

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA AS
ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS**

BIANCA VIEIRA BARBOSA

Rio de Janeiro

2021

BIANCA VIEIRA BARBOSA

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA AS
ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof.^a Dr.^a Veronica Lagassi (Doutora em Direito Empresarial)**.

**Rio de Janeiro
2021**

CIP - Catalogação na Publicação

Vb577p Vieira Barbosa, Bianca
A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL PARA AS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS
LUCRATIVOS / Bianca Vieira Barbosa. -- Rio de
Janeiro, 2021.
62 f.

Orientadora: Veronica Lagassi .
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Recuperação Judicial. 2. Associação civil. 3.
Legitimidade. 4. Crise. 5. Preservação da Empresa.
I. Lagassi , Veronica , orient. II. Título.

BIANCA VIEIRA BARBOSA

**A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA AS
ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof^a. Dr^a. Veronica Lagassi (Doutora em Direito Empresarial)**.

Data da Aprovação: 07/06/2021.

Banca Examinadora:

Professora Dra. Veronica Lagassi
Orientadora

Juliana de Siqueira Ferreira

**Rio de Janeiro
2021**

AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial aos meus pais, por terem me possibilitado tantas conquistas até agora, sem poupar esforços para me oferecer todas as oportunidades que estavam em seu alcance. Nada seria possível sem o apoio de vocês e, por isso, eu sou muito grata. Obrigada por me ensinar o que é ser família e a nunca perder a minha essência, vocês que deixaram de lado suas vidas para viver tão somente em favor da minha educação, do meu crescimento profissional e dos meus irmãos, Luiz Felipe e Yuri. Todo o incentivo e amor por eles depositados foram fundamentais para concretização deste trabalho.

Aos meus irmãos, por todo o amor e compreensão, obrigada por cuidar dos nossos pais de tão perto durante esses quase seis anos que estou distante, espero um dia poder retribuir esse amor.

Aos meus amigos da faculdade que me fizeram companhia nessa jornada e tanto cuidaram de mim e me fizeram sentir como se eu estivesse em família no Rio, sem vocês eu não conseguiria. Hoje eu tenho a imensa alegria de compartilhar esse momento com vocês, Carol, Bernardo, Francisco, Helena, Julia, Juliana, Carlos Henrique, Lucas, Luisa, Matheus, Rafael Motta, Rafael Perri e Tiaguinho, nós conseguimos!

À minha eterna defensora e musa inspiradora, a ilustríssima Alice Frazão, que me ensinou a amar o que eu faço. Durante o meu primeiro estágio, os conhecimentos que recebi dessa grande mulher foram extremamente primordiais para o meu crescimento profissional e colaboraram muito na elaboração deste trabalho. Agradeço pela paciência, pelo carinho e pela confiança, eu sou muito grata por tudo, espero um dia ser sua colega de profissão.

À minha amiga e parceira Maira Cury, por ser incrível, pela força e incentivo, eu não consigo mensurar a minha gratidão por você, te amo.

Ao meu amigo e brilhante advogado Pedro Henrique Escosteguy, você foi essencial. Eu sou muito grata por tudo que você me ensinou e ensina, pela força que me deu e por não me deixar desistir.

Aos meus grandes amigos Pedro Henrique, Vitor Aguiar, Renan Kneipp, Mateus Santos, Marie, Cristiano, Daniel, Karol e Bruna, vocês são pessoas maravilhosas, que estiveram do meu lado e me deram todo o apoio emocional que precisei, principalmente nos momentos mais desafiadores e decisivos da minha vida.

Vocês foram essenciais. Eu sei que não estaria aqui sem todos vocês. Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho busca desenvolver uma análise sobre a possibilidade de concessão de recuperação judicial a sociedades e devedores não empresários, em especial as associações civis sem fins lucrativos, visto que essa demanda se faz cada vez mais presente no judiciário considerando os impactos da pandemia da COVID-19 no Brasil. Não se pode ignorar, portanto, que o soerguimento de atividades econômicas deve ser tutelado pelo Estado, tendo em vista os reflexos econômicos e sociais que geram à sociedade. Assim, deve-se examinar os aspectos de decisões que possibilitam a abrangência do instituto recuperacional a devedores não empresários, apesar do que determina a literalidade da lei 11.101/05.

Palavras-chave: Crise; Sociedades empresárias; Legitimidade; Preservação da Empresa.

ABSTRACT

This paper seeks to develop an analysis about the possibility of granting the judicial recovery institut to non commercial debtors, considering that this kind of demand is making itself increasingly presente in the brazilian judiciary. Therefore, it can not be ignored that the overcoming of financial crises of economical activities must be insured by the State, if taken into account the economical and social reflexes that they produce into society. Thus, the aspects of decisions that allow the judicial recovery of non commercial debtors must be examined, despite what stablishes the literal text of the law 11.101/05.

Keywords: Judicial Recovery; Non Commercial Companies. Commercial Companies; Legitimacy; Judicial Activism; Preservtion of the Company.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – BREVE ANÁLISE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS	10
1.1 AS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS.....	10
1.2 A NATUREZA JURÍDICA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS.....	12
1.3 A FUNÇÃO SOCIAL	14
1.4 FINALIDADE NÃO LUCRATIVA	15
1.4.1 <i>Imunidades e Insenções</i>	17
1.5 A LIBERDADE DE SE ASSOCIAR E A NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS ASSOCIAÇÕES ..	18
1.5.1 <i>Âmbito Interno</i>	19
1.5.2 <i>Âmbito Externo</i>	20
1.6 CLASSIFICAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE ACORDO COM AS SUAS FONTES FINANCEIRAS	20
1.7 A DISSOLUÇÃO DA ASSOCIAÇÃO CIVIL.....	22
1.7.1 <i>A Insolvência Civil</i>	23
CAPÍTULO 2 – ASPECTOS GERAIS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E OS REQUISITOS PARA A SUA CONCESSÃO	25
2.1 A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	25
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	27
2.3 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	29
2.4 A LEGITIMAÇÃO PARA POSTULAR RECUPERAÇÃO.....	30
2.5 OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	32
2.5.1 <i>Exercício regular da atividade há mais de dois anos</i>	32
2.5.2 <i>Não ser falido</i>	33
2.5.3 <i>Não ter obtido concessão de recuperação há menos de 5 anos</i>	34
2.5.4 <i>Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes concursais</i>	35
CAPÍTULO 3 – DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL POR ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS, O OBJETIVO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PANDEMIA DA COVID-19	37
3.1 O IMPACTO DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS RECUPERAÇÕES JUDICIAIS	37
3.2 A CONTROVÉRSIA JURÍDICA E O SILÊNCIO DA LEI	37
3.3 A ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS COMO AGENTE ECONÔMICO QUE EXERCE FUNÇÃO SOCIAL DE EMPRESA	39
3.4 A LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS	40
3.4.1 <i>O registro como requisito na Lei nº 11.101/05</i>	45
3.5 OS BENEFÍCIOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA A ASSOCIAÇÃO CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS	45
3.6 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	47
3.6.1 <i>O princípio da separação de poderes, a judicialização e o ativismo judicial</i>	52
3.6.2 <i>A Segurança Jurídica</i>	55
3.6.3 <i>As desvantagens e consequências da recuperação judicial para as associações civis sem fins lucrativos</i>	55
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é o resultado do estudo realizado no âmbito da Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na linha de pesquisa de acesso ao sistema falimentar e recuperacional pelas associações civis sem fins lucrativos, que atualmente não está expressamente prevista na Lei nº 11.101/05, mas teve um aumento significativo de pedidos de recuperação judicial deferidos neste período de pandemia da COVID-19.

A Lei de recuperação judicial é omissa acerca da inclusão de devedores não empresários no instituto, ela não incluiu nem excluiu a associação civil sem fins lucrativos do rol das pessoas jurídicas que estão autorizadas a usufruir do procedimento de recuperação judicial. A ausência de previsão normativa não impediu o aumento do número das demandas para concessão de recuperação a associações civis sem fins lucrativos.

A lacuna da lei impede que o devedor não empresário possa se reerguer financeiramente e assim seguir cumprindo sua finalidade social. Essa circunstância não auxilia o desenvolvimento econômico do país e leva à falência financeira diversas atividades econômicas viáveis, que, dada a oportunidade, conseguiriam se recuperar e seguir gerando benefícios à sociedade.

Com base nisso, é preciso analisar os fundamentos que levaram à criação do instituto da recuperação judicial pela Lei 11.101/05, bem como se as decisões inovadoras do judiciário se adequam às expectativas e intenções do legislador, que determinou os limites de aplicação dessa norma.

Nos últimos dois anos, são frequentes as decisões que concedem o instituto recuperacional para as associações civis. Assim, faz-se necessário observar, sobre a ótica do cenário atual, se essas decisões são um exercício de ativismo judicial ou se são apenas casos de judicialização da matéria.

Sob essa perspectiva, pretende-se desenvolver o presente estudo, a partir da análise da doutrina e principalmente da jurisprudência que vem se formando a todo momento. Busca-se entender o papel da legislação brasileira acerca do instituto da recuperação judicial, bem como o das decisões que a aplicam de forma mais abrangente, priorizando a manutenção da atividade

econômica.

Torna-se essencial questionar qual seria o papel do Poder Judiciário dentro de um contexto de lacuna legislativa e de risco para o desenvolvimento econômico, tendo em vista as poucas soluções legais aos devedores civis e a sua baixa eficiência em resguardar atividades econômicas não empresárias.

Com o objetivo de resolver as questões em destaque, o estudo apresenta como tema a possibilidade de concessão de recuperação judicial para as associações civis sem fins lucrativos e, para o melhor detalhamento da pesquisa, foi elaborado em três etapas.

O primeiro capítulo faz uma breve análise das questões que envolvem o plano constitucional e infraconstitucional ligados a natureza jurídica das associações civis sem fins lucrativos, das quais a interpretação acaba por interferir na aplicação das regras de natureza concursal. Mesmo que o trabalho não tenha como foco desenvolver a fundo os poréns vinculados ao direito material, através desse capítulo é possível visualizar o que se entende por associação civil sem fim lucrativo.

O segundo capítulo entra no plano do direito processual, especificamente no âmbito da recuperação judicial, expondo os aspectos gerais da lei, a mudança de entendimento doutrinário e legislativo, bem como faz um detalhamento dos requisitos para a concessão do benefício, e a capacidade de postulação através da letigimidade ativa.

No terceiro capítulo, a análise seguiu em direção à letigimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos para postular o pedido de recuperação judicial. Neste capítulo, há o entrelace dos assuntos discutidos anteriormente, abordando a controvérsia de atuação das associações sem fins lucrativos como sujeito processual no sistema falimentar, se faz uma exposição das decisões atuais e os benefícios e desvantagens da concessão desse instituto para associações civis sem fins lucrativos.

CAPÍTULO 1 – BREVE ANÁLISE DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS

O presente estudo, uma vez inserido na linha de pesquisa de acesso a Lei de Recuperação de Empresas, tem como foco principal o direito processual, mas este fato não afasta a necessidade de uma análise, mesmo que breve e preliminar, sobre algumas questões relacionadas ao direito material das associações civis sem fins lucrativos.

1.1 As Associações Civis sem fins lucrativos.

As associações civis sem fins econômicos são pessoas jurídicas de direito privado, que se consubstanciam na concentração de esforços para a atuação em áreas que, individualmente, a obtenção de resultados favoráveis seria menos eficaz. Essa unidade faz com que seja possível, mediante o empenho dos associados, obter o resultado almejado pelas partes que se uniram e, dessa forma, viabilizar a execução do objeto posto como finalidade associativa.

Assim sendo, a associação é vista como um instrumento catalisador de interesses, para o exercício em conjunto, de determinado resultado ideal. Nesse sentido, possibilita que a sociedade civil, uma vez organizada, seja capaz de ter um alcance maior sobre atividades que, até então, não eram exercidas por ninguém ou exercidas exclusivamente pelo Estado.

A expressão “associação civil” se extrai da previsão normativa do artigo 5º, inciso XVII da Constituição Federal, que ao determinar que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”, autoriza a formação de uma associação que poderá se dar entre pessoas naturais, jurídicas ou entre naturais e jurídicas, desde que, conforme o referido dispositivo constitucional, não haja qualquer motivação paramilitar. Em complemento, o Código Civil de 2002 trouxe o conceito de finalidade lícita no seu artigo 53, com a expressão “sem fins econômicos”, que, desse modo, define o alcance do referido termo.

Para o correto entendimento dos fins que pode ter a associação civil, a expressão contida na parte final do artigo 53, "para fins não econômicos", deve ser entendida por "para fins não lucrativos", haja vista a diferença de significados entre os termos e a diversidade de consequências jurídicas, especialmente, no caso, quanto à submissão ou não ao regime falimentar.

Ao disciplinar os diversos tipos de pessoas jurídicas, o Código Civil destaca que, em relação às associações, estas se consubstanciam na “união de pessoas que se organizam para fins não econômicos” (artigo 53). Alfredo de Assis Gonçalves Neto, reafirma esses termos e destaca que “a associação pode ter por objeto qualquer atividade não defesa em lei, de natureza não econômica, nos termos do art. 5º, inc. XVII, da Constituição Federal”¹.

O Código Civil Brasileiro, prevê a possibilidade de criação de diversas pessoas jurídicas que possuem nítido caráter associativo, ou seja, uma relação de vínculo para unir esforços a fim de alcançar um objetivo comum. As sociedades empresárias, por exemplo, funcionam da mesma forma em sentido amplo, pois são a concentração de empresas, em ato associativo, que visam potencializar seus ganhos, produtividade, combinando recursos e esforços para a realização de empreendimentos comuns. A diferença das associações em sentido estrito, se mostra na sua finalidade não lucrativa e, como consequência, a impossibilidade de procederem à divisão de lucros.

Sobre o tema, Flávio Tartuce ensina que:

Conforme disciplina o art. 53 do CC/2002, inovação em total sintonia com o princípio da simplicidade: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. As associações, pela previsão legal, são conjuntos de pessoas, com fins determinados, que não sejam lucrativos. Assim deve ser entendida a expressão “fins não econômicos”. (TARTUCE, 2018, p. 253).

Parte da doutrina nacional e estrangeira, mitiga o conceito trazido pelo código civil, e entende que as associações civis exerçam atividade econômica, desde que esta sirva, apenas e tão somente, como instrumento a favor da finalidade não econômica da associação². Portanto, ao desenvolver sua atividade, poderá gerar receitas ordinárias e extraordinárias, que deverão ser reinvestidas em sua atividade final, que, necessariamente, deverá ter um sentido social ou ideal e, portanto, não lucrativo. Com isso, nada impede que as associações exerçam, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de produtos

¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (orgs.). Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 12.

² Nesse sentido, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 208 e GONÇALVES, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (orgs.). *Associações: Constituição, fundamentos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 129 e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social? In: *Associações: Constituição, Fundamentos e Perspectivas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, v.1, p. 129-152.

ou serviços³.

É a finalidade não lucrativa das associações que, inclusive ampara a sua legitimação para defesa de direitos coletivos por meio de ações coletivas, já que o fundamento valorativo é capaz de permitir que a atuação não se dê por meio de bases individualistas. Essa possibilidade permite, um novo entendimento sobre o acesso à justiça e a efetividade do processo, com base num procedimento que considera o ideal da democracia participativa.

1.2 A Natureza Jurídica das Associações Civas.

As associações civis têm origem na Constituição Federal, a qual garante ser plena a liberdade de associação para fins que sejam lícitos, sendo vedado a de caráter paramilitar, nos termos do inciso XVII, do artigo 5º.

Contudo, é necessário delimitar a referida liberdade, para que se evite excessos. Nesse sentido, nos casos em que haja o desvirtuamento da finalidade de uma entidade associativa, o Poder Judiciário poderá intervir e reestabelecer a ordem jurídica violada, para que sejam observados os limites dessa pessoa jurídica de direito privado, como os bons costumes, a boa-fé objetiva e, especialmente, a sua função social⁴.

De acordo com o artigo 44, inciso I, do Código Civil, as associações civis são pessoas jurídicas de direito privado. Isto é, são pessoas jurídicas que “[...] originam-se da vontade individual, propondo-se à realização de interesses e fins privados, em benefício dos próprios instituidores ou de determinada parcela da coletividade.” (VENOSA, 2018, p. 253).

Os fins lucrativos são direcionados às sociedades, ao contrário das associações, que não possuem. Essas entidades são constituídas pela concentração de pessoas que se associam com uma finalidade comum e, de acordo com a lei, integram um ente autônomo e capaz. No Direito Civil brasileiro o termo associação é reservado para as entidades sem fins lucrativos, enquanto

³ GALGANO, Francesco. Delle associazioni non riconosciute e dei comitati. Zanichelli: Foro Italiano, 1976, p.92-93; TAMBURRINO, Giuseppe. Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati. Torino: Utet, 1980, p.132; ABREU, Jorge Manuel Coutinho. Da empresarialidade (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1996, p.163.

⁴ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil**: introdução e teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5658-5/cfi/6/10!/4/6/2/2@0:64.7>>. Acesso em: 12 maio. 2021. Acesso restrito.

sociedade, para as entidades com fins lucrativos, embora isso não seja regra⁵.

Depreende-se, portanto, que uma associação não se destina a preencher um fim lucrativo para seus associados, ao contrário de uma sociedade, que proporciona lucro aos seus membros. Dito isso, se o propósito da associação é simplesmente o aumento patrimonial da própria pessoa jurídica, essa entidade não deve ser vista como tendo objetivo de lucro.

De acordo com Flávio Tartuce:

[...] “As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”. Segundo as justificativas do enunciado doutrinário, “andou mal o legislador ao redigir o *caput* do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do *caput* do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico ‘fins não econômicos’ para expressar sua espécie ‘fins não lucrativos’”. (TARTUCE, 2018, p. 253).

Assim, tem-se que as associações são constituídas por pessoas, da mesma forma como ocorre nas sociedades, sendo uma espécie de corporação. Entre os associados não há direitos e obrigações recíprocas, tendo em vista que não há objetivo de lucro (artigo 53, parágrafo único, do Código Civil), mas existem direitos e deveres entre os associados e a própria associação, como, por exemplo, o dever de pagar a contribuição mensal. (TARTUCE, 2018).

No âmbito dessas entidades, o professor Silvio Venosa explica que “[...] o negócio jurídico não é bilateral, pois não se contrapõem ou se antagonizam vontades, mas as vontades se unem em prol de uma entidade que irá atender a todos”. Desse modo, quando “[...] o parágrafo único do art. 53 aponta que não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos, a lei reitera que a instituição da pessoa jurídica traduz a união de várias vontades em busca de um fim comum”. (VENOSA, 2018, p. 278).

A constituição de uma associação ocorre com a criação de seu estatuto social, um conjunto de cláusulas contratuais que relaciona a entidade com os seus instituidores, dirigentes

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014594/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>. Acesso em: 12 maio 2021.

e associados, atribuindo-lhes direitos e obrigações entre si, que deve preencher todos os requisitos previstos em Lei para sua existência (BRASIL, 2002, Art. 54). O estatuto é, portanto, peça fundamental na constituição de uma associação, devendo nele conter as regras básicas de como funcionará a instituição a ser criada^{6,7}.

Para que a associação adquira existência formal perante a lei, isto é, personalidade jurídica, é necessário o registro de seu estatuto social, a ata de constituição e eleição da primeira diretoria (BRASIL, 2002, Art. 46). A associação adquire a personalidade jurídica apenas quando seu estatuto social é registrado no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, ou, na ausência deste, no ofício do Registro de Títulos e Documentos, em observância a redação do artigo 2º, II, da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73. (DONIZETTE; QUINTELLA, 2018). A partir do registro, a entidade passa a ter plena capacidade de direito, tornando-se um ator social que estará sujeito a direitos e obrigações.

Assim, tem-se que a iniciativa de criação de uma associação se dá por meio de um ato constitutivo, que será a lei orgânica da entidade, na qual serão definidos os seus objetivos sociais. A criação das associações independe de autorização governamental, não estando sujeitas a qualquer fiscalização ou interferência estatal. (NADER, 2018).

1.3 A Função Social

As associações civis constituem instrumento de transformação social. A função de uma associação pode mudar de acordo com o segmento da sociedade que está inserida. A associação pode representar um coletivo de indivíduos ou entidades, e pode ter objetivos como: ter mais

⁶ A constituição se materializa por meio do estatuto que deve preencher todos os requisitos para não ser considerado nulo conforme destaca o jurista Paulo Nader: “O Código Civil, pelo art. 54, enumera os requisitos que obrigatoriamente deverão ser atendidos no estatuto, sob pena de nulidade: “I – a denominação, os fins e a sede da associação; II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados; IV – as fontes de recursos para sua manutenção; V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.” In NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁷ Nesse sentido, também sustentam Donizette e Quintella: “A criação das associações se dá por estatuto, o qual, nos termos do art. 54 do Código, deve necessariamente conter: a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.” In DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2018, p. 95.

força política, aumentar a competitividade de um setor, desenvolvimento profissional entre seus membros, impacto social e de amparo aos carentes.

A associação civil se encontra mais próxima da realidade vivida pelo cidadão do que o Estado e, por isso, é capaz de conhecer, com maior rapidez e eficiência, os interesses e as necessidades destes. Por traduzir a intenção individual de cada associado, o direito constitucional garantiu a possibilidade de representação desta vontade pelas associações civis, conforme se pode apreender do inciso XXI: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Essas entidades se consubstanciam em corpos intermediários entre o Estado e o cidadão e, dessa forma, funcionam como ferramenta para que estes possam manifestar seus interesses diante daquele.

1.4 Finalidade não lucrativa

A característica primordial das associações civis é a finalidade não econômica, isto significa que, ter fins não econômicos sinaliza que o objetivo de uma entidade é de outra natureza, que não a lucrativa, como, por exemplo, social, ambiental ou cultural. O propósito é gerar benefício para alguma dessas áreas, portanto deve-se considerar não econômica as atividades que não tenham como fim principal a pretensão de obter lucro. Contudo, isso não impede que as associações tenham lucro, o que elas realmente não podem é ter fins lucrativos. (DONIZETTE; QUINTELLA, 2018).

Nesse sentido, a “[...] lei não faz menção, por desnecessário, ao tipo de atividade a ser desenvolvida pela entidade, apenas exclui, pelo *caput* do art. 53 da Lei Civil, o fim de natureza econômica” (NADER, 2018, p. 257).

Há, portanto, que se diferenciar os resultados financeiros oriundos da atuação da pessoa jurídica, que se forem partilhados entre sócios, considera-se que ela tem fins lucrativos. Por outro lado, se a destinação desses recursos, for o reinvestimento na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais, então considera-se que não há finalidade de lucro. O §3º do art. 12 da Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (Lei do Imposto de Renda), conceitua entidade sem fins lucrativos nos seguintes termos:

[...]

§3º - Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Esse entendimento foi objeto do Enunciado Administrativo 534 do Conselho da Justiça Federal/STJ: "as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa". Assim sendo, em que pese a associação não possa ter objetivos lucrativos, isso não quer dizer, contudo, que ela não possa desenvolver uma atividade lucrativa para auferir ganhos que, futuramente, serão investidos a favor da própria entidade. (NADER, 2018).

Nessa linha, esclarece Nader:

Assim, um clube esportivo pode manter, internamente, restaurante ou bar, departamentos de cultura física, escolinhas, cujos lucros e taxas não são repartidos entre os associados, mas se incluem no patrimônio da entidade. Tais fontes de renda se revelam essenciais à sobrevivência e aprimoramento da corporação, seja para o pagamento de funcionários, reposições, pagamento de aluguéis e tudo mais que essencial for ao seu pleno funcionamento. (NADER, 2018, p. 258).

Embora a associação não tenha objetivo lucrativo, a entidade pode desenvolver atividade lucrativa para reinvestir os resultados financeiros na própria instituição. Consoante o entendimento, Donizette e Quintella afirmam que “[...] eventuais lucros obtidos por uma associação devem ser revertidos em benefício da própria associação, e não distribuídos aos associados” (2018, p. 95)⁸.

O Código Tributário Nacional (CTN) — Lei nº 5.172, de 15 de outubro de 1966, ao estabelecer os requisitos necessários para o gozo de imunidades por instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, assim, dispõe:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº104, de 10.1.2001)

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§1º [...].

§2º Os serviços a que se refere à alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que

⁸ No mesmo sentido entende Silvio Venosa ao dispor que: “Nada impede que a associação exerça alguma atividade que lhe forneça meios financeiros, sem que com isso se descaracterizem suas finalidades. O exame será muito mais do caso concreto. Assim, por exemplo, uma agremiação esportiva ou social pode cobrar por serviços de locação de suas dependências para eventos; pode vender lembranças e uniformes; pode cobrar pelos serviços de fisioterapia; exames médicos etc. O que importa verificar é se não existe desvio de finalidade.” In VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 280.

trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Com efeito, a ideia que se extrai do artigo 53 do Código Civil é que uma associação não pode perseguir um fim lucrativo, o que necessariamente não nos leva a concluir que ela não pode ter lucro.

Como exemplo podemos citar o Clube de Regatas do Flamengo, com receita anual próxima de um bilhão de reais. Nada impede que essa associação tenha receita maior que seus gastos, conseqüentemente gerando lucro. Esse lucro deverá ser revertido em favor da própria entidade, por meio de reformas, aquisição de bens, investimentos ou qualquer outra vantagem para seus associados. Os associados só não podem receber a distribuição direta desse valor⁹.

Deste modo, basta que a entidade sem fins lucrativos desenvolva suas atividades de acordo com os seus objetivos estatutários, aplicando seus recursos para este fim. Eventual superávit deverá ser destinado a essas mesmas atividades. Por isso, a obrigação de prestação de contas é indissociável do caráter “sem fins lucrativos” porque o dever de comprovar a aplicação dos recursos no desenvolvimento de seus objetivos é inerente a este conceito.

1.4.1 Imunidades e Isenções

A Constituição Federal determina que a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios não estão autorizados a tributar a renda, o patrimônio e os serviços de entidades de educação, assistência social e de assistência à saúde, constituídas como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, no que estiver relacionado às atividades essenciais da entidade. (O art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF/88).

Atendidos os requisitos elencados no artigo 14 do Código Tributário Nacional, as entidades sem fins lucrativos precisam demonstrar seu caráter assistencial para gozarem da imunidade dos impostos federais, estaduais e municipais sobre a renda, patrimônio e serviços.

A isenção está prevista em lei, em situações de interesse geral, que desobriga o recolhimento de tributos em condições específicas. A legislação federal, estadual e municipal,

⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil**: introdução e teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5658-5/cfi/6/10!4/6/2/2@0:64.7>>. Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito.

prevê isenções tributárias possíveis de serem alcançadas pelas associações a depender da competência de arrecadação e regras específicas de cada ente.

1.5 A Liberdade de se Associar e a Não Intervenção do Estado nas Associações

A possibilidade de associação é inerente ao direito constitucional de associação, bem como a impossibilidade de intervenção estatal, salvo em casos específicos caracterizados por violações legais. (BRASIL, 1988, Artigo 5º, Incisos XVII ao XX).

Nesse sentido, Alexandre de Moraes destaca que “é plena a liberdade de associação, de tal forma que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou mesmo permanecer associado”¹⁰. Já no que diz respeito a não interferência estatal nas associações, este mesmo autor destaca que “a interferência arbitrária do Poder Público no exercício deste direito individual pode acarretar responsabilidade tríplice”¹¹.

Os direitos fundamentais, auxiliam na condução da interpretação das normas infraconstitucionais e mesmo daquelas de hierarquia idêntica, mas sem referida natureza. De acordo com o ordenamento constitucional, as garantias fundamentais são condição de cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser suprimidas pelo poder constituinte derivado.

Nesse sentido, Rodrigo Xavier Leonardo, ao analisar o tema, destaca que:

“[...]na perspectiva de direito subjetivo individual, portanto, sobressai no direito de associação sua autêntica característica de liberdade individual, uma vez que imantizada com o princípio maior de autodeterminação e responsabilidade da pessoa humana”.

Nessa perspectiva, a interpretação da garantia constitucional do direito de se associar deve ser a mais ampla possível, de forma que tal direito possa ser gozado em sua plenitude, pela qual foi idealizado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi o maior marco internacional da liberdade de associação, dado o reconhecimento desse direito, representado no artigo 20: “Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas” e “ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Atlas. 2007, p. 70.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Atlas. 2007, p. 71.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, ratificado no Brasil em 1992, também prevê a liberdade de associação em seu artigo 22.1: “Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses”.

A liberdade de associação é um avanço das liberdades e garantias fundamentais em contraposição ao poder do Estado. Portanto, a participação em associações tem uma dimensão política muito importante em uma sociedade democrática.

1.5.1 Âmbito Interno

A liberdade de se associar se consubstancia no fato de que a escolha por se associar é uma faculdade de cada sujeito e, por isso, não pode possuir qualquer natureza de cunho obrigatório, sob pena de descaracterização da natureza do ato associativo. Uma vez colocado como uma garantia constitucional ligada à liberdade individual do cidadão e, portanto, cláusula pétrea, o âmbito interno diz respeito à liberdade de se associar para fins lícitos e não militares e, também, a liberdade institucional na a qual as associações podem definir sua área de atuação, como também regulamentar as regras que deverão ser respeitadas pelos associados.

Assim como o associado possui a faculdade de se associar, este também tem a livre opção de, a qualquer momento e razão, se desligar do pacto associativo. O aspecto interno da livre escolha é amplo e irrestrito, abrangendo, em vista disso, tanto a liberdade na entrada como na saída.

A liberdade institucional das associações caracteriza-se no poder de definição da área de atuação e a possibilidade de criação de normas internas para regulamentar sua ação tanto no ponto de vista interno como externo.

A ação interna corresponde à cooperação entre os associados, estabelecendo que as questões ligadas a administração, assembleias, direito de voto, contratação e entre outras coisas, possam ser regulamentadas nos seus respectivos estatutos. Com isso, uma vez que o sujeito opte por se associar, este saberá antes da sua efetiva integração ao pacto associativo, através da leitura do estatuto ao qual pretende aderir, todas as regras internas às quais deverá obedecer.

Entende-se, portanto, que o sujeito que ingressa aos quadros de determinada associação estará concordando com as normas do seu estatuto. Confirma-se, então, que a liberdade de se associar encontra respaldo na autonomia da vontade ¹².

1.5.2 Âmbito Externo

A atuação externa é aquela que se volta para fora da associação e objetiva uma atuação sem fim lucrativo, ou seja, uma atuação que esteja voltada para alguma finalidade ideal, sendo capaz de produzir efeitos em face de não-associados.

Dentro disso, temos a impossibilidade de interferência estatal nas associações, tendo em vista que as associações civis são corpos intermediários que operam entre o Estado e os cidadãos, em favor da democracia participativa, não podendo dessa forma ser controladas por aquele ao qual buscam manifestar vontade.

O âmbito externo quando vinculado à impossibilidade de interferência estatal, se dará nos processos administrativos e judiciais, para evitar que o Estado, sem justo motivo alegue violação direta a determinada norma jurídica, vindo a pleitear, por exemplo, a suspensão de qualquer associação regularmente constituída e que esteja atuando dentro da sua finalidade. Entende-se, portanto, que é vedada a intervenção discricionária do Estado nas associações, salvo em casos específicos caracterizados por violações legais.

Ainda dentro da atuação externa, a legitimidade processual das associações, possibilita sua ação como sujeito processual na proteção de direitos e interesses individuais e coletivos. A representação judicial das associações civis pode se dar tanto na defesa dos seus associados, na defesa da própria associação como pessoa jurídica, bem como na defesa de interesses coletivos.

1.6 Classificação das associações de acordo com as suas fontes financeiras

Assim como qualquer pessoa jurídica, as associações possuem despesas ordinárias e extraordinárias, razão pela qual, como consequência, terão de gerar receitas capazes de supri-

¹² A autonomia da vontade, aqui indicada, diz respeito ao ato de se associar e, portanto, não se vincula à natureza jurídica das associações, se contratual ou não. Sobre a natureza jurídica das associações, remete-se o leitor para LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 179.

las.

Até mesmo antes de sua constituição, as associações necessitam de receitas para suportar despesas e, portanto, necessária será a contribuição de bens, para formar um patrimônio, visando sua manutenção, mesmo diante da finalidade não econômica. Isso decorre, entre outros fatores, da necessidade de instrumentos e ferramentas que possibilitem sua operacionalização¹³.

O Código Civil de 2002, no artigo 54, inciso IV, estabelece que, no momento de constituição das associações, estas devem demonstrar, através do seu estatuto, sob pena de nulidade, as fontes de recursos que serão utilizadas para sua manutenção. Dessa forma, as associações possuem uma condição indispensável de validade do seu próprio estatuto, isto é, a indicação e conseqüente existência de fontes de recursos financeiros capazes de suprir as despesas que serão geradas.

Nesse sentido, duas possibilidades surgem como fontes de receitas para as associações, sendo a contribuição dos associados ou através da arrecadação externa¹⁴.

Como já demonstrado, parte majoritária da doutrina aponta na direção da impossibilidade jurídica das associações terem finalidade econômica, mas que tal fato, por si só, não é capaz de impedir que estas exerçam atividades econômicas, desde que os lucros auferidos sejam reinvestidos em sua finalidade ideal.

As associações puras possuem como receitas ordinárias as contribuições dos seus associados, nesse sentido, quanto maior for a atuação da associação em favor da vontade coletiva, maior será a probabilidade de se manterem associados e de obtenção de novos membros. Portanto, a ênfase é na defesa dos interesses da vontade coletiva do seu quadro de associados, na proteção dos interesses coletivos que se encontram dentro de sua estrutura.

As associações de interesse coletivo possuem seu enfoque externo à própria associação, pois buscam proteger a vontade coletiva fora da sua estrutura, não apenas de seus associados¹⁵.

¹³ A título de exemplo, o ato de criação da associação, com conseqüente necessidade de averbação do seu estatuto junto ao Registro Geral de Pessoas Jurídicas, já apresenta determinado custo oriundo das taxas aplicáveis ao ato cartorial.

¹⁴ Nesse mesmo sentido: PAES, Jose Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 8ª edição. 2013, p. 187.

¹⁵ Sobre a natureza dos interesses existentes numa sociedade, remete-se o leitor para a leitura de MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses Difusos: conceitos e legitimação para agir*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos

Nessas associações, os recursos dos associados não são capazes de suprir as despesas geradas¹⁶, e, por isso, dependem de recursos oriundos de atividades econômicas, atos de filantropia ou de subsídios do próprio Estado.

Não há restrição que determinada associação tenha como objetivo tanto a vontade coletiva de seus associados quanto a da sociedade e se configure na união das duas espécies em distinção.

Com isso, se demonstra a necessidade de classificação das associações sem, todavia, olvidar o fato de que elas não podem ter finalidade econômica, mesmo que as receitas financeiras se apresentem como condição de sua existência e manutenção e, portanto, de exercício de sua finalidade social.

1.7 A Dissolução da Associação Civil

A dissolução é um ato, judicial ou extrajudicial, que desencadeia o procedimento para a extinção da pessoa jurídica. A proteção em relação a dissolução de associações garante que para que qualquer associação seja suspensa ou dissolvida, quando essa vontade não partir diretamente da própria associação, é necessária uma decisão judicial. A tutela contra a dissolução está presente no inciso XIX do artigo 5º, que faz parte de um conjunto de incisos que garantem os direitos relativos as associações civis.

Caso os associados decidam suspender ou dissolver uma associação, eles são plenamente livres para tanto, que com base no Estatuto Social, encerram ou suspendem formalmente as atividades da entidade.

O inciso XIX define que a suspensão ou a dissolução de associações de forma involuntária só poderá ocorrer por determinação do poder judiciário, após o devido processo legal. Dessa forma, as associações são protegidas de possíveis arbitrariedades do legislador e/ou do Poder Executivo, o que concede a essas instituições alto grau de estabilidade e constância em seu

Tribunais, 2011.

¹⁶ É o que ocorre, no Brasil, a título de exemplo, com os clubes de futebol cuja natureza jurídica seja de associação. Nestes clubes, o bruto de suas receitas não é a contribuição dos associados, mas as cotas de televisão, patrocínios, licenciamento da marca, prêmios desportivos e venda de ingressos.

funcionamento e gestão.

Quanto a destinação dos bens remanescentes da associação quando da sua extinção, o artigo 61 do código Civil dispõe que “será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes”.

Portanto, se o Estatuto prever a forma de destinação patrimonial, poderá ser indicada qualquer entidade de sua escolha, dispensada a relação de seus fins desde que sem fins lucrativos, contudo se o Estatuto silenciar, a decisão caberá aos associados, que necessariamente deverão escolher entidade de objetivos afins. A norma visa sobrepor o interesse público ou coletivo aos interesses individuais ou privados, com a finalidade de proteger a boa-fé e confiança dos doadores que contribuíram para os fins sociais da associação.

1.7.1 A Insolvência Civil

A Insolvência Civil é um instituto de execução por concurso universal que visa reparar a situação de inadimplência da pessoa física ou da pessoa jurídica com natureza de sociedade civil, a exemplo das cooperativas e associações civis.¹⁷

O Código Civil prevê duas espécies de insolvência: a) Real quando as dívidas excedem os bens, hipótese descrita no artigo 748; e b) Presumida regida pelo artigo 750, quando o devedor não tem bens penhoráveis, não tem domicílio para ser cobrado, ou quando tenta se desfazer do patrimônio para que o mesmo não seja alcançado. Com a declaração da insolvência todos os bens passíveis de penhora do devedor são arrecadados, no intuito de pagar os credores.

A declaração de insolvência pode ser requerida judicialmente por qualquer credor que possui um título executivo sem garantia real e pelo próprio devedor. Após a declaração de insolvência, começa a execução, em que se buscará a quitação total de todas as obrigações do devedor. Nesse momento, o devedor perde o direito de administrar e dispor de seus bens até a liquidação total de seu patrimônio. Com a liquidação dos bens, se todas as dívidas forem quitadas, as obrigações são extintas. Se não houver quitação de todas as dívidas, o devedor

¹⁷ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/331319/insolvencia-civil--uma-alternativa-para-a-inadimplencia-cronica>, acesso em 21 maio 2021.

continua obrigado a quitá-las, inclusive com os bens que vier a adquirir no futuro.

O instituto da insolvência civil, tal como está posto no direito, gera uma série de consequências negativas ao devedor, dentre elas a exclusão social e a violação de direitos fundamentais. O objetivo da insolvência civil deveria ser a reorganização do passivo do devedor e conseqüentemente sua reabilitação patrimonial e reinserção na sociedade para continuar exercendo uma função social, e não aplicar uma punição.

É necessário questionar as consequências para o desenvolvimento econômico, considerando as poucas soluções legais aos devedores civis e a sua baixa eficiência em preservar atividades econômicas não empresárias, mesmo quando comprovadamente viáveis.

CAPÍTULO 2 – ASPECTOS GERAIS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E OS REQUISITOS PARA A SUA CONCESSÃO

Realizada essa análise preliminar das associações civis, inicia-se a discussão do presente trabalho, examinando o instituto da recuperação judicial, bem como as razões que restringem a legitimidade ativa.

2.1 A Lei de Recuperação de Empresas

A Lei nº 11.101/05 introduziu a recuperação judicial e extrajudicial das empresas no sistema falimentar então vigente¹⁸. Após aproximadamente 11 anos de tramitação legislativa, a Lei alterou os conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e o prosseguimento dos negócios pelo falido, conforme previsto no revogado Decreto-Lei nº 7.661/1945¹⁹.

À época, verificou-se a necessidade de adequação da norma vigente às urgências do cenário econômico e da atividade empresarial, que sucumbia diante da ineficiência do processo de liquidação e a inflexibilidade do processo de recuperação das empresas²⁰.

O instituto antecedente, preocupava-se somente com os aspectos formais para a decretação da falência da empresa, e comportava apenas as empresas insolventes que demonstrassem real possibilidade de recuperação. A falência e a concordata, na forma que se encontravam estruturadas no Decreto-Lei nº 7.661/1945, não ofereciam possibilidades de solução ao empresário.

A mudança na perspectiva societária no tocante a empresa, em virtude da Lei de

¹⁸ Aplica-se, no que couber, o código de Processo Civil a lei de recuperação (art. 189).

¹⁹ SALOMÃO, Luis Felipe. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática – 3ª ed. rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

²⁰ Na tentativa de sintonizar a legislação com o desenvolvimento ocorrido no país, juristas de renome, influenciados pela Teoria da Empresa, propuseram a reforma da lei falimentar brasileira. Nelson Abrão fez uma análise do que deveria ser reformulado no instituto: “[...] devem constar na reforma da Lei Falimentar, a extinção da concordata preventiva, nos moldes em que ela vem sendo processada, posto que enseja fraudes e prejuízo aos credores. [...] o grande problema da atual legislação falimentar está na sua índole, eminentemente, processual e repressiva, dando-se ênfase a questões de ordem, puramente, técnico-jurídica, quando o fundamental nessa matéria é o elemento econômico, devendo ser objeto da legislação, a exemplo dos países mais avançados, a função preventiva e saneadora da empresa.” In ABRÃO, Nelson. Curso de Direito Falimentar. 5ª ed., revista e atualizada – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1997, p. 433.

recuperação de empresas, se define pelo rompimento da concepção contratual individualista - marcado pela prevalência da vontade dos sócios e controladores, para o enfoque institucionalista das empresas, destacando a ideia de função social da organização empresarial.

O grande diferencial entre a Lei nº 11.101/05 e o Decreto-Lei nº 7.661/1945 é que o foco passou a ser a preservação da empresa – isto é, da produção de bens e serviços, dos empregos e dos interesses dos credores, conforme dispõe o artigo 47 da LRF:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Dessa forma, o instituto destina-se às empresas em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade de superação, ao fundamento do valor social da empresa em funcionamento²¹.

Por essa razão, a recuperação judicial oferece soluções técnicas necessárias para conter os graves efeitos que o desaparecimento de uma empresa provoca na sociedade, pois inexiste a possibilidade de uma empresa acabar sem deixar sequelas na sociedade, por isso, necessária a preservação. O instituto é considerado um marco revolucionário no cenário empresarial nacional, inspirado na legislação norte-americana²².

A Lei nº 11.101/05 trouxe providências financeiras, produtivas, administrativas e jurídicas, para que a empresa possa superar o momento de crise que se encontra, sem cessar a produção, mantendo empregados e resguardando os interesses dos seus credores.

Especificamente em relação à recuperação judicial, Maria Bernadete Miranda discorre²³:

O objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da crise econômico-financeira (insolvência momentânea) do devedor, permitindo desta forma a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores, os interesses dos

²¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 140.

²² A respeito da lei inovadora, Luiz Antonio Guerra da Silva discorre: “De modo geral, quem ganha com a nova lei são todos os agentes econômicos, a saber: o Estado, os empregados, os consumidores, os empresários e as sociedades empresárias. O maior beneficiado é o Brasil, que, após conviver com uma legislação que não mais atende a realidade econômica, incorpora ao ordenamento jurídico novo instituto – o da recuperação da empresa, alinhando-se aos principais países europeus e aos EUA no direito das quebras e da recuperação.” In SILVA, Luiz Antonio Guerra. nova lei de falência, recuperação judicial e extrajudicial. Revista Consulex, Brasília, ano IX, nº 196, p. 7, 15 mar. 2005.

²³ MIRANDA, Maria Bernadete. Nova Lei de Falências. São Paulo: Rideel, 2005, p. 67.

credores, preservando a empresa e estimulando o exercício da atividade econômica. Ao contrário da legislação anterior, a nova Lei tem como objetivo não extirpar as empresas e os empresários da atividade econômica taxando-os de devedores, mas sim ajudá-los a superar um período de dificuldades, seja por crise financeira, sazonalidade do mercado, má gerência ou qualquer outro motivo. Trata-se do princípio da preservação da empresa, onde a legislação deve ajudar a salvar a atividade, a empresa, se ela for viável (não necessariamente o empresário).

As alterações advindas da lei, buscam o efetivo reequilíbrio financeiro da empresa, visando manter a unidade produtora e prestigiando sua função social. E por isso, o interesse pela conservação da atividade empresarial, é de todos aqueles que se beneficiam da sua capacidade econômica: credores; empregados; consumidores, e o Fisco, em virtude da arrecadação de tributos.

O aparecimento da lei vigente decorreu da consagração de princípios, como o da preservação da empresa e da função social da empresa, o que demonstra a preocupação do legislador com a sociedade, que a partir da análise destes princípios pode entender pela viabilidade ou não da empresa.

2.2 A Função Social da Empresa

Pela teoria da função social da empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter atuação responsável no desenvolvimento de sua atividade, e por isso possuem o poder-dever de agir a serviço da coletividade, visando o bem-comum, o bem-estar e a justiça social, com a finalidade de produção de lucros²⁴.

A empresa possui função social na medida que tem obrigações a serem cumpridas diante da sociedade, que influenciará diretamente no mercado, vinculando a noção de função social à atividade econômica face a sua importância. Portanto a empresa deixou de ser um instrumento de satisfação da vontade apenas de particulares.

O princípio não tem previsão constitucional e decorre do princípio da função social da propriedade expresso na Constituição:

Artigo 5º, inciso XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²⁴ “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial” (Enunciado do CJF nº26, aprovado na I Jornada de Direito Comercial). Lei n. 6404/76, arts. 116, parágrafo único, e 154 contém previsão relativa à função social da empresa.

Artigo 182, § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

São fundamentos constitucionais, previstos nos artigos. 5º, XIII, XXIII, 170, II a IX e parágrafo único, e 186: a livre incitativa, o exercício de qualquer atividade econômica organizada, a livre concorrência, o respeito à propriedade privada e à sua exploração, observada a sua função social e os valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, o princípio basilar da recuperação de empresas, nada mais é que o resultado da soma de valores constitucionais fundamentais, que além da preservação da empresa, visão defender a sua função social.

Assim leciona Francisco Satiro de Souza:

A função social de empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efetivo multiplicador na economia.²⁵

O desenvolvimento da atividade empresária garante o sustento e o lucro do empresário e da sociedade empresária, que por sua vez cria novos empregos e forma mão de obra qualificada; ainda garante o salário do trabalhador e o sustento de sua família, bem como a contribuição fiscal, que possibilita a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado^{26, 27}.

²⁵ SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

²⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. Direito de empresa no Código Civil. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 15.

²⁷ É, nesta linha de raciocínio, adequado e oportuno o ensinamento de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para quem o escopo da Lei 11.101, de 2005, foi "atender os anseios e tendências manifestas na segunda metade do século XX

A constatação da existência da função social e da importância do papel da empresa na sociedade, foi determinante para que o alvo da Lei nº 11.101/05 fosse fundamentalmente a recuperação da empresa em crise, concretizando, assim, a noção de função social da organização empresarial. A empresa, portanto, é a concentração de vários interesses, que justificam sua importância econômico-social e por isso preservá-la também é para proteger a sociedade.

2.3 O Princípio da Preservação da Empresa

O princípio da preservação da empresa foi positivado pelo legislador no artigo 47 da Lei nº 11.101/2005 e está implícito na Constituição, no artigo 170, caput, ao estabelecer uma ordem econômica baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. Este é o princípio norteador da recuperação judicial, que é aplicado a fim de garantir a continuidade da empresa por sua relevância socioeconômica.

O princípio objetiva recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, com a finalidade de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses dos credores.

O preceito é tentar salvar a empresa economicamente viável, usando as soluções dispostas nos institutos da recuperação judicial e extrajudicial.

Nesse sentido, ensina Fábio Ulhôa Coelho:

(...) no princípio da preservação da empresa, construído pelo moderno Direito Comercial, o valor básico prestigiado é o da conservação da atividade (e não do empresário, do estabelecimento ou de uma sociedade), em virtude da imensa gama de interesses que transcendem os dos donos do negócio e gravitam em torno da continuidade deste (...).

Entende-se, portanto, que a atividade econômica exercida pela empresa beneficia a economia como um todo, representando uma fonte geradora de empregos e riquezas, além da

e princípio deste século XXI, no sentido de salvaguardar a empresa, que tem uma função social e, por isso, deve subsistir às crises, em benefício dos que nela trabalham, da comunidade em que atua, dos mercados de fatores de produção e de consumo do local, da Região, do Estado e do País." In *A nova lei de falências e de recuperação de empresa*: Lei n.11.101/05. Coordenador: Paulo Penalva Santos/Alfredo Assis Gonçalves Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

importante posição acerca do recolhimento de tributos.

2.4 A legitimação para postular recuperação

De acordo com o artigo 1º da Lei nº 11.101/05, apenas os empresários e sociedades empresárias podem requerer a recuperação judicial: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

A lei atual, dessa forma, mantém o estabelecido pela antiga legislação quanto a concordata e à legitimidade de postulação do pedido, que somente era destinado aos comerciantes²⁸. Embora, o conceito de empresário seja mais abrangente do que a concepção de comerciante, salienta-se que o procedimento concursal é de acesso restrito aos agentes econômicos que a própria lei caracteriza como empresários²⁹, portanto quem não for qualificado como tal, não tem legitimidade para postular a recuperação judicial³⁰.

Nesse ponto, retornamos ao que o Código Civil de 2002 consagra como atividade empresária, como fundamento para caracterizar o empresário e a sociedade empresária:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera 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.

Assim, entende-se que a atividade econômica se realiza com a produção e circulação de bens, e aqueles que produzem e vendem esses bens, mediante a perspectiva de obter lucros, são considerados empresários³¹.

Em complemento ao que dispõe o primeiro artigo, o rol do artigo 2º da Lei nº 11.101/05, estabelece as pessoas jurídicas públicas ou privadas que estariam excluídas do direito ao pedido

²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 30, p. 19.

²⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

³⁰ Nesse sentido, ver STJ, REsp 1.004.910, 4º Turma, j. 18.03.2008, v.u., rel. Min. Fernando Gonçalves.

³¹ O artigo 982 do Código Civil de 2002, estabelece que: “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.”

de recuperação judicial, vejamos:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Interpreta-se, logo, que o sistema concursal é destinado apenas para os agentes econômicos classificados como empresários, ao passo que, os não empresários não podem usufruir do dispositivo legal, e ficam restritos ao procedimento de insolvência civil.

Nessa perspectiva, associações civis por exemplo, não se legitimariam a postular recuperação judicial, bem como não se submeteriam à falência³². “Com a ressalva de que as associações com interesse econômico, como as redes de cooperação empresarial, devem ser consideradas empresárias para fins concursais.”³³ (AYOUB, Luiz Roberto, 2017, p. 21)

Para o ilustríssimo professor Arnold Wald, a caracterização de empresa consiste “no exercício de uma atividade econômica ... que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços”, estando a ideia de empresa “relacionada com o princípio de economicidade, ou seja com o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas”³⁴.

Não há motivo que justifique a escolha de excluir os não empresários de fruir do sistema concursal. A exclusão legal não foi fundamentada em um objetivo claro e não se entende a razão de se manter o sistema de insolvência civil que hoje se mostra inadequado, tendo em vista que não atende os interesses dos atores econômicos que se relacionam com um agente econômico insolvente³⁵.

A legitimidade para postular o pedido de recuperação judicial está prevista então na Lei de Recuperação nos artigos 1º e 48. Para que seja legítimo o pedido, é necessário que a

³² Nessa linha, ver TJSP, AC 619.652-4/8-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 28.01.2009, v.u., rei. Des. Boris Kauffmann (sustentando que associações não se legitimam a postular recuperação judicial).

³³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 21.

³⁴ Disponível em <<https://www.rcpirj.com.br/html/pareceres/prof-arnoldo-wald.html>>. Acesso em 19 maio. 2021.

³⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 4.

qualificação de empresário se some a outros requisitos estabelecidos pelo artigo 48 da lei, os quais veremos a seguir.

2.5 Os requisitos para a concessão da recuperação judicial

Não é qualquer pessoa, física ou jurídica, que tem o privilégio de poder requerer uma recuperação judicial e posteriormente a sua concessão. O artigo 48, caput, da Lei nº 11.101/05, dispõe a listagem dos impedimentos ao pedido de recuperação, vejamos:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. § 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF.

§ 5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado.

Art. 48-A. Na recuperação judicial de companhia aberta, serão obrigatórios a formação e o funcionamento do conselho fiscal, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, enquanto durar a fase da recuperação judicial, incluído o período de cumprimento das obrigações assumidas pelo plano de recuperação.

Os requisitos apontados anteriormente, devem ser preenchidos e cumpridos cumulativamente, isto é, todos deverão estar devidamente comprovados no mesmo momento do pedido, não significando isto, ainda, que o pedido estará apto a receber o deferimento.

2.5.1 Exercício regular da atividade há mais de dois anos

A qualificação de empresário ou sociedade empresária não é suficiente para legitimar a postulação da recuperação. Conforme o caput do artigo 48, é necessário que o devedor exerça a atividade empresária há mais de dois anos.

Para ser reconhecido sujeito legítimo, o devedor precisa comprovar o exercício regular da atividade empresária, e conseqüentemente a sua existência, dado que se não existe substância mínima de atividade econômica comprovada, ou prova de que o exercício da atividade cessou, não há legitimidade para postular o pedido de recuperação, visto que não há o que se preservar.

O requisito do tempo mínimo de exercício regular da atividade empresária, acabou por excluir aqueles empresários que em menos de dois anos de atuação demandassem assistência judicial, isto é, o legislador entendeu não ser razoável que em tão pouco tempo o devedor precise se utilizar do amparo legal, o que significaria uma inaptidão para a atividade empresarial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que a condição do exercício de atividade empresarial há mais de dois anos por uma empresa, pode ser descartada nos casos de pedido de recuperação judicial de empresas integrantes de grupos econômicos, desde que a constituição do grupo tenha mais de dois anos³⁶.

A comprovação da exigência pode ser realizada mediante a apresentação da certidão da Junta Comercial e de documentos contábeis, demonstrando o exercício regular da atividade empresarial. A ausência de regularidade pode acarretar no indeferimento da inicial.

2.5.2 Não ser falido

O inciso I do artigo 48, traz como condição não ser falido, isso se refere aos sócios de responsabilidade ilimitada e aos empresários individuais que já tiveram sua empresa falida e

³⁶ Assim decidiu o TJSP, AI 604.160-4/8-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 04.03.2009, v.u., rei. Des. Pereira Calças (no qual afirmou-se que "[o] requisito do art. 48, *caput*, da Lei 11.101/2005, 'exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial; não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido"). Em sentido análogo, ver, também, TJSP, AC 659.056-4/0-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 15.12.2009, v.u., rei. Des. Romeu Ricupero.

por isso não estariam legitimados a postular o pedido de recuperação judicial.

Para os fins desse inciso, a pessoa física, que no caso de desconsideração da personalidade jurídica, e nessa circunstância tiver a afetação dos seus bens, também será considerada “falido”³⁷.

O devedor que for citado num processo falimentar e postular pedido de recuperação judicial tempestivamente, será considerado legítimo, desde que cumpridos todos os requisitos legais, visto que ainda não foi declarado falido. O pedido de recuperação tempestivo, impede a decretação da falência pelo juiz em razão da sua suspensão e é motivo de excludente do decreto falimentar^{38 39}.

A condição não existirá de acordo com artigo 160 da Lei nº 11.101/05 se, apesar de falido, suas obrigações estiverem extintas por decisão transitada em julgado. No mais, apesar da lei estabelecer que os administradores são responsáveis pelas obrigações do falido⁴⁰, estes não se caracterizam como tal.

2.5.3 Não ter obtido concessão de recuperação há menos de 5 anos

Outro requisito, dessa vez previsto no inciso II e III do artigo 48 da LRF, é não ter obtido o deferimento do processamento da recuperação judicial há menos de cinco anos, ou seja, a empresa não pode dentro desse período ter estado em recuperação, a considerar nesse caso, a contagem do prazo a partir da data da decisão de concessão.

³⁷ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

³⁸ Assim, ver TJPR, AI 458.609-8, 17ª Câmara Cível, j. 09.07.2008, v.u., rel. Des. Lauri Caetano da Silva; TJSP, AC 514.560-4/2-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 25.06.2008, v.u., rel. Des. Elliot Akel; TJSP, AC 665.904-4/0-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 27.10.2009, v.u., rel. Des. Romeu Ricupero; e TJSP, EDcl 994.09.325969-1/50000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, j. 06.04.2010, decisão monocrática, rel. Des. Romeu Ricupero.

³⁹ Assim disciplinam os doutrinadores Luis Roberto Ayoub e Cássio Cavalli: “Por essa razão, o art. 95 da LRF autoriza que, após a citação em feito falimentar, o devedor distribua pedido de recuperação judicial dentro do prazo de dez dias para contestação ao pedido de falência ajuizada por credor (art. 98 da LRF). Nesse caso, o devedor ainda não foi declarado falido e, portanto, ainda se legitima a postular recuperação judicial, desde que presentes todos os requisitos legais. ” In AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 26.

⁴⁰ Lei nº 11.101/05: Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem. [...] § 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.

De acordo com o Professor Manoel Justino Bezerra Filho, o termo inicial que trata o presente inciso é o previsto no artigo 58 da Lei de recuperação, não devendo ser associado equivocadamente a data da distribuição ou do despacho que defere o processamento da recuperação:

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma dos arts. 45 ou 56-A desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

Alguns casos específicos merecem atenção. Nas hipóteses em que após o deferimento do processamento da recuperação judicial a empresa desista do processo, ou tenha o processo extinto sem resolução do mérito por inépcia da inicial, esta poderá postular novamente o pedido de recuperação judicial sem óbice algum⁴¹, pois não consta na regra do inciso II do artigo 48 da LRF.

Ademais, se o devedor cumpriu a obrigação da concordata no período de vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, na lei atual ele se legitima a postular o pedido de recuperação judicial, estando limitado somente no que diz respeito a recuperação judicial com base no plano especial para microempresa e empresa de pequeno porte.

2.5.4 Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes concursais

Quanto ao inciso em questão, a doutrina faz fortes críticas a essa condição, pois o inciso IV do artigo 48 da LRF, embaralha os conceitos de sócio, empresa e administrador e mantém a chamada “pessoalidade” da lei falimentar anterior⁴², pois considera as adversidades pessoais dos administradores da empresa, em detrimento da viabilização e preservação da empresa, conforme estabelece o artigo 47 da mesma lei.

⁴¹ Nesse sentido, ver TJSP, AI 0573228.05.2010.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 26.07.2011, v.u., rei. Des. Romeu Ricupero (onde se decidiu que: "Primeira ação de recuperação judicial, julgada extinta sem resolução do mérito em decorrência da suposta falta de documentos necessários, elencados no art. 51 da LFR. Com o escopo de evitar uma demora para o julgamento do recurso de apelação, a agravante concordou com a sentença e ajuizou nova demanda, mas a MM. Juíza de primeiro grau entendeu por bem extinguir a ação, antes mesmo de determinar a comprovação do recolhimento das custas processuais. Inteligência do disposto no art. 268 do CPC, ou seja, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação, porém a petição inicial não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado").

⁴² LOBO, Jorge. Comentários ao art. 48. In: TOLEDO, Paulo Fernando Salles de, ABRÃO, Carlos Henrique (orgs.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 114; TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63.

Observa-se, portanto, que o inciso impede que a empresa ou sociedade empresária em crise, mesmo que viável e em boas condições, possa se beneficiar do dispositivo legal, por ainda adotar a concepção contratual individualista.

Cabe esclarecer, que se tratando de direito penal, a exigência tem pouca dimensão. Isso porque, para haver condenação por crime falimentar, a empresa necessariamente precisa ter falido ou ao menos ter pedido recuperação judicial. Além do mais, a pessoa condenada por crime falimentar não pode, por força da Lei nº 11.101/05, participar de conselho ou administração de empresas⁴³.

Os efeitos desse requisito foram atenuados nos primeiros anos da lei pela jurisprudência, esclarecendo que a responsabilidade dos administradores deverá ser tratada nos termos do artigo 82⁴⁴ da LRF.

Depreende-se, portanto, que a ausência de qualquer um desses requisitos, pode ensejar o indeferimento do pedido de recuperação judicial, por ilegitimidade ativa. A Lei de Recuperação de Empresas caminhou bem até este ponto, visto que nos casos de instrução insuficiente ou irregular não há previsão de decretação de falência, como acontecia na lei anterior, que como consequência levava a falência empresas viáveis e com possibilidade de soerguimento.

Por outro lado, se uma das funções do direito concursal é contribuir para o desenvolvimento do mercado de crédito, não faz sentido excluir do sistema concursal agentes que efetivamente participam desse negócio, e exercem atividade econômica. É certo que a discussão acerca do acesso ao sistema concursal pelos agentes econômicos hoje excluídos, deve ser imediatamente empreendido pela sociedade brasileira.

⁴³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

⁴⁴ Lei nº 11.101/05: Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. § 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo. § 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

CAPÍTULO 3 – DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MECANISMO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL POR ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS, O OBJETIVO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A PANDEMIA DA COVID-19

3.1 O impacto da pandemia da covid-19 nas recuperações judiciais

A pandemia do coronavírus é a pior crise global desde a segunda guerra mundial⁴⁵, em razão disso, a economia global foi diretamente impactada negativamente. No Brasil, em março de 2020, diversas empresas paralisaram suas atividades em razão dos atos expedidos pelo poder público, para tentar frear a disseminação do vírus.

O reflexo disso, são as inúmeras empresas e instituições em crise econômico-financeira. O cenário é difícil, visto que a pandemia não acabou e as medidas de distanciamento social – extremamente necessárias para a preservação da saúde da população, ainda prejudica o andamento normal do mercado de bens e consumo. O abrupto declínio da demanda por serviços e produtos, reduz o faturamento das empresas e, por isso, já se esperava um aumento no número de pedidos de recuperações judiciais de empresas, que afeta principalmente as pequenas e médias empresas.

O Conselho Nacional de Justiça, considerando os efeitos da pandemia, aprovou em março a Recomendação nº 63/2020, com orientações direcionadas aos juízos especializados em recuperações judiciais e falências, para que seja priorizada, nas ações de recuperação empresarial e falência, a análise de decisões em favor de credores ou empresas em recuperação.

Há de se reconhecer a excepcionalidade do momento em que não só o país, mas o mundo todo enfrenta, a Recomendação visa flexibilizar o procedimento de recuperação judicial, para torna-lo mais viável.

3.2 A controvérsia jurídica e o silêncio da lei

⁴⁵ ONU diz que pandemia de coronavírus é a pior crise global desde a Segunda Guerra. NSC Total. 01 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.nscotal.com.br/noticias/onu-diz-que-pandemia-de-coronavirus-e-pior-criseglobal-desde-a-segunda-guerra>> Acesso em 14 out. 2020.

Desde o dia 23 de janeiro de 2021, estão valendo as novas regras da lei 14.112/2020, que reformulou a lei 11.101/2005. Apesar da promessa da legislação em ajudar na busca da recuperação da economia do país, contribuindo ainda para o restabelecimento da saúde financeira das empresas, esta continuou silente em alguns aspectos.

A Lei 11.101/05 não incluiu nem excluiu a associação civil sem fins lucrativos do rol das pessoas jurídicas que estão autorizadas a usufruir do procedimento de recuperação judicial. Por isso, existe uma enorme controvérsia jurídica acerca da possibilidade de utilização do mecanismo pelas associações sem fins lucrativos, uma vez que a reforma da lei não trouxe respostas quanto ao tema.

Muitas associações se comportam como verdadeiras empresas, gerando valor econômico-financeiro para a sociedade e buscando também o lucro a curto ou médio prazo, muito embora este lucro normalmente seja utilizado para fomentar a própria associação, e não para ser distribuído.

A ausência de previsão específica sobre a matéria na Lei nº 11.101/2005 acabou por gerar uma dicotomia. De um lado, há o formalismo essencial para a interpretação de qualquer lei e de outro, aspectos principiológicos e finalísticos sobre a função de uma lei que busca regulamentar a falência e a recuperação judicial / extrajudicial de uma sociedade com características empresariais. São esses dois aspectos específicos da legislação que são ponderados pelo magistrado ao analisar casuisticamente um pedido recuperacional vindo de uma associação.

Justamente em razão da natureza finalística da lei que alguns casos jurisprudenciais são emblemáticos. A Universidade Cândido Mendes, por exemplo, é uma associação civil sem fins lucrativos, mas que é dotada de absolutamente todos os elementos constitutivos de uma empresa. A manutenção da fonte produtora de valor para a sociedade, como muito bem apontado pela corretíssima decisão da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é exatamente o cerne da Lei nº 11.101/2005. Se uma associação civil é dotada dos elementos essenciais para a constituição de uma empresa, gera valor para a sociedade, é fonte de empregos e exerce função social quando inserida na comunidade em que está localizada, como poderia ser ignorada pela jurisprudência, que analisa, efetivamente, o caso concreto?

Certamente a nova Lei poderia ter adotado parte dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados sobre a matéria. Diversos casos já haviam sido analisados pela jurisprudência de diversos Tribunais, sempre tendo como princípio norteador o caso concreto e o cumprimento das demais disposições da Lei nº 11.101/2005. A bem verdade, há, efetivamente, uma análise da atividade desenvolvida e da estrutura organizacional da empresa para se concluir se ela se encaixa no conceito amplo de sociedade empresária ou não. E por sociedade empresária não se está analisando apenas o tipo societário, e sim também as características intrínsecas de sua atividade.

Poderia ter havido uma previsão específica para associações civis que exerçam atividade de natureza empresária. Neste tema específico, no entanto, a jurisprudência tem adotado um entendimento mais aberto em favor das recuperandas há algum tempo. E foi exatamente a jurisprudência e os constantes julgados dos diversos Tribunais pátrios que levou à positivação, por exemplo, da recuperação judicial do empresário rural pessoa física, conforme disposição do art. 48, §3º, da Lei. E como vêm sendo visto, a jurisprudência, aparentemente, vem mantendo o seu papel de construção de novas teses dentro dos casos concretos.

3.3 A associação civil sem fins lucrativos como agente econômico que exerce função social de empresa

Existem associações civis sem fins lucrativos, que embora usem essa roupagem jurídica, atuam como verdadeiras empresas. São agentes econômicos que competem no mercado para gerar *superavit* financeiro e expandir seu patrimônio.

Dessa forma, é possível distinguir dois tipos de associações: (i) aquelas que realizam negócios e atuam em mercado visando seu alargamento patrimonial, gerando *superavit* financeiro a ser integralmente revertido à própria entidade, sem distribuição de lucros aos associados, e (ii) aquelas que visam fornecer vantagens aos seus associados, sem caráter pecuniário. O primeiro tipo de associação poderá, em determinadas circunstâncias, exercer atividade empresária.

Portanto, há associações que exercem o papel de agentes econômicos, pois são responsáveis por produzir e viabilizar a comercialização de bens e serviços na economia. Essas instituições também contribuem para o desenvolvimento econômico do país. Elas empregam os

fatores de produção e realizam sua atividade produtiva com o fim de maximizar seus lucros, mesmo que não sejam distribuídos no final.

Assim, embora haja importantes vozes em contrário, segundo alguns doutrinadores, seria possível fazer uma leitura ampliativa do artigo 1º da Lei de Recuperação de Empresas, para estender a aplicação do referido diploma legal a cooperativas e associações com fins econômicos, ou seja, que exerçam atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas.

As associações civis, apesar de sem fins lucrativos, exercem função social de atividade econômica, ou seja, com características de uma sociedade empresária. O cerne da questão não está, portanto, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade.

A atividade fim da associação, assim como na empresa, para ser alcançada, deve cumprir, durante o percurso, tanto a função econômica quanto a função social, para que seja equilibrada e sem nenhum abuso econômico.

O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa, que se concentra no modo pelo qual a atividade econômica é exercida. A caracterização de empresa, assim, deve ser considerada sob o aspecto corporativo ou institucional, organizado com o objetivo de obter o melhor resultado econômico, produtivo e socialmente útil. Atividade de caráter profissional e organizada para a produção ou circulação de riquezas, bens ou serviços, visando resultados lucrativos.

3.4 A legitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos

De acordo com o art. 1º da Lei nº 11.101/05, é expressamente permitida a utilização do instituto da Recuperação Judicial por sociedade empresária:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

É imperioso observar, que não há no dispositivo em questão o adverbio SOMENTE (p.ex.), ou seja, não há uma limitação expressa no sentido de permitir a utilização do instituto

da Recuperação Judicial somente pelas sociedades profissionais.

Por sua vez, de acordo com o art. 2º da Lei nº 11.101/05, é expressamente proibida a utilização do instituto da Recuperação Judicial por: empresa pública e sociedade de economia mista; instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Observe-se que, as associações civis sem fins lucrativos não se incluem em nenhum dos agentes excluídos pelo art. 2º e incisos da Lei nº 11.101/05. A razão para a exclusão de tais entidades do regime previsto pela Lei nº 11.101/2005 é bastante clara: são todos atores de setores econômicos que contam com suas próprias regulações para os casos de insolvência.

A Lei nº 11.101/05, nada fala sobre as cooperativas, fundações e associações com ou sem fins lucrativos (agentes econômicos), bem como não há nenhuma lei especial que regule os casos de insolvência desses agentes econômicos. Ainda que não haja previsão expressa na Lei nº 11.101/05, para a concessão de Recuperação Judicial para essas entidades, a doutrina através de uma interpretação extensiva⁴⁶ entende ser possível aplicar a Lei nº 11.101/05 para esses agentes econômicos.

O fundamento do entendimento doutrinário centra-se na finalidade do instituto da Recuperação Judicial que é a preservação da pessoa jurídica. Isto é, permitir que a pessoa jurídica que está enfrentando uma crise econômica e financeira, possa superar a crise, e assim consiga a manter a produção dos bens e serviços; garantir o emprego de seus funcionários; manter a arrecadação de tributos; e, a garantir o desenvolvimento econômico e social do país e do local onde se situa a pessoa jurídica em questão. A presente finalidade é encontrada no art. 47 da Lei nº 11.101/05:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

⁴⁶ “A interpretação extensiva determina o conteúdo e alcance da lei que sejam insuficientemente expressos no texto normativo, ou seja, a lei teria dito menos do que queria (dixit minus quam voluit).” (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 23ª edição, Saraiva jur. 2019. p. 239.

O entendimento doutrinário alia a finalidade prevista no art. 47 da Lei nº 11.101/05, com a necessidade de a associação sem fins lucrativos preencher os requisitos de empresa. Ou seja, o requisito para a concessão do instituto da Recuperação Judicial está no fato de ser tratar de uma pessoa jurídica que independente da roupagem jurídica que possua, isto é, se é sociedade empresarial ou associação sem fins lucrativos (exceto os tipos expressamente vedadas pela lei – art. 2º da Lei nº 11.101/05) corresponda a um agente econômico organizado que coordena fatores de produção, ou seja, que gere emprego, arrecadação para o Estado e garanta o desenvolvimento nacional e local, buscando superavit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, independente de repartir lucro ou não entre seus sócios.

Nesse sentido, se faz necessário o preenchimento dos requisitos do art. 966 do CC/02, os quais dispõe que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviço. Sendo assim, considera-se empresário quem: a) exerce atividade econômica para a produção ou circulação de bens e serviços; b) tem uma atividade organizada, com coordenação dos fatores de produção (capital, trabalho e bens); e, c) exerce uma atividade de modo profissional, com habitualidade e visando lucro ou retorno financeiro.

Dessa maneira, o Conselho da Justiça Federal, reconheceu, em seus enunciados de orientação, na VI Jornada de Direito Civil, a qualidade da atividade empresarial das Associações Civis: “Enunciado nº 534. As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa.”

Nesta linha, deve-se ler o art. 47 da Lei nº 11.101/05, combinado com os arts. 966, 981 e 982 do CC/02 de forma a compreender que o objetivo legal é permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim a preservação da pessoa jurídica, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Ainda, devendo ser destacado que o art. 47 da Lei nº 11.101/05 não se refere a sociedade empresária, mas sim a fonte produtora e em empresa. Nesse exato sentido são as lições Manoel Justino Bezerra Filho:

A Lei estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo 'a manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o

que haverá possibilidade de manter o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o 'interesse dos credores'. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu. (Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada, 3ª ed., Editora RT, pp. 130/131).

Com efeito, perfeita são as lições Marlon Tomazzete ao falar sobre a necessidade e possibilidade da concessão da Recuperação Judicial para Associações Civis sem fins lucrativos:

O objetivo primário da recuperação judicial é, assim, a manutenção da atividade empresarial e, na solução a ser explorada adiante, de sua extensão analógica aos não empresários, seria a própria manutenção da circulação de riqueza, a evitar o colapso econômico, pois de nada adiantaria a manutenção da atividade empresarial, se não for conservada a capacidade de adimplemento dos que não forem empresários. Temos, portanto, que a recuperação judicial não foi pensada para os não empresários, entre os quais, a imensa maioria das pessoas físicas, as associações, fundações e cooperativas, apenas para citarmos alguns exemplos. Nada impede, porém, que imaginemos a aplicação de tal instituto, a estes, por analogia.

[...]. É como se indagássemos: haveria imaginado o legislador que uma crise tão severa iria desabar sobre todos pela pandemia da covid-19? Parece correto entender que não. E mais... estaria a lei atenta ao fato de que um número sem precedente de “não empresários” estaria simultaneamente sem liquidez para honrar os seus débitos, engendrando um desequilíbrio que, se não for estancado, poderá levar ao agravamento da crise no setor produtivo? Temos também que não!

Logo, apenas no momento em que vivemos, parece razoável entender que estamos diante de uma deficiência não intencional da lei, eis que os mecanismos de superação da crise, para os “não empresários”, apresentam-se atomizados e descoordenados. Haveria um ganho de racionalidade para o sistema, se fosse aplicada uma solução que permitisse que, de forma coordenada, o devedor não empresário pudesse reorganizar suas dívidas com todos os credores que, por outro lado, ainda que em condições não previstas originariamente, ainda teriam a perspectiva de quitação dos débitos. Além disso, também aqui seria aplicável o vetusto brocardo romano, segundo o qual, *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento incidirá o mesmo direito). Assim, que se apliquem os comandos de recuperação judicial para o caso não regulado, pela incidência analógica das leis que tratam de recuperação judicial.

Nesse exato sentido, o acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal do Rio de Janeiro ao determinar que seja procedida a recuperação judicial do instituto Cândido Mendes, entendendo ser possível a recuperação judicial de associação sem fins lucrativos:

Direito Empresarial. Recuperação judicial de associação e instituto sem fins lucrativos, entidade mantenedora da Universidade Cândido Mendes.

Aplicação da Lei federal nº 11.101/2005, arts. 1º e 2º. Lei de Recuperação Judicial e Falências, acolhendo-se o entendimento de se tratar de associação civil com fins econômicos, sociais e acadêmicos.

Decisão do Juízo singular, em sede de despacho liminar positivo, que deferiu o processamento da recuperação judicial, nomeou administrador judicial e determinou a suspensão de todas as ações ou execuções contra os requerentes, nos termos e com as ressalvas constantes do inciso III do sobredito dispositivo legal, entre outras providências pertinentes, e antecipou os efeitos do “stay period” para a data do protocolo da petição inicial.

Recurso do Ministério Público. Pretensão de reforma do julgado sob a tese de que associações civis sem fins lucrativos, de cunho filantrópico, não se enquadram no disposto no art. 1º da Lei de Recuperação Judicial e Falências, por não se constituírem em sociedades empresárias, tampouco estarem inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis, entre outros fundamentos. Pedido de efeito suspensivo

indeferido neste recurso incidental. No ponto principal do recurso o seu acolhimento parcial.

A mera interpretação literal do disposto no inciso II do art. 52 da Lei federal nº 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial, no sentido de excluir as associações sem fins lucrativos, não pode subsistir em face da prevalência do direito fundamental da liberdade econômica, tão cara ao Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988.

O critério da legalidade estrita como fonte única do Direito, como a muitos parecia na vigência do art. 126 do Código de Processo Civil e do art. 4º da redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi ultrapassado pelo disposto no art. 8º do Código de Processo Civil: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

O critério da legalidade, se inicial ao processo hermenêutico, não o esgota, pois há de se levar em conta o conjunto do ordenamento jurídico e os valores que inspiram a aplicação do Direito.

O cerne da questão não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, se mercantil ou não, mas no impacto da atividade por ele empreendida, nos aspectos culturais, econômicos, sociais e educativos.

Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, a toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente.

Como salientado pelos demandantes, em sua petição inicial, a concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo, da letra fria da Lei, para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada.

Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes se apresente como associação civil, formato que assumiu desde a sua formação, há mais de 100 anos, desempenha atividade empresária, ao teor do disposto no art. 966 do Código Civil, por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, atuando na área da Educação em nível superior, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, exercendo assim a sua função social.

Destaque-se que a falta do registro na Junta Comercial não pode ser obstáculo para o deferimento da recuperação. O que está em debate é a qualidade de empresária da recorrente quando da apresentação do pedido de recuperação, e não a regularidade de seus atos constitutivos, os quais apenas refletem a forma de sua organização jurídica, que atendeu plenamente o que prescrevia a ordem jurídica no início do século XX.

Para a garantia da continuidade das atividades do Grupo, sem quaisquer interrupções dos serviços educacionais, necessária se faz que haja êxito na recuperação judicial, com o cumprimento das finalidades indicadas no art. 47 da LREF, ou seja, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Constitui direito fundamental da ordem econômica, como decorre do respectivo título do texto constitucional, o direito de empresa de organizar os fatores de produção, em atividade lícita, o que não se submete a restrições sem razoabilidade do legislador ordinário que, declaradamente, na lei regente da espécie, incluiu ou excluiu outros agentes econômicos.

Reforma da decisão impugnada tão somente para que seja nomeado Administrador Judicial pelo Juízo nos termos do previsto no Ato Executivo Conjunto nº 53/2013 deste Tribunal de Justiça.

Precedentes: REsp 1.004.910/RJ, 4ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 18.03.2008; Agravo de Instrumento nº 1.134.545 - RJ (2008/0275183-4), rel. Min. Fernando Gonçalves, decisão publicada em 12/06/2009.

Provimento parcial do recurso.

Por fim, lembra-se que não existe vantagem na “quebra” de qualquer tipo de negócio (sociedade empresária ou associação), pois dela se resulta, tão somente, desemprego, perda de

arrecadação para o Estado e diminuição do desenvolvimento social. Esses resultados danosos são agravados, se ocorrerem em uma pandemia – como é o caso da vivida hoje pela COVID-19 -, isto é, em um cenário em que o desemprego e perda de arrecadação do Estado só vem aumentando.

3.4.1 O registro como requisito na Lei nº 11.101/05

As condições de admissibilidade do pleito de recuperação judicial estão previstas no artigo 48 da lei 11.101/05. O caput do artigo traz como requisito o exercício regular da atividade há mais de dois anos. A prova da existência da atividade regular geralmente é feita através da certidão da Junta Comercial, que comprova o registro e regularidade da empresa.

Necessário destacar que, o art. 48 da Lei nº 11.101/05, não exige que o Registro dos arquivamentos dos atos constitutivos seja realizado na Junta Comercial. Ou seja, não se faz necessário para comprovar o tempo de exercício da atividade o Registro na Junta Comercial, tal assertiva é aumentada pelo §2º do art. 48 da Lei nº 11.101/05, incluído pela Lei nº 14.112, de 2020, que estabelece que o produtor rural pode comprovar o tempo de atividade por meio da sua escrituração contábil.

Portanto a falta do registro na Junta Comercial não pode ser obstáculo para o deferimento da recuperação. Nesse sentido, decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao entender que o Registro é meramente declaratório, e, portanto, não obrigatório (REsp 1.811.953/MT), e da mesma forma o enunciado 198 da III Jornada de Direito Civil:

A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.

Dessa forma, o que deve ser analisado pelo juiz é a qualidade de empresária da associação postulante quando da apresentação do pedido de recuperação, e não a regularidade de seus atos constitutivos, os quais apenas refletem a forma de sua organização jurídica.

3.5 Os benefícios da recuperação judicial para a associação civil sem fins lucrativos

Os benefícios consequentes da concessão de recuperação judicial para as associações

civis sem fins lucrativos são absolutamente todos os benefícios que uma empresa regular recebe quando tem o processamento do seu pedido de recuperação judicial deferido.

Em primeiro lugar, há o denominado stay period, que é a suspensão de todas as execuções distribuídas em face da recuperanda. Há, ainda, a proibição de qualquer forma de retenção/penhora/construção de bens do devedor originadas de créditos sujeitos aos efeitos recuperacionais. Em linhas gerais, a recuperanda ganha um folego de 180 dias (com a possibilidade de prorrogação por mais 180 dias em alguns casos) para negociar com seus credores e buscar uma solução a ser inserida no plano de recuperação judicial.

Além disso, é importante se pontuar que a recuperação judicial é um ambiente extremamente saudável para venda das denominadas UPI's (unidades produtivas isoladas), ou seja, parte da operação ou do patrimônio não essencial da recuperanda. Há uma efetiva segurança jurídica na venda de ativos em um ambiente recuperacional, uma vez que a própria lei prevê a ausência de sucessão tributária, trabalhista, etc. do adquirente e o juiz analisa a legalidade da operação. Havendo previsão no Plano de recuperação judicial da venda específica de UPI's, o devedor poderá se valer do instituto para equalizar suas dívidas mediante a venda ou a dação em pagamento de parte de sua operação. Isso é bastante relevante para empresas que precisem reduzir o seu tamanho para se tornarem sustentáveis ou, ainda, para aquelas que possuam patrimônio inerte em razão da suspensão ou rescisão de contratos operacionais.

Finalmente, a aprovação e homologação do Plano de recuperação judicial ou a homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial apresentado importa na novação das dívidas sujeitas aos efeitos recuperacionais. Em linhas gerais, toda a dívida do devedor é novada e será paga na forma prevista naquele documento. Assim, dívidas exorbitantes e que possuam juros inexequíveis podem ser superadas mediante novas condições de pagamento mais favoráveis às empresas. Por se tratar de uma negociação que resulta em um acordo entre os credores em um ambiente controlado (Assembleia Geral de Credores), o próprio juízo não pode entrar no caráter econômico-financeiro do Plano aprovado, de modo que existem casos de perdão de mais de 90% da dívida. Tudo isso aprovado pela coletividade de credores e posteriormente homologado pelo juízo da recuperação judicial.

A recuperação judicial / extrajudicial não é apenas um instrumento para se estancar uma sangria. Ela efetivamente permite uma renegociação de dívidas trabalhistas, financeiras, com

fornecedores e, até mesmo, tributária. Prazos mais alongados, perdão parcial da dívida (deságio), prazos de carência, dação em pagamento de patrimônio dos credores. Os parceiros comerciais e credores assim como o mercado passam, com o tempo, a entender melhor o mecanismo e percebem que negociar com uma empresa em recuperação é bem mais seguro em decorrência do pedido e da transparência imposta pela legislação.

3.6 O Entendimento Jurisprudencial

A jurisprudência majoritária entende pela aplicação literal da lei de recuperação, ao conceder a recuperação judicial apenas para empresários. Logo, embora se faça uma defesa da não vedação na Lei 11.101, é certo que o instituto precisa de uma reinterpretação a partir de novas e excepcionais necessidades.

Considerando o cenário atual e a lacuna na lei, recentemente alguns juízos se utilizam de interpretações constitucionais para dar outra aplicação à norma. Dessa forma, com a explosão de casos de pedidos de recuperação judicial por associações civis sem fins lucrativos, algumas decisões, vêm permitindo que essas recuperações sejam processadas e, posteriormente, deferidas. Nesse momento, cabe a análise dos reflexos dessas decisões para a jurisprudência no direito recuperacional.

Para tanto, analisamos alguns julgados que adotaram tal posicionamento. A título exemplificativo podemos citar aqui a recuperação judicial da Aelbra, mantenedora da Rede Ulbra de Educação, em tramite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul desde maio de 2019. O mesmo ocorreu com a Unimed Norte-Nordeste, que tramita perante o Tribunal da Paraíba desde março de 2020. Em todos esses casos houve o deferimento do processamento da recuperação judicial não obstante a ausência de previsão legal.

Esses juízos ao concluírem que a associação civil sem fins lucrativos cumpriu todos os requisitos subjetivos para caracterização de uma sociedade empresária, deram a resposta lógica do deferimento do processamento do pedido recuperacional e a concessão de todas as benesses previstas na Lei nº 11.101/2005.

Nesse sentido entendeu também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao julgar o caso da UCAM em maio de 2020, sob o fundamento do princípio da preservação da empresa, por se

tratar de atividade preponderante, que, embora não distribua lucro entre seus associados, gera imensa riqueza para o meio social, comprovando assim seu caráter econômico, permitindo o deferimento do processamento da recuperação judicial.

Nesses autos, o Professor Manoel Justino Bezerra Filho emitiu um Parecer Jurídico examinando o caso, e esclareceu a questão:

A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI – (por todas) detém todos os elementos de empresa, examinada sua situação à luz dos arts. 966, 981 e 982 do Código Civil. Na função de mantenedora da UCAM, exerce “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (art. 966) e o exercício da atividade de ensino “constitui elemento de empresa” (art. 966). Os componentes do corpo diretivo da ASBI “reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica” (art. 981), preenchendo, portanto, todas as exigências do art. 982, para ser considerada (por absoluta semelhança) uma sociedade empresária, no exercício da empresa. Os dirigentes apenas deixam de efetuar “a partilha, entre si, dos resultados”, o que porém é questão interna corporis, previsão que aliás vem apenas em benefício dos credores da associação quando deferido o processamento da recuperação.

É relevante lembrar a existência do importante precedente ocorrido em 2006 na 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, que deferiu recuperação judicial à Casa de Portugal, constituída formalmente como associação civil. Na ocasião, o tema foi objeto de decisão pelo STJ, no REsp. 1.004.910/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, que, no seu voto, destacou a função social da requerente.

O STJ, ainda que muito embora aplicando a Teoria do Fato Consumado, no precedente caso da Casa Portugal deixou claro que apenas as entidades excluídas no art. 2º da Lei nº 11.101/2005 não podem receber a citada proteção judicial. Vejamos:

[...]

Nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos. É, nesta linha de raciocínio, adequado e oportuno o ensinamento de JOSÉ DA SILVA PACHECO, para quem o escopo da Lei 11.101, de 2005, foi "atender os anseios e tendências manifestas na segunda metade do século XX e princípio deste século XXI, no sentido de salvaguardar a empresa, que tem uma função social e, por isso, deve subsistir às crises, em benefício dos que nela trabalham, da comunidade em que atua, dos mercados de fatores de produção e de consumo do local, da Região, do Estado e do País". (A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas -Lei nº 11.101/05 - Forense -2006 - Coordenador PAULO PENALVA SANTOS -pág. 5). Cabe realçar, também, agora com apoio na doutrina abalizada do Prof. ARNOLD WALD, que a caracterização de empresa reside no "exercício de uma atividade econômica ... que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços", estando a idéia de empresa "relacionada com o princípio de economicidade, ou seja com o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas" - fls. 365. A recorrente, quando da interposição do recurso e não havendo motivo para duvidar de sua afirmativa, contava com leitos ocupados no Hospital Comendador Gomes

Lopes e alunos no Colégio Sagres, além de outras atividades, todas elas, ainda segundo a recorrente, remuneradas. Ante o exposto, conheço do recurso em parte e, nessa extensão, dou-lhe provimento para que prossiga a recuperação judicial da Casa de Portugal.

A respeito do entendimento do STJ, o Parecer Jurídico do Professor Sérgio Campinho, juntado aos autos da recuperação judicial da UCAM, reforça a compreensão de que não é necessária a finalidade lucrativa para a caracterização da empresa:

Nesse sentido, deve-se aplicar à Consulente o remédio da recuperação judicial para que possa superar o seu estado de crise econômico-financeira, cuja finalidade suprema é a da preservação da atividade econômica, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Não foi o instituto preconizado para preservar o direito à partilha de lucros, mas sim para permitir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços e riquezas, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005). Há, na hipótese aventada, a mesma identidade de substância jurídica e os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico ou semelhante.

Adotando entendimento semelhante, em setembro de 2020 a 1ª vara Empresarial de Salvador deferiu o processamento de recuperação judicial do Hospital Evangélico da Bahia, uma entidade sem fins lucrativos.

Ao analisar o pedido, o magistrado pontuou que a instituição desenvolve atividades consideradas econômicas, sendo sua organização equiparada a de empresas, e que "coloca bens e serviços no mercado, buscando superávit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, onde a única diferença é que o "lucro" aferido é direcionado ao incremento da própria atividade".

Para o magistrado Argemiro de Azevedo, a controvérsia está na interpretação da lei 11.101/05 e assim argumentou:

[...]

Ultrapassadas essas observações, verifica-se que a Requerente se constitui de uma associação civil sem fins lucrativos e que desenvolve suas atividades no ramo hospitalar, atividade essa considerada econômica, sendo de fácil constatação pela documentação que instrui a inicial, que sua organização é equiparada a de empresa, e que coloca bens e serviços no mercado, buscando superávit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, onde a única diferença é que o "lucro" aferido é direcionado ao incremento da própria atividade, ou seja, não há divisão de lucros. 5. A controvérsia surge quando da interpretação literal do art. 1º da Lei 11.101/2005, que reza o instrumento recuperacional somente esta disponível a empresários e sociedades empresárias, e, nessa óptica, estariam excluídas as associações, cooperativas, fundações e demais agentes econômicos. Essa controvérsia, todavia, passa a sucumbir quando analisamos a norma esculpida já no artigo seguinte - 2º-, que, de forma taxativa, estabelece os excluídos, sem citar, por exemplo, as associações sem fins lucrativos. É um indicativo clássico de omissão da norma, e que exige uma interpretação extensiva, sob pena de excluirmos da possibilidade de recuperação entidades que embora não se traduzam no conceito clássico de empresária, pratica atividade econômica só diferenciada pela não divisão de lucro. A esse raciocínio,

imprescindível acrescentar que, exercendo todas as atividades econômicas similares e não poder buscar um plano de equilíbrio econômico de suas atividades, somente lhe restará a quebra através da insolvência. Há que ser indagado: a atividade desenvolvida por um hospital tem relevância econômica e social? Gera empregos? Traz resultados positivos para a sociedade? Gera impostos e riquezas no âmbito da prestação de serviços essenciais? 6. O tema analisado tem embasado enormes controvérsias seja na doutrina quanto a certos julgados, mas ainda não pacificado no STJ, que, apesar de não ter se debruçado no caso específico de hospitais, já sinalizou uma vertente extensiva no caso de produtores rurais, que exercem atividade econômica idêntica a de empresários, inclusive com fins lucrativos., sendo muito valioso buscar refúgio no quanto preconizado pelo art. 966 do CC, que ao conceituar a figura do empresário, registra ser o que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, e, nesses termos, há similaridade quanto as atividades desenvolvidas pela Requerente., 7. Com todas as vênias dos que discordam desse posicionamento, é necessário atentarmos para a necessidade de adequação da norma a realidade do País, suprimindo a omissão do legislador, até que possa encartar a atualização da Lei 11.101/2005. (Processo nº 8074034-88.2020.8.05.0001 em tramite perante a 1ª vara Empresarial de Salvador)

No mesmo sentido, o Ministério Público de Santa Catarina, ao opinar pelo deferimento do processamento da recuperação judicial do Clube Parque das Águas, posteriormente concedido em maio 2021:

[...]

A doutrina majoritária entende a recuperação judicial como negócio jurídico privado, realizado sob supervisão judicial e vinculado ao cumprimento de exigências da lei, o que se enquadra na definição de jurisdição voluntária ou de administração pública de interesses privados, já que o Juiz defere o que a parte não consegue obter, com vontade própria, bem como seu objetivo não é dirimir um conflito de interesses, mas auxiliar os envolvidos a alcançarem um interesse comum para realização de um ato jurídico, proteção de desfavorecidos e/ou documentação de atos.

Nesse diapasão, se a jurisdição é “voluntária”, não há de se ater somente à legalidade estrita e, sim, a conveniência e finalidade do processo, abrangendo a juridicidade, englobando “o todo” e não apenas a literalidade legislativa.

Dessa forma, a Lei n.º 11.101/05, em seu artigo 1º, disciplina a recuperação judicial do **empresário e da sociedade empresária**, sendo que o **artigo 2º, do mesmo Diploma Legal, refere que a Lei não se aplica a empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.**

Assim, observa-se que a lei não incluiu, mas também não excluiu a Associação Civil, sem fins lucrativos, da possibilidade de deferimento da Recuperação Judicial. Contudo, tal argumento, em princípio, parece frágil, conforme leciona a Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *“destaco, ainda, que o argumento de que a ausência de proibição expressa permitiria a recuperação judicial da empresa, não prospera. Se assim fosse, o artigo 2º também não proíbe que a pessoa natural, civil, requeira a recuperação judicial, não vejo nenhum doutrinador defendendo tal possibilidade.”* [...]. Dessa forma, no que tange a legitimidade para requerer a Recuperação Judicial, pelos argumentos expostos, o Ministério Público nada tem a opor sobre a possibilidade de utilização do mecanismo por associação civil, sem fins lucrativos. (Processo nº 5000914-38.2021.8.21.0048 da 1ª Vara Cível da Comarca de Farroupilha/RS)

Ainda no ano de 2021, tivemos o deferimento da recuperação judicial do primeiro clube de futebol brasileiro, o figueirense. O desembargador Torres Marques, do Tribunal de Justiça

de Santa Catarina, reconheceu o pedido de recuperação judicial do Figueirense, com base no entendimento de que uma agremiação que se enquadra como associação civil tem o direito de pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei 11.101/2005, já que é equiparada às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé, e assim decidiu:

Concluo, portanto, que o fato de o primeiro apelante enquadrar-se como associação civil não lhe torna ilegítimo para pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei n. 11.101/2005, porquanto não excluído expressamente do âmbito de incidência da norma (art. 2º), equiparado às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé e, notadamente, diante da sua reconhecida atividade desenvolvida em âmbito estadual e nacional desde 12/6/1921, passível de consubstanciar típico elemento de empresa (atividade econômica organizada). Assim, considerando que o teor da sentença recorrida não enfrentou a relevância e a urgência destinada à obtenção, ou não, do stay period, fica afastada, nesta análise cognitiva, tão somente a ilegitimidade ativa dos apelantes e seus efeitos daí decorrentes (art. 51, V, da Lei n. 11.101/2005), prejudicadas as demais teses. Ante o exposto, DESCONSTITUO, DE OFÍCIO, A SENTENÇA APELADA, por infração ao disposto no art. 10 do CPC e, nesta ocasião, em observância ao art. 1.013, § 3º, I e IV, do mesmo diploma, RECONHEÇO A LEGITIMIDADE ATIVA dos apelantes e determino o retorno dos autos à origem para regular processamento e implementação da análise integral dos termos da tutela requerida em caráter antecedente. Prejudicadas as demais teses levantadas no reclamo (art. 932, III, do CPC). Custas de lei. Publique-se. Intimem-se. (APELAÇÃO Nº 5024222-97.2021.8.24.0023)

Da mesma forma, em decisão recentíssima de abril de 2021, a 2ª Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências de Porto Alegre deferiu medida cautelar para a recuperação judicial do grupo de ensino Educação Metodista. O juiz Gilberto Schäfer determinou a suspensão das ações individuais, da exigibilidade de todos os créditos trabalhistas e quirografários e das travas bancárias.

A associação vinha enfrentando um desequilíbrio econômico-financeiro devido à redução do número de alunos. De acordo com o juiz, a evasão vinha ocorrendo "em razão do agravamento da situação econômica causado pelo impacto econômico causado pela Covid-19" e complementou que isso "fez com que as pessoas deixassem de buscar qualificação educacional frente a falta de perspectiva do mercado de trabalho". Schäfer destacou que nem toda atividade de associação é digna de tal proteção jurídica: "Uma pequena atividade de educação não teria as condições de passar pelos critérios aqui expostos", para ele, "há que se ter relevância e impacto social, um interesse para manter a atividade", o que ocorreria no caso concreto.

O juízo da 2ª Vara de Direito Empresarial de Porto Alegre assim entendeu:

Mas como demonstramos, é necessário um passo maior. Que os devedores tenham a possibilidade, pela relevância, de organizar o seu serviço e contemplar de forma igualitária (leia-se na forma da Lei de Recuperação) os seus credores, mesmo que por

classes. Quando fala em ordenamento jurídico, expõe a ideia de sistema que alberga os diversos textos constitucionais, mas está atento às repercussões sociais da decisão. Desde o começo tenho sustentado a necessidade de um processo coletivo, estrutural, que possa preservar os valores significativos da atividade econômica (muito além do viés do lucro), mas que atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum. Se no direito empresarial, a Lei nº 11.101 se estruturou um processo coletivo, com intervenção judicial, em face de valores que podem ser menos relevantes do que os em jogo neste caso, não se pode deixar de sustentar a relevância do que aqui exposto. É claro que desejaríamos que o Legislador já tivesse percebido a questão e pudesse atuar de forma expressa. Que não deixasse conflitos sem conferir um regramento expresso para a sua resolução. Mas de fato, não é o que ocorre no Brasil. Aqui a intervenção judicial tem sido enorme, porque falta legislação para que estruture um sistema que atenda às necessidades legais e constitucionais, mas especialmente protejam atividades e empreendimentos que não se destinam ao lucro. Mesmo sistemas bem estruturados de falência como é o sistema norte-americano, tem criado o que chamam de processo de falência sob medida para permitir que entidades que não possam acessar o sistema falimentar e de recuperação através do Código de Falências possam fazê-lo quando são desesperadamente necessárias. Importante salientar: não é qualquer atividade de Associação que é digna de proteção para os fins aqui discutidos. É uma atividade relevante. E a relevância não é apenas abstrata, mas concreta, ou seja, uma pequena atividade de educação não teria as condições de passar pelos critérios aqui expostos. Há que se ter relevância e impacto social, um interesse para manter a atividade. Tudo isto, dito, aceito o processamento da Recuperação Judicial para que os devedores possam negociar com os credores. (Processo 5035686-71.2021.8.21.0001 em tramite perante a Vara de Direito Empresarial, Recuperação de Empresas e Falências da Comarca de Porto Alegre)

Como visto, doutrinadores já reconhecem a empresarialidade nas associações civis. O fundamento desse novo entendimento centra-se na finalidade do instituto da Recuperação Judicial que é a preservação da pessoa jurídica. Isto é, permitir que a pessoa jurídica possa superar a crise.

Sendo assim, tem-se que a inovação em decisões judiciais como as que foram aqui comentadas podem ser essenciais à aplicação do direito, visto que a sociedade requer mudanças e, devendo suprir as demandas que lhes são ofertadas, o judiciário deve solucioná-las de modo coerente com o ordenamento jurídico.

3.6.1 O princípio da separação de poderes, a judicialização e o ativismo judicial

No Brasil o princípio da separação de poderes está expresso no art. 2º da Constituição Federal nos seguintes termos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos

diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais⁴⁷.

O princípio é de independência e harmonia no sentido de que cada Poder tem a sua esfera de atuação prevalecte, sem que possa ingressar na esfera de atuação predominante de outro Poder. Contudo, esses três Poderes exercem atividades atípicas que se inserem no âmbito de competência preponderante de outro Poder.

Assim, os poderes coexistem de forma autônoma e harmônica, exercendo suas funções dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

O ativismo judicial e a judicialização são temas que se entrelaçam. Entende-se por Ativismo Judicial a atuação expansiva e proativa do Poder Judiciário ao interferir no campo de atuação de outros Poderes.

Diante das novas necessidades atuais, oriundas da lentidão ou omissão legislativa, o magistrado ao analisar o caso concreto, escolhe inovar, através da hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de garantir o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios.

Em outro sentido, a judicialização é a resolução de questões de grande repercussão política ou social pelo Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional que se adotou, circunstâncias que num primeiro momento deveriam ser dirimidas pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo.

A diferença prática de ambos os conceitos, é que na judicialização o Poder Judiciário é devidamente provocado a se manifestar e o faz nos limites dos pedidos formulados, pois não decorre de uma opção ideológica do Judiciário, visto que esse decide em cumprimento, de modo estrito, ao ordenamento jurídico vigente. Por outro lado, no Ativismo Judicial há um entendimento criativo de um Tribunal, isto é, uma interpretação nova não prevista em lei, que pode gerar precedentes. Nessa perspectiva:

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Os Conceitos Fundamentais e a Construção Do Novo Modelo**. 2ª edição, 2010.

do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...] (BARROSO, 2012).

Essa conduta é decorrente de alguma lacuna ou omissão do poder legislativo, que, acaba não satisfazendo determinadas demandas da sociedade, abrindo espaço para que tal função seja exercida pelo Judiciário.

Em posição adota nos autos do processo da UCAM, o Ministério Público do Rio de Janeiro, sustentou que:

Ainda que se discorde da lei, que não permite a aplicação dos institutos da recuperação judicial e da falência às entidades sem fins lucrativos, como parece ser o entendimento do MM. Juízo *a quo*, isso não é permissivo para afastá-la ou recriá-la, a partir de um esforço interpretativo, devendo a mesma ser cumprida, até que sobrevenha eventual alteração legislativa. Entender de maneira diversa é criar perigoso precedente, fomentando a insegurança jurídica e dando azo para que outras entidades não legitimadas formulem requerimentos sob argumentos variados, afrontando o ordenamento jurídico. Hodiernamente estamos a presenciar no Brasil, infelizmente, incontáveis crises institucionais, muitas vezes motivadas pela prática de atos do Poder Legislativo que são da competência do poder Executivo e vice-versa. O Poder Judiciário não pode contribuir para essas crises institucionais decorrentes da usurpação de poderes, devendo aplicar a lei como ela é e não como gostaria que fosse.

Por outro lado, o Desembargador Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho da Sexta Câmara Cível do Rio de Janeiro, se posiciona no sentido de que:

...em matéria recuperacional, sobretudo no grave contexto da pandemia da Covid-19, devem os tribunais, no melhor interesse da sociedade, conferir o máximo de efetividade à norma, mitigando formalismos, como forma de proteger empregos, negócios e arrecadação, freando a recessão econômica em que vivemos e, em última análise, evitando o colapso social.

No mesmo sentido, para a Juíza de Direito da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, Dra. Maria da Penha Nobre Mauro, responsável pelo deferimento da recuperação judicial da UCAM em primeira instância, não se trata de ativismo judicial pois não há como o interesse público ser maior do que o interesse em preservar instituições que empregam milhares de pessoas direta e indiretamente. Para ela o que emerge é a supremacia do princípio do interesse público na preservação do emprego e da atividade econômica.

Por fim, o Juiz de Direito da 1ª Vara de Recuperação Judicial e Falência de SP, Dr. João de Oliveira Rodrigues Filho, afirma que não se trata de ativismo judicial e sim de uma

hermenêutica, e afirma que é algo técnico e que se trata de uma ciência jurídica.

3.6.2 A Segurança Jurídica

Todos os atores envolvidos na atividade econômica devem contar com normas claras e objetivas, que confirmem segurança jurídica ao processo. O cenário atual gera insegurança jurídica para as associações que desejam recorrer ao instituto da recuperação judicial, uma vez que os requisitos para o pedido recuperacional deixam de ser meramente objetivos e passam por uma análise subjetiva da atividade desenvolvida.

Não há previsão legal de quais casos o juiz poderá proceder com o deferimento do processamento da recuperação judicial de uma associação sem fins lucrativos. Entretanto, é o papel da jurisprudência auxiliar os operadores do direito a criar uma segurança jurídica lastreada em julgados similares e jurisprudência consolidada.

O Código de Processo Civil de 2015 possui previsão específica sobre incidentes de solução de controvérsias repetitivas, assim como os Tribunais editam Súmulas sobre entendimentos já pacificados. Considerando a necessidade de um posicionamento jurídico acerca do tema, eventualmente esta questão será abordada por alguma delas.

A aplicação de analogia como método de interpretação e aplicação de normas, principalmente quando a lei é omissa é amplamente difundido. Quando uma decisão judicial aplica analogamente a Lei nº 11.101/05 a uma associação civil sem fins lucrativos, que possui todos os elementos típicos de empresas, não se pode pretender outra resposta senão a aplicação da lei para essas entidades, portanto a segurança jurídica não é gravemente violada.

3.6.3 As desvantagens e consequências da recuperação judicial para as associações civis sem fins lucrativos

É evidente que caso se entenda pela possibilidade de concessão de recuperação para as associações civis, estas também absorveram o lado negativo do instituto, e a elas deverá ser admissível a decretação da falência nos termos da Lei nº 11.101/05.

Há a necessidade da criação de norma judicial que cumpram a função de preservar e

recuperar a atividade econômica em risco das sociedades não empresárias. Enquanto isso não se observa, verificamos o papel importante que judicialização de demandas tem neste cenário, possibilitando que a sociedade tenha resolvida, por ora, intentos emergentes. Contudo, há que se respeitar um limite, sob pena de recair em ativismo judicial, utilizando-se de brechas principiológicas sem a real necessidade para tanto. Assim, embora seja inevitável que algumas decisões saiam do âmbito de maior certeza de incidência da norma, o magistrado não está livre para se utilizar dos princípios constitucionais para decidir sem parâmetros normativos positivos.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, fica evidente que a legislação brasileira carece de medidas que possibilitem a recuperação judicial de associações civis sem fins lucrativos em situação de crise. Demonstrou-se que a lei de recuperação e falência brasileira, apesar de relativamente recente, é atrasada em alguma medida.

A definição de empresa dado pela Lei nº 11.101/05 é uma opção legislativa sem justificativa que limita a tutela estatal para atividades econômicas consideradas não empresárias. Pois como visto, tanto estas quanto as empresárias são importantes elementos para a economia, na geração de empregos, tributos e circulação de riquezas na sociedade.

Nesse sentido, como vimos no segundo capítulo temos que o principal fundamento da lei 11.101/05 é justamente preservar a atividade econômica, a manutenção da fonte produtora de valor para a sociedade e não somente por aquelas que o legislador entendeu por bem definir como empresárias.

Portanto, ao se discutir o tema, não se compreende o motivo de diversas atividades serem excluídas do sistema recuperacional, igualmente importantes para o cumprimento de preceitos constitucionais essenciais, como, o desenvolvimento da economia, a livre iniciativa, e a preservação da função social da propriedade.

Há de se reconhecer a excepcionalidade do momento em que não só o país, mas o mundo todo enfrenta, a pandemia do coronavírus é a pior crise global do século, abalou de forma rápida e violenta a economia de todo o mundo, nesse momento seria essencial que tivéssemos meios mais seguros, pelos quais atividades econômicas pudessem ser tuteladas pelo Estado.

Os reflexos dessa crise já são vistos pela sociedade, e são graves, como o aumento do desemprego, menor recolhimento de tributos, menor consumo, recessão, inflação entre outros inúmeros problemas.

Entretanto, o que se retira da análise do terceiro capítulo, é que o Poder legislativo, assim como a jurisprudência majoritária dos Tribunais do país, não entendem de fato a seriedade da questão. Apesar de já terem notado a demanda da sociedade, e como afirma o Juiz de Direito

da 1ª Vara de Recuperação Judicial e Falência de SP, Dr. João de Oliveira Rodrigues Filho, o “sentimento social” de necessidade de ampliação da abrangência da legislação vigente.

É necessário, portanto, que a questão seja amplamente discutida e difundida. O assunto já havia tomado repercussão nacional com o estouro dos pedidos de recuperação por sociedades não empresárias e o deferimento dessas em casos emblemáticos como o da instituição de ensino UCAM em 2020 no Rio de Janeiro. De todo modo, mesmo com a reforma da lei no final do ano passado, o legislador preferiu continuar silente quanto ao assunto.

Enquanto isso, o judiciário é compelido a arcar com a responsabilidade de atuação fora da sua esfera predominante, considerando que não é possível ignorar os requerimentos que chegam ao judiciário, principalmente quando se pode gerar consequências tão graves à sociedade. Portanto, seria mesmo essa atuação criativa a ponto de se caracterizar ativismo judicial?

Considerando toda a sistemática do estudo até aqui desenvolvido, entende-se que decisões que reconhecem a possibilidade de recuperação judicial a associações civis sem fins lucrativos são exemplos de judicialização de assuntos que, deveriam ser dirimidos pelo poder legislativo – que como visto anteriormente teve a oportunidade de fazê-lo, no entanto coube ao judiciário a resolução dessa questão de grande repercussão política e social.

Nesses casos, é inevitável que seja proferida decisão que amplifique a abrangência da lei, não se pode esperar que os tribunais deixem de acolher os pleitos por recuperação judicial feitos por sociedades não empresárias, quando é claro que a aprovação, gera menos impacto socioeconômico do que seu indeferimento. Por isso, a atuação do judiciário é fundamental, diante do silêncio da lei, é necessário que as mudanças socioeconômicas tenham respaldo na jurisprudência.

Por tudo isso, considerando que hoje há um desamparo legal, que impede o Estado de socorrer as atividades econômicas em situações de crise financeira, em especial as exercidas por associações civis sem fins lucrativos, conclui-se pela necessidade de criação de um instituto específico de recuperação judicial para as associações civis ou ao menos previsão legal junto ao que já temos positivado, de modo que seja dada efetividade aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da função social da propriedade, basilares da lei 11.101/05, que fundamentam a preservação da empresa.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. 5ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito LTDA, 1997.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Da empresarialidade** (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1996.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito de empresa no Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2019.
- AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito civil: introdução e teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5658-5/cfi/6/10!/4/6/2/2@0:64.7>>. Acesso em: 12 maio. 2021. Acesso restrito.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção Do Novo Modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2018.
- GALGANO, Francesco. **Delle associazioni non riconosciute e dei comitati**. Zanichelli: Foro Italiano, 1976.
- GONÇALVES, Alfredo de Assis. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (orgs.). **Associações: Constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- GONÇALVES, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (orgs.). **Associações: Constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses Difusos: conceitos e legitimação para agir**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Nova Lei de Falências**. São Paulo: Rideel, 2005

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Atlas. 2007.

MOREIRA, Cesar Motta. Associação Civil sem fim econômico como sujeito processual: uma perspectiva através do acesso à justiça e da efetividade do processo. 2018. 132 fls. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAES, Jose Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 8ª edição. 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social? In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (orgs.). **Associações: Constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática** – 3ª ed. rev., atual, e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

SANTOS, Paulo Penalva; GONÇALVES, Alfredo Assis Neto. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresa: Lei n.11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Eron Corrêa. Associações Civis de Proteção Veicular e o contrato de seguro: um enfoque jurídico. 2018. 61 fls. Monografia – Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito – Faculdade de Direito, UNISUL, Tubarão, 2018.

SILVA, Luiz Antonio Guerra. Nova lei de falência, recuperação judicial e extrajudicial. **Revista Consulex**, Brasília, ano IX, nº 196, p. 7, 15 mar. 2005.

SLAIBI, Nagib Filho. Da associação ao novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 27, p. 42-62, 2004.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STORTO, Paula Raccanello. Liberdade de Associação e os desafios das organizações da sociedade civil no Brasil. 2014. 132 fls. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Direito – Faculdade de Direito, USP, 2014.

TAMBURRINO, Giuseppe. **Persone giuridiche, associazioni non riconosciute, comitati**. Torino: Utet, 1980.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; BRAGA, Vanderson Maçullo Filho. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência de Associações Cíveis Desportivas. **Revista da EMERJ**, v. 22, n. 2, p. 32-90, 2020.

TOLEDO, Paulo Fernando Salles de, ABRÃO, Carlos Henrique (orgs.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2011.

TRIGO, Clarissa Guimarães. A possibilidade de concessão de Recuperação Judicial para sociedades simples: um estudo do caso da Unimed Petrópolis. 2020. 62 fls. Monografia – Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito – Faculdade de Direito, UFRJ, Rio de Janeiro, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014594/cfi/6/10!/4/8/20@0:0>>.

Acesso em: 12 maio 2021.

VERTELO, Miriam de Menezes. A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa. 2010. 67 fls. Monografia – Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito – Faculdade de Direito, UPIS, Brasília, 2010.