

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 11

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2012

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA) e Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 11 (Julho/Dezembro de 2012)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2014.

**DEEPENING INSOLVENCY E A LEGITIMIDADE PARA
AJUIZAR A AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ART.
82 DA LEI 11.101/05¹**

**LEGITIMACY TO FILE DEEPENING INSOLVENCY CLAIMS
UNDER BRAZILIAN LAW (ARTICLE 82, LAW N. 11.101/05)**

Luis Tomás Alves de Andrade

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a doutrina americana do *deepening insolvency* aplicada à realidade do direito brasileiro, de modo a determinar de quem seria a legitimidade para ajuizar ação de responsabilidade civil contra os administradores e controladores da sociedade falida. Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro não possui dispositivo legal prevendo a responsabilidade dos administradores e controladores por prejuízos causados pelo prolongamento artificial das atividades da empresa, será preciso verificar se a referida teoria, originária do Common Law, se mostra compatível com o nosso sistema legal.

Palavras-chave: Falência. Deepening Insolvency. Agravamento dos Prejuízos. Direito Brasileiro.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the “deepening insolvency” doctrine in the context of the Brazilian law, determining who would be the legitimate party to file the civil liability action against the company’s officers and controlling shareholders. Considering that the Brazilian legal system has no legal provision for civil liability with respect to deepening insolvency claims, it is important to verify whether this doctrine, originated from a Common Law basis, can be freely applied in the country.

¹ Artigo recebido em 05.11.2014 e aceito em 08.12.2014.

Keywords: Bankruptcy. Deepening Insolvency. Brazilian Law.

Sumário: Introdução. 1 – Evolução histórica do deepening insolvency. 2 – O deepening insolvency no Direito Brasileiro: A obrigação de confessar a falência. 3 – O art. 82 da lei 11.101/05 e a legitimidade para ajuizar a ação de responsabilidade civil contra administradores controladores. 3.1 – A legitimidade do Ministério Público. 3.2 – A legitimidade dos sócios ou acionistas minoritários. 3.3 – A legitimidade dos credores da massa falida. Conclusão.

Introdução

Conforme definido na legislação processual, por “insolvência” entende-se o estado em que as dívidas excedem a importância dos bens do devedor²; ou seja, trata-se das hipóteses em que o passivo do devedor se mostra superior ao seu ativo. No caso das sociedades empresárias, tal estado de insuficiência patrimonial acarretará na decretação da sua falência, instituto semelhante à insolvência civil, porém com determinadas peculiaridades. Explica Humberto Theodoro Júnior³ que, enquanto o requerimento de insolvência civil é mera faculdade do devedor (CPC, art. 759), o pedido de autofalência é obrigatório, conforme o disposto no art. 105 da Lei 11.101/05. Ainda que se trate de um dever legal, vale dizer que a mesma lei falimentar não prevê qualquer sanção para o seu não requerimento.

No presente trabalho, será abordada a doutrina do *deepening*

² Cf. art. 748 do Código de Processo Civil de 1973: “Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II, p. 305.

insolvency, originária do sistema norte-americano e criada para responsabilizar aqueles que praticam atos de prolongamento artificial da vida societária, em detrimento dos credores e da própria sociedade. Segundo Leandro Aragão, o também chamado agravamento do estado de insolvência se dá através do “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”⁴. Tais consequências, combinadas com os deveres de fidúcia dos administradores, a vedação ao abuso de poder dos controladores e o princípio da boa-fé objetiva, levariam à responsabilidade pessoal daqueles que causam prejuízos aos credores, seja através da alienação de ativos, seja mediante qualquer forma de agravamento da insolvência da sociedade.

Contudo, por não existir no ordenamento jurídico brasileiro qualquer dispositivo que preveja a responsabilidade dos administradores que não confessam a falência, persiste dúvida quanto à aplicabilidade do *deepening insolvency* no país. Na prática, a sua utilização dependerá de uma interpretação sistemática da lei falimentar, pautada no “dever” de se requerer a falência, previsto no seu art. 105, combinada com a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores de sociedade falida, disposta no art. 82 do mesmo diploma.

No estudo proposto, pretende-se analisar a questão específica da legitimidade para ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra os controladores e administradores que não confessam a falência. Considerado que a lei falimentar e as leis societárias (nelas incluídas, o capítulo das sociedades do Código Civil de 2002) nada dizem a respeito do agravamento da insolvência, será necessário recorrer tanto à doutrina como à jurisprudência, a fim de melhor delimitar a matéria.

⁴ ARAGÃO, Leandro. 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.

Antes, serão traçadas breves considerações acerca do *deepening insolvency* e da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que diz respeito ao dever legal de confessar a falência e às suas implicações na responsabilização pessoal daqueles que prolongam artificialmente as atividades da sociedade.

1 – Evolução histórica do *deepening insolvency*

A expressão *deepening insolvency*, ora traduzida como “agravamento da insolvência”, surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos no julgamento do caso *Schacht v. Brown*. Naquela ocasião, o liquidante judicial de uma determinada companhia falida alegou que os seus controladores e administradores ocultaram, de maneira fraudulenta, a insolvência da empresa e permitiram a continuidade das atividades, mediante a dilapidação de importantes ativos que poderiam servir a satisfazer os credores, caso a falência houvesse sido confessada em momento oportuno⁵. O 7th Circuit dos Estados Unidos (equivalente a um dos nossos Tribunais de Justiça) rejeitou a assertiva de que “o fraudulento prolongamento da vida societária, além do estado de insolvência, deveria ser automaticamente considerado benéfico aos interesses da companhia” e concluiu que “os ativos da sociedade acabaram invariavelmente prejudicados pelo prolongamento da insolvência, expondo-se a empresa de maneira delongada à responsabilidade perante os credores”⁶. A partir de então, começou a se consolidar a doutrina do *deepening insolvency*, que passou a ser debatida em diversas Cortes norte-americanas.

⁵ BLOK, Marcela. *Deepening Insolvency: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno*. *Revista de Direito Empresarial e Recuperacional*, Florianópolis: Editora Conceito Editorial, v. 1, n° 3, p. 16, out./dez., 2010.

⁶ MCLAUGHLIN, Joseph M. *Directors' and officers' liability, The deepening insolvency debate*. 2007. Disponível em: <www.stblaw.com/content/publications/pub599.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2013.

No julgamento do caso *Kittay v. Atlantic Bank of New York*, a Corte americana foi mais longe e definiu o “*deepening insolvency*” como “[...] o fraudulento prolongamento da vida de uma sociedade além da sua insolvência, resultando em prejuízos à própria empresa causados pelo aumento das dívidas”⁷. Até aquele momento, porém, o “*deepening insolvency*” era admitido unicamente como doutrina mensuradora do dano causado pela quebra dos deveres fiduciários dos administradores, mas não como fundamento isolado a justificar a responsabilidade civil, estando sempre ligado ao descumprimento de deveres fiduciários dos controladores e administradores.

Vale dizer que, logo após o julgamento de *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst Young L.L.P.*, a doutrina do *deepening insolvency* sofreu relativo enfraquecimento. Nesse caso, a Corte entendeu que a lei societária de Delaware – considerada como uma das mais importantes leis societárias americanas – não imporia obrigação absoluta aos controladores e administradores de confessarem a falência, concluindo-se que os mesmos estariam permitidos a perseguir, desde que imbuídos de boa-fé, as estratégias que entendessem mais adequadas a maximizar o valor da empresa, ainda que ela se encontrasse em estado de insolvência.

Contudo, a partir do julgamento de *The Official Committee of Unsecured Creditors v. R.F. Lafferty & Co.*, o *deepening insolvency* voltou a ganhar força, já que pela primeira vez a Corte adotou o “agravamento da insolvência” como fundamento isolado para a responsabilização civil dos administradores de uma sociedade. Tendo em vista que, naquele caso, os ativos dilapidados da sociedade falida podiam ser efetivamente mensurados e calculados, entendeu-se que não haveria motivos para que o *deepening insolvency* deixasse de ser aplicado para responsabilizar aqueles que causaram prejuízos aos

⁷ KIMANI, Peter. Deepening insolvency is only damages deep. *Columbus Bar Lawyers Quarterly*, Summer, 2009, p. 34. Disponível em: <http://old.cbalaw.org/_files/publications/lawyers-quarterly/Summer%202009%20Complete%20Publication.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

credores⁸.

Com base em tais precedentes, e em outros que não cabe aqui abordar, a doutrina americana passou a definir o *deepening insolvency* como o artificial prolongamento da vida societária além do seu estado de insolvência, o que implicaria prejuízos advindos do aumento de dívidas, da dilapidação dos ativos e/ou do decréscimo da reputação da sociedade. Segundo Ronald R. Sussman e Benjamin H. Kleine, um clássico exemplo de agravamento da insolvência se daria quando administradores e controladores preparam demonstrações financeiras fraudulentas, através das quais superestimam o valor dos ativos e subestimam o valor do passivo, de modo a garantir aumento de capital em nome da sociedade. Em tal hipótese, tendo em vista que a ocultação da verdadeira condição financeira da empresa leva a um aumento das dívidas, deixando os credores com perdas maiores do que aquelas que teriam se houvesse sido confessada a falência, os administradores devem ser responsabilizados pessoalmente por seus atos⁹.

Eis, em resumo, um panorama da doutrina do *deepening insolvency* no sistema norte-americano, o qual serviu de precursor para a aplicação da teoria do agravamento da insolvência no nosso ordenamento, conduzindo à crescente responsabilização civil dos administradores e controladores das sociedades, em razão da não confissão da falência no momento oportuno.

⁸ SILBERGLIED, Richard. Don't Throw Away your Deepening Insolvency Materials Just Yet. *American Bankruptcy Institute Journal*, October, 2008, p. 21.

⁹ SUSSMAN, Ronald H.; KLEINE, Benjamin H. What is Deepening Insolvency? *Journal of Bankruptcy Law and Practice*, Thomson/West, v. 15, n.º. 6, 2006, p. 793. Disponível em: < <http://www.cooley.com/files/JBLP%20vol%2015%20no%206%20Sussman%20and%20Kleine%2040405781-51.pdf> >. Acesso em: 10 fev. 2015.

2 – O *deepening insolvency* no direito brasileiro: a obrigação de confessar a falência

Conforme o disposto no art. 8º do Decreto-Lei 7.661/45¹⁰ – a antiga lei de falências –, era dever do comerciante requerer a declaração da sua falência, dentro de 30 dias do vencimento de obrigação líquida e não paga. O art. 140, II, do mesmo diploma impedia, também, que fosse requerida a concordata de sociedade que não tivesse observado o prazo para requerimento da autofalência.

Assim, considerando-se que a antiga lei falimentar previa prazo para o pedido de autofalência e dispunha sobre sanção específica para o seu não cumprimento, não havia dúvidas quanto à obrigatoriedade de se confessar a falência.

No entanto, com o advento da Lei 11.101/05, tanto a doutrina como a jurisprudência passaram a oscilar acerca da existência de um dever legal de se requerer a falência. Isso porque, o art. 105 passou a prever, tão somente, o dever de requerer a autofalência, sem estipular qualquer prazo ou sanção para o descumprimento.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho¹¹, ao dispor sobre o dever do administrador de sociedade em crise econômico-financeira de requerer ao juízo a sua falência, o art. 105 da Lei 11.101/05 não deixou margem a interpretações, constituindo uma obrigação legal o requerimento da falência. Por outro lado, diante da ausência de previsão de qualquer sanção para o seu não cumprimento, entende o autor que o aludido dever jurídico se torna uma mera recomendação, a qual estará sujeita à vontade da sociedade empresária, representada por seus controladores e administradores.

Corroborando o entendimento de que o pedido de autofalência

¹⁰ 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: [...].

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 277.

é mera faculdade do devedor, a legislação societária não abarca uma obrigação específica dos administradores de requererem a falência, uma vez que o art. 122, IX, da Lei 6.404/76 prevê que os administradores somente poderão requerer a falência em juízo com a autorização dos acionistas. Do mesmo modo, o art. 1.071, VIII, combinado com o art. 1072, parágrafo 4º, do Código Civil prevê a necessidade de autorização dos sócios de sociedade limitada para se requerer a concordata e, por conseguinte, pode-se dizer que o mesmo se aplica para a falência¹².

Vale destacar que parcela da jurisprudência nacional vem entendendo que o requerimento de autofalência é, de fato, uma mera faculdade do devedor, conforme se depreende dos seguintes julgados:

AUTOFALÊNCIA. LEI 11.105/2005. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS OBJETIVOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE RELAÇÃO NOMINAL DOS CREDORES. RELAÇÃO DE BENS E DIREITOS.

1 - A AUTO-FALÊNCIA, PORQUANTO NÃO É OBRIGATÓRIA, CONSTITUI BENESSE LEGAL DEFERIDA AO EMPRESÁRIO FRACASSADO. LOGO, SOMENTE PODERÁ SER DECRETADA QUANDO ATENDIDAS AS EXIGÊNCIAS PRESCRITAS PELO ORDENAMENTO, POSITIVANDO-SE COM ISSO O SENTIDO DA NORMA. [...] ¹³.

COMERCIAL - AUTOFALÊNCIA - INSOLVÊNCIA - GRUPO DE EMPRESAS - NÃO DECRETAÇÃO DA QUEBRA - PRECEDENTE DA CORTE - RECURSO DESPROVIDO.

Não sendo a autofalência dever do comerciante, mas mera faculdade, sua decretação pressupõe clara e indiscutível insolvência, que não se confunde com a mera impontualidade. Hipótese em que a requerente

¹² BLOK, Marcela. Op. cit. 22.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº. 0103987-10.2005.807.0001. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Quinta Turma Cível. Brasília, 3 de agosto de 2006.

aponta visíveis condições de soerguimento e em que nenhum credor optou pela quebra¹⁴.

No entanto, tendo em vista que o art. 82 da nova lei falimentar prevê a apuração da responsabilidade pessoal dos controladores e administradores da sociedade falida no próprio juízo da falência, abre-se espaço para uma detida análise dos atos societários anteriores à declaração da falência, de modo a se verificar se houve fraude ou dano à sociedade, com base nos deveres de fidúcia (i.e. dever de diligência, arts. 153 da Lei das S.A. e 1.011 do CC; dever de lealdade, art. 155 da Lei das S.A. e dever de informar, art. 157 da Lei das S.A.), no abuso do poder de controle (art. 117 da Lei 6.404/76) e no princípio da boa-fé objetiva, vinculadores da atuação dos administradores e controladores.

Nesse sentido, João Bosco Cascardo de Gouvêa¹⁵ explica que, ao requererem a autofalência, os controladores e administradores estão demonstrando a sua própria boa-fé, evitando o agravamento da insolvência e se eximindo de eventual responsabilização pessoal (art. 82). Por esse motivo, entende o autor que o pedido de autofalência não configura uma mera faculdade, mas uma obrigação legal.

Ainda de acordo com os deveres fiduciários dos administradores, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro vem se pronunciando pela existência do dever da sociedade empresária de confessar a falência, uma vez que a manutenção da atividade empresária, além de agravar a insolvência, aumentará os prejuízos dos credores e refletirá violação à boa-fé objetiva. Com base em tal entendimento, nos autos do conhecido processo de falência da VARIG S.A., o Juízo da 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro reconheceu a responsabilidade civil dos administradores por prejuízos

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 47.180. Relator: Desembargador Amaral e Silva. Terceira Câmara Cível. Florianópolis, 30 de junho de 1995.

¹⁵ GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*: Lei nº. 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 259.

causados pelo prolongamento artificial das atividades da sociedade, em detrimento do bloco de credores. Nesse sentido, leia-se o seguinte trecho da sentença:

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.

Em caso ainda mais recente¹⁶, a 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, mais uma vez, reconheceu a responsabilidade do administrador pela não confissão da falência. Com efeito, verificada a fraudulenta dilapidação patrimonial de sociedade falida, o juízo concedeu a antecipação de tutela postulada pelo Ministério Público, de modo a decretar a indisponibilidade de todos os bens pessoais do administrador. Leia-se:

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 [...] 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.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação autuada sob o nº. 0246474-57.2011.8.19.0001. Juiz Luiz Roberto Ayoub. 1ª Vara Empresarial. Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2011.

[...]

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.

Como se pode notar, apesar de controvertida a aplicação do *deepening insolvency* no nosso ordenamento, é possível verificar a sua crescente aceitação pelo Poder Judiciário, de modo a viabilizar a responsabilização pessoal dos controladores e administradores que não confessam a falência, praticando atos danosos à sociedade e aos seus credores.

3 – O art. 82 da lei 11.101/05 e a legitimidade para ajuizar a Ação de Responsabilidade Civil fundada no *deepening insolvency*

O art. 82 da Lei 11.101/05¹⁷ dispõe sobre a responsabilidade pessoal dos sócios e administradores de sociedade limitada e dos acionistas controladores e administradores de sociedade anônima, estabelecendo que tal responsabilidade deva ser apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova de insuficiência patrimonial para cobrir o passivo. Embora genérica, tal previsão serve de fundamento para a responsabilidade pelo agravamento da insolvência da sociedade.

No entanto, conforme explicado por Fábio Ulhoa Coelho, a

¹⁷ Art. 82. 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.

existência e a extensão da responsabilidade dos controladores e administradores não são tratadas na legislação falimentar, e na verdade derivam da própria lei societária:

O dispositivo aplica-se, principalmente, a quatro sujeitos: o sócio da sociedade limitada, administrador da sociedade limitada, acionista controlador da sociedade anônima e administrador da sociedade anônima.

Nele, trata-se dos aspectos processuais e da prescrição da ação de responsabilização desses sujeitos quando sobrevinda a falência da sociedade. A existência e extensão da responsabilidade, destaque-se, não são tratadas na legislação falimentar. É matéria da lei societária, à qual o dispositivo faz expressa remissão¹⁸.

Como se vê, há quem entenda que o art. 82 apenas se destina a traçar os aspectos processuais da responsabilização, motivo pelo qual o fundamento da responsabilidade civil, necessariamente, terá de derivar da legislação societária.

No entanto, nem no capítulo atinente às sociedades limitadas do Código Civil de 2002 e nem na Lei das Sociedades Anônimas há qualquer menção à responsabilidade pessoal dos controladores e administradores pelo prolongamento artificial da sociedade. Por conta disso, para aqueles que acreditam que o art. 82 da Lei 11.101/05 não justifica o ajuizamento de ação de responsabilidade civil fundada no *deepening insolvency*, a utilização do agravamento da insolvência como fundamento para o ressarcimento se daria através da aplicação analógica de dispositivos da lei societária.

No caso dos administradores de sociedades limitadas, por exemplo, a responsabilidade pelo *deepening insolvency* se equipararia à violação do dever de diligência, expressamente prevista no art. 1.011 do Código Civil, segundo o qual o administrador deverá ter “o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

¹⁸ *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

Na hipótese dos administradores de sociedades anônimas, a responsabilidade pelo prolongamento artificial da vida societária decorreria do disposto no art. 158, I da Lei 6.404/76, segundo o qual o administrador responderá pelos atos praticados “dentro de suas atribuições ou poderes”, desde que comprovada a “culpa ou dolo”.

Por fim, quanto aos acionistas controladores de sociedades anônimas, o *deepening insolvency* se traduziria em abuso do poder de controle, hipótese de responsabilização pessoal na forma do art. 117 da Lei 6.404/76 (“O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”).

Ainda assim, diante da falta de dispositivo expresse, reside dúvida quanto à questão da legitimidade para se ajuizar a respectiva ação de responsabilidade civil com fundamento no *deepening insolvency*. Neste trabalho, serão discutidas três das figuras mais consideradas pela doutrina e jurisprudência: (i) o Ministério Público, em razão da sua ampla legitimidade para intervir em todas as fases do processo falimentar; (ii) os acionistas minoritários, em decorrência dos deveres de fidúcia (i.e. de lealdade e de informação) para com eles dos controladores e administradores durante a gestão da empresa; e (iii) os próprios credores da sociedade falida, tendo em vista que são eles os principais prejudicados pelo prolongamento artificial da sociedade e os sofrendores diretos do dano em questão.

A fim de melhor analisar a legitimidade processual, abordar-se-á cada hipótese de maneira isolada.

3.1 – A legitimidade do Ministério Público

Conforme o disposto no art. 127 da Constituição Federal¹⁹, o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, pelo

¹⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

que a sua atuação se faz obrigatória sempre que presente o interesse público socialmente relevante. É o que dispõe, também, o art. 82, III do Código de Processo Civil²⁰, segundo o qual a intervenção ministerial se fará necessária sempre que houver interesse público evidenciado pela natureza da lide.

O interesse público socialmente relevante a legitimar a intervenção do Ministério Público para ajuizar a ação de responsabilidade civil estaria ligado à tutela dos interesses transindividuais da coletividade e, mais especificamente, dos *stakeholders* da sociedade, neles incluídos os sócios, os empregados, os clientes, os fornecedores, os sindicatos, os credores, a Fazenda, e todas as outras pessoas abrangidas pela decretação de falência da empresa.

Conforme explicado por Emerson Garcia, a decretação de falência gera uma série de consequências para a coletividade, tal como a desestabilização do sistema creditório, o desequilíbrio econômico-financeiro dos credores e dos próprios empregados ligados à empresa. Justamente por isso, verificado o estado falimentar de uma empresa, devem ser adotadas as medidas necessárias à individualização da sua causa e a evitar o enriquecimento ilícito dos administradores que eventualmente se beneficiaram com atos fraudulentos e de dilapidação patrimonial:

Identificado o estado de falência, devem ser adotadas as medidas necessárias à individualização das causas de sua ocorrência, buscando evitar, tanto quanto possível, a sua repetição ou mesmo a sua indesejada exploração lucrativa, o que ensejaria o enriquecimento do falido e a frustração dos direitos creditícios de tantos quantos com ele negociaram. É esse, em essência, o interesse público que tem justificado a intervenção do Ministério Público em todas as fases processuais [...] ²¹.

²⁰ Art. 82. 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.

²¹ *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 330.

Ainda de acordo com o autor, o veto ao art. 4º da Lei 11.101/05, o qual previa que “o representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação judicial e de falência”, não alterou a conclusão quanto à obrigatoriedade da intervenção ministerial em todas as fases processuais da falência e da recuperação, tendo em vista a inafastável presença do interesse público a legitimar a sua atuação²².

É também o que explica Márcio Guimarães, o qual destaca a preponderância da dimensão coletiva sobre o direito individual, para explicar que, com base no art. 82, III do Código de Processo Civil, o Ministério Público “tem boa base de poder para a tutela dos interesses transindividuais, presentes tanto na falência, na recuperação judicial e extrajudicial”²³.

Sobre a questão, o egrégio Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a legitimidade do órgão ministerial para a tutela dos interesses transindividuais em casos semelhantes, como, por exemplo, para ajuizamento de ação de responsabilidade dos administradores de instituição financeira, depois de encerrada a liquidação extrajudicial. Naquela hipótese, persistindo os prejuízos sofridos pelos consumidores com a decretação da falência, não haveria motivo para se retirar a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação de responsabilidade civil:

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 medida cautelar de arresto e a ação de responsabilidade

²² Op. cit. p. 332.

²³ *O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial: A Habilitação e Impugnação de Créditos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 56.

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; (ii) a nova Lei, que não pode retroagir a este caso concreto, dispõe expressamente contra o entendimento outrora pacificado pelas Turmas de Direito Privado do STJ.

[...]

- A demonstração do prejuízo e o alcance da responsabilidade dos administradores da falida são questões que o acórdão recorrido definiu e cuja modificação do julgado é obstada pelo inviável revolvimento de provas em recurso especial.

- Presente a litigiosidade e composta a lide pela massa falida, cabível a imposição aos sucumbentes do pagamento de honorários advocatícios. Precedentes. Recurso especial não conhecido²⁴.

A legitimidade do Ministério Público para a tutela dos interesses transindividuais no processo falimentar pode ser extraída, também, do disposto no art. 132 da Lei 11.101/05, que lhe confere expressa pertinência subjetiva para o ajuizamento de ação revocatória, espécie de ação coletiva. Portanto, diante de tal previsão expressa, entende-se que não haveria óbices à intervenção ministerial para também tutelar os interesses dos *stakeholders* prejudicados por condutas danosas praticadas pelos administradores da sociedade falida. Vale ressaltar, inclusive, que o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal já teve a oportunidade de decidir, afirmando a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de responsabilidade pessoal contra sócios de sociedade falida, apesar da lacuna legislativa sobre o tema:

RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 219.103/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Brasília, 30 de maio de 2005.

JUÍZO DA FALÊNCIA. ARTIGO 82 DA LEI 11.101/2005. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LACUNA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA.

1. Constata-se uma lacuna legislativa quanto aos legitimados à propositura da ação de responsabilização pessoal dos sócios de responsabilidade limitada em sociedade falida. Contudo em uma leitura sistemática do ordenamento jurídico, por aplicação analógica dos artigos 132 da Lei 11.105/05 e 50 do CPC, não tem sentido falar-se em ilegitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilidade pessoal dos sócios de sociedade em processo de falência, por atos praticados em desconformidade com a legislação de regência ou contrato social da empresa. [...] ²⁵.

Por tais motivos, ainda que o Código de Processo Civil seja silente, entende-se que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação de responsabilidade civil contra administradores e controladores em decorrência de prejuízos causados pelo prolongamento artificial da vida societária.

3.2 – A legitimidade dos sócios / acionistas minoritários

Conforme preceituado no art. 75 da Lei 11.101/05, a falência visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos da sociedade, de modo a garantir a maior satisfação possível de credores. De acordo com a classificação dos créditos prevista na legislação falimentar, os créditos dos sócios da sociedade falida serão os últimos a serem pagos, vez que englobados na categoria de créditos subordinados, na forma do art. 83, VIII, “b”. Nada mais certo, portanto, que os mesmos possam se valer dos meios necessários para proteger o seu crédito, através da ação de responsabilidade civil dos administradores e controladores que lhes causarem prejuízos comprovados.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº. 2009.01.1.1035313-8. Relator: Desembargador Lécio Resende. Primeira Turma Cível. Brasília, 16 de fevereiro de 2011.

Além disso, os acionistas majoritários e os administradores possuem deveres fiduciários para com os minoritários, tendo em vista a sua posição privilegiada em relação aos negócios da sociedade. A título exemplificativo, o dever de diligência, previsto no art. 1.011 do Código Civil e no artigo 153 da Lei nº 6.404/76, determina que o administrador deve agir com o mesmo cuidado e empenho que empregaria na administração de seus próprios negócios. De maneira similar, o dever de informar pressupõe que o administrador preste as informações relevantes e suficientes a respeito de sua gestão, apresentando as contas e balanços de maneira acurada, na forma disposta nos art. 157 da Lei nº 6.404/76.

Sobre o padrão de conduta dos administradores e controladores, Modesto Carvalhosa ensina que a legislação societária prevê *standards* amplos e flexíveis, os quais são capazes de abranger uma série de situações e circunstâncias peculiares de cada caso:

O preceito ora estudado prescreve alguns padrões de comportamento do administrador. Neles estão implícitos modelos e combinações de elementos que fornecem a linha de conduta subjetiva que deve ser observada pelo administrador. Tais *standards* são amplos, flexíveis e capazes, portanto, de abranger variadas situações, conforme as circunstâncias e peculiaridades de cada caso²⁶.

Portanto, é possível enquadrar o agravamento da insolvência da empresa em hipóteses de violação pelos administradores e controladores dos deveres fiduciários previstos na lei societária e de inobservância dos parâmetros mínimos de conduta, situações nas quais estariam legitimados os acionistas minoritários a ajuizar a respectiva ação de responsabilidade civil, a fim de resguardarem o seu crédito.

No entanto, é preciso que se comprove que a conduta causadora do agravamento da insolvência da empresa se traduz em ato

²⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 266.

fraudulento consciente, já que pela chamada teoria do *business judgement rule*, os atos regulares de gestão dos controladores e administradores possuem imunidade jurídica. Nesse sentido, o §6º do art. 159 da Lei 6.404/76, prevê que “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”, pelo que as decisões que observarem o princípio da boa-fé, forem baseadas em informações amplas do negócio e tomadas de maneira independente, sem conflito de interesses ou em benefício próprio do administrador e, em especial, com observância dos deveres fiduciários, não poderão ser imputadas a eles para fins de responsabilidade pessoal²⁷.

Isso porque, o *business judgement rule* visa garantir um escopo de atuação livre e imune a qualquer responsabilização, desde que comprovado o devido cuidado e a boa-fé aplicada nas funções desempenhadas pelo administrador visando à consecução do objeto social da sociedade. Conforme explicado pela doutrina americana, de onde se originou a teoria: “um administrador que toma uma decisão sobre o negócio de boa fé cumpre o seu dever [...] se o administrador não tem qualquer interesse na matéria da decisão relativa ao negócio; está informado com respeito a essa matéria na extensão em que o administrador acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstâncias; e racionalmente acredita que a decisão é tomada no melhor interesse da sociedade”²⁸.

A doutrina brasileira, em comentários ao art. 158 da Lei das S.A., igualmente prestigia a noção de que os administradores não respondem pelas obrigações da sociedade, decorrentes de atos regulares de gestão:

Em princípio, os administradores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que, em virtude de ato

²⁷ REIS, Juliana de Freitas. Deepening insolvency: a obrigatoriedade do pedido de autofalência. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*, Rio de Janeiro, Volume 3, Número 2, 2011, p. 21.

²⁸ American Law Institute, Principles of Corporate Governance, Section 4.01 (c).

regular de gestão, contraírem em nome da sociedade. Se contraem uma obrigação em nome da sociedade, o fazem como representantes da sociedade, pessoa jurídica, e, por isso, é o patrimônio da companhia que responderá. Essa é a norma legal consubstanciada na primeira parte do art. 158²⁹.

[...] a representação da companhia é privativa dos diretores (art. 138, § 1º), bem como a sua gestão. Nas relações com terceiros é a própria companhia quem se vincula, embora o faça por meio de seu diretor ou de seus diretores (conforme o estatuto), ou seja, de seu órgão, que a *presenta*. O ato é, assim, do órgão, não do administrador. Daí que o diretor ou diretores não assumem a responsabilidade pessoal, desde que se trate de *ato regular de gestão*. Por este, há de se entender o praticado em nome da sociedade e de conformidade com a lei e o estatuto³⁰.

Portanto, comprovado que os atos dos administradores não estão abarcados pela imunidade do *business judgement rule*, demonstrando-se a existência de dano causado pelo agravamento da insolvência da sociedade e verificado o nexo de causalidade entre os atos dos administradores e o dano em si, não haveria óbices para que os acionistas minoritários propusessem ação de responsabilidade civil contra os administradores ou controladores que não confessassem a falência da sociedade.

3.3 – A legitimidade dos credores da sociedade falida

Na forma prevista pelo inciso IV do art. 97 da Lei 11.101/05, qualquer credor está legitimado a requerer a falência da sociedade, desde que respeitadas os requisitos do art. 94 do mesmo diploma. Tal prerrogativa visa garantir, exatamente, a preservação dos ativos da empresa e a satisfação do seu crédito, de modo a impedir a dilapidação

²⁹ LACERDA, J. C. Sampaio. *Comentários à Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3, p. 203.

³⁰ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à Lei*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. v. II, p. 559.

do patrimônio e a posterior impossibilidade de saldar as dívidas. Percebe-se, portanto, que é do próprio espírito da lei falimentar autorizar medidas que visem a mitigar os danos sofridos pelos credores, podendo-se assim justificar a sua legitimidade para ajuizar ação de responsabilidade civil dos administradores e controladores que aumentarem os prejuízos da empresa.

No entanto, ainda que os credores sejam os principais prejudicados com prolongamento artificial da vida societária, as Cortes americanas vêm adotando o posicionamento de que não caberia a eles propor ação de responsabilidade civil fundada no *deepening insolvency*. Isso porque, de acordo com a Lei de Delaware (utilizada como parâmetro em diversos outros estados americanos), os controladores e administradores da sociedade apenas possuiriam deveres fiduciários para com os acionistas minoritários, e não para com os credores. Por esse motivo, não caberia a eles postularem a responsabilidade pessoal derivada do prolongamento artificial da vida societária, mas tão somente ingressarem com ações derivadas dos seus direitos contratualmente protegidos. É o que explica Caetano Altafin Rodrigues da Cunha, em obra específica sobre o tema:

De acordo com o Direito vigente em Delaware, credores podem ingressar com ações baseadas em seus direitos contratual ou legalmente reconhecidos, ou ainda ingressar com ações derivativas em nome da companhia. Em segundo lugar, esse artigo argumenta que, com base no Direito Falimentar de Delaware e no Brasil, credores não possuem e nem devem possuir o direito de ingressar com ações de responsabilidade civil por agravamento de insolvência. Contrariamente aos fundamentos que embasaram a decisão proferida em agosto de 2010 no caso VARIG, os conselheiros de administração devem ter como salvaguarda a regra de proteção à decisão negocial por decisões tomadas de boa-fé e de maneira informada, independentemente do resultado que delas decorra³¹.

³¹ Ação de Responsabilidade Civil por Agravamento de Insolvência e Deveres Fiduciários em Companhias na Zona de Insolvência: Devedores Possuem a Obrigação de Promover a Autofalência em Delaware e No Brasil?, *Revista*

Ainda assim, ousou discordar de tal posicionamento. Conforme já mencionado, o aumento das dívidas e a dissipação do patrimônio, provocados pelo agravamento da insolvência da sociedade, causarão prejuízos diretos aos credores, que verão diminuídas as chances de satisfazerem os seus créditos na tardia decretação da falência. Por esse motivo, entendo que os credores que tiverem prejudicada a satisfação do seu crédito pela insuficiência patrimonial da sociedade falida têm legitimidade para dar início à ação de responsabilidade dos controladores e administradores perante o próprio juízo falimentar, a fim de prestigiar a celeridade e a economia processual, tudo em benefício da própria massa falida.

Deve-se lembrar que o art. 82 da Lei 11.101/05, responsável pelos aspectos processuais da ação de responsabilidade civil contra administradores e controladores, é claro ao dispor sobre a apuração da responsabilidade no próprio juízo falimentar, sem mencionar qualquer restrição quanto à legitimidade do interessado. Deste modo, seria imprudente acreditar que vedações de ordem processual, derivadas de um país do *Common Law*, se aplicariam ao nosso ordenamento jurídico, com características e peculiaridades processuais muito distintas.

Em comentários ao disposto no art. 82 da Lei 11.101/05, Carlos Henrique Abrão sustenta que caberia tanto ao Ministério Público e ao administrador judicial, como a qualquer terceiro interessado, o desatar da investigação em torno da responsabilidade do administrador e controlador. Leia-se:

[...] Efetivamente, cabe ao administrador judicial, Ministério Público ou provocação de terceiro interessado o desatar da investigação em torno da responsabilidade do administrador ou controlador, na medida em que os bens patrimoniais individuais responderão pela exata proporcionalidade do prejuízo

causado [...]»³².

Deste modo, entende-se pela legitimidade dos credores para, no próprio juízo falimentar, ajuizarem ação de responsabilidade civil fundada no *deepening insolvency*.

Conclusão

Neste trabalho, buscou-se traçar a evolução do instituto do *deepening insolvency*, desde o seu surgimento no direito americano até a sua inserção no direito brasileiro, com a crescente aceitação pela doutrina e jurisprudência nacionais da responsabilização dos administradores e controladores que não confessam a falência e causam o prolongamento artificial da vida societária.

Conforme demonstrado, independentemente de quem seja o legitimado a propor a ação de responsabilidade, necessário comprovar, de maneira certa e inequívoca, que os administradores e controladores agiram com culpa no desempenhar das suas funções, praticando atos conscientes de agravamento da insolvência, em detrimento dos credores e da própria sociedade, tendo em vista a impossibilidade de se rever os atos regulares de administração, conforme a regra do *business judgment rule* (art. 158 da Lei das S.A.).

Apesar de a legislação falimentar não prever expressamente a responsabilidade pessoal pela não confissão da falência, conclui-se que tanto o Ministério Público quanto os acionistas minoritários e os próprios credores prejudicados possuem legitimidade para ajuizar a respectiva ação de responsabilidade, perante o próprio juízo falimentar, conforme o disposto no art. 82 da Lei 11.101/05.

No que se refere à intervenção ministerial, pela sua prerrogativa de defesa dos interesses transindividuais, tal como o dos *stakeholders* atingidos pela decretação de falência, a sua atuação se

³² ABRÃO, Carlos Henrique. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 247.

daria de maneira legítima. Já no que se refere acionistas minoritários, com base nos deveres de fidúcia dos administradores e na vedação ao abuso de poder dos controladores, é certo que eles poderão ingressar no juízo falimentar pleiteando a responsabilidade pessoal daqueles cujos atos de gestão extrapolaram o padrão de conduta esperado pela *business judgement rule*, provocando verdadeiros prejuízos à sociedade. Por último, no que diz respeito aos credores, por se tratarem dos principais prejudicados pelo agravamento da insolvência, os mesmos possuiriam legitimidade para ajuizar a ação de responsabilidade pessoal dos administradores, no próprio juízo falimentar, de modo a prestigiar a economia e a celeridade processual, e a fim de garantir a mitigação dos prejuízos por eles sofridos, especialmente em razão do espírito da lei falimentar que já permite a eles requererem a falência da empresa.

Ainda que inexistentes os obstáculos para a aplicação do *deepening insolvency* no nosso ordenamento, deverá o legitimado ativo comprovar a configuração dos elementos caracterizadores da responsabilidade pessoal dos administradores e controladores, qual seja, a prática de atos durante o estado de insolvência da empresa, a existência de prejuízos decorrentes de tal atos (nexo de causalidade) e a culpa ou dolo do agente.