



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
ANÔNIMAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO AOS
CONSUMIDORES

Bruno Wahrsager

Rio de Janeiro
2020

BRUNO WAHRSAGER

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES
ANÔNIMAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES

Bruno Wahrsager

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Pós-Graduado em Marketing pela PUC-RJ - Pontifícia Universidade Católica, Graduado em Administração de Empresas pela PUC-RJ.

Resumo – o presente artigo científico tem a finalidade de analisar e explorar as atribuições e responsabilidades dos administradores de Sociedades Anônimas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, assim como objetiva preencher a lacuna hoje existente quanto à responsabilização civil empresarial desses administradores nas execuções de sentenças advindas do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente será demonstrado o provimento de uma possível ferramenta que tomaria essa responsabilização tangível, assim como aumentaria a satisfação de consumidores que se sentissem prejudicados e lesados em seus direitos.

Palavras-Chave: Direito das Sociedades por Ações. Responsabilidade dos Acionistas. Responsabilidade dos Administradores. Código de Defesa do Consumidor. Código Civil Brasileiro. Desconsideração da Pessoa Jurídica. *Deepening Insolvency*.

Sumário – Introdução. 1. Limites da Responsabilidade Civil dos Administradores em Sociedades por Ações. 2. Desconsideração da personalidade jurídica na pessoa do administrador da Sociedade Anônima em Recuperação Judicial ou falência em face do direito do consumidor. 3. Ferramentas jurídicas capazes de responsabilizar os administradores de Sociedades Anônimas no âmbito do direito do consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa apontar os problemas enfrentados pelos consumidores quando, na busca de execução de suas sentenças, quando postos diante de sociedades anônimas em recuperação judicial ou falimentares, e dar uma possível solução de como responsabilizar civilmente os administradores dessas sociedades tomando possível a satisfação de suas sentenças.

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, também apareceram algumas responsabilidades das empresas com relação aos seus produtos, serviços e, principalmente, consumidores. Neste código estão claras e bastante exploradas as funções de cada um desses atores.

Porém, quando se tratam de sociedades de responsabilidade limitada e a empresa não tem como suportar os encargos gerados pelos vícios de seus produtos e/ou serviços, a responsabilidade pode recair sobre os seus sócios ou administradores e estes podem ser alcançados através da desconsideração da personalidade jurídica.

No caso das sociedades anônimas, também conhecidas pela alcunha de S.A., as responsabilidades sobre os vícios e fatos dos produtos e serviços, não têm como recair sobre os ombros dos sócios, já que em sua grande maioria, como o próprio nome da sociedade já diz, estes sócios são anônimos. Deveria assim, recair sobre os ombros de seus administradores o ônus gerado por tais vícios e fatos, já que são destes que partem quase todas, senão todas, as decisões operacionais das empresas e estes são plenamente conhecidos através dos registros legais das sociedades anônimas.

Em se tratando de empresas em recuperação judicial, caso o consumidor sinta-se prejudicado e ajuíze uma ação, as sociedades por ações escondem-se atrás deste dispositivo legal, alegando a impossibilidade de reparar o consumidor pelas perdas geradas por conta de problemas financeiros da empresa, fazendo com que o consumidor, na condição de hipossuficiente, seja forçado a entrar na fila de credores, tomando praticamente impossível o ressarcimento do prejuízo gerado.

A Lei nº 6404/1976, que normatiza as sociedades por ações, e a Lei nº 11.101/2005, que normatiza a insolvência das sociedades por ações, não tratam de forma clara a responsabilidade civil dos administradores dessas sociedades no caso de falência ou recuperação judicial. Muitas vezes, quando se trata de recuperação judicial, as empresas, como continuam a operar, insistem em seus vícios, atraindo a ira de mais e mais consumidores, sem ter a punição por tais práticas.

Neste artigo busca-se ir ao encontro de caminhos que possam ajudar aos consumidores a resolverem seus problemas, inserindo na legislação possibilidades destes consumidores não serem arrolados de forma comum, e terem seus pleitos atendidos, assim como, uma forma de penalizar os administradores dessas sociedades, que atualmente saem impunes e sem serem responsabilizados civilmente por suas decisões.

O presente estudo está organizado em três capítulos.

No primeiro capítulo, trata-se da responsabilidade civil dos administradores das Sociedades Anônimas. No segundo capítulo, pretende-se discorrer sobre a desconsideração da pessoa jurídica e como esta ferramenta legal pode, ou não, ser utilizada na responsabilização dos administradores das Sociedades Anônimas. Por fim, no terceiro capítulo, dá-se uma sugestão de ferramenta hoje utilizada nos Estados Unidos da América e que serve para incluir no contexto de responsabilização os administradores das Sociedades Anônimas, que é o *Deepening Insolvency*.

Este artigo é baseado em uma pesquisa qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental, em que o pesquisador faz uma análise temática, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para bem sustentar a sua tese.

1. O LIMITE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES EM RELAÇÃO AOS CONSUMIDORES NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Em um primeiro momento, a responsabilidade civil genérica está descrita no Código Civil Brasileiro, onde a princípio é vista como imperiosa a presença da culpa para que a responsabilidade exista. O Código Civil brasileiro¹ assim define:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A teoria Subjetiva é a majoritariamente aceita, fazendo com que a culpa seja elemento necessário para a criação da obrigação de reparar o dano causado. Para tanto, preconiza Maria Helena Diniz, o ato ilícito viola o direito subjetivo de outrem, causando dano patrimonial e/ou moral, criando assim o dever de reparação, nos termos dos artigos 927 e 944 do Código Civil.²

Para Sérgio Cavalieri Filho³, a culpa é caracterizada pela verificação de três elementos: "a) conduta voluntária, com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade de ocorrência do fato; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção"

Enquanto a culpa é a regra, na teoria subjetiva da responsabilidade civil, na objetiva, a conduta humana em conjunção com a previsão legal de responsabilidade, sem culpa ou pela simples atividade de risco, são o bastante para a existência da obrigação de reparação do dano, nos termos do parágrafo 1º do artigo 927 do Código Civil. Tal expansão ocorreu quando da percepção que a teoria subjetiva não era bastante para atender a todas as hipóteses de reparação necessárias.

A teoria objetiva surge em diversos pontos da legislação brasileira, o artigo 187 do Código Civil já descreve a responsabilidade civil objetiva para aqueles que, apesar de serem titulares de um direito, agem excedendo os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. Também em seu artigo 12, o Código de Defesa do Consumidor prescreve que "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores[...]".

BRASIL. *Lei nº 10.706*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivii_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 ago 2019.

² DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.207

³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 414

Para a apreciação do tema responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas, precisa-se associá-lo a suas premissas. A natureza desse tipo societário influencia na aplicação das normas de responsabilidade civil.

Na sociedade anônima, o administrador pode ser considerado não apenas um mandatário, mas sim o órgão de gestão da companhia, sendo seus deveres decorrentes dos acionistas, investidores e terceiros de uma forma geral, a esses últimos pode-se incluir os consumidores, pois, os administradores devem ter especial atenção na função social que acomete as sociedades, procurando harmonizar todas essas forças.

A Lei nº 64041764, trata da responsabilidade civil dos administradores, em seu artigo 158, incisos I e II:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de o ato regular de gestão; 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.

O debate sobre a responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas é intenso, pois não se consegue estabelecer se esta responsabilidade é subjetiva, como é vista no art. 158 I da Lei 6404176, ou se é duvidosa, como no inciso II do mesmo artigo.

Pode-se ver que neste inciso II não existe a menção de culpa ou dolo, deixando aberto o tema e a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil objetiva.

Não restam dúvidas que as obrigações dos administradores devem respeitar as leis e o estatuto para lograr os fins e o interesse das companhias, respeitando-se as exigências do bem público e da função social da empresa.

A obrigação de diligência e lealdade na condução dos negócios, observando sempre a atividade econômica desenvolvida pela empresa, para que a sua gestão resulte na finalidade da companhia, ou seja, o lucro.

Nos atos regulares de gestão, a companhia é que tem a responsabilidade de responder, desde que praticados nos limites de suas atribuições. Caso contrário, o artigo 158 da Lei nº 6404/76 será infringido.

Com a análise feita das regras de responsabilidade civil no direito brasileiro, aponta-se como majoritário o entendimento que aos administradores cabe acolher a responsabilidade subjetiva com inversão do ônus da prova.

⁴ BRASIL. *Lei no 6404*, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivii_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 09 ago. 2019.

Tal entendimento advém do sentimento de insatisfação do instituto da responsabilidade subjetiva clássica, que, em uma aplicação generalizada deixa de atender a finalidade de responsabilizar, frente a dificuldade de se comprovar a culpa do agente. Rui Stoco⁵ faz uma importante ponderação sobre o tema:

A insatisfação com a teoria subjetiva, magistralmente posta a calva por Caio Mário, tomou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

Estaria, pois, implícita a inversão do ônus da prova na regra legal. Tal inversão seria decorrente do profissionalismo dos administradores. Nesse sentido, Lamy e Bulhões⁶ afirmam:

A Lei de sociedades por ações inverte o ônus da prova se o ato do administrador viola a lei ou o estatuto, o que justifica porque os administradores são profissionais — comerciantes, empresanos ou técnicos — e a estrita observância da lei e do estatuto é fundamental para a proteção de todos os interessados na companhia ou na sua atividade.

Não há que ser confundida a presunção de culpa com a responsabilidade objetiva. A presunção de culpa é utilizada como mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo.

A prova que cabe ao administrador é a ausência da responsabilidade no evento, como adverte Nelson Eizirik⁷:

Nos termos do art. 158, o administrador é civilmente responsável pelos prejuízos que causar quando, embora procedendo dentro de suas atribuições, agir com culpa ou dolo. Há que entender-se, preliminarmente, conforme referido na doutrina, que a alusão da lei culpa ou dolo corresponde apenas à culpa 'lata', para cuja caracterização faz-se remissão aos princípios de direito privado que disciplinam a matéria. Trata-se, no caso, de responsabilidade subjetiva, cabendo ao autor da ação provar a culpa ou dolo do administrador.

Com certeza, sob a influência de doutrinadores italianos, que mantém o mesmo entendimento quanto ao fato de que os administradores são responsáveis por provar a sua inocência, basicamente em razão da natureza contratual de sua responsabilidade, ao contrário do que é comumente atribuído pela doutrina dominante.

⁵ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4 Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 76

⁶ LAMY Filho, Alfredo e PEDREIRA, BULHÕES, José Luiz. *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 91

⁷ EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade Civil e Administrativa do Administrador de Companhia Aberta*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v 56, outdez. 1984, p. 104/105

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA PESSOA DO ADMINISTRADOR DA SOCIEDADE ANÔNIMA, EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA EM FACE DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foi criada com base nas jurisprudências dos Estados Unidos e da Inglaterra. Na Inglaterra ocorreu o caso *Salomon vs. Salomon & Co. Ltd.* em 1897 que deu origem a tal preceito. Este caso sustentou que, como o Sr. Salomon detinha o total controle acionário na empresa, não se fazia justo a separação patrimonial.⁸

Nos Estados Unidos houve um caso bastante similar do estado contra a *Standard Oil Co.*, em 1892.

Na legislação brasileira, ocorreu a introdução desse preceito no artigo 50 do Código Civil Brasileiro, que positivou a possibilidade dos efeitos da execução atingirem o patrimônio dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, podendo, com isso, atingir a esfera pessoal dos responsáveis pela empresa.

Para abordar a desconsideração da personalidade jurídica prevista em nosso ordenamento jurídico, e na abrangência que esta decisão tem sobre o administrador da sociedade por ações, principalmente quando esta sociedade se encontra em recuperação judicial ou em processo de falência, necessita-se um aprofundamento do conceito na lei nº 6404176.

O Código de Processo Civil trata da desconsideração da personalidade jurídica como intervenção de terceiros, pela peculiaridade de introduzir ao processo terceiros que não fariam parte da relação contratual entre consumidores e fornecedores, por exemplo. É uma responsabilidade solidária dos sócios pelo gerenciamento irregular da empresa, seja através do abuso da personalidade jurídica, que pode ser interpretado como confusão patrimonial entre os bens dos sócios e os da empresa. Nas palavras de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho⁹:

A confusão patrimonial entre o controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica externa corporis. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na

⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4 Ed., Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro. Forense, 2014, p. 385

⁹ COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Forense, 2013. P. 362

manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-los, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.

O conceito de desconsideração da personalidade jurídica enseja em algumas divergências doutrinárias, e certamente que a forma do disciplinamento legal não favorece ao debate, pois o seu motivo reside na necessidade de permitir alcançar os sócios e administradores de uma determinada sociedade, além da limitação de sua responsabilidade se forem utilizadas as regras do direito societário. Neste cenário a desconsideração aparece como uma flexibilização do dogma de separação absoluta da personalidade jurídica de seu quadro societário.

Neste sentido, a desconsideração toma-se necessária para que os sócios não se escondam atrás da sociedade por eles criada/ gerida, o que pode fazer com que haja uma série de mal feitos comandados por eles ou pelos administradores das sociedades, que ficariam impunes diante da impossibilidade de se atingir outra pessoa, senão a própria sociedade.

Seguem algumas definições sobre o que é pessoa jurídica. A pessoa jurídica está ligada a ideia de coletividade, ou seja, coletividade de pessoas, organizadas com fins econômicos ou não, ou coletividade de bens. A essas coletividades, o Direito atribui personalidade, fazendo com que sejam vistas como uma pessoa, com uma vida própria, capaz de tomar e ser responsável por suas próprias decisões.

A personalização de uma sociedade se dá com o registro dos seus atos constitutivos no devido órgão de registro. Como é estabelecido no Código CiviP⁰ :

Art. 45 – Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A partir do momento do registro da pessoa jurídica é que ela passa a existir no mundo jurídico. Sendo assim, são conferidos à sociedade direitos e obrigações. Claro que tal situação se trata de uma ficção jurídica, mas é como se a sociedade, naquele momento, nascesse, assim como uma pessoa física. Fábio Ulhoa Coelho cita, "três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial"^u.

¹⁰ Brasil. *Lei no 10.706*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, Volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2014

Neste tripé pode-se definir que: a titularidade obrigacional refere-se à autonomia para a atividade empresarial, a titularidade processual refere-se à possibilidade de estar em juízo defendendo seus direitos e interesses e a titularidade patrimonial quer dizer que a sociedade responde com o seu patrimônio pelas obrigações por ela contraídas, separando o patrimônio dos sócios da sociedade. Desta última titularidade deriva o princípio da autonomia patrimonial.

Sobre esse princípio ensina André Luiz Santa Cruz Ramos¹²:

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no Art. 1024 do Código Civil, constitui-se numa importantíssima ferramenta jurídica de incentivo ao empreendedorismo, na medida que consagra a limitação de responsabilidade – a depender do tipo societário adotado – e, conseqüentemente, atua como importante redutor do risco empresarial.

Porém, o princípio da autonomia patrimonial não é absoluto, pois pode ocorrer o afastamento deste princípio se houver um mal-uso da pessoa jurídica, decorrente de fraude ou abuso dos sócios.

A desconsideração da personalidade jurídica não tem a intensão de acabar com a autonomia patrimonial das sociedades, mas sim, preservar o instituto, pois o desvirtuamento pode comprometê-lo.

A primeira regulamentação da desconsideração da pessoa jurídica deu-se no Código de Defesa do Consumidor, de 1990¹³:

Art. 28 – O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso do direito, excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social

O Código Civil de 2002¹⁴, também se refere ao instituto da desconsideração da pessoa jurídica:

Art. 50 – Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, o do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações obrigacionais sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

¹² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*, 4 Ed., Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014 p. 323.

¹³ BRASIL. *Lei n° 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivii_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹⁴ BRASIL. *Lei n° 10.706*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivii_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

Com base nesses aspectos resta partir para o tema deste artigo, qual seja, a responsabilização dos administradores de sociedades por ações em decorrência de algum prejuízo gerado perante os consumidores.

Mesmo o art. 50 do Código Civil apresentado acima, tendo citado os administradores das sociedades, fica difícil a responsabilização deste quando se trata de uma sociedade por ações, por alguns motivos, sendo os principais: o fato deste administrador só poder ser responsabilizado subjetivamente, o que o art. 50 do Código Civil deixa claro; e pelo fato de que, em uma análise mais ampla, quando se trata de uma sociedade por ações dificilmente constata-se quem foi o tomador da decisão, pois, via de regra, as decisões passam pelo crivo da assembleia de acionistas, retirando assim, mais uma vez, a responsabilidade do administrador.

As sociedades anônimas estão instituídas no artigo 1088 do Código Civil Brasileiro, sendo regradada pela lei nº. 6404/76. Neste tipo de Companhia o capital é dividido igualmente, no que é chamado de ações. Os sócios têm responsabilidade limitada ao preço de emissão dessas ações multiplicado pela quantidade de ações sob sua responsabilidade. Quando é falado de grandes empresas de capital aberto, existe o empecilho de responsabilização integral dos participantes da companhia, por não participarem de grande parte das deliberações e decisões finais da empresa. Tendo isso em vista e como os incidentes acontecem quando do abuso e confusão patrimonial, de acordo com o artigo 50 do Código Civil Brasileiro de 2002, chega-se a conclusão que a integralidade dos sócios seria penalizada por fraudes que não estão sob a sua responsabilidade.

Porém, sabe-se que cabe aos administradores um grande poder dentro das sociedades, fazendo com que, algumas vezes este seja o real tomador das decisões operacionais, capazes de gerar prejuízos aos consumidores.

Sendo assim, ainda paira a dúvida de como os consumidores terão seus direitos respeitados no caso de não se poder responsabilizar os acionistas, já que trata-se de uma sociedade dita "Sociedade Anônima", e que os administradores são protegidos pela responsabilidade subjetiva. Para uma sociedade limitada os conceitos e artigos existentes em nosso ordenamento jurídico servem como base para garantir ao consumidor algum respaldo. Porém, quando se trata da sociedade por ações, o respaldo é praticamente inexistente, principalmente quando se trata de uma sociedade por ações em recuperação judicial ou em processo falimentar.

3. FERRAMENTAS JURÍDICAS CAPAZES DE RESPONSABILIZAR OS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Como visto nos capítulos anteriores, o alcance da lei aos gestores de sociedades por ações é muito restrito. Sendo obrigatória a responsabilidade subjetiva para este atingimento, toma imperiosa a existência da culpa, e no caso de administradores de sociedades por ações, graças a lei 6404/76, é necessário o dolo do administrador. Neste caso, se a sociedade estiver em recuperação judicial, o que torna mais inacessível ainda a reparação do dano causado, pois o consumidor deverá entrar na fila de credores, sendo que a ele nem foi dado uma qualificação de credor, fazendo com que este consumidor vá para o fim da fila.

Existe, um movimento no meio jurídico mundial, que deseja regulamentar as hipóteses de responsabilização dos sócios e administradores de atos de empresas que possam ser nocivas à sociedade e desenvolver um arcabouço de normas que permitam garantir a punição desses atores em caso de fraudes e prejuízos gerados deliberadamente.

Quando se observa que existe uma imensa lacuna no Direito, capaz de tomar inimputável alguns dos principais causadores de danos na sociedade, visto que os operadores do direito têm o dever de preencher este vácuo.

Uma das hipóteses consideradas para este fim é a utilização da teoria americana do *Deepening Insolvency*. Trata-se de proibir todo aquele que, de alguma forma, atuaram para o aumento do passivo da empresa e utiliza-se de forma ardilosa na gestão desta, mediante utilização de métodos fraudulentos, escondendo a real situação econômica da empresa, de seus produtos e de seus métodos de venda.

A teoria do *Deepening Insolvency* nasceu de uma jurisprudência com mais de 100 anos na Suprema Corte do Estado da Pensilvânia nos Estados Unidos da América, no caso de *Patterson vs. Franklin*, e traz em seu fundamento a busca de responsabilização de sócios e administradores por atos que gerem ou agravem as condições econômicas da empresa através de uma oneração manifestamente excessiva. Em princípio a teoria do *Deepening Insolvency* foi criada para casos de falência, porém, aqui, no Brasil, ela pode ser utilizada para outros casos previstos em nossa legislação. Conforme citado em sua apostila, Gustavo Sampaio de Abreu Ribeiro¹⁵, diz:

¹⁵ RIBEIRO. Gustavo Sampaio de Abreu. *Sociedades Empresariais*, v.2. Apostila Distribuída no Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p.34

A chamada teoria do *deepening insolvency* é uma teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América que se relaciona com a hipótese de manutenção fraudulenta das atividades da companhia diante de um claro cenário de insolvência, resultando, assim, em graves danos para a própria companhia.

A análise do conceito exposto por William Brandt Jr.¹⁶, também se faz necessária:

A precise definition of deepening insolvency has yet to be articulated and agreed upon by the courts, but must refer to the artificial prolongation of a corporation's life beyond insolvency, resulting in a worsening of financial situation, usually in the form of increased debt, which damages the corporation.

Sendo assim, esta teoria visa combater as falhas corporativas e elencar uma série de atores que passam a poder ser responsabilizados por qualquer prejuízo causado por atos e decisões contra a governança corporativa e o princípio da boa-fé que deve reger essas decisões. Utilizando-se de artifícios como: produção e venda de produtos fora das especificações ou com o nítido desejo de ludibriar aos consumidores, assumindo despesas acima da capacidade da empresa através de empréstimos ou de despesas fraudulentas, retirando despesas ou colocando a empresa em situações de risco propositalmente, dentre outras. Tais artifícios podem levar a empresa a falência e lesar todo o ambiente que existe a sua volta.

Para que a teoria do *Deepening Insolvency* seja realmente aceita como ato ilícito pelo ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisado sob a ótica da valoração dos atos que levaram à situação que a empresa está enfrentando no momento. Para tanto, toma-se imperiosa a investigação de todos os precedentes que levaram a empresa àquela situação.

Esta análise deve ser feita conjuntamente com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que em seu art. 5º¹⁷ preconiza que:

Art.5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comwn.

Utilizando-se deste princípio será atingida a integração dos fundamentos do *Deepening Insolvency* com as ações que afrontam a função social da empresa, a boa-fé objetiva, os deveres fiduciários dos administradores e o abuso de controle e de gestão dos sócios.

Através do abuso de poder dos acionistas e dos gestores das empresas, pode-se chegar ao real motivo do endividamento/fraude a que a empresa está sendo exposta. Com a utilização de uma investigação mais apurada sobre o comportamento das sociedades é possível

¹⁶ BRANDT JR. William A. *Deepening Insolvency: Issues and Implications*. Disponível em: www.abiworld.org/bestofabi/deepening_insolvency.pdf. Acesso em 01 ago. 2019. p. 2

¹⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n° 4657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em: 09 ago. 2019.

responsabilizar os atores que causaram esse desequilíbrio financeiro e, através desses, ter o ressarcimento daqueles que foram prejudicados diretamente pelo feito, tendo assim satisfeita a função social da empresa.

Com a concepção, já enraizada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de que os princípios gerais do direito devem estar sedimentados no intuito de tomar a sua interpretação mais principiológica, pode-se aplicar com maior conforto a obrigação de que toda a empresa deve ter uma função social, conseguindo com isso manter os empregos, geração de renda, circulação de dinheiro, movimentando assim a economia, porém esta liberdade econômica é legítima desde que exercida no interesse da justiça social. Como dito por José Afonso Silva¹⁸:

A ordem econômica, segundo a constituição, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no artigo 170, princípios estes que, em essência, como dissemos, consubstanciam uma ordem capitalista. (...)Um regime de justiça social (...) não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria.

Porém, sem esse necessário preenchimento de lacunas é impossível a responsabilização das pessoas realmente envolvidas nas decisões que acarretaram no prejuízo causado pela empresa à sociedade. Isso vai ao encontro do que diz Ivens Henrique Hubert:¹⁹

Afinal, pretender afirmar a possibilidade de aplicar sanção a uma ação que não afronta diretamente qualquer regra positiva, mas no máximo ofende princípio implícito no sistema jurídico, entretanto não dotado da concretude necessária, é avaliar demasiadamente na consideração sobre a aplicabilidade direta dos princípios jurídicos. Estes, de fato, orientam a interpretação de regras do sistema jurídico e servem para a tomada de decisões no sentido de alcançar o sentido teleológico neles inscrito, não podem, entretanto, destinar-se a criar sanções, onde a regra é inexistente.

Sendo assim, deve-se sempre integrar o pensamento da teoria do *Deepening Insolvency* com as hipóteses de afronta à função social da empresa, à boa-fé objetiva, aos deveres fiduciários dos administradores a ao abuso de poder de controle e gestão dos sócios. Tal procedimento pode vir a gerar uma responsabilidade para os administradores, colocando-os como garantidores de decisões malfeitas tomadas por eles mesmos e garantindo o ressarcimento dos consumidores para as condenações já existentes.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 794

¹⁹ HUBERT, Ivens Henrique. *O Capitalismo Social e suas Funções na Sociedade Empresária*, p. 108. São Paulo, SP, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CONCLUSÃO

A doutrina, dia após dia, verifica que a responsabilidade subjetiva, sustentada na teoria da culpa, na qual o ofensor tem o dever de reparar o mal causado, desde que comprovado o dano, onexo causal e a sua culpa, já não atende às necessidades da sociedade como um todo, e, para atender os anseios da sociedade foi desenvolvida a teoria do risco integral, fazendo surgir a responsabilidade objetiva, que passa a ser uma possibilidade a ser explorada.

No caso das sociedades por ações, a lei nº 6404176, em seu art. 158, determina que a responsabilidade subjetiva deve ser a maneira interpretativa da responsabilidade civil, abrindo uma pequena janela para a possível aplicação da responsabilidade objetiva em seu inciso II.

As decisões tomadas pelos sócios e administradores de sociedades por ações, na maioria das vezes são as causadoras de prejuízos aos consumidores de boa-fé que adquirem produtos ou serviços destas empresas, sem saberem que estão sendo impelidos a adquirir produtos viciados ou que a prestação de serviços que lhes está sendo ofertada está comprometida.

Uma sociedade não cai, de uma hora para outra, na necessidade de pedir a recuperação judicial, esta decorre de diversas tomadas de decisão feitas de maneira errada e, por muitas vezes, cobertas de vontades obscuras, com o nítido interesse de burlar as normas e aumentar o lucro das empresas e os ganhos dos sócios e administradores.

A crise mundial de 2008 é um exemplo dessa má gestão e da perseguição louca por maiores ganhos. Os sócios são interessados nos aumentos dos lucros das empresas e os administradores interessados nos bônus a que fazem jus ao atenderem às metas, por muitas vezes irresponsáveis estabelecidas pelos sócios das sociedades.

A possibilidade de tomar decisões baseado nas informações pretéritas das empresas possibilita aos operadores do Direito que suas pretensões sejam analisadas de forma mais acurada e com maior possibilidade de satisfação dos pleitos de seus clientes, ou seja, dos consumidores dessas empresas.

A utilização de artificios como o do *Deepening Insolvency* e da criação de uma categoria diferenciada para os consumidores lesados pelas recuperações judiciais fraudulentas existentes, pode gerar a possibilidade de satisfação de pleitos e sentenças que existem, nunca porém são concluídas na execução, graças a facilidade que existe CODEX brasileiro para os reais responsáveis esquivarem-se de sua responsabilidade, baseando-se em artificios jurídicos.

Caso os sócios e os administradores de sociedades por ações pudessem ser responsabilizados pelas suas condutas, não se exporiam a tantos riscos e seriam mais responsáveis em suas decisões.

REFERÊNCIAS

BRANDT JR. William A. *Deepening Insolvency: Issues and Implications*. Disponível em: <www.abiworld.org/bestofabi/deepening_insolvency.pdf>. Acesso em 01 ago. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.706, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <www.planalto.com.br>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Lei no 6404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 09 ago. 2019.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 09 ago. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial, Volume 2*. São Paulo, Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed.. Forense, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

EIZIRIK, Nelson. *Responsabilidade Civil e Administrativa do Administrador de Companhia Aberta*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v 56, 1984.

HUBERT, Ivens Henrique. *O Capitalismo Social e suas Funções na Sociedade Empresária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

LAMY Filho, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*, 4. ed. Revisada e Ampliada. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

RIBEIRO. Gustavo Sampaio de Abreu. *Sociedades Empresariais*, v.2. Apostila Distribuída no Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: ed.Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. revista e atualizada. São Paulo:Malheiros, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*.Rio de Janeiro: Forense, 2011.