

# A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A TEORIA DA *DEEPENING INSOLVENCY*\*

**BOCHAT, Rebeca Nanci**  
Faculdade Santa Lúcia  
*rebecabochat@gmail.com*

**TUDISCO, Maria Amélia Marchesi**  
Faculdade Santa Lúcia  
*meliamarchesi@yahoo.com.br*

## RESUMO

*O trabalho trata da responsabilidade civil do administrador da empresa ao optar inadequadamente pela recuperação judicial, resultando no aumento do passivo e piora da condição econômica da sociedade. Foi utilizada a metodologia de pesquisa em doutrinas, legislações, artigos acadêmicos, jurisprudências e estudos de caso, abordando a responsabilidade do administrador da sociedade e o instituto da *Deepening insolvency*. Conclui-se que o instituto pode ser aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como a responsabilização dos administradores pelos prejuízos causados à empresa.*

***PALAVRAS-CHAVE:*** *Administrador; responsabilidade civil; recuperação judicial; Deepening insolvency.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará da Teoria *Deepening insolvency*, a qual procura

---

\*Este artigo é parte integrante de Trabalho de Conclusão de Curso defendido em outubro de 2022 pela discente Rebeca Nanci Bochat, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Santa Lúcia, sob orientação de Prof. MSc. Maria Amélia Marchesi Tudisco.

conferir à uma série de sujeitos, dentre eles os sócios, administradores, diretores, advogados e auditores a responsabilidade pelos prejuízos causados por atos e decisões que contrariam a essência do direito empresarial, suprimindo dados, assumindo empréstimos, realizando contratos não paritários de mútuo, retirando as riquezas da sociedade através de forma diversa da usual, dentre outras.

Dividido entre os assuntos de responsabilidade civil, direito empresarial, recuperação judicial e a teoria da *Deepening insolvency*, discorrerá sobre responsabilidade civil e serão abordados os conceitos da responsabilidade, suas espécies, sendo a responsabilidade civil subjetiva, aquela caracterizada por culpa ou dolo, dano e nexa causal, a que se enquadra à responsabilidade do administrador, pois é necessária a culpa ou dolo do agente, no caso do administrador da empresa na sociedade. Sobre direito empresarial, será apresentado o conceito de empresa e de empresário, expresso no artigo 966 do Código Civil. Além de alguns tipos de sociedade, nas quais, cabem ao administrador da empresa representá-las, e podendo, inclusive, o administrador ser o próprio sócio da empresa.

Por seguinte, será norteadada a recuperação judicial, instituto este de grande relevância para o trabalho devido a teoria da *Deepening insolvency* constituir um elo entre a recuperação judicial e a falência, a diferença entre o pedido da recuperação ao invés da falência e também abordará os princípios de relevância para a recuperação judicial.

A recuperação judicial tem como finalidade básica a produção e manutenção da empresa, porque uma empresa move o sistema econômico e com a preservação desta empresa preserva-se todo sistema, além de garantir a sua função social.

Por fim, será abordada a teoria da *Deepening insolvency*, seu conceito, histórico e o papel do administrador da empresa em relação à teoria, posto que ele deva ter capacidade para negar a recuperação judicial, pois essa iria aumentar a dívida, e pedir a falência, sendo dele a responsabilidade de saber a situação econômica em que a empresa se encontra.

O trabalho tem como objetivo o estudo da responsabilidade civil do administrador da sociedade e sua má fé com o intuito de fraudar credores e acionistas causando danos e prejuízos a uma sociedade, caracterizando assim a teoria da *Deepening insolvency* e apontar a realidade deste teoria no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

“A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

[...] toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

## 2.1 Origem da responsabilidade civil no mundo e no Brasil

Desde os primórdios da humanidade, de acordo com Gonçalves (2017), todo dano causava uma reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações, sendo a reparação do dano baseada em vingança, sem incidência do direito. Então se verifica a evolução da responsabilidade civil no Direito desde a Lei de Talião até a Lei Aquília, enquadrando a percepção de proporcionalidade entre o dano e a reparação.

No Brasil, segundo determinações do Império, a reparação era baseada na pena do autor, e transformou seu Código Criminal de 1830 em um:

[...] código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc. (GONÇALVES, 2017, p. 27).

Com o passar dos tempos, o Código Civil de 1916, filiou-se à teoria subjetiva, “que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo.” (GONÇALVES, 2017, p. 27).

A responsabilidade civil se mostra um instituto dinâmico surgindo como proteção ao indivíduo pelo qual sofreu prejuízo, atendendo às necessidades sociais, possibilitando não deixar um dano causado sem reparação.

## 2.2 Conceitos da responsabilidade civil

Responsabilidade está caracterizada como aspecto da realidade social, portanto, pode-se afirmar que a “responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.” (GONÇALVES, 2017, p.19).

A indenização causada pelo dano a terceiro advém do ato ilícito, ato contrário à norma, ocasionando a responsabilidade civil. Segundo o artigo 186, do Código Civil, ato ilícito se dá quando Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002).

### 2.3 Espécies da responsabilidade civil

A responsabilidade civil tem várias formas e espécies, podendo ser classificada pela doutrina quanto ao fundamento, responsabilidade subjetiva e objetiva, como também em função da natureza, ao fato gerador, responsabilidade contratual e extracontratual, como demonstrado na **Tabelas 1**:

**Tabela 1** - Responsabilidade contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva.

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| Responsabilidade contratual      | “Os pressupostos da responsabilidade civil contratual são o contrato válido, a inexecução do contrato, o dano e o nexa causal. Abrange também o inadimplemento ou mora relativos a qualquer obrigação, ainda que proveniente de negócio unilateral (como testamento, a procuração ou a promessa de recompensa) ou da lei (como a obrigação de prestar alimentos).” (GONÇALVES, 2017, p. 45).   |
| Responsabilidade extracontratual | “Decorre de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo ou da prática de um ato ilícito, sem que haja nenhum vínculo contratual entre lesado e lesante.” (DINIZ, 2015, p. 580).   |
| Responsabilidade civil subjetiva | Segundo Diniz (2015), na responsabilidade civil subjetiva, a atividade geradora de dano é ilícita, devendo ser provado se houve dolo ou culpa na ação. O Código Civil, de 2002, adota a responsabilidade subjetiva como regra, quando define o ato ilícito em seu artigo 186, como conduta contrária ao ordenamento jurídico: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002). |
| Responsabilidade civil objetiva  | O 927, do Código Civil, demonstra a responsabilidade civil objetiva como: Parágrafo único. 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. (BRASIL, 2002).   |

### 2.4 DA AÇÃO RESSARCITÓRIA

Segundo Diniz (2015), a ação ressarcitória é uma ação específica utilizada para buscar indenização, ressarcimento ou reparação por atos praticados por terceiros. Apenas o lesado direto ou indireto, ou seu representante legal, tem o direito de exercer essa ação. É importante ressaltar que a ação ressarcitória não pode ser efetivada na ausência do réu e pode ser iniciada por intervenção espontânea do Ministério Público ou por determinação do juiz. Ainda de acordo com a autora, o ressarcimento do dano será concedido exclusivamente em benefício do prejudicado.

Os pressupostos da responsabilidade civil, elencados por Diniz (2015), Gonçalves (2017) e Venosa (2015), estão na **Tabela 2**, são eles: a ação ou omissão, a culpa, o dolo, o dano e o nexo de causalidade.

**Tabela 2** - Pressupostos da responsabilidade civil

|                  |  |
|------------------|--|
| Ação / Omissão   | A ação, “[...], vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, [...] que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado” (DINIZ, 2015, p. 56).<br>“Para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado.” (GONÇALVES, 2017, p. 59).   |
| Culpa            | A culpa é constituída da falta de habilidade, imperícia, da inobservância em seguir normas, negligência, ou da falta de cuidado, imprudência. “A culpa, é a inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar.” (VENOSA, 2015, p. 27).  |
| Dolo             | No dolo há a intenção na conduta, existe a vontade de ofender e praticar o ato ilícito. À medida que, “o dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, de dever jurídico.” (GONÇALVES, 2017, p. 53).   |
| Dano             | Dano é um pressuposto da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, é o resultado causado pelo não cumprimento da obrigação, seja este por culpa, ou dolo, e pode ser tanto material como moral. Portanto, é necessária a ocorrência de um prejuízo para existir a responsabilidade, “[...] ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo.” (GONÇALVES, 2017, p. 55).<br>Pode-se dividir o dano em duas categorias, o dano material e o dano moral. “Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral, é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.” (GONÇALVES, 2017, p. 369). |
| Nexo causalidade | O nexo de causalidade constitui “uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Devendo verificar que [...] o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.” (DINIZ, 2015, p.134). Observa-se que o dano não precisa ser a causa direta, desde que ele tenha relação e contribua para o prejuízo.  |

Os excludentes da responsabilidade civil, de acordo com Gonçalves (2017), são a culpa exclusiva da vítima, o fato exclusivo de terceiro, a cláusula de não indenizar e a prescrição, seus conceitos seguem na **Tabela 3** a seguir:

**Tabela 3** - Excludentes da responsabilidade civil

|                            |  |
|----------------------------|--|
| Culpa exclusiva da vítima  | “Quando se verifica a culpa exclusiva da vítima incorre em indenização, pois deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima”, se configurando como mero acidente. (GONÇALVES, 2017, p. 438).  |
| Fato exclusivo de terceiro | Terceiro é qualquer pessoa além do agente causador do dano e da vítima, podendo o dano ser causado não pela conduta do agente, mas pela conduta deste terceiro. Porém, “a culpa de terceiro não exonera o autor dos danos do dever jurídico de indenizar.” (GONÇALVES, 2017, p. 478).  |
| Cláusula de não indenizar  | A cláusula de não indenizar não afasta a responsabilidade do agente, apenas afasta a obrigação de indenizar. “[...] é o acordo de vontades que objetiva afastar as consequências da inexecução ou da execução inadequada do contrato.” (GONÇALVES, 2017, p. 487).  |
| Da prescrição              | Prescrição é a perda do direito de exigir uma prestação. “Prescrita a pretensão à reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento da indenização. A responsabilidade do agente causador do dano se extingue.” (GONÇALVES, 2017, p. 490).<br>A prescrição é a perda da pretensão pela inércia do titular do direito, segundo o artigo 189, do Código Civil: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.” |

### 3. NOÇÕES DE DIREITO EMPRESARIAL

Consoante Coelho (2016), o Direito Empresarial ou também conhecido como Direito Comercial, tem como objeto o estudo dos meios socialmente estruturados de superação dos conflitos de interesses envolvendo empresários ou relacionados com as empresas que eles exploram, visando garantir o exercício da atividade econômica, através da produção ou circulação de bens de serviço que objetivam o lucro.

#### 3.1 Síntese histórica

O direito comercial passa por quatro etapas em sua evolução. A primeira etapa, na antiguidade, visava o consumo próprio, sem objetivo de lucro. “Na Antiguidade, roupas e víveres eram produzidos na própria casa, para os seus moradores; apenas os excedentes eventuais eram trocados entre vizinhos ou na praça.” (COELHO, 2016, p.12).

Na segunda fase de sua evolução, sob um aspecto subjetivo, as corporações de ofício eram formadas por artesãos e comerciantes europeus que

se reuniam em entidades burguesas sediadas em burgos. Essas corporações possuíam uma considerável autonomia em relação ao poder real e aos senhores feudais. Como reflexo dessa autonomia, desenvolveram-se gradualmente normas que buscavam disciplinar as relações entre os membros filiados às corporações de ofício (COELHO, 2016).

Segundo Coelho (2016), no sistema francês, em sua terceira etapa, Napoleão patrocina a edição de dois diplomas jurídicos: o Código Civil em 1.804 e o Comercial 1.808. Surge então, a Teoria dos Atos de Comércio, de aspecto objetivo, interessado nos atos de comércio, e não na atividade.

Enquanto na quarta etapa, no sistema italiano, em seu Código Civil de 1.942, tem por fim os Atos de Comércio e se inicia a Teoria da Empresa, e disciplina a atividade empresarial, passa-se a “disciplinar uma forma específica de produzir ou circular bens ou serviços, a empresarial.” (COELHO, 2016, p.13).

No Brasil, a evolução se dá mais tardiamente, na época do império, com a repercussão do sistema francês, com Dom Pedro II e o Código Comercial de 1.850, após sua promulgação, por intermédio do Regulamento 737, que listava os atos do comércio. “[...] esta relação compreenderia: a) compra e venda de bens móveis ou semoventes, no atacado ou varejo, para revenda ou aluguel; b) indústria; c) bancos; d) logística; e) espetáculos públicos; f) seguros; g) armação e expedição de navios.” (COELHO, 2016, p.14).

Para só então tardiamente, em 2002, com a edição do Código Civil no Brasil, ser introduzido o direito de empresa no ordenamento jurídico brasileiro. O que antes já se mostrava adotando a teoria da empresa no direito brasileiro: “o direito brasileiro já incorporara nas lições da doutrina, na jurisprudência e em leis esparsas - a teoria da empresa, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil.” (COELHO, 2016, p.14).

### 3.2 Princípios do direito empresarial

No direito empresarial, os princípios podem ser classificados como:

[...] constitucionais ou legais (conforme estejam abrigados na Constituição Federal ou na lei ordinária), gerais ou especiais (se são aplicáveis a todo ramo jurídico ou somente a um de seus desdobramentos) e explícitos ou implícitos (caso estejam expressamente previstos na norma de direito positivo ou decorram desta). (COELHO, 2014, P.64).

Na **Tabela 4**, estão os princípios do direito empresarial e seus conceitos:

**Tabela 4 - Princípios do direito empresarial**

|  |   |
|--|---|
| Princípio da liberdade de associação   | Conforme estabelece o inciso XVII do artigo 5º da Constituição Federal, todas as pessoas têm o direito à plena liberdade de associação para fins lícitos, sendo proibida a associação de caráter paramilitar. Essa disposição garante a igualdade de tratamento perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, tanto para os brasileiros quanto para os estrangeiros residentes no país. Dessa forma, todos os indivíduos são passíveis de exercer o direito de associação (BRASIL, 1988).  |
| Princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária                           | Os sócios responderão, caso haja fraude e confusão patrimonial, sendo caso de desconsideração da personalidade jurídica, o que não fere o princípio, por ser legal, mas afasta seus efeitos. "A desconsideração da personalidade jurídica não significa, portanto, a negação da autonomia patrimonial ou questionamento de sua importância para o regular funcionamento da economia, em proveito de todos." (COELHO, 2014, p.83).   |
| Princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais | O princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, descende do princípio da autonomia patrimonial. E a execução dos bens dos sócios só se dará no momento do fim do patrimônio da empresa. "Apenas depois de exaurido o ativo patrimônio social justifica-se satisfazer os direitos do credor mediante execução dos bens de sócio." (COELHO, 2014, p. 83).   |
| Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais       | A limitação da responsabilidade dos sócios, "[...] é um expediente de segregação de riscos, [...] que protege o interesse individual dos sócios da sociedade empresária [...], ampara, também, o metaindividual de todos os consumidores brasileiros." (COELHO, 2014, p. 85).<br>Por conta disto, este princípio beneficia toda a sociedade, não apenas a empresa e seus sócios, estimulando os investimentos e tornando mais economicamente ativa a sociedade brasileira.  |
| Princípio da autonomia da vontade  | É o princípio que melhor disciplina a relação entre as partes: "Sendo os contratantes empresários e relacionando-se a prestação contratada à exploração de atividade empresarial, a autonomia da vontade ainda corresponde ao princípio jurídico mais adequado à disciplina das relações entre as partes." (COELHO, 2014, p. 89).   |
| Princípio da função social da empresa  | O princípio da função social da propriedade tem sua origem no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal.<br>Segundo Cruz (2021), com o reconhecimento da função social da empresa e dos seus efeitos, percebeu-se que a manutenção do devedor em situação de crise poderia ser mais vantajosa do que sua exclusão imediata do ambiente empresarial. Isso se deve à possibilidade de recuperação do devedor e à consequente continuidade de sua atividade econômica, que não apenas gera empregos, mas também contribui para o progresso econômico e social de forma mais ampla. |
| Princípio da preservação da empresa  | Esclarece Coelho (2012), que o princípio da preservação da empresa pretende a proteção da atividade econômica, e diz respeito ao empresário, aos sócios da sociedade empresária, e também a um conjunto bem maior de sujeitos. Quando existe uma atividade econômica organizada não é ideal sacrificá-la em tempos de crise, devendo ser protegida pelo princípio da preservação da empresa.  |

### 3.4 Empresa e o empresário

Empresa é a atividade econômica, com a finalidade de lucro, através da produção ou circulação de bens de serviço. “É um organismo econômico, isto é, assenta-se sobre uma organização fundada em princípios técnicos e leis econômicas”. (REQUIÃO, 2014, p. 76).

O conceito de estabelecimento empresarial está previsto no ordenamento jurídico, em seu artigo 1.142, *caput*, do Código Civil, “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.” (BRASIL, 2002).

E esclarece em seu §1º “O estabelecimento não se confunde com o local onde se exerce a atividade empresarial, podendo este ser físico ou virtual.”

Ao contrário da empresa, o empresário tem regulamentação no Código Civil de 2002, em seu artigo 966, *caput*: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

E ainda no parágrafo único do mesmo artigo 966, do Código Civil, estabelece não ser considerado empresário: “[...] quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Sendo assim, empresário é o sujeito de direito que exerce a atividade empresarial profissionalmente, ou seja, o titular da empresa, aquele no qual articula os bens do estabelecimento empresarial para o desenvolvimento da atividade da empresa.

**A Tabela 5** trata dos tipos de empresários e sociedades empresariais:

**Tabela 5** - Tipos de empresário e sociedades

|                       |  |
|-----------------------|--|
| Empresário individual | O empresário individual deve possuir capacidade civil plena e não impedimento legal por cargo ou função ou por sanção, ou seja, deve estar apto civilmente para exercer funções de comunhão com cargos de dedicação exclusiva e que não estejam impedidos por sanções, como exposto na redação do artigo 972, do Código Civil: “Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos. (BRASIL, 2002). |
|-----------------------|--|

|                            |  |
|----------------------------|--|
| Sociedade empresária       | <p>Sociedade é um contrato no qual uma ou mais pessoas, por vontade própria, se comprometem através de um negócio em comum a buscar lucro. Nada mais é do que uma “entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos.” (REQUIÃO, 2014, p. 455).</p> <p>Sociedade pode ser caracterizada como sociedade pluripessoal, com a participação de duas ou mais pessoas, ou sociedade unipessoal, aquela formada por apenas uma pessoa, nesta última, constitui exceções a sociedade subsidiária unipessoal, que é aquela com um único acionista, conforme artigo 251, Lei 6.404/76, Lei das Sociedades Anônimas</p>   |
| Sociedade em nome coletivo | <p>A sociedade em nome coletivo é aquela na qual a pessoa do sócio é mais relevante do que o capital investido para a atividade da sociedade. É formada por pessoas físicas e traz no artigo 1.039, do Código Civil, somente pessoas físicas podem tomar parte na sociedade em nome coletivo, respondendo todos os sócios, solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais. (BRASIL, 2002).</p>   |
| Sociedade limitada         | <p>A sociedade limitada é personificada, possui personalidade jurídica, por ser registrada perante a junta comercial. O contrato social, o ato constitutivo da sociedade, “[...] é, realmente, um contrato; mas uma espécie particular de contrato, dotado de características próprias que explicam as suas peculiaridades.” (COELHO, 2012, p. 470).</p>   |
| Sociedade anônima          | <p>A sociedade anônima pode ser de duas espécies, companhias abertas ou companhias fechadas. As companhias abertas são aquelas nas quais os seus títulos mobiliários podem ser negociados após oferta pública, no mercado de capitais, ou seja, em bolsa de valores ou mercado de balcão. E as companhias fechadas, os títulos da sociedade só podem ser negociados pela própria sociedade anônima. “[...] se a operação é destinada à criação de companhia aberta, com valores mobiliários admissíveis à negociação no mercado de capitais, ou de fechada, os procedimentos e formalidades a serem observados variam de modo considerável.” (COELHO, 2012, p. 226).</p> <p>Constitui órgão da sociedade anônima, a assembleia geral, composto necessariamente por acionistas, segundo o artigo. 121 Lei 6.404 de 1976, Lei das Sociedades por Ações, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.</p> <p>O outro órgão da sociedade anônima é o conselho de administração, que tem como função tomar decisões não privativas das assembleias, previsto no artigo 138, Lei 6.404 de 1976, Lei das Sociedades por Ações.</p> |

#### 4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

De acordo com Salomão e Santos (2012), o direito falimentar possui quatro fases, sendo a primeira delas, originária com o Código Comercial

e segue até período da República, onde não é presente os conceitos dos institutos falência, os credores tinham grande autonomia na organização falimentar, e a falência surgiu pela cessação de pagamentos. Na segunda fase, dentre os períodos do Decreto Lei 917, de 1890 e a Lei de Carlos de Carvalho, era determinado que deveria ocorrer o pagamento de todos os credores em até um ano, e a falência diferentemente do período anterior, contava com  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos credores, surge nesta fase também o acordo extrajudicial, de natureza contratual, além da assembleia geral dos credores quirografários. A cessão de bens dependia da aprovação dos credores, e vale realçar o cabimento destas ações só eram possíveis antes do protesto.

Ainda referenciando Salomão e Santos (2012), a terceira fase se deu com o Decreto-Lei 7.661/1945, os credores tiveram sua influência sobre a falência diminuída, resultando numa concentração dos atos nas mãos do juiz, reforçando o aspecto judicial da falência e da concordata. E por fim, a última fase ocorreu com a Lei 11.101 de 2005, quando alterou os institutos, e inseriu a recuperação judicial e a extrajudicial no direito falimentar.

A lei nº 11.101 de 2005 regente dos institutos da falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial foi reformada com a promulgação de nova legislação, a Lei nº 14.112 na data 24 de dezembro de 2020, entrando em vigência 30 dias depois.

Essa alteração na Lei resulta da necessidade de facilitar a recuperação judicial das empresas, propiciando uma melhora do mercado econômico através da manutenção da concorrência, da oferta de produtos e empregos, dando continuidade ao desenvolvimento econômico nacional.

#### **4.1 Da recuperação judicial**

Do ponto de vista de Sacramone (2021), a recuperação judicial é um instituto jurídico que possibilita ao devedor discutir com seus credores, dentro de um ambiente institucional, a viabilidade econômica da empresa e a forma como ela está sendo conduzida pelo empresário, visando cumprir suas obrigações sociais. Esse processo inclui a apresentação de um plano de recuperação que, se aprovado pelos credores em uma Assembleia Geral, resultará na novação das obrigações do devedor.

Diante da crise econômico-financeira do empresário devedor, o ato visa criar instrumentos para os quais diversos interesses envolvidos na condução de um negócio, seja o devedor, os credores, os consumidores, ou

a nação, pudessem se compor a fim de obter a melhor solução comum a todos. Na **Tabela 6**, estão alguns dos procedimentos referentes à recuperação judicial:

**Tabela 6** - Procedimentos da recuperação judicial

|                                    |   |
|------------------------------------|---|
| Mediação e Conciliação             | De acordo com o artigo 20-A da Lei nº 11.101/2005, é válido incentivar a utilização da conciliação e mediação em qualquer instância judicial, incluindo recursos de segundo grau e nos Tribunais Superiores. Importante ressaltar que, diferentemente do que ocorria anteriormente, a utilização desses métodos alternativos de resolução de conflitos não implica na suspensão dos prazos processuais estabelecidos na referida lei, a menos que haja consenso entre as partes ou uma determinação judicial nesse sentido. (BRASIL, 2005).   |
| Requisitos da recuperação judicial | Em conformidade com o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, é requisito essencial para o devedor solicitar a recuperação judicial que ele esteja exercendo suas atividades há mais de 2 anos, não seja falido, não tenha obtido concessão de recuperação judicial nos últimos cinco anos, não tenha sido condenado e não tenha como administrador ou sócio controlador pessoa condenada por crimes previstos na referida lei.<br>De acordo com Sacramone (2021), todos os créditos existentes devem estar inclusos no plano de recuperação judicial, inclusive a LRF determina a regra geral de todos os créditos já existentes, vencidos ou vincendos, por ocasião do pedido de recuperação judicial, são a ela submetidos e poderão ser abrangidos pelo plano de recuperação judicial. |
| Administrador judicial             | Conforme redação do artigo 21 da LRF, o administrador judicial deverá ser um profissional idôneo, de preferência advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. Compete ao administrador judicial alguns deveres, especificados no artigo 22 da Lei 11.101 de 2005.  |
| Assembleia de credores             | A instituição da assembleia de credores se dá quando ocorre qualquer tipo de objeção ao plano de recuperação judicial elaborado e entregue pelo devedor no artigo 56 da Lei de Recuperação e Falências, havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. (BRASIL, 2005).   |
| <i>Cram down</i>                   | Conforme o artigo 58 da Lei de Recuperação e Falências, caso não haja objeção ao plano de recuperação do devedor, o juiz homologará o plano e concederá o benefício legal. No entanto, mesmo que a assembleia geral de credores não aprove o plano de recuperação judicial, ainda há a possibilidade de o juiz conceder a recuperação judicial por meio do instituto do <i>cram down</i> .  |
| <i>DIP financing</i>               | Visando a finalidade de permitir ao empresário em recuperação judicial, o desenvolvimento das atividades, é possibilitado a concessão de novo crédito para “pagamento dos seus fornecedores, empregados, contratos de aluguel ou demais serviços essenciais.” (SACRAMONE, 2021, p. 372).  |

|  |   |
|--|---|
| <p>Plano de recuperação judicial</p>                     | <p>Na redação do artigo 50 da LRF encontram-se os meios dados pela legislação para a implementação do plano de recuperação judicial, entre eles estão a concessão de prazos e condições especiais para pagamentos de obrigações vencidas ou vincendas, alteração do controle societário, substituição total ou parcial dos administradores do devedor, possibilidade de aumento de capital social, trespasse ou arrendamento do estabelecimento, dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, venda parcial de bens, usufruto da empresa, administração compartilhada, conversão da dívida em capital social, convertendo o valor pertencente ao credor em cotas da pessoa jurídica, entre outros. Conforme mencionado no parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei de Recuperação e Falências, o cumprimento do plano de recuperação judicial visa garantir aos trabalhadores na relação de emprego a manutenção social e a preservação dos créditos de natureza alimentar. (BRASIL, 2005).</p> |
| <p>Encerramento e efeitos da recuperação judicial</p>    | <p>Conforme estabelecido pela Lei de Recuperação e Falências, no parágrafo 4º do artigo 6º, ocorre o chamado "Stay Period" ou período de suspensão. Nesse caso, as suspensões e proibições mencionadas nos incisos I, II e III do caput do referido artigo terão uma duração de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do deferimento do processamento da recuperação judicial. Esse prazo pode ser prorrogado por igual período, uma única vez, em situações excepcionais, desde que o devedor não tenha contribuído para a superação do tempo estipulado (Lei nº 14.112, de 2020) (BRASIL, 2005).</p> <p>A concessão da recuperação judicial "provoca a novação de todos os créditos submetidos à recuperação judicial, conforme determinação expressa da Lei. [...] passam a vigorar as novas condições estabelecidas no plano de recuperação judicial a cada um dos créditos". (SACRAMONE, 2021, p.338).</p>  |
| <p>Da convocação da recuperação judicial em falência</p> | <p>Conforme estabelecido pela Lei 11.101 de 2005, a autofalência é a possibilidade de o próprio devedor solicitar sua própria falência devido à impossibilidade de buscar a recuperação judicial. O artigo 105 da referida lei confere ao empresário a faculdade de requerer a autofalência ao juízo caso esteja em uma situação de crise econômico-financeira e julgue não preencher os requisitos para pleitear a recuperação judicial. Essa decisão deve ser acompanhada da exposição das razões que justificam a impossibilidade de continuidade das atividades empresariais. (BRASIL, 2005).</p>   |

## 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A TEORIA *DEEPENING INSOLVENCY*

De acordo com Sacramone (2021), os administradores poderão ser responsabilizados em razão dos prejuízos causados em virtude da violação de seus deveres de diligência, lealdade, sigilo, ao praticarem ato de liberalidade à custa da sociedade, utilizar em proveito próprio os bens da sociedade, ou receber de terceiros vantagem pessoal em razão do exercício de seu cargo, usar em benefício próprio oportunidade comercial conhecida em razão do

cargo ou, de qualquer modo, intervir em operação social em que estiverem interesse conflitante quando a companhia.

## 5.1 O Administrador da sociedade empresária

O administrador da sociedade empresária pode ser pessoa física ou jurídica, sócio ou não sócio, que tenha como função representar e realizar as atividades previstas no contrato social da sociedade empresária, conforme redação do Artigo 46 da Lei n 6.404 de 1976, apenas pessoas naturais poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração. (BRASIL, 1976).

São atribuições principais do administrador da sociedade empresária os deveres de diligência, lealdade e o dever de informar. De acordo com Blok (2011), os administradores têm seu dever no embasamento dos interesses da sociedade conforme as exigências do bem público, procurando sempre cumprir a função social da empresa.

Observa Coelho (2012), que o administrador que atua com diligência é aquele que observa os postulados daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha. E esclarece: “O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas.” (COELHO, 2012, p. 311)

Quanto ao dever de lealdade, o artigo 155 da LSA, determina que o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, [...]. (BRASIL, 1976).

Deve o administrador guardar sigilo sobre informações que possui, devido a seu cargo, informações estas ainda não divulgadas ao mercado. Para tanto, destaca-se, junto ao dever de lealdade o dever de sigilo, acerca de informações relevantes sobre os negócios da sociedade, sobretudo quando se trata de companhia aberta. (CRUZ, 2021).

De acordo com o artigo 156 da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), o dever de informar tem como objetivo reduzir o risco de o administrador utilizar informações em seu próprio benefício. Ele deve informar aos demais administradores sobre seu impedimento e fazer constar em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria a natureza e extensão de seu interesse. (BRASIL, 1976).

### 5.1.1 O administrador na recuperação judicial

Consoante Sacramone (2021), durante o processo de recuperação

judicial, os empresários e administradores continuam exercendo suas atividades empresariais. Isso ocorre porque as pessoas jurídicas permanecem operando de acordo com o contrato social da empresa e as disposições nele previstas.

A LRJF permite em seus incisos do artigo 64, o afastamento do administrador, que também poderá ser afastado da atividade por determinação de ofício pelo juiz, como segue o parágrafo único do referido artigo 64 da LREF quando verificada qualquer das hipóteses do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador, que será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005).

Com isso se possibilita a continuidade da atividade empresarial nas mãos de seus sócios e administradores facilitando assim a função social da empresa e sua manutenção socioeconômica, favorecendo o mercado.

### 5.1.2 A responsabilidade civil do administrador

Os administradores exteriorizam a vontade da sociedade e não a própria vontade e conseqüentemente a responsabilidade dos atos não deve recair sobre os mesmos, mas, sobre a sociedade. No caso de prejuízo da sociedade, “[...] se os danos são da sociedade, só ela é titular do direito à indenização, inclusive porque a maioria societária pode deliberar reinvestir todo o valor da indenização na empresa, em vez de o destinar à distribuição entre os sócios.” (COELHO, 2012, p. 555)

Todavia, o administrador será responsabilizado pelos prejuízos causados expresso nos incisos I e II do Art. 158, da LSA, responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto. (BRASIL, 1976).

De acordo com o artigo 82 da Lei nº 11.101 de 2005, os sócios com responsabilidade limitada e os administradores de sociedades insolventes são responsáveis por eventuais danos causados à sociedade devido a negligência ou dolo no exercício de seus poderes. Além disso, também são responsáveis perante terceiros pelos poderes conferidos pela presunção de culpa. Essa responsabilidade será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da liquidação do patrimônio da empresa e da prova de sua insuficiência para cobrir suas obrigações.

Vale mencionar que a teoria Business judgment rule “é uma excluída de responsabilidade civil fundada na ideia de boa-fé, homem médio e dever de diligência”. (SILVA, 2007 apud por BLOK 2011, s.p.).

A Teoria da aparência, ato ultra vires na qual o administrador responde

civilmente aos atos praticados em excesso, e a sociedade não responde solidariamente foi revogada pela lei 14.195 de 2021, e alterou o artigo 1.015 do Código Civil, ao excluir seu parágrafo único que fazia menção ao administrador da sociedade de responder civilmente por atos praticados em excesso. (BRASIL, 2002).

Dessa forma, atualmente, no silêncio do contrato social, os administradores têm a prerrogativa de praticar todos os atos relacionados à gestão da sociedade, sendo que a oneração ou venda de bens imóveis dependerá da decisão da maioria dos sócios. (BRASIL, 2002).

## 5.2 A teoria da *Deepening insolvency*

A teoria da *Deepening Insolvency* é caracterizada por decisões negligentes e intencionalmente maliciosas, tomadas por indivíduos que tinham plena ciência de que a ampliação dos efeitos da falência da empresa que representavam acarretaria danos irreparáveis a uma parcela significativa da população, incluindo credores, trabalhadores e outras pessoas diretamente relacionadas à empresa, que foram prejudicadas pelo fato de que a empresa possui cada vez menos capacidade financeira para satisfazê-las. (BLOK, 2011).

De acordo com Blok (2011), essa teoria surgiu inicialmente com o objetivo de mitigar os danos ocorridos às empresas. É uma teoria jurídica desenvolvida pelo Direito dos Estados Unidos que envolve a prolongação indevida da existência de uma empresa além de sua solvência, resultando em danos para a própria empresa. Isso pode ocorrer através do aumento de dívidas, da dissipação de recursos ou até mesmo do prejuízo à reputação da empresa.

Segundo Blok (2011), a teoria vem sendo adotada principalmente nos países de Common Law, com a tentativa de viabilizar e indenizar a sociedade que faliu ou que entrou em fase de recuperação judicial para que essa recupere, pelo menos uma parte do prejuízo causado pelos administradores, diretores, sócios, conselheiros, profissionais estes, que tenham facilitado a gestão fraudulenta da empresa ou deturpado a sua condição financeira.

No Brasil, essa teoria ficou conhecida no caso da empresa aérea Varig S.A (Viação Aérea Rio Grandense), quando foi “sustentado que a *Deepening insolvency* poderia representar a responsabilidade do gestor judicial pelo agravamento da situação de crise econômico-financeira passada pela referida sociedade.” (BLOK, 2011, s.p.).

Para tanto, serviria como uma “causa de imputação de responsabilidade

pelos danos gerados em razão do prolongamento artificial da vida da sociedade para além do início do estado de insolvência”. (BLOK, 2011, s.p.).

A teoria da *Deepening Insolvency* é comprovada pelas hipóteses previstas nos incisos I e II do Art. 94 da Lei nº 11.101 de 2005. De acordo com esses incisos, será decretada a falência do devedor que, sem motivo relevante, não paga no vencimento uma obrigação líquida que ultrapasse o valor equivalente a 40 salários-mínimos na data do pedido de falência e que, quando executado por qualquer quantia líquida, não realiza o pagamento, não efetua o depósito e não indica bens suficientes para penhora dentro do prazo legal. (BRASIL, 2005).

### 5.2.1 Aplicação da *Deepening insolvency*

Sob o ponto de vista de Block (2011), existem duas teorias que fundamentam o conceito de *Deepening Insolvency*: a primeira está relacionada à fraude e a segunda se baseia nos danos causados e prejuízos decorrentes. No entanto, há uma tendência dos Tribunais de enxergarem a teoria como decorrente de fraude, sendo assim aplicada em casos em que a fraude e condutas inadequadas por parte de administradores, diretores ou indivíduos com deveres fiduciários em relação à empresa sejam evidentes.

Sussman (2006) apud por Blok (2011), determina alguns mecanismos de identificação dos sinais das atividades da sociedade quando essas estão sendo artificialmente prolongadas, entre eles:

Os negócios da companhia vêm sofrendo repetidas perdas, financiando as mesmas por meios nocivos ou prejudiciais ao bom andamento dos mesmos [...] financiamentos contínuos e constantes por parte de uma empresa insolvente através de ações e empréstimos “duvidosos” devem ser vistos como com olhar suspeito. (SUSSMAN, 2006 apud por BLOK, 2011, s.p.).

Por fim, em caso de apresentação de técnicas irregulares na prestação de contas mostrando despreocupação na condução administrativa da sociedade, “sugere que a Companhia está com dificuldades de manter a sua existência.” (SUSSMAN, 2006 apud por BLOK, 2011, s.p.).

### 5.3 O Administrador da sociedade e a teoria da *Deepening insolvency*

Mesmo que não haja prejuízos à sociedade decorrentes dos atos dos administradores, estes ainda podem ser responsabilizados. Segundo a

legislação brasileira, os deveres dos administradores consistem em agir de forma diligente, cumprindo suas obrigações legais e estatutárias, sem desvios de conduta ou abusos de poder. Dessa forma, a responsabilidade não está relacionada ao resultado da gestão, mas sim à conduta do administrador. (BLOK, 2011).

Conforme a aplicação do artigo 82 da Lei nº 11.101 de 2005 que trata da responsabilidade pessoal dos sócios é importante ressaltar ser “um procedimento com fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo de seus atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento.” (BLOK, 2011, s.p.).

No caso de responsabilização civil pelos danos causados, a indenização fixada possui duas abordagens. Por um lado, é defendido que os responsáveis devem arcar com o valor da dívida incorrida indevidamente pela sociedade, ou seja, o incremento do passivo decorrente dos atos indevidos. Por outro lado, é necessário apurar a depreciação efetiva dos ativos e receitas da sociedade decorrente desses atos, bem como os custos financeiros e administrativos resultantes do agravamento da crise. (SÁ, 2014).

Ademais, a teoria da *Deepening insolvency* pode ser aplicada no Brasil, “[...] servindo, ainda, como um incentivo a que o devedor - aí sim, por meio do corpo societário - confesse sua falência.” (SÁ, 2014, p. 241). E “deve, necessariamente, ser acompanhado da violação de outro dever imposto ao administrador ou acionista controlador da sociedade devedora, conforme o caso.” (SÁ, 2014, p. 241).

Os agentes que contribuírem para o aprofundamento da falência responderão pessoalmente, nos termos do artigo 82 Lei nº 11.101/2005, não só pela responsabilidade civil por perda de oportunidade, mas também por danos, conduta dolosa e fraudulenta.

## 5.4 Estudos de caso

Neste tópico serão apresentados alguns casos reais da jurisdição brasileira em que está presente a Teoria da *Deepening insolvency*. São situações de empresas que por motivos diversos tiveram um aumento do seu passivo em decorrência do pedido de recuperação judicial.

### 5.4.1 Grupo OSX

No caso do grupo OSX, estudo apresentado por Gonçalves e Licks, (2019, p. 17), “abarca processos em que não se verificou a preservação da

função social da atividade empresarial (objeto do processo de recuperação judicial) nem a preservação dos bens, ativos da empresa (objeto do processo falimentar).

O processo de recuperação judicial do grupo OSX teve como objetivo “[...] superar a crise econômico-financeira, com a implementação das medidas cabíveis para a sua reorganização operacional que atendessem aos interesses e preservasse a função social da empresa.” (GONÇALVES; LICKS, 2019, p.19).

Verifica-se que o plano de recuperação judicial apresentou como meio de superação da crise: “promover a captação de novos recursos, reestruturação de dívidas, [...], alienação de outros bens do ativo permanente e a reestruturação societária, como descrito às fls. 6.331-6.703”. (GONÇALVES; LICKS, 2019, p. 19).

O prolongamento das atividades resultou em algumas consequências negativas, como a ineficiência mercadológica que levou as empresas em recuperação a não conseguirem sequer um cliente durante todo o processo até o encerramento. O fato de terem tido apenas um cliente em dois anos, obtido com a intervenção do Poder Judiciário, evidencia a falta de preservação da empresa e do estímulo à atividade econômica, contrariando o disposto no artigo 47 da Lei nº 11.101. (GONÇALVES; LICKS, 2019).

Além disso, no momento em que a ação de recuperação judicial foi deferida em 2014, as devedoras empregavam 1.165 profissionais, número que foi reduzido para apenas 8 em março de 2017. Essa redução de 99,31% no emprego demonstra o fracasso na preservação da "função social" da recuperação judicial, conforme estabelecido no artigo 47 da Lei 11.101/05. (GONÇALVES; LICKS, 2019).

A doutrina já destaca a responsabilidade das sociedades devedoras pelo prolongamento artificial das atividades, o que contribui para o agravamento do estado de insolvência. Aragão (2009) citado por Gonçalves e Licks, (2019) aponta para esse fenômeno, conhecido como *Deepening Insolvency*, que consiste na responsabilização dos administradores pela intensificação do estado de insolvência devido ao prolongamento artificial das atividades empresariais. Isso ocorre quando o passivo se acumula de forma contínua, os ativos perdem valor e a projeção de fluxo de caixa futuro é reduzida.

#### 5.4.2 Sociedade Hermes

Assim como no caso do grupo OSX, a sociedade Hermes, em estudo apresentado por Gonçalves e Licks, (2019), envolveram-se processos

em que não foram verificadas a preservação da função social da atividade empresarial e muito menos, a preservação dos bens e ativos da empresa.

A empresa contava com uma extensa rede de consultoras de venda, composta por mais de 500 mil pessoas em todo o território nacional. A venda dos produtos da Hermes representava uma fonte adicional de renda para suas famílias. (GONÇALVES; LICKS, 2019).

E teve seu pedido de recuperação judicial distribuído em “18 de novembro de 2013 para a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro”. (GONÇALVES; LICKS, 2019, p.20).

Seu objetivo era a “manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. (GONÇALVES; LICKS, 2019, p.21).

Porém fora agravado pelo “longo período de inatividade durante o processo de recuperação judicial que não permitiu a manutenção da fonte produtora, conforme estabelece o art. 47, da LRF, [...]”. (GONÇALVES; LICKS, 2019, p. 24).

Desse modo, o processo de recuperação judicial, “além de não permitir a preservação da fonte produtora dos empregos e dos interesses dos credores, também aumentou o grau de endividamento, bem como causou perdas a dois importantes ativos, a “esteira” e os ativos intangíveis relacionados com o site “comprafacil.com.br”.” (GONÇALVES; LICKS, 2019, p. 25).

Posto isso, “nos dois processos analisados podem ser identificados o agravamento do endividamento das recuperandas sem qualquer benefício à coletividade dos credores.” (GONÇALVES; LICKS, 2019, p. 33).

#### 5.4.3 Varig

Caso Varig, “Uma das maiores empresas aéreas do mundo, após cinco anos de seu processo de recuperação judicial, apresenta, segundo seu gestor judicial, uma dívida três vezes maior do que tinha no momento do pedido de recuperação.” (BLOK, 2011, s.p.).

Conforme Torres (2018), a empresa aérea Varig enfrentou uma crise que teve diversas causas. Durante os anos 60 e 70, viveu seu período de maior sucesso, superando a crise do petróleo e se consolidando no mercado internacional. No entanto, a partir dos anos 80, a Varig começou a ser fortemente afetada pelas transformações político-econômicas no Brasil, bem como por sucessivas falhas em sua administração. Esses fatores culminaram no início de uma grave crise econômico-financeira para a empresa.

Não só essas mudanças político-econômicas a afetaram, mas também “a empresa enfrentava problemas em sua administração, que, muito embora tentasse recuperar a empresa, não conseguia fazê-lo.” (TORRES, 2018, s.p.).

Dessa forma, a Varig iniciou seu processo de recuperação judicial em 2005, tornando-se a primeira empresa brasileira a passar por esse procedimento de acordo com a Lei 11.101/05. No entanto, a empresa acabou tendo sua falência decretada em 2010. Atualmente, a insolvência não deve mais ser vista apenas como um problema de devedores desonestos, mas sim como um evento comum na atividade empresarial, que requer a adoção de medidas para a recuperação total da empresa. Com base nesse paradigma, a Lei 11.101/05 foi elaborada, estabelecendo a recuperação judicial como um instrumento processual para orientar a gestão de empresas insolventes rumo à sua plena restauração, deixando a falência como uma opção apenas para aquelas verdadeiramente irrecuperáveis. (TORRES, 2018).

Torres (2018), complementa, que foi com base no princípio da preservação da empresa, o qual consagra a função social da atividade empresarial, que pontos relevantes do direito falimentar foram alterados pela Lei 11.101/2005.

Nessa situação, o plano de recuperação judicial não pôde ser concretizado devido à falta de recursos para garantir o pagamento dos salários dos controladores de voo nos meses seguintes. Dessa forma, visando assegurar a continuidade do serviço público e considerando também questões de segurança pública, a sociedade empresária reconheceu a falência e justificou a impossibilidade de manter o estado de recuperação judicial. (BLOK, 2011).

Diante das circunstâncias apresentadas, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro chegou à conclusão de que, em conformidade com a teoria da *Deepening insolvency*, deveria ser reconhecida a falência da sociedade empresária. A omissão do gestor judicial poderia acarretar em sua responsabilização. Nesse sentido, o Ministério Público opinou pela decretação da falência da empresa e pela autorização ao gestor judicial para encerrar as atividades. (BLOK, 2011).

De acordo com Torres (2018), como consequência, a própria Varig S.A., então chamada de Flex, juntamente com a Rio Sul Linhas Aéreas e a Nordeste Linhas Aéreas, por meio do Administrador Judicial, que também era o Gestor Judicial, solicitaram a sua própria autofalência. Alegaram que, mesmo após o período de recuperação judicial, as empresas não conseguiram se recuperar e continuavam operando com prejuízo. O próprio gestor judicial afirmou que não via nenhuma possibilidade de superar a crise e que não restava outra alternativa além de decretar a falência.

Na decretação de falência da empresa Varig ficou determinado que, “[...] mesmo após a falência, deveriam ser continuados os serviços de treinamento de aeronautas, para não causar desvalorização dos ativos, nem prejuízos a terceiros e ao público consumidor.” (TORRES, 2018, s.p.).

A venda dos ativos da empresa falida durante o processo de falência tem como objetivo preservar e otimizar a utilização produtiva desses ativos, bens e recursos. Através da venda do estabelecimento empresarial, é possível atrair interessados que ofereçam um preço justo, possibilitando a arrecadação de recursos que serão utilizados para o pagamento dos credores. Dessa forma, busca-se maximizar os ativos da empresa falida. (TORRES, 2018).

Portanto, fica claro que a insolvência da empresa deve ser levada em consideração pelo administrador, para no caso, se necessário, um pedido de recuperação judicial, se faça jus a real necessidade da sociedade, não postergando a crise, e piorando sua condição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho teve como objetivo apresentar a responsabilidade civil do administrador de uma sociedade e a teoria da *Deepening insolvency*. Foi abordada a responsabilidade civil do administrador, assim como seus deveres de diligência, lealdade e informação. Esses deveres aliados a uma boa condução da empresa garantem a preservação desta no mercado socioeconômico.

Verifica-se, com o estudo realizado, que o papel do administrador é de extrema importância no andamento econômico da empresa, além de suas demais atividades. O administrador que age com culpa ou dolo na execução das suas atividades, visando um bem pessoal pode prejudicar o andamento desta sociedade.

Uma sociedade que enfrenta desafios e dificuldades para cumprir com os seus passivos e honrar seus créditos, e passa por um processo de recuperação judicial, que tem por objetivo a manutenção da empresa, a preservação das suas atividades, a manutenção de atividades econômicas e sociais, conta com o desempenho do administrador da empresa em executar da melhor forma este processo de recuperação.

O trabalho mostra que o prolongamento artificial de uma situação irregular gera inúmeros prejuízos não só para empresa, que pode ter um aumento expressivo de seus passivos, mas também gera prejuízos aos seus credores e sujeitos relacionados a essa empresa, pois como demonstrado, a empresa desempenha com sua atividade um papel de Estado, enquanto articula os interesses de seus parceiros, sociedade, meio ambiente, desenvolvimento, em interesse social.

A teoria estudada, de origem americana, incumbe ao administrador da empresa, responsabilidade civil pelos passivos gerados em decorrência do prolongamento artificial através da recuperação judicial. A teoria da *Deepening insolvency* trata da má fé do administrador com o intuito de fraudar credores e acionistas que causam danos e prejuízos a uma sociedade. Quando uma empresa prioriza seus próprios lucros, realiza financiamentos continuados, empréstimos duvidosos e tem uma irregular prestação de contas, sugestiona-se que esta sociedade tem dificuldades em manter sua existência.

Estas ações são de responsabilidade do administrador e/ou do sócio que dão continuidade à empresa, o que não beneficia seus credores, pois no caso deste prolongamento artificial da vida da empresa e assim como o aumento do seu passivo, e errada condução para a recuperação judicial, os credores têm uma chance diminuída de receber o que lhe é devido. Ou seja, se esses sujeitos optassem pela falência ao invés do Instituto da recuperação judicial, a chance dos credores receberem seus créditos seria muito maior.

É importante observar que a recuperação judicial não deve se aplicar a empresas inviáveis. A manutenção artificial destas atividades empresariais causa prejuízos econômicos e sociais, compromete o bom funcionamento dos mercados e pode tornar outras empresas viáveis incapazes de concorrer com atividades empresariais inviáveis, encerrando empresas e sujeitando suas operações a litígios.

Finalizando, fica claro no trabalho que, mesmo no caso de os administradores não serem responsabilizados pelos atos praticados sem prejuízo a sociedade, imputa-lhes a responsabilização se esses atos forem praticados com consciência, culpa ou dolo, e interesse próprio, afinal, este profissional deve ter a capacidade de saber a condição econômica que a empresa se encontra.

Portanto, a teoria da *Deepening insolvency* pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, como um incentivo ao devedor em confessar sua autofalência, agindo assim, com diligência e boa gestão, a fim de causar menos prejuízo possível. Para tanto, os administradores de uma sociedade empresarial podem responder civilmente por seus prejuízos causados à empresa, aos sócios, aos credores e, terceiros.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, L. S. 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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Brasília, DF, (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, (1976). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, nº 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, (2005). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em março de 2022.

BLOK, M. **Deepening insolvency: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno**. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 2011. 44p.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, F. U. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 28ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRUZ, A. S. **Manual de direito empresarial**, volume único. 11ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, O.; LICKS, G. **Plano de recuperação judicial: as consequências da fê**. Revista Brasileira de Direito Empresarial. e-ISSN: 2526-0235, Belém. v. 5, nº 2, p. 16 – 36. jul./dez. 2019.

REQUIÃO, R. **Curso de direito comercial: volume 1**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.  
SÁ, T. V. de. **A aplicação do deepening insolvency no curso da recuperação judicial: uma**

possibilidade no direito brasileiro. Revista semestral de direito empresarial. Rio de Janeiro, nº 15, p. 217-248), julho/dezembro de 2014.

SACRAMONE, M. B. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SALOMÃO, L. F.; SANTOS, P. P. **Recuperação Judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, A. C. **Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, 191p. *apud* BLOK, Marcella. **Deepening insolvency: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno**. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 2011. 44p.

SUSSMAN, R. R.; KLEINE, B. What is a deepening insolvency: **Journal of Bankruptcy Law Practice**, vol. 15, nº 6, and 2006. Citado por BLOK, M. Deepening insolvency: *In: A responsabilização dos administradores pela não confissão da falência no momento oportuno*. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 2011. 44p.

TORRES, E. P. de B. **Caso VARIG: um estudo prático dos institutos da recuperação judicial e da falência**. Direito Comercial. Conteúdo Jurídico. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51264/caso-varig-um-estudo-pratico-dos-institutos-da-recuperacao-judicial-e-da-falencia>. Acesso em maio de 2022.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: responsabilidade civil**. Coleção direito civil, volume 4. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.