



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Deepening Insolvency: a obrigatoriedade do pedido de autofalência.

Juliana de Freitas Reis

Rio de Janeiro
2011

JULIANA DE FREITAS REIS

Deepening Insolvency: a obrigatoriedade do pedido de autofalência.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal
Prof. Rafael Iorio
Prof. Guilherme Sandoval

Rio de Janeiro
2011

DEEPENING INSOLVENCY: A OBRIGATORIEDADE DO PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA.

Juliana de Freitas Reis

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogada.

Resumo: Na vida contemporânea as sociedades empresárias ganharam importância capital na reprodução social, não apenas por gerar empregos e renda. Assim, a ação de administradores que não observam a boa-fé objetiva e seus deveres fiduciários, prolongando a existência para além do estado de insolvência de uma sociedade empresária pode gerar sérios prejuízos a todos os envolvidos direta ou indiretamente. Neste contexto foi criado na doutrina americana o conceito de *Deepening Insolvency*, que, apesar de não estar previsto expressamente na legislação pátria, seria de grande valia para tutelar tais casos, pois é fundamental que o Estado garanta os direitos de todos envolvidos na atividade empresarial e a própria segurança jurídica da atividade econômica.

Palavras-chaves: Direito Empresarial. *Deepening Insolvency*. Autofalência. Zona de insolvência. Agravamento. Deveres fiduciários. Responsabilidade civil do administrador. Perda de uma chance. Recuperação judicial. *Business Judgment Rule*.

Sumário: Introdução. 1. Obrigatoriedade do Pedido de Autofalência. 2. A Teoria da *Deepening Insolvency*. 3. Aplicabilidade no Direito Brasileiro. 4. A Responsabilidade dos Administradores. 5. A *Business Judgment Rule*. 6. Ação de Responsabilidade Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca o possível dever do administrador de requerer a autofalência nos casos em que a sociedade empresária encontra-se em estado de insolvência e a continuidade das atividades vai representar apenas agravamento da situação. Deve-se ter como premissa básica que os administradores possuem deveres fiduciários e não podem exercer o poder de dirigir a sociedade empresária insolvente, a gerar continuas repercussões negativas para todos os envolvidos com o funcionamento desta. Além disso, se os danos são causados por esse prolongamento artificial, surge a necessidade de tutela do Estado para a reparação das lesões.

Tal possibilidade é contemplada na Teoria do *Deepening Insolvency*, que surgiu no Direito Norte Americano e já começa a despertar interesses no pensamento jurídico nacional. Isso se deve ao fato de que a omissão do Estado e a não responsabilização de tais administradores pode gerar incertezas no universo empresarial e provoca grave insegurança jurídica¹. Resta saber quais os motivos que dificultam, no Brasil, a adoção da teoria da *Deepening Insolvency* e, em caso de acolhimento da doutrina alienígena, quais seriam seus contornos para se adequar ao direito brasileiro.

Busca-se despertar a atenção para necessidade de responsabilização de administradores que não observam a boa-fé objetiva e os deveres fiduciários, prolongando para além do estado de insolvência a existência de uma sociedade empresária. Deve-se ter claro que tal atitude pode gerar sérios prejuízos a todos os *stakeholders*², criando também uma bola de neve que atingiria diversos segmentos sociais, multiplicando o efeito negativo no seio da sociedade.

Objetiva-se, portanto, trazer à tona discussão sobre a responsabilidade dos administradores quando as sociedades empresárias de responsabilidade limitada, ou seja, as sociedades por ações ou por quotas, estão em um estado de insolvência. Dentro deste quadro, analisar se, no Brasil, é possível responsabilizar aqueles que não lançaram mão dos

¹ Tal insegurança, em última análise, levaria a um afastamento dos investidores potenciais, pois criaria uma situação em que tal conduta temerária dos administradores não traria a possibilidade real de sanção. Tal ambiente de negócios se tornaria por demais permissivo e o risco afastaria o investimento. Dessa situação extrairiam vários efeitos negativos, como por exemplo, desemprego.

² Expressão inglesa que designa uma pessoa, grupo ou entidade que possui interesses nas ações e no desempenho de uma sociedade empresária. Assim, as decisões e atos desta podem afetar, direta ou indiretamente, este conjunto de pessoas. Estão incluídos nos *stakeholders* os funcionários, os sócios ou acionistas, gestores, clientes, fornecedores, o Estado (que representa os interesses da coletividade, além de ter a obrigação de regular e fiscalizar), sindicatos, credores e diversas outras pessoas ou entidades que se relacionam com a sociedade empresária. É importante notar que este conjunto amplo apenas reforça a existência de uma responsabilidade social da empresa e de seus administradores. Conforme definição disponível em: <http://www.businessdictionary.com/definition/stakeholder.html>. Acesso em: 06 mar 2012. Neste sentido: *a person, group, or organization that has direct or indirect stake in an organization because it can affect or be affected by the organization's actions, objectives, and policies. Key stakeholders in a business organization include creditors, customers, directors, employees, government (and its agencies), owners (shareholders), suppliers, unions, and the community from which the business draws its resources.*

instrumentos jurídicos existentes (como a autofalência) utilizando a doutrina do *Deepening Insolvency*.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: conceito de *Deepening Insolvency* na Doutrina Americana, assim como o seu surgimento e o debate sobre tal conceito na Jurisprudência daquele país; o dever de lealdade, diligência e de informação imputado ao administrador; a necessidade de lançar mão dos recursos jurídicos (recuperação judicial ou autofalência) para evitar o agravamento da crise econômico-financeira e suas implicações; em estado de insolvência os administradores passariam a ter responsabilidade para com os credores e se tal existência de responsabilidade para com os credores acaba por igualá-los subjetivamente aos sócios.

Resta definir, assim, a possibilidade e a forma de aceitação de tal teoria e os efeitos dessa no direito brasileiro. É necessário analisar também como se daria a incorporação de tal instrumento ao direito pátrio, e se esta nova teoria realmente se enquadra na posição doutrinária da responsabilidade civil devido à perda de uma chance, como parece apontar a inteligência do artigo 82 e parágrafos da Lei de Falência (Lei nº 11.101/2005).

1. A OBRIGATORIEDADE DO PEDIDO DE AUTOFALÊNCIA

O artigo 105³ da Lei nº 11.101/05 dispõe que a sociedade empresária é legitimada para requerer a própria falência. Entretanto, considerando que o legislador ao tratar da legitimidade ativa do próprio devedor utilizou-se da expressão “deverá”, surge uma controvertida questão quanto à obrigatoriedade desse requerimento.

³ Art. 105 da Lei nº 11.101/05: “O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial, acompanhadas dos seguintes documentos:(...)”. Publicado no DOU de 09 de fevereiro de 2005.

Em que pese a jurisprudência⁴ dominante entender que o pedido de autofalência é uma faculdade da sociedade empresária, ao não constituir dever legal o seu requerimento. A doutrina analisa a inclusão da expressão imperativa “deverá” e diverge quanto às conclusões.

Ricardo Negrão⁵ e Fábio Ulhoa⁶ explicam que ao repetir o comando (deve) previsto no Decreto-Lei nº 7.661/45⁷, a lei falimentar atual impôs a obrigação de requerer a autofalência. Contudo, como não previu qualquer restrição à sociedade empresária que descumprisse essa norma, a obrigação se tornou desprovida de sanção. Portanto, diante da ausência de qualquer punição ou consequência ao não requerimento da autofalência, deixa de existir o dever jurídico, tornando-se o dispositivo uma mera recomendação, e o ato de requerer a autofalência fica sujeito apenas à vontade da sociedade empresária.

João Bosco⁸ sustenta que se trata de uma obrigação e não mera faculdade, pois, ao requerer a autofalência, a sociedade empresária estará demonstrando a sua boa-fé, adimplindo com seu dever legal de evitar o agravamento do prejuízo dos credores. Essa busca pela melhor solução dos problemas de insolvência da sociedade empresária pode lhe proporcionar benefícios como o perdão legal de metade do passivo quirografário (artigo 158, II da Lei nº 11.101/05) e a não responsabilização pessoal dos sócios, administradores e controladores da sociedade empresária (artigo 82 da Lei nº 11.101/05).

⁴ BRASIL. TJDF. *Apelação Cível nº 20050111039875*. Relator: Des. Carlos Rodrigues. 6ª Turma Cível. Publicado no DJU de 03 de agosto de 2006. Com a seguinte redação: “a autofalência, porquanto não é obrigatória, constitui benesse legal deferida ao empresário fracassado.”

⁵ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência*. V. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 317-318.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277.

⁷ Decreto-Lei 7.661/45: “Art. 8º. O comerciante que, sem relevante razão de direito, não pagar no vencimento obrigação líquida, deve, dentro de trinta dias, requerer ao juiz a declaração da falência, expondo as causas desta e o estado dos seus negócios e juntando ao requerimento (...)” Publicado no DOU de 30 de julho de 1945.

⁸ GOUVEA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência - Lei Nº 11.101/2005: Comentários artigos por artigos*. São Paulo: Forense, 2009, p. 259.

Manoel Justino⁹ acrescenta que apesar de incomum o requerimento de autofalência sob a égide da atual lei falimentar, ainda subsiste a obrigação legal estabelecida nesse sentido, ou seja, o dever de confessar a falência.

Durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45 o entendimento dominante pela existência da obrigatoriedade de confessar a falência era em razão do artigo 8º, que além de trazer em seu bojo a expressão “deve”, traduzido como uma ordem, ainda fixava o prazo de trinta dias para a realização do requerimento de autofalência. Reforçando essa obrigatoriedade, o artigo 140, II¹⁰ do mesmo diploma legal impedia a sociedade empresária de requerer a concordata caso não tivesse sido observado o prazo para o pedido de autofalência¹¹.

Nesse contexto verifica-se que havia o dever jurídico claramente imposto pela norma, pois a obrigatoriedade vinha acompanhada de uma sanção. Assim defendia Sampaio Lacerda¹² que, de forma precisa, identificou o dever da sociedade empresária de confessar a sua falência quando ciente da impossibilidade de cumprir com suas obrigações pontualmente.

Portanto, diante da manutenção da expressão “deve” no artigo 105 da nova lei falimentar, uma pequena parte da doutrina¹³ defende a obrigatoriedade do requerimento da autofalência quando a sociedade empresária encontrar-se na zona de insolvência e não preencher os requisitos para pleitear a recuperação judicial. Sob pena de responsabilização civil nos moldes do artigo 82 da Lei nº 11.101/05 com base no agravamento da crise econômico-financeira ou, simplesmente, *deepening insolvency*.

Sustenta-se ainda a obrigatoriedade do requerimento de autofalência com base na violação dos deveres fiduciários dos administradores da sociedade empresária. Esses

⁹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. São Paulo: RT, 2005, p. 266.

¹⁰ Art. 140 do Decreto-Lei nº 7.661/45: “Não pode impetrar concordata: (...) II - o devedor que deixou de requerer a falência no prazo do art. 8º; (...)”. Publicado no DOU de 30 de julho de 1945.

¹¹ Segundo Ricardo Negrão, apesar da Súmula 190 do STF [“o não pagamento de título vencido há mais de 30 (trinta) dias, sem protesto, não impede a concordata preventiva”] ter mitigado o artigo 140, II do DL 7661/45, a aplicabilidade e efeito desse impedimento persistia. NEGRÃO, *op. cit.*, p. 317-318.

¹² LACERDA, José Candido Sampaio. *Manual de Direito Falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1999, p. 65-66.

¹³ Conforme autores citados nos parágrafos anteriores.

compreendem os explicitados pela lei, relacionados à diligência, informação e lealdade além daqueles implícitos, que se deduzem das normas gerais e princípios que regem o direito societário brasileiro.

O dever de diligência previsto tanto no artigo 153 da Lei nº 6.404/76, quanto no artigo 1.011 do CC determina que o administrador, ao exercer suas funções, deverá agir com o mesmo cuidado e empenho que empregaria na administração de seus próprios negócios. Isto é, o dever de diligência deve nortear as ações do administrador, para um bom desempenho das funções, sem importar em atos que violem o contrato social ou a lei.

O dever de informar pressupõe que cabe ao administrador prestar informações suficientes a respeito de sua gestão, contas e patrimônio social, sem prejuízo do dever de sigilo. Esse dever é tratado em várias disposições normativas. Assim, pode decorrer tanto de previsão expressa, como no caso do artigo 157 da Lei nº 6.404/76, quanto da aplicabilidade da boa-fé objetiva, sendo chamado de dever anexo ou de conduta.

O dever de lealdade baseia-se na obrigação do administrador de respeitar os interesses explícitos no contrato/estatuto no intuito de alcançar o objeto social. Ou seja, tratado no artigo 155 da Lei nº 6.404/76, esse dever demonstra a relevância superior da sociedade em detrimento de interesse particular do administrador.

O dever de lealdade possui como base um comportamento ético no exercício das funções do administrador, e apesar de ter um caráter subjetivo é tratado com certa objetividade quando a norma expressamente prevê quais são as condutas consideradas desleais no próprio artigo 155.

Contudo, o dever de lealdade não traduz apenas a atenção aos interesses da sociedade empresária. Deve o administrador conciliar os interesses de todos os *stakeholders* (sejam eles trabalhadores, credores, clientes, fornecedores ou acionistas/sócios), pois a sociedade empresária deve buscar acima de tudo a sua função social, o que significa a atuação do

administrador não apenas visando ao lucro, mas preocupado também com as consequências sociais das suas condutas.

Em que pese a função social ser um princípio constitucional norteador do direito privado, é plenamente aplicável ao direito societário, tanto que em 1976 o artigo 154 da Lei nº 6.404 já determinava a obrigação de se observar a função social da empresa através de um “justo equilíbrio entre a consecução das finalidades da sociedade empresária e o respeito aos valores éticos e sociais”¹⁴.

Nesse contexto, pode-se verificar que esses deveres explícitos e implícitos possuem a finalidade de determinar um padrão de conduta a ser observado pelos administradores. Visto que, em toda relação jurídica, há uma legítima expectativa de que as partes agirão com boa-fé objetiva, ao atenderem a uma norma de comportamento frente aos credores e demais *stakeholders*.

Assim, diante de um caso concreto, deverá ser averiguado, com base em critérios objetivos, se a conduta do administrador corresponde ou não ao padrão desejado pela norma.

Com base na ofensa aos deveres fiduciários o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro¹⁵ já se pronunciou pela existência do dever de a sociedade empresária confessar a falência sob pena de responsabilização civil, visto que a conduta de manter a atividade empresária, além de agravar a insolvência da sociedade empresária, traduz-se numa afronta à lealdade e boa-fé objetiva com um aumento no prejuízo dos credores e demais *stakeholders*.

Dessa forma, conclui-se que, seja pela interpretação literal da lei falimentar, seja pela quebra dos deveres fiduciários dos administradores, diante da impossibilidade de honrar as obrigações contraídas, persiste no ordenamento jurídico o dever legal de a sociedade

¹⁴ CARVALHO, Gil Costa *et al.* *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. VIDIGAL, Geraldo; MARTINS, Ives Gandra (Coord). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 478.

¹⁵ BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. In *Processo nº 0315075-18.2011.8.19.0001*. Promotor: Juan Luiz Souza Vasquez. Ajuizada em 16 de Agosto de 2011. BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. In *Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001*. Promotor: Juan Luiz Souza Vasquez. Ajuizada em 13 de Agosto de 2010.

empresária requerer a autofalência. Sob pena de responsabilidade civil, em razão do agravamento do estado de insolvência que resultou da perda de uma chance (falta do pedido de recuperação judicial para reverter a situação) ou da continuidade fraudulenta da sociedade empresária em prejuízo dos credores.

Essa conclusão foi referendada pela decisão proferida no Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001 que trata da falência da companhia aérea VARIG. Assim, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, foi reconhecida a teoria da *deepening insolvency*:

Como bem disse o Ministério Público, é dever dos administradores da sociedade em crise econômico-financeira, que não vislumbrem possibilidade de recuperação, requerer a própria falência, conforme previsto no art. 105 da Lei 11.101/2005, sob pena de responsabilização pessoal, na forma do art. 82 da mesma lei. Nesse caso, o prolongamento da agonia patrimonial e financeira da sociedade somente prejudicaria os credores, com o aumento do passivo e, muito provavelmente, a redução do ativo.¹⁶

2. A TEORIA DA *DEEPENING INSOLVENCY*

O termo *deepening insolvency* surgiu nos Estados Unidos da América, sendo utilizado pela Corte de Apelações da 7ª Região na decisão *Schacht v. Brown*¹⁷. Esse processo tratava de uma ação reparatória ajuizada pelo administrador judicial em face dos administradores da sociedade devido ao agravamento do estado de insolvência.

O fundamento para essa responsabilização baseava-se no fato de que, apesar de os administradores terem plena ciência da grave crise econômica-financeira pela qual passava a sociedade, eles continuaram praticando certos atos que aprofundaram ainda mais o colapso.

¹⁶ BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001*. Juíza: Márcia C. S. A. de Carvalho. Publicado no DJ de 24 de agosto de 2010.

¹⁷ ARAGÃO, Leandro Santos de. Deveres dos Administradores de Sociedades Empresárias em Dificuldade Econômico-Financeira: A teoria do Deepening Insolvency no Brasil. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). *Direito Societário: Desafios Atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 180.

Dentre esses atos encontrava-se a venda de importantes ativos para pagamento de débitos que foram surgindo durante a manutenção da sociedade.

O Tribunal rejeitou a defesa de que a venda dos ativos proporcionou liquidez à sociedade e decidiu pela ocorrência de inegáveis danos advindos do “aprofundamento” da situação de insolvência.

A partir dessa decisão, o Direito Norte-Americano desenvolveu a teoria da *deepening insolvency* que nem sempre foi aceita integralmente pelas Cortes Americanas¹⁸.

A *deepening insolvency* se traduz numa causa específica de imputação de responsabilidade aos administradores por agravamento do estado de insolvência da sociedade, tendo em vista o prolongamento artificial da atividade empresária.

Deve ser lembrado que a insolvência consiste na perda da capacidade patrimonial, ou seja, ocorre quando as dívidas excedem a importância dos bens do devedor¹⁹ e caracterizam o déficit patrimonial. Nesse sentido, o agravamento do estado de insolvência ocorre com o “contínuo crescimento dos débitos combinado com a impossibilidade de pagá-los face aos ativos já não tão valiosos e a projeção minguada do fluxo de caixa para períodos futuros”²⁰.

O agravamento da insolvência resulta no aumento dos débitos, na dissipação dos recursos e na perda da reputação da sociedade. Dessa forma, a *deepening insolvency* foi criada no intuito de minimizar os danos causados, pois essa teoria cria uma “obrigação” para os administradores de requererem a autofalência da sociedade que se encontra no estado de insolvência e não vislumbram uma possível retomada da saúde financeira.

Esse dever de não prolongar a vida da sociedade insolvente baseia-se no fato de que não se deve permitir aos administradores manterem a atividade empresária sob a alegação da

¹⁸ A Suprema Corte de *Delaware* nas decisões proferidas em *Gheewalla* e *Trenwick* rejeitou a responsabilização dos administradores pelo agravamento do estado de insolvência, por entender que os deveres fiduciários restringem-se à sociedade e aos acionistas. Para saber mais ver: CUNHA, Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da. *Deepening Insolvency Claims and Fiduciary Duties in Corporations in the Zone of Insolvency*. *RSDE*. Harvard Law School, July, 2011.

¹⁹ Artigo 748 do Código de Processo Civil. Publicado no DOU de 17 de janeiro de 1973.

²⁰ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 180.

continuidade da empresa de forma indefinida e em detrimento tanto dos sócios/acionistas, quanto dos demais *stakeholders*.

Assim, a teoria da *deepening insolvency* é uma exceção ao princípio da continuidade da empresa, uma vez que o prolongamento artificial da sociedade permeada de fraude ou condutas errôneas não é benéfico nem para a sociedade, nem para os credores.

O direito de propriedade não pode ser considerado absoluto, principalmente numa sociedade empresária que, ao exercer suas atividades, faz gravitar em torno dela pessoas físicas e jurídicas que criam um vínculo econômico-financeiro com essa. Assim, o administrador possui uma importante responsabilidade social, seja com os funcionários, com os fornecedores e até mesmo com o Estado.

Não se discute o fato de que ao administrador cabe o direcionamento dos negócios, ele é o responsável por planejar, organizar, liderar e coordenar a atuação da sociedade empresária através de decisões diárias no intuito de realizar o interesse disposto no contrato social.

Dessa forma, como o administrador é a ponte entre os recursos e os objetivos da sociedade empresária, ninguém melhor do que ele para saber sobre a posição líquida da sociedade. Já que possui o domínio das informações sobre a saúde financeira da sociedade, cabe ao administrador o conhecimento da debilidade econômico-financeira e a determinação de quais medidas tomar para sanear eventual crise, no intuito de evitar um possível agravamento da insolvência a um estágio que seja irremediável.

Caso não seja possível sanar a crise, a função social do administrador revela-se como um imperativo e ele não pode deixar o estado de insolvência crescer e multiplicar os prejuízos para o restante da sociedade. Nesses casos o pedido de autofalência surge como uma consequência lógica do dever de lealdade e da boa-fé na condução de suas atividades.

Constitui-se em um verdadeiro dever, que, se não cumprido, acarretará a responsabilização dos culpados pelo prolongamento das atividades da sociedade empresária.

3. APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Considerando que a teoria da *deepening insolvency* consiste na responsabilidade civil dos administradores com base no agravamento da situação de crise econômico-financeira pela continuidade errônea da atividade empresarial, faz-se necessária a análise do seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se que o prolongamento artificial da sociedade empresária que acarreta a responsabilização dos administradores é perpetrado para possibilitar uma atuação em fraude contra credores²¹ ou como resultado da inércia do administrador.

Quando uma sociedade empresária agrava a situação de insolvência ou se torna insolvente como resultado de condutas fraudulentas, a teoria da *deepening insolvency* é utilizada para responsabilizar o administrador até a extensão do dano causado pela fraude.

Na primeira situação de fraude, o administrador, apesar de ciente de que não será possível pagar as dívidas de forma pontual e regular, continua se endividando mediante a aquisição de novas obrigações que também não poderá honrar. Já na segunda situação fraudulenta, o administrador utiliza de subterfúgios para reduzir o patrimônio e prejudicar os credores. Assim, diminui a garantia dos credores (ativo immobilizado) e torna a sociedade empresária insolvente.

O segundo caso de prolongamento artificial da sociedade empresária que demanda a aplicação da *deepening insolvency* é aquela resultante da inércia do administrador. Isto é,

²¹ CUNHA, *op. cit.*, p. 8-9.

diante de decisões equivocadas que não souberam avaliar o momento ideal de buscar uma solução judicial para a crise econômico-financeira da sociedade empresária, o administrador perdeu a chance de requerer a recuperação judicial ou até a própria falência.

A recuperação judicial tem seus objetivos claramente definidos no artigo 47 da Lei nº 11.101/05 que são: a preservação da empresa juntamente com seus ativos e recursos produtivos, a valorização de sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Esse procedimento concede à sociedade empresária que se encontra em crise econômico-financeira e que preenche os requisitos legais para pleitear a recuperação judicial, benefícios no intuito de permitir a reestruturação do passivo e a renovação de todas as dívidas para que sejam pagas na forma que a sociedade tenha efetiva e real condição de pagar.

Já o procedimento falimentar, de acordo com o artigo 75 da Lei nº 11.101/05, visa a preservar e a aperfeiçoar a utilização produtiva de bens, ativos e recursos produtivos, no intuito de permitir o pagamento de todas as dívidas e, se possível, e conveniente o adimplemento de todas as obrigações contratuais²². Por isso, concede benefícios ao falido como incentivo ao pedido de autofalência, como por exemplo, o perdão legal de metade dos créditos quirografários.

Assim, verifica-se que a omissão do administrador é crucial para a perda de uma oportunidade de salvamento da sociedade empresária ou de pelo menos evitar maiores prejuízos à própria sociedade e aos sócios/acionistas.

É nesse diapasão que a teoria da *deepening insolvency* se encaixa no ordenamento jurídico brasileiro como uma hipótese de responsabilização civil pela perda de uma chance (no caso de inércia) ou por conduta fraudulenta.

²² Art. 117 da Lei 11.101/05: “Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.” Publicado no DOU de 09 de fevereiro de 2005.

Contudo, como identificado por Leandro Santos²³, para a aplicação da *deepening insolvency*, deve-se atentar para alguns requisitos que devem estar presentes no caso concreto.

Primeiro, há a necessidade de se ter uma sociedade empresária com a falência decretada. Porém, não basta a caracterização da falência para permitir a responsabilização do administrador em razão da insolvência. Também se faz necessário o segundo requisito, que consiste em demonstrar a omissão do administrador que causou a perda da oportunidade e do momento de buscar a recuperação judicial como solução para salvar a sociedade, de modo a evitar não só a falência decretada como o aprofundamento da insolvência.

Portanto, para a configuração da responsabilização civil pela perda de uma chance é importante averiguar se a sociedade empresária, a partir do momento em que começou a demonstrar um relevante descasamento entre o fluxo de caixa e o pagamento de dívidas, fez jus à recuperação judicial. Ou seja, se em alguma ocasião após o início do estado de insolvência preencheu os requisitos para pleitear a solução judicial.

Se, após o início do estado de insolvência, a sociedade empresária não tiver preenchido os requisitos para requerer a recuperação judicial, ainda permanece a responsabilização civil pela perda de uma chance. Nesse caso, o administrador deveria ter requerido a autofalência, que também traz benefícios para a sociedade empresária no intuito de permitir uma liquidação mais célere, com vistas a uma otimização do ativo para o pagamento da maior parte dos débitos. Ou seja, trata-se de evitar um maior prejuízo ao patrimônio do credor, visto que o não prolongamento artificial poderia representar mais chances no recebimento dos créditos no concurso falimentar.

Assim, “tanto numa quanto noutra situação, a legislação coloca à mão de determinadas pessoas a possibilidade de uma medida capaz de reverter ou eliminar de vez a situação existente”²⁴.

²³ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 186.

²⁴ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 179.

Ainda se deve analisar um terceiro requisito: se presente a autorização dos sócios/acionistas para que o administrador requeira a recuperação judicial ou autofalência.

Esse requisito se torna importante na medida em que essa autorização é interpretada pela jurisprudência como uma condição indispensável ao regular prosseguimento da ação. Dessa forma, a sua ausência representa a falta de uma condição da ação, mas precisamente, o interesse adequação, o que acarreta o indeferimento liminar da petição inicial por vício insanável.

Nesse sentido foi a decisão da 2ª Vara Empresarial da Capital do Estado de São Paulo²⁵, que indeferiu o pedido de autofalência da IMBRA S.A.:

Indefiro, liminarmente, a petição inicial, uma vez que não satisfaz a Autora o requisito do interesse processual para a sua pretensão trazida a Juízo, o que impõe a imediata extinção do processo. Com efeito, informam os dados do Registro Público de Empresas que a Autora é constituída sob a forma de sociedade anônima e, neste caso, exige a Lei 6.404/76, autorização, em assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, para autorizar os administradores a confessar falência ou a pedir concordata (art. 122, IX). Sintetizando, não conta o requerimento inicial com autorização regular de acionistas para o pleito colimado, agindo os seus administradores de forma contrária ao disposto na legislação vigente. O vício é insanável, faltando condição indispensável ao regular prosseguimento da ação, matéria que pode e deve ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Assim, a tomada da decisão pelos administradores não é sozinha, pois depende de uma autorização dos sócios/acionistas.

No caso das sociedades por ações, a necessidade dessa autorização está prevista expressamente no artigo 122, IX da Lei nº 6.404/76, seja para o pedido de recuperação judicial, seja para o requerimento de autofalência. E a análise desse pedido de autorização será feita em assembléia geral.

Quanto às sociedades empresárias limitadas, consta previsão expressa sobre a necessidade de autorização apenas em relação à recuperação judicial, no artigo 1.071, VIII do

²⁵ BRASIL. São Paulo. 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0037076-06.2010.8.26.0100*. Juiz: Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Publicado no DJ de 16 de novembro de 2010.

CC. Contudo, isso não significa que a autorização dos sócios deixou de ser requisito para o requerimento de autofalência dessa sociedade.

O artigo 1.044 do CC, que se encontra no capítulo das sociedades em nome coletivo, prevê que a falência consiste numa causa de dissolução de pleno direito da sociedade empresária. Já o artigo 1.087 do mesmo diploma determina que a dissolução da sociedade limitada ocorrerá por qualquer das causas previstas no artigo 1.044, ou seja, pela falência.

Considerando que o artigo 1.071, VI do CC, disposto no capítulo das sociedades limitadas, prevê que a dissolução da sociedade depende de deliberação dos sócios. Numa interpretação sistemática do Livro II do Código Civil, verifica-se que para o administrador requerer a autofalência depende da autorização dos sócios.

A análise dos sócios sobre a autorização do administrador para requerer autofalência ou recuperação judicial das sociedades limitadas será realizada em reunião ou assembléia, conforme previsto no artigo 1.072 do CC.

Nesse sentido, verifica-se que, para responsabilizar a inércia do administrador, faz-se necessário que ele não tenha sido impedido de agir por uma deliberação dos sócios ou acionistas.

Todavia, a lei societária prevê que, em situação de urgência, o administrador pode dispensar, inicialmente, a deliberação dos sócios/acionistas, desde que, no caso das sociedades por ações, tenha a concordância do acionista controlador (artigo 122, parágrafo único da Lei nº 6.404/76) e na sociedade limitada do(s) sócio(s) representativo(s) de mais da metade do capital social (artigo 1.072, §4º do CC).

Diz-se “inicialmente”, porque o requerimento de autofalência ou recuperação judicial somente terá prosseguimento se, imediatamente após o ajuizamento do pedido, haja a convocação dos sócios/acionistas para se manifestarem sobre a matéria.

4. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

A responsabilização dos administradores não se enquadra na responsabilidade civil clássica. Dessa forma, o direito societário construiu sua própria teoria da responsabilidade civil dos administradores, mediante introdução de critérios próprios que a distanciam dos princípios que regem a responsabilidade civil comum²⁶.

O sistema que corresponde à teoria clássica é a responsabilidade civil subjetiva prevista no artigo 927 do Código Civil²⁷. O dispositivo em comento ao citar o ato ilícito expresso no artigo 186²⁸, determina que para a sua configuração faz-se necessária a presença de quatro pressupostos: conduta omissiva ou comissiva, dano, nexo causal e culpa.

A conduta omissiva ou comissiva consiste na violação do direito por parte do agente. Pode derivar de ato próprio, de terceiro que estava sob sua guarda ou ainda por fato de coisa ou animal que pertençam ao agente e atingem alguém. A conduta omissiva sempre corresponderá a um dever de agir, seja imposto pela lei ou por convenção.

O dano pode ser extrapatrimonial (moral e estético) ou patrimonial (lucro cessante e dano emergente) e somente haverá a obrigação de indenizar se da ação ou omissão resultar prejuízo. Pois, a inexistência de dano torna sem objeto a pretensão de reparação ou ressarcimento²⁹.

²⁶ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à Lei* (arts. 121 a 188). V. 2. São Paulo: Renovar, 2009, p. 550.

²⁷ Art. 927 do CC: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Publicado no DOU de 11 de janeiro de 2002.

²⁸ Art. 186 do CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Publicado no DOU de 11 de janeiro de 2002.

²⁹ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, há uma diferenciação entre “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”. O primeiro consiste no pagamento do prejuízo material sofrido (abrangendo tanto os danos emergentes, quanto os lucros cessantes devidamente corrigidos). Já o segundo é a compensação pelo dano moral. E o terceiro somente deveria ser utilizado no caso de dano decorrente de ato lícito do Estado, mas lesivo ao particular, como a desapropriação. Contudo, a Constituição Federal utilizou a expressão indenização como gênero do qual o

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta e o resultado prejuízo. Entre o dano sofrido pela vítima e a atuação ou omissão do agente deve existir um liame, uma estreita ligação que define a conduta como causa geradora do prejuízo direto e imediato. Assim, o Código Civil, no artigo 403, adotou a teoria da causalidade adequada ou *last clear chance* que consiste na responsabilização daquele que teve a melhor e última oportunidade para evitar o dano, arcando com as consequências.

A culpa advinda de uma conduta voluntária é interpretada no sentido amplo, abrangendo tanto o dolo quanto a falta de diligência do agente (negligência, imprudência ou imperícia). Isto é, consiste em um comportamento contrário ao direito, intencional ou não, porém, imputável.

Nesse contexto, verifica-se que a responsabilidade civil tradicionalmente se baseia na ideia de culpa. O Código Civil filiou-se, como regra geral, à teoria subjetiva que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, sendo a sua demonstração necessária para que haja a reparação do dano.

Entretanto, a lei, em certos casos expressamente previstos³⁰, impõe a obrigação de reparar o dano sem a necessidade de se comprovar a culpa, por ser esta dispensável. Trata-se da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, que se satisfaz apenas com a relação de causalidade entre a ação e o dano.

Nesse caso, estão presentes os mesmos pressupostos da responsabilidade subjetiva, exceto pela necessidade de se provar a culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco de dano à terceiro³¹ criado pela exploração da atividade. Trata-se

ressarcimento e a reparação são espécies. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil de acordo com o novo Código Civil* (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 532.

³⁰ Art. 927, parágrafo único do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Publicado no DOU de 11 de janeiro de 2002.

³¹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 22.

do “risco-proveito” que justifica a obrigação do beneficiário da atividade que criou o risco a suportar a reparação independentemente de culpa.

Considerando que a responsabilidade subjetiva consiste na regra geral, a responsabilidade objetiva somente tem aplicação nos limites de sua expressa previsão nos vários e esparsos dispositivos. Portanto, as responsabilidades não se substituem, mas se complementam, visto que a teoria subjetiva seria insuficiente para atender ao dinamismo das relações nos tempos atuais.

No direito societário, a teoria da culpa deixou de ser utilizada, porque o pressuposto de igualdade entre o autor do dano e a vítima não mais subsiste. Na atual sociedade de massas, o acesso ao conhecimento dos fatos não é mais de forma isonômica, como se presumia ser nos tempos romanos³². O que tornou a demonstração da culpa do administrador numa prova diabólica, pois em muitos casos se traduz em uma barreira intransponível para vítima³³.

Para a responsabilização dos administradores aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova. Destarte, ainda faz-se necessário os pressupostos: conduta, dano, nexos causal e culpa. Contudo, a culpa é presumida, ou seja, a culpa é *in re ipsa*, pois deriva das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso, de tal modo que, basta a prova desse fato para que fique demonstrada a culpa³⁴.

A presunção da culpa é *juris tantum*, isto é, relativa. Assim, admite que o administrador elida essa presunção comprovando que não agiu com dolo ou culpa.

A diferença entre o sistema clássico e o sistema da inversão do *onus probandi* é meramente processual, visto que neste incumbe ao demandado (administrador) provar que não agiu culposamente, afastando a presunção da culpa, enquanto naquele cabe ao demandante provar a culpa do agente. Permanecendo em ambos os casos a ampla discussão

³² LUCENA, *op. cit.*, p. 567.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.38.

³⁴ *Ibid.*, p. 39.

acerca de culpa do agente causador do dano, o que impede a configuração da responsabilidade objetiva (que não cogita sobre culpa).

A responsabilidade do administrador é de meio e não de resultado. Desse modo, o administrador atua dirigido a um determinado resultado almejado, entretanto, esse resultado não cria um vínculo obrigacional³⁵. Destarte, o administrador que pauta sua conduta nos padrões previstos pelos deveres fiduciários, não poderá ser responsabilizado só porque não obteve sucesso no empreendimento. Pois, “o mero resultado negativo não é o suficiente para determinar a responsabilização de quem administra a sociedade”³⁶.

Diante do chamado “risco de administração”, devido à presença da álea e das circunstâncias que rondam os negócios, surgiu no direito norte-americano a teoria da *business judgment rule*³⁷.

5. A BUSINESS JUDGMENT RULE

Essa teoria visa a proteger o administrador de ser responsabilizado por qualquer decisão que em momento futuro se revele mal sucedida. Traduz-se em um verdadeiro espaço de imunidade jurídica dos atos de gestão. Contudo, em que pese a dificuldade dos americanos em conceituar de forma específica esse instituto, estabeleceram diretrizes capazes de indicar quando da aplicação dessa teoria.

O emprego da *business judgment rule* requer a observação de algumas regras, as quais, tanto a doutrina quanto a jurisprudência alienígenas³⁸ não são pacíficas em determinar a

³⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. V. 3. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366.

³⁶ LUCENA, *op. cit.*, p. 553.

³⁷ Em uma tradução literal significa “regra do julgamento do negócio”. Contudo, os juristas portugueses traduziram como “regra da decisão empresarial”.

quantidade e teor. Todavia, ao analisar todos os elementos apresentados, verifica-se que o problema é mais de terminologia do que de conteúdo. Dessa forma, sintetizando as regras encontradas, pode-se apresentá-las em cinco itens a serem observados: (a) boa-fé; (b) decisão baseada em informações amplas a respeito do negócio; (c) ausência de conflito de interesse ou de benefício próprio; (d) atuação autônoma e independente; (e) observância dos deveres fiduciários de lealdade, diligência e informação.

Pelo exposto, quando o administrador tomar uma decisão no interesse da sociedade de forma consciente, com conhecimento e informações adequados, pautado na boa-fé, sem abuso da discricionariedade e munido de toda a diligência que a conduta requer, estará excluído da responsabilização, se eventualmente, o negócio não for exitoso.

Conclui-se que a *business judgment rule* visa a estabelecer um padrão de conduta a ser observado pelo administrador, no intuito de se evitarem decisões teratológicas ou completamente incompatíveis com os deveres fiduciários do administrador.

Pretende essa teoria reconhecer a arte de administrar uma sociedade como uma ciência técnica em que o juiz, ao analisar a atuação do administrador, não adentrará ao mérito, ou seja, a discricionariedade. Verificará apenas se estão presentes os critérios que validam a decisão questionada em mero ato de gestão ou se cabe a responsabilização do administrador pelo insucesso da medida tomada, vez que não agiu dentro do padrão de conduta esperado.

Algumas atitudes são sinais evidentes de que a sociedade empresária está tendo sua atividade prolongada artificialmente, conforme aponta Marcella Blok³⁹ ao citar os ensinamentos de Ronald R. Sussman: contínuos e constantes financiamentos motivados por repetidas perdas nos negócios da sociedade; retração econômica grave no setor em que a sociedade empresária atua; procrastinação no tempo, do vencimento das contas, por meio de

³⁸ LUCENA, *op. cit.*, p. 554.

³⁹ BLOK, Marcella. Deepening Insolvency: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno. In *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 26-27.

prazos cada vez maiores; e prestação de contas por meio de técnicas irregulares. Todas essas situações sugerem que a sociedade está com dificuldades de manter a própria existência e que a sua conservação apenas representa o agravamento do estado de insolvência, conduta totalmente avessa aos deveres de diligência, lealdade e informação, o que exclui, por si só, a aplicação da *business judgment rule*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina⁴⁰ alega que a teoria da *business judgment rule* foi adotada pelo artigo 159, §6^o⁴¹ da Lei nº 6.404/76, ao permitir que o magistrado exclua a responsabilidade do administrador quando evidenciado que agiu de boa-fé e no interesse da sociedade empresária.

Contudo, no caso da responsabilização pelo agravamento do estado de insolvência (*deepening insolvency*) não cabe a exclusão da responsabilidade do administrador com base na *business judgment rule* porque essa teoria não protege a omissão pura e simples resultante de decisões equivocadas (negligentes), nem as decisões contaminadas pela má-fé para fraudar credores, sócios/acionistas e demais *stakeholders*.

Tanto as decisões negligentes quanto àquelas imbuídas de má-fé são os opostos da conduta diligente e de boa-fé, pré-requisitos para a aplicação da excludente de responsabilidade do administrador.

Portanto, verifica-se que a *business judgment rule* se dirige a proteger os administradores que, de forma escorreita, tomam decisões na busca dos fins e interesses da sociedade. Mesmo que essas decisões, posteriormente analisadas, se mostrem um erro de julgamento diante do prejuízo causado ao patrimônio social. Não sendo possível, assim, a inclusão nessa proteção, do administrador violador dos deveres fiduciários.

⁴⁰ LUCENA, *op. cit.*, p. 558; e TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 546.

⁴¹ Art. 159, §6º da Lei nº 6.404/76: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.” Publicado no DOU de 17 de Dezembro de 1976.

Além do que, decretada a falência, se o capital declarado no estatuto/contrato não corresponder ao apurado quando da arrecadação dos bens, a própria contratação em nível superior à capacidade do capital social importa em responsabilidade.

Isto porque “o capital social constitui quase que uma garantia de solvabilidade social”⁴². Pois, “exige, implicitamente a lei que o patrimônio social seja não somente bastante para a satisfação das dívidas sociais, mas apresente, além disso, uma margem ulterior de solvabilidade, constituída exatamente pelo capital social”⁴³.

Ou seja, o valor que os sócios acordaram no documento constitutivo da sociedade empresária funciona como garantia às obrigações assumidas com terceiros, visto que, no mínimo, devem corresponder a este valor, impedindo o desfalque durante o funcionamento da sociedade⁴⁴.

6. A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A Lei nº 11.101/05, ao prever a responsabilidade pessoal dos administradores no artigo 82⁴⁵, limitou-se a tratar do prazo prescricional, da competência do juízo falimentar e da medida de indisponibilidade dos bens particulares do réu.

⁴² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1130.

⁴³ *Ibid.*, p. 1130.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 1131.

⁴⁵ Art. 82 da Lei nº 11.101/05: “A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. §1º. Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo. §2º. O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.” Publicado no DOU de 09 de fevereiro de 2005.

Diante da omissão do legislador, a legitimidade ativa da ação de responsabilidade civil foi construída jurisprudencial e doutrinariamente.

Considerando que a busca dessa ação é pelo direito de ressarcimento ou reparação dos prejuízos sofridos, o próprio titular do direito material é quem deve ser o autor da ação ajuizada.

Nesse contexto, figura a massa falida como legitimado ordinário, devendo ser representada pelo administrador judicial. O interesse de agir reside na pretensão de responsabilizar pela quebra da empresa os administradores que, mediante conduta fraudulenta ou inércia, agravaram o estado de insolvência e conduziram a sociedade à falência⁴⁶.

Entretanto, a propositura da ação de responsabilidade civil está sujeita ao critério do administrador judicial, não existindo a obrigatoriedade no ajuizamento. E diante dessa omissão, a jurisprudência já se pronunciou pelo reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público.

A legitimidade do Ministério Público tornou-se alvo de controvérsia jurídica em razão do veto realizado pelo Presidente da República ao artigo 4º da Lei nº 11.101/05⁴⁷. Esse dispositivo previa a necessidade de intervenção obrigatória do *Parquet* como *custus legis* nos processos de recuperação judicial e falência, além de todas as ações ajuizadas pela massa falida ou em face dela.

Todavia, as razões do veto⁴⁸ não foram no sentido da impropriedade da intervenção do Ministério Público, mas, sim, no intuito de se evitar uma sobrecarga à instituição. Tanto

⁴⁶ BRASIL. TJDF. *Apelação Cível nº 20040110379253*. Relator: Des. Jair Soares. 6ª Turma Cível. Publicado no DJ de 06 de maio de 2009.

⁴⁷ Art. 4º da Lei nº 11.101/05: “O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência. Parágrafo único. Além das disposições previstas nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.” Publicado no DOU de 9 de fevereiro de 2005.

⁴⁸ Mensagem 59: “Razões do veto: O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do *parquet* não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, (...), sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. (...) O Ministério Público é, portanto, comunicado a respeito dos principais atos processuais e nestes terá a possibilidade de intervir. Por isso, é estreme de dúvidas que o representante da

que, nos motivos do veto, foi ressaltada a possibilidade de o *Parquet* intervir nas fases que não estão expressamente previstas na lei, sempre que o promotor achar necessário e cabível. Além da possibilidade da adoção da mesma providência nas ações em que a massa falida for autora ou ré.

Não obstante o veto, a jurisprudência⁴⁹ é firme pela atuação do Ministério Público nos procedimentos falimentares, pois, de acordo com o artigo 127 da Constituição Federal⁵⁰ e o artigo 82, III do Código de Processo Civil⁵¹, o *Parquet* deverá intervir em todos os processos em que esteja presente o interesse público socialmente relevante.

O fundamento da legitimidade do Ministério Público reside na presença do interesse coletivo na decretação da falência. Uma vez que, a quebra de uma sociedade empresária gera inúmeros efeitos de ordem econômico-social, pois desestabiliza o sistema de crédito e compromete o equilíbrio financeiro dos credores, podendo gerar efeitos na própria economia do país.

Assim, compete ao *Parquet* a defesa dos interesses transindividuais não só dos *stakeholders* como também da coletividade, uma vez que essa defesa será exercida nos três níveis: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os direitos difusos compreendem os interesses que ultrapassam a esfera de um único indivíduo; são caracterizados por sua indivisibilidade. A satisfação do direito deve atingir a uma coletividade indeterminada. Nesse sentido, é a atuação do *Parquet* quando intervém nos procedimentos falimentares visando à tutela da economia pública e da fé pública do comércio.

instituição poderá requerer, quando de sua intimação inicial, a intimação dos demais atos do processo, de modo que possa intervir sempre que entender necessário e cabível. A mesma providência poderá ser adotada pelo *parquet* nos processos em que a massa falida seja parte.” Publicado no DOU de 9 de fevereiro de 2005.

⁴⁹ BRASIL. TJDF. *Agravo de Instrumento nº 200700 2003470-1*. Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva. 5ª Turma Cível. Publicado no DJ de 27 de Julho de 2007.

⁵⁰ Art. 127 da CR: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” Publicado no DOU de 05 de outubro de 1988.

⁵¹ Art. 82 do CPC: “Compete ao Ministério Público intervir: (...) III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.” Publicado no DOU de 17 de janeiro de 1973.

Os direitos coletivos constituem interesses de pessoas ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária, sendo seus sujeitos indeterminados, porém determináveis por pertencerem a uma mesma classe. Nesse âmbito, encontram-se os trabalhadores da sociedade falida que são alcançados pela atuação do Ministério Público, visto que a diminuição do prejuízo pela responsabilização pessoal dos administradores pode significar o pagamento dos créditos trabalhistas de forma satisfatória.

Os direitos individuais homogêneos são aqueles que dizem respeito a pessoas que, ainda que indeterminadas num primeiro momento, poderão ser determinadas no futuro, e cujos direitos são ligadas por um evento de origem comum. A defesa dos direitos individuais homogêneos está diretamente ligada à ação de responsabilidade civil, pois, ao atingir o patrimônio pessoal dos administradores, o Ministério Público visa a resguardar os interesses de todos os *stakeholders* (sejam eles credores, consumidores, fornecedores e demais pessoas que contrataram com a sociedade empresária falida), através de uma tutela coletiva de competência do juízo falimentar.

Consagrada a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil dos administradores, resta esclarecer que se trata de legitimidade extraordinária, pois o *Parquet* defende em nome próprio o interesse geral, e não atinente a si próprio, como ocorre na legitimidade ordinária.

Contudo, essa legitimidade do Ministério Público será sempre de forma subsidiária. Assim, no caso do administrador judicial quedar-se inerte, o *Parquet* não só pode como deve ajuizar e prosseguir com a ação de responsabilidade civil. Porém, se o administrador judicial manifestar interesse no processo já instaurado, deverá ocorrer a substituição processual para figurar no pólo ativo a massa falida.

Destarte entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça⁵²:

⁵² BRASIL. STJ. *REsp* nº 219.103. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 30 de maio de 2005.

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETAÇÃO DE QUEBRA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. DISPOSIÇÃO LEGAL. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. PREJUÍZO DEMONSTRADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O entendimento pacífico, de se retirar a legitimidade do Ministério Público para propor ou prosseguir com a (...) ação de responsabilidade dos administradores da instituição financeira, previstas nos arts. 45 e 46 da Lei n.º 6.024/74, quando encerrada a liquidação extrajudicial, deve merecer análise por outros prismas: (i) impõe-se considerar o relevante interesse social que subjaz aos prejuízos sofridos pelos consumidores com a falência da instituição financeira; (...)

- Sobrevindo a falência da entidade, deverá o síndico promover a substituição processual, nos termos do art. 47 da referida Lei, competindo-lhe, a partir desse momento, as providências legais.

- Contudo, quedando-se inerte o síndico, permanece o Ministério Público revestido de pertinência subjetiva para ajuizar e prosseguir com as ações mencionadas, porque decorre de lei a obrigatoriedade de sua atuação, sob pena de responsabilidade. (...) Precedentes. Recurso especial não conhecido.

Considerando que a ação de responsabilidade civil se traduz na busca de indenização por dano, legitimado será aquele que sofreu prejuízo, que sofreu um decréscimo patrimonial injustificado pelo agravamento do estado de insolvência decorrente do prolongamento artificial da sociedade empresária. Dessa forma, encontra-se caracterizado o fundamento que justifica tanto a legitimidade ativa dos sócios quanto dos credores (*lato sensu*).

Com relação aos sócios, esses devem ser equiparados aos credores⁵³. Com a decretação da falência, há uma alteração na situação jurídica deles, uma vez que lhes é expurgado o direito de retirada ou recebimento de suas quotas ou ações (artigo 116, II da Lei nº 11.101/05). A lei transforma-os em credores da sociedade, pois o artigo 83, VIII, *b*, classifica os direitos dos sócios sem vínculo empregatício como créditos subordinados. Portanto, verifica-se uma igualação de situações entre os sócios e os credores.

A ambos caberia apenas uma pretensão de natureza residual, ou seja, somente teriam legitimidade para propor a ação de responsabilidade civil visando a atingir os bens pessoais do administrador se durante o procedimento falimentar não foi ajuizada essa ação pelo administrador judicial ou Ministério Público.

⁵³ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 181-182.

O fim do procedimento judicial falimentar como prazo final para a caracterização da inércia dos outros legitimados justifica-se porque, de acordo com o §1º do artigo 82, a ação de responsabilização prescreverá em dois anos contados da data do trânsito em julgado da sentença que decretar o encerramento da falência.

Assim, o ingresso com a ação de responsabilidade civil em face do administrador após o encerramento da falência, irá buscar apenas resultados em benefício daquele que ajuizou a ação.

Tanto o sócio quanto o credor estarão atuando em nome próprio na defesa de direito pessoal, deve responder o administrador pela exata proporcionalidade do prejuízo causado. Encerrada a falência, o benefício estaria voltado exclusivamente para o autor da demanda, tendo em vista não mais existirem quadros de credores ou ordem de preferência⁵⁴.

Portanto, conclui-se que a legitimidade ativa do sócio e do credor, em que pese seja ordinária, será residual.

A legitimidade passiva da ação de responsabilidade civil é expressa, podendo-se aplicar o artigo 82 da Lei nº 11.101/05 a quatro personagens: ao sócio da sociedade limitada, ao administrador da sociedade limitada, ao acionista controlador da sociedade por ações e ao administrador da sociedade por ações.

O objetivo da norma é atingir apenas os responsáveis pela má gestão que provocou o estado de insolvência. Não visa a alcançar pessoas que não possuem atribuições relacionadas diretamente com a administração do fluxo de caixa e pagamento de débitos. Assim, em que pese a pessoa ser sócia, pode não ter participação na administração da sociedade, nem mesmo ter ciência da crise econômico-financeira instalada, o que a torna ilegítima para figurar no pólo passivo. Com isso, a intenção da norma foi “separar o joio do trigo”⁵⁵.

⁵⁴ ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 300.

A responsabilidade pessoal aqui tratada não significa a resultante da desconsideração da personalidade jurídica. Essa ação, em que pese tenha o mesmo efeito da desconsideração, qual seja o alcance dos bens particulares, consiste em um procedimento específico para buscar o aspecto culposo dos atos dos administradores que implicaram no agravamento do estado de insolvência, com a consequente indenização que ingressará no ativo da massa falida.

Contudo, tanto a existência quanto a extensão dessa responsabilidade não são tratadas na lei falimentar que expressamente remete à lei societária. Portanto, este estudo é feito juntamente com a análise da responsabilidade dos administradores que foi objeto do capítulo 4 deste trabalho.

Por fim, o artigo 82 da Lei nº 11.101/05 prevê a possibilidade da indisponibilidade dos bens particulares dos réus em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilidade civil.

Essa medida tem natureza acautelatória de urgência e visa a garantir a efetividade da decisão final e evitar o perdimento dos bens durante o tramite processual por meio de eventuais fraudes com transferências. Dessa forma, somente pode ser deferida como medida liminar no bojo do processo de responsabilização mediante decisão fundamentada.

Em razão do princípio da proporcionalidade, a indisponibilidade será sempre limitada ao valor suficiente para indenização do dano alegado. Portanto, não se admite o engessamento plural patrimonial.

Desta forma, na ocorrência de alguma alteração da situação dos bens, é possível a substituição desde que nas mesmas condições, não podendo representar redução de garantia.

É relevante salientar que tal medida já foi deferida, pela primeira vez, em processo que busca a responsabilização dos administradores com base na *deepening insolvency*:

Trata-se de Ação de Responsabilidade Civil proposta pelo Ministério Público na qual requer a decretação da desconsideração da personalidade jurídica em razão da fraude perpetrada pelos réus Edson Alves e Edson Alves Junior em razão da cessão de suas cotas da sociedade empresária falida para terceiros ('laranjas'), objetivando se exonerarem da responsabilidade inerente ao processo falimentar. Aduz que os

aludidos sócios tinham consciência que a sociedade empresária da qual faziam parte estava passando por dificuldades financeiras e inobstante a existência do dever legal de confessar a falência desta (art. 186. inc. III, da Lei de Falências), preferiram comprometer ainda mais o patrimônio da empresa (prolongamento artificial da sociedade empresária falida), em detrimento aos credores. (...). A medida pleiteada pelo Ministério Público objetiva coibir abusos praticados pelos sócios acobertados pelo manto da personalidade jurídica da sociedade. Assim, diante do exposto, proíbo a prática de atos de disposição ou oneração de bens, sujeitos à falência e decreto a indisponibilidade de todos os bens dos réus. Oficie-se à Receita Federal para que remeta ao juízo cópia das três últimas declarações de IR dos sócios acima mencionados. Determino o bloqueio de contas-correntes e aplicações financeiras dos réus junto ao BACEN-JUD.⁵⁶

Portanto, diante dessa decisão e do que foi visto neste trabalho, resta evidente o alinhamento natural da responsabilidade civil do administrador com a aplicação da teoria da *deepening insolvency* no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou a aplicação da teoria da *deepening insolvency*. Tendo como base essa teoria, defendeu a obrigatoriedade do pedido de autofalência e da responsabilização do administrador, além de tratar da ação prevista na legislação falimentar.

A teoria americana da *deepening insolvency* consiste numa causa específica de imputação de responsabilidade ao administrador pelo agravamento do estado de insolvência da sociedade empresária. Sua aplicação é plenamente viável no ordenamento jurídico brasileiro.

O prolongamento artificial da sociedade deve ser combatido mediante a responsabilização do administrador que deixou de requerer a recuperação judicial ou a própria autofalência para continuar, de forma maliciosa, com a atividade empresária em detrimento de todos os *stakeholders*.

⁵⁶ BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0246474-57.2011.8.19.0001*. Juiz: Luiz Roberto Ayoub. Publicado no DJ de 17 de agosto de 2011.

A responsabilização do administrador será pessoal por meio de seus bens até o montante do prejuízo apurado. Assim, serão atingidos tantos bens quanto bastem para cobrir a extensão do dano causado pela inércia ou conduta fraudulenta. O meio pelo qual a lei prevê alcançar o administrador é a ação de responsabilidade civil estabelecida no artigo 82 da Lei nº 11.101/05.

Apesar da previsão do *business judgment rule* no artigo 159, §6º da Lei nº 6.404/76, não cabe a aplicação dessa excludente de responsabilidade no caso da *deepening insolvency*. Numa análise estritamente técnica, com base em parâmetros científicos, sem análise do mérito da decisão do administrador, verifica-se que a continuidade da sociedade que agravou o estado de insolvência, seja por inércia ou por fraude, enquadra-se nas condutas que sinalizam o prolongamento artificial da empresa e fogem ao padrão esperado com base na boa-fé e nos deveres fiduciários.

Por todo o exposto, é possível concluir pela obrigatoriedade do pedido de autofalência sob pena de responsabilização pessoal do administrador, o que de forma tímida já começa a ser abordado e defendido nos tribunais brasileiros, conforme as duas decisões aqui apresentadas anteriormente.

7. REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAGÃO, Leandro Santos de. Deveres dos Administradores de Sociedades Empresárias em Dificuldade Econômico-Financeira: A teoria do Deepening Insolvency no Brasil. In CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; ARAGÃO, Leandro Santos de (coord). *Direito Societário: desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. São Paulo: RT, 2005.

BIENENSTOCK, Martin J. Corporate Restructuring and Bankruptcy. A Fiduciary Duty to Kill a Company? *New York Law Journal*. Nova Iorque. Publicado em 8 de setembro de 2008.

BLOK, Marcella. Deepening Insolvency: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno. In *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 ago 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 26 ago 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 26 ago 2011.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 26 ago 2011.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 26 ago 2011.

BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0246474-57.2011.8.19.0001*. Juiz: Luiz Roberto Ayoub. Publicado no DJ de 17 de agosto de 2011.

BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0260447-16.2010.8.19.0001*. Juíza: Márcia C. S. A. de Carvalho. Publicado no DJ de 24 de agosto de 2010.

BRASIL. Rio de Janeiro. 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. In *Processo nº 0315075-18.2011.8.19.0001*. Promotor: Juan Luiz Souza Vasquez. Ajuizada em 16 de Agosto de 2011.

BRASIL. São Paulo. 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital. *Processo nº 0037076-06.2010.8.26.0100*. Juiz: Caio Marcelo Mendes de Oliveira. Publicado no DJ de 16 de novembro de 2010.

BRASIL. STJ. *REsp nº 219.103*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 30 de maio de 2005.

BRASIL. TJDF. *Agravo de Instrumento nº 200700 2003470-1*. Relator: Des. Romeu Gonzaga Neiva. 5ª Turma Cível. Publicado no DJ de 27 de Julho de 2007.

BRASIL. TJDF. *Apelação Cível nº 20040110379253*. Relator: Des. Jair Soares. 6ª Turma Cível. Publicado no DJ de 06 de maio de 2009.

BRASIL. TJDF. *Apelação Cível nº 20050111039875*. Relator: Des. Carlos Rodrigues. 6ª Turma Cível. Publicado no DJU de 03 de agosto de 2006.

CARVALHO, Gil Costa *et al.* *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. VIDIGAL, Geraldo; MARTINS, Ives Gandra (Coord). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. V. 3. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Caetano Penna Franco Altafin Rodrigues da. *Deepening Insolvency Claims and Fiduciary Duties in Corporations in the Zone of Insolvency: Whether there is an affirmative duty to liquidate under Delaware Law and under Brazilian Law*. RSDE. Harvard Law School, July, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002)*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOUVEA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência - Lei Nº 11.101/2005: Comentários artigos por artigos*. São Paulo: Forense, 2009.

LACERDA, José Candido Sampaio. *Manual de Direito Falimentar*. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 1999.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à Lei (arts. 121 a 188)*. V. 2. São Paulo: Renovar, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas e Falência*. V. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 3. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.