contábil ou no balanço, lançamento que deles deveria constar, ou altera escrituração ou balanço verdadeiros;

III – destrói, apaga ou corrompe dados contábeis ou comerciais armazenados em computador ou sistema informatizado;

IV – simula a composição do capital social;

V – destrói, oculta ou inutiliza, total ou parcialmente, os documentos de escrituração contábil obrigatórios.

Tal redação demonstra claramente que o crime é cometido quando ocorre qualquer tipo de alteração, ocultação, simulação e outras condutas, com relação à questão patrimonial/econômica da empresa. No entanto, conforme anteriormente dito, há grande dificuldade dos credores e do juízo de averiguarem essas adulterações.

Quando uma empresa economicamente saudável requer Recuperação Judicial, e tem seu processamento deferido, o fim exclusivo de blindar patrimônio e conseqüentemente fraudar credores é alcançado, sendo que, muitas vezes, ante à incapacidade técnica dos agentes do processo, acaba por passar impune a esta conduta.

4. Da possibilidade de responsabilização civil decorrente do abuso de direito no âmbito da recuperação judicial

O requerimento de recuperação judicial por empresa saudável é, portanto, ato que contraria frontalmente o fundamento axiológico-normativo do direito à recuperação judicial e à preservação da empresa viável.

Contraria o fundamento axiológico posto que o direito de manutenção da atividade empresarial encontra esteio no princípio constitucional da solidariedade, visando à manutenção de uma gama de feixes relacionais mantidos pelo devedor, bem como na realização da livre

iniciativa e da atividade econômica comprometida com os valores sociais também previstos no mesmo art. 170 da Constituição Federal. O valor que fundamenta a recuperação judicial é a solidariedade entre as partes envolvidas em relações de emprego, de fornecimento, de venda e consumo, enfim, relações que atendem a necessidades de terceiros e que ajudam a manter a coesão e estabilidade da própria sociedade.

Por sua vez, contraria o fundamento normativo, já que a finalidade da recuperação judicial é a superação de crise econômico-financeira por empresas e empresários viáveis, isto é, com capacidade de soerguimento e continuidade da atividade econômica organizada.

Fica claro, portanto, em uma análise objetiva fundada no critério axiológico-normativo, ou objetivo-finalístico, que o pedido de recuperação judicial formalizado por empresa que não se encontre em situação de crise econômico-financeira representa abuso de direito na forma do art. 187 do Código Civil, passível de gerar responsabilidade civil pelos danos que decorrerem deste ato.

4.1 Danos e consequências decorrentes do abuso de direito na recuperação judicial

A Recuperação Judicial foi criada para possibilitar que empresas em crise possam se reerguer, evitando, portanto, um cenário falimentar. Estar em crise é requisito fundamental para que a Recuperação Judicial seja processada. No entanto, algumas empresas/empresários abusam do direito, ou seja, da possibilidade de poder requerer Recuperação Judicial, e “burlam” a Lei, requerendo a benesse mesmo sendo empresa saudável.

Ocorre que todo o trâmite de um processo de Recuperação Judicial requer um grande sacrifício por parte dos credores, que, em prol da preservação da empresa e de sua função social, acabam renunciando a parte de seus direitos.

Assim, se não há empresa em crise a ser reerguida, o sacrifício dos credores é em vão, e pode causar prejuízos imensuráveis. Em um primeiro momento, estando as execuções suspensas, os credores não recebem valor algum, e, ainda, perdem a oportunidade de realizar constrições, de modo que o detentor de um crédito não sujeito pode sair na frente e não sobram bens para o credor que se submete aos efeitos da recuperação.

Por outro lado, o credor de créditos não sujeitos muitas vezes não tem sua dívida satisfeita pela possibilidade de que os bens que tente alcançar sejam considerados essenciais à empresa requerente da Recuperação Judicial.

Além de tudo isso, todo o processo de Recuperação é custoso não somente à empresa e ao judiciário, mas também aos credores, que precisam, muitas vezes, contratar advogados, peritos, além dos custos de deslocamento para assembleia-geral de credores. Todos esses custos, nos termos do artigo 5º, II da Lei n. 11.101/05, não são exigíveis do devedor, em momento algum.

Passados estes pontos, após a aprovação do plano de Recuperação Judicial tem-se a parte mais crítica e o maior sacrifício por parte dos credores. Isso porque, geralmente, os planos são aprovados com deságios altíssimos e um prazo para pagamento do crédito alongado. Deste modo, o credor, que esperava receber uma quantia, tem uma enorme quebra dessa expectativa, podendo ter sérios problemas com seu fluxo de caixa, podendo inclusive passar de credor a devedor.

Sem contar que na relação de credores estão empregados e micro e pequenos empresários que dependem de cada centavo faturado ou recebido para sustentar suas famílias e outras tantas famílias a eles vinculados⁴.

Essa questão pode gerar uma reação em cadeia, e diversas empresas que estavam saudáveis entrarem em crise. É importante ressaltar que muitos créditos sujeitos à recuperação judicial são altíssimos e podem ter o condão de inclusive levar à falência uma empresa credora que não tem seu crédito integralmente adimplido. Ainda, o credor trabalhista que fica meses sem receber passa a dever em outros estabelecimentos, o que também pode causar o chamado “efeito dominó”.

Além das previsões de forma de pagamento, a grande maioria dos planos prevê a liberação das garantias reais e fidejussórias previstas nos contratos originais. Em que pese a (i)legalidade de cláusulas como essas ainda estar sendo amplamente discutida, quando prevista no plano e não afastadas pelo juízo recuperacional, impede que os credores persigam seus créditos frente aos garantidores (devedores solidários e coobrigados em geral). Novamente, verifica-se o sacrifício unicamente por parte dos credores, quando a Recuperação Judicial é requerida por empresa saudável, usando do abuso de direito para blindar seu patrimônio.

Os prejuízos que podem decorrer do ato abusivo são, portanto, os mais diversos.

4.2 Possibilidade de responsabilização civil da requerente da recuperação judicial

⁴ “No Brasil existem 6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPE). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões)” (SEBRAE, 2018)

A utilização da recuperação em abuso de direito pode vir a causar inúmeros danos à coletividade de credores da empresa/empresário requerente da benesse recuperacional.

Neste caso, o direito que os credores tinham de reaver seus créditos, na forma acordada, é violado, eis que só seria lícita a Recuperação Judicial caso o devedor buscasse seu real fim: soerguimento e preservar a empresa em crise. É neste momento que surge ao lesado, o direito de responsabilizar civilmente o lesador.

Nas palavras de ALMEIDA (2007, p. 4):

Sempre que um direito é violado, que um dever jurídico é descumprido, alguém age ilicitamente. Isso acontecendo, dois efeitos principais são sentidos. De um lado nasce para o lesado o direito de ação, isto é, a possibilidade de buscar, junto ao Estado, a viabilidade de invocar do judiciário a proteção do direito que foi violado. De outro, surge para o lesador a responsabilidade, isto é, o dever de reparar o direito que se lesou, que se ofendeu.

O abuso de direito, no Direito Civil contemporâneo, é caracterizado independentemente da existência de culpa pelo agente lesador, sendo que, neste caso, sua verificação ocorre pelo desvio na finalidade do direito exercido.

Na Recuperação Judicial, portanto, o abuso de direito é caracterizado quando há o desvio na finalidade do instituto recuperacional. Normalmente, esse desvio de finalidade ocorre quando uma empresa que não esteja em crise requer a benesse recuperacional, e/ou há tentativa de blindar patrimônio e fraudar credores.

Quanto ao prejuízo, no caso da Recuperação Judicial, provavelmente haverá dano quando há abuso de direito, tendo em vista que os credores não receberão seus créditos na forma acordada, terão custos com todo o processo, além de ficarem um longo período sem poder perseguir seus créditos, por conta do “*stay period*”.

A Lei n. 11.101/05 tipificou como crime quando a devedora fraudar credores (antes ou depois de ter sua recuperação judicial concedida), mas nada disse quanto à possibilidade de responsabilização civil caso seja verificado abuso de direito no requerimento da Recuperação Judicial, de modo que não há uma determinação específica caso isso ocorra, sendo necessária a análise do caso concreto para que qualquer responsabilidade civil possa ser imputada.

De todo modo, o Código Civil (2002) pode e deve ser usado como fonte normativa, mais precisamente utilizando-se o artigo 927, que determina que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Isso porque, ocorre o ato ilícito por parte do requerente da Recuperação Judicial e o consequente dano sofrido pelos credores, que devem ter direito à reparação, via regime geral de Responsabilidade Civil previsto no Código Civil brasileiro.

Caso não haja tal responsabilização, as empresas e/ou empresários com intuítos distorcidos e alheios ao da preservação da empresa continuarão requerendo a benesse sem necessidade. Caso haja a responsabilização, as empresas serão desestimuladas a requerer Recuperação Judicial, a não ser que realmente necessitem soerguer-se.

A possibilidade de reparação, assim, não só atende à função reparatória da responsabilidade civil, mas concretiza o princípio geral de prevenção do dano que permeia toda a responsabilidade civil contemporânea (PAVAN, 2020, p. 121).

5. Conclusão

O instituto da Recuperação Judicial e a Lei n. 11.101/05 têm como base o Princípio da Preservação da Empresa e foram criados para possibilitar que a empresa/empresário em crise econômico-financeira possam se reerguer.

Entretanto, pode ocorrer de que se busque a benesse para fins alheios aos determinados em Lei, isto é, não para recuperar a empresa em crise, mas para blindar patrimônio e fraudar credores.

Quando isso ocorre, a requerente da Recuperação Judicial age de forma contrária à boa-fé objetiva e ultrapassa os limites do exercício regular do direito, surgindo, portanto, o abuso do direito, que é uma ilicitude, em razão do desvio da conduta quando da prática do ato inicialmente lícito em uma análise com base no fundamento axiológico-normativo do direito exercido.

Havendo o abuso de direito e a fraude, a Lei n. 11.101/05 tipifica como crime referida conduta, em seu artigo 168. Entretanto, não há qualquer previsão legal que determine especificamente a responsabilização civil do requerente da Recuperação Judicial nestes casos.

Ocorre que os credores sofrem diversos danos com a conduta ilícita do requerente da Recuperação Judicial, eis que, além de receberem seus créditos com deságios altíssimos e em prazo alongado, acabam perdendo a chance de perseguir seus créditos pelas vias executórias, inclusive os detentores de créditos não sujeitos, que buscam bens considerados essenciais à atividade empresarial.

Nestes casos, o Princípio da Preservação da Empresa não é devidamente utilizado, sendo que ele nunca pode ter primazia ao Princípio da Boa-fé, e sacrificar em demasia os credores.

Isso porque, além da conduta ilícita por parte do requerente da Recuperação Judicial com abuso de direito, ao sacrificar diversos credores, provavelmente se sacrificará diversas empresas (eis que muitas empresas são credoras), o que pode causar toda uma reação em cadeia, colocando em crise empresas e empresários anteriormente saudáveis e causar prejuízos à toda economia.

Por este motivo, é preciso ter certeza que a empresa requerente da Recuperação Judicial realmente está em crise econômico-financeira e precisa da benesse recuperacional. Caso contrário, estar-se-á colocando em perigo negócios em prol de uma empresa/empresário que age de má-fé e com intenção exclusiva de fraudar credores.

Em que pese não seja fácil provar que a empresa realmente esteja com a intenção de blindar patrimônio e fraudar credores, a Lei n. 11.101/05 traz algumas possibilidades de salvaguardar, ao menos que minimamente, essa questão, como a possibilidade de constatação prévia, prevista no artigo 51-A.

Neste ponto, quando a empresa e/ou empresário requerem a Recuperação sem que esteja o devedor em verdadeira situação de crise econômico-financeira, e conseguem o seu deferimento, fazendo com que os credores sofram os danos consequentes da Recuperação Judicial abusiva, surge a possibilidade de responsabilização civil que, embora não esteja tipificada na Lei n. 11.101/05 de forma expressa, pode ser aplicada, a partir do regime geral previsto Código Civil, mais especificamente, nos termos do seu artigo 927 cumulado com art. 187.

Embora essa questão ainda não tenha sido muito debatida pela doutrina, é importante que os requerentes da benesse recuperacional com fins alheios aos da Lei n. 11.101/05 sejam responsabilizados, caso contrário a demanda, com fins ilícitos, aumentará cada vez mais, desencadeando, sem dúvidas, grandes perdas e drásticas consequências a todos os credores e à economia.

6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Títulos de Crédito**. Aracaju: Edição do Autor, 2014.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Recuperação Judicial e Falência. **Diário Oficial**, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp** n. 1862988/SP, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000409663&dt_publicacao=24/09/2020. Acesso em: 17 mar. 2021.

CATALAN, Marcos Jorge. Primeiras reflexões sobre o abuso de direito as relações familiares, *In: Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 6., 2007, Belo Horizonte. **Anais**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 17 mar. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Daniel Carnio; FAZAN, Eliza. **Constatação prévia em processos de recuperação judicial de empresas: o modelo da suficiência recuperacional (MSR)**. Curitiba: Juruá, 2019.

CRIPPA, Carla Smith de Vasconcellos. **O abuso de direito na recuperação judicial**. 2013. Total de 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

GUERRA, Alexandre. **Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAMEDE, Gladson. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; HUBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, a. 17, v.63.

MELO, Sharline Campos Duarte de. **Do abuso de direito como fato gerador da responsabilidade civil**. 2007. Disponível em https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Sharline_Campos_Duarte_Abuso_direito_gerador_responsabilidade_civil.pdfAcesso em: 12 mar. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAVAN, Vitor Ottoboni. **Responsabilidade civil e ganhos ilícitos: a quebra do paradigma reparatório**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2020.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

SEBRAE. **Pequenos negócios em números: conheça os principais números sobre a participação dos pequenos negócios nas economias brasileira e paulista**. 2018. Disponível em:

[SILVA, Fernando César Nimer Moreira. **Incentivos à decisão de recuperação da empresa em crise: análise à luz da teoria dos jogos**. 2009. Total de 161 f. Dissertação \(Mestrado em Direito\) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.](https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD#:~:text=No%20Brasil%20existem%206%2C4,MEI%20(dezembro%2F2013. Acesso em: 10 mar. 2021.</p></div><div data-bbox=)

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *In*: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.). **Direito civil constitucionais e outros estudos**, em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Abuso de direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, volume 25, Belo Horizonte, 2020.

TEPEDINO, Ricardo. **Dos efeitos da decretação de falência sobre as obrigações do devedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004.