

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES - PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO COM FINS NÃO ECONÔMICO – UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA

Henrique Afonso Pipolo⁸⁷

RESUMO

O presente artigo analisa, a partir das noções básicas da Teoria da Empresa e sua influência na Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação das Empresas), os efetivos sujeitos autorizados a utilizar e requerer a Recuperação Judicial. Estuda o empresário e sociedade empresária como únicos sujeitos legalmente contemplados e passíveis de utilização do benefício da Recuperação. Enfatiza, no entanto, a necessidade de uma reflexão para que algumas pessoas jurídicas não empresárias, como as associações que desenvolvem atividades iguais a dos empresários (como por exemplo hospitais beneficentes e escolas) e com relevante função social, possam manejar e requerer a recuperação judicial. Analisa algumas decisões contrárias em que as associações tiveram o pleito indeferido pelo Judiciário e uma possível interpretação com base principiológica para viabilizar a ampliação dos sujeitos autorizados a pleitear o benefício legal. Ao final, apresenta conclusões sobre o tema, notadamente com uma proposta para alteração legislativa para autorizar, em determinadas situações, a recuperação de associações que exercem atividade de extrema relevância para a comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial. Pessoas jurídicas. Associações. Restrições. Interpretação. Princípios.

ABSTRACT

This article analyzes, from the basics of the theory of the firm and its influence in Law 11,101 / 2005 (Law on Bankruptcy and Reorganization of Enterprises), the actual subject authorized to use and require the Judicial Reorganization. Studies the entrepreneur and entrepreneurial company as unique individuals legally liable for the use contemplated and the benefit of recovery. Emphasizes, however, the need for a reflection to some entities not entrepreneurs, as the associations that develop equal activities of entrepreneurs (eg charitable hospitals and schools) and relevant social function can handle and apply for bankruptcy protection . Examines some contrary decisions in which the associations had the lawsuit dismissed by the judiciary and a possible interpretation with principled basis to enable the expansion of the subjects allowed to plead the legal benefit. At the end, presents conclusions on the subject, notably a proposal for legislative change to permit, in certain situations, the recovery of associations engaged activity of extreme relevance to the community.

KEYWORDS: Reorganization. Corporations. Associations. Restrictions. Interpretation. Principles.

SUMÁRIO

⁸⁷ Professor de Direito Empresarial da UniFil. Professor da Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito Comercial – PUC/SP

1 INTRODUÇÃO. 2 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS. 2.1 EMPRESÁRIO E EMPRESA: CARACTERIZAÇÃO. 2.2 ASSOCIAÇÕES: UMA REFLEXÃO SOBRE SUAS ATIVIDADES. 2.3 ASSOCIAÇÕES COM ATIVIDADES EQUIPARADAS A DE EMPRESÁRIO. 3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: OBJETIVOS E SUJEITO ATIVO PARA PEDIDO E PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 3.1 O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL POR ASSOCIAÇÕES E O POSICIONAMENTO JUDICIAL. 3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 11.101/2005 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 3.3 AS ASSOCIAÇÕES COMO BENEFICIÁRIAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO OU DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. 4. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O art. 1º da Lei n. 11.101/2005⁸⁸ elenca o empresário e a sociedade empresária como os sujeitos que podem ser contemplados pela falência e recuperação das empresas. Em que pese o aspecto restritivo da Lei, associações vêm requerendo recuperação judicial, notadamente aquelas que exercem atividade semelhante a dos empresários ou sociedades empresárias. Contudo, as petições iniciais invariavelmente são indeferidas liminarmente, ante a interpretação literal do texto de lei, ou seja, de acordo com referidas decisões, as associações não podem manejar o instituto da recuperação judicial.

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise de tal situação, de forma a verificar eventual interpretação mais abrangente, notadamente em relação a finalidade da lei em buscar a preservação da empresa (esta como atividade econômica organizada), fazendo um paralelo com determinadas atividades econômicas exercidas por associações, de forma a analisar a possibilidade ou não de as referidas pessoas jurídicas serem contempladas com o benefício da recuperação judicial.

2 NOÇÕES PROPEDÊUTICAS

As reflexões que serão desenvolvidas neste estudo tornam indispensável o

⁸⁸ 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.

conhecimento sobre determinados conceitos de direito empresarial, sendo que abordar noções propedêuticas sobre empresário, sociedade empresária, empresas, atividades econômicas organizadas, associações e suas atividades é medida que se impõe.

2.1 EMPRESÁRIO E EMPRESA: CARACTERIZAÇÃO

O conceito de empresário e empresa tem como base os fundamentos da Teoria da Empresa (Sistema Italiano), recepcionados pelo Código Civil de 2002 em seu Livro II. Referida Teoria substituiu a Teoria dos Atos de Comércio (Sistema Francês) que sustentava o Código Comercial de 1850. Nos dizeres de Ricardo Negrão, “com a adoção da Teoria da Empresa, grandemente desenvolvida pelo jurista italiano Alberto Asquini, o Código Civil brasileiro optou por introduzir o sistema italiano para caracterização dos atos empresariais”.⁸⁹

De fato, o art. 966⁹⁰ do Código Civil pátrio apresenta os elementos necessários para caracterização do empresário. Referido dispositivo estabelece que empresário “é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo que cada termo da definição apresenta um sentido próprio”⁹¹.

Há que se ressaltar que não há na Lei o conceito de empresa de forma expressa, sendo que tal pode ser extraído da definição de empresário, ou seja, a empresa é caracterizada como a “atividade econômica organizada que será desenvolvida pelo empresário para a produção ou circulação de bens ou de serviços”.

Empresário, nos termos legais, portanto, é o sujeito e a empresa é o objeto da relação empresária. Para Fábio Ulhoa Coelho, “se o empresário é o exercente profissional de uma atividade econômica organizada, então empresa é uma atividade”⁹². E continua dizendo que “a empresa, enquanto atividade, não se confunde com o sujeito de direito que a explora, o

⁸⁹ NEGRÃO, Ricardo, *in* Direito Empresarial – Estudo Unificado, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 3.

⁹⁰ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁹¹ Sobre o tema, Marcelo M. Bertoldi ensina que “*Ao decompor tal conceito legal, temos que: a) empresário deve desenvolver seu ofício mediante uma atividade, um desenrolar de atos praticados repetidas vezes, e não através de um único ato isolado que não se prolonga no tempo; b) esta atividade deve ser de natureza econômica, ou seja, deve ser criadora de riqueza, seja mediante a produção de bens ou serviços; c) atividade deve ser organizada, ou seja, o empresário deverá utilizar-se de forma planejada dos meios de produção (bens naturais, capital, trabalho e tecnologia), com o objetivo de buscar o lucro; d) deve estar presente também a profissionalidade, que consiste na habitualidade da atividade e em seu intento de lucro; e e) a atividade deve ser voltada para a produção ou circulação de bens ou serviços destinados a abastecer o mercado, não sendo considerado empresário aquele que desenvolve uma determinada atividade para seu próprio consumo*”, *in* Curso Avançado de Direito Comercial, 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 58/59.

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial, 14 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 12.

empresário”⁹³. Conclui-se, portanto, que o empresário será uma pessoa física (firma individual) ou jurídica (sociedade empresária ou Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI), pois tais pessoas é que desenvolverão a empresa, ou seja, a atividade econômica organizada.

Além de outros elementos que caracterizam o empresário, como por exemplo a habitualidade das atividades, há que se ressaltar que a atividade econômica desenvolvida pelo empresário tem como objetivo maior a obtenção do *lucro fim*, assim considerado como a possibilidade de distribuição aos sócios de sociedade empresária ou titular de EIRELI ou firma individual.

Este é um elemento que não se encontra nas demais pessoas jurídicas elencadas no Art. 44 do Código Civil, de forma que não se pode caracterizar como *empresário* uma associação, fundação, organizações religiosas ou partidos políticos, pois as atividades por elas exercidas possuem o lucro como *meio* e não o *fim*, *faltando* um dos elementos da definição legal contemplada no art. 966 do Código Civil.

2.2 ASSOCIAÇÕES: UMA REFLEXÃO SOBRE SUAS ATIVIDADES.

As associações são caracterizadas como pessoas jurídicas de direito privado e previstas no art. 44, inciso I do Código Civil, sendo que sua constituição é regrada pelo art. 53⁹⁴ do mesmo Código. Extraí-se, portanto, que “no âmbito do Direito Civil brasileiro, geralmente, o termo associação é reservado para as entidades sem fins econômicos”⁹⁵. As associações são caracterizadas pela união de pessoas para exercício de atividade não econômica.

Tal regra, no entanto, não pode ser vista de forma absoluta, pois as associações podem desenvolver atividades econômicas, mas o lucro eventualmente obtido é considerado como lucro meio, de forma que tal recurso é utilizado para obtenção dos fins para os quais a associação foi criada, ou seja, filantrópicos, assistenciais, culturais, lazer, esporte, dentre outros.

Vale dizer, o lucro é meio e não fim. Este é perseguido pelas sociedades pois o objetivo dos sócios é participar dos referidos lucros. Para Carlos Roberto Gonçalves, “a redação do retrotranscrito art. 53, ao referir-se a “fins não econômicos”, é imprópria, pois toda

⁹³ Ob. Cit., p. 12.

⁹⁴ Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

⁹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral – 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, Coleção Direito Civil, V.1, p. 261.

e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa”.⁹⁶

Mesmo considerando as características das associações como sendo entidades com fins não econômicos, há que se ressaltar que algumas desenvolvem atividades que, em sua essência, em nada diferem das exercidas por empresários ou sociedades empresárias. É o caso, por exemplo, de um hospital ou instituições de ensino superior. Muitas vezes, constata-se que essas espécies de associações acabam por desenvolver atividades econômicas em verdadeira concorrência com as mesmas características daquelas estampadas no conceito de empresário.

Tais situações é que motivaram a reflexão do presente estudo, de forma a verificar a possibilidade, ou não, de equiparar as referidas associações com as atividades do empresário (empresa), atribuindo-lhes, eventualmente, os benefícios que estes possuem quando se trata de recuperação judicial.

2.3 ASSOCIAÇÕES E O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES EQUIPARADAS A DE EMPRESÁRIO.

Conforme mencionado no item anterior, há uma grande parcela de associações que possuem, como atividade principal, a produção ou circulação de bens ou de serviços e que vem, efetivamente, concorrendo com as atividades desenvolvidas por sociedades empresárias, em verdadeira competição.⁹⁷

O Marco Civil do Terceiro Setor⁹⁸ e as novas qualificações, consoante as Leis das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP (Lei n. 9.790/99) e Organização Social – OS (Lei n. 9.637/98) são provas eficazes.

Em tal ambiente, há que se ressaltar a profissionalização das atividades das referidas associações, o intuito de receita, o pagamento de tributos, a competição e busca de novas fontes de recurso.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 235.

⁹⁷ Para Simone de Castro Tavares Coelho, *entende-se como competição a situação em que o mesmo tipo de serviço é oferecido por organizações em diferentes setores, que disputam não apenas a clientela como principalmente os recursos existentes*. Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos – 2ª Ed. São Paulo, Editora Senac, 2002, p. 40

⁹⁸ A expressão Terceiro Setor foi “trazida do inglês (*third sector*) e faz parte do vocabulário sociológico corrente nos Estados Unidos. (...) costuma ser usada paralelamente a outras expressões, entre as quais (...) ‘organizações sem fins lucrativos’ (*non profit organizations*), significando um tipo de instituição cujos benefícios financeiros não podem ser distribuídos entre seus diretores e associados;” Rubem César Fernandes, “O que é o Terceiro Setor?” in IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: GIFE, 1997. Pág. 25.

Destaca-se a busca a utilização, pelo Terceiro Setor, de técnicas eficientes de planejamento de suas ações de curto e longo prazo, de captação de recursos, de administração de suas receitas e controle de suas despesas e a divulgação de sua imagem. No mesmo sentido, “...o terceiro setor incorpora critérios da economia de mercado do capitalismo para a busca de qualidade e eficácia de suas ações, atua segundo estratégias de marketing e utiliza a mídia para divulgar suas ações e desenvolver uma cultura política favorável ao trabalho voluntário nesses projetos.”⁹⁹

Portanto, na prática, várias associações apresentam organização semelhante a de empresas, ou seja, desempenham atividade econômica (no entanto objetivando lucro meio), organizam fatores de produção (contratam mão-de-obra, gerenciam insumos, tecnologia, capital), e executam a produção ou circulação de bens ou de serviços. Mas, juridicamente, continuam submetidas a regulamentação jurídica de associações pois não possuem todos os atributos especificados no art. 966 do Código Civil para receberem a qualificação de empresário.

É o caso de vários hospitais mantidos por Igrejas (Santas Casas, Evangélicos) que, em que pese exercerem atividade econômica e social com os mesmos contornos e características de um hospital particular (que revestidos da forma societária empresária), juridicamente possuem natureza de associação, submetendo-se ao regime jurídico próprio de tais entidades. Além das referidas atividades econômicas, as mencionadas associações também possuem grande relevância para a comunidade, ante sua efetiva atuação social.

Ademais, constata-se em tais associações uma aproximação do mercado e desenvolvimento de atividades-meio tipicamente empresariais, sem se desvincular do relevante papel social, como já explicitado no parágrafo anterior.

3 RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA: OBJETIVOS E SUJEITO ATIVO PARA O PEDIDO E PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO.

A lei n. 11.101/2005 inseriu no ordenamento jurídico pátrio a recuperação da empresa com alguns objetivos bem definidos, notadamente a preservação da atividade econômica organizada (empresa), conforme princípios que estão estampados no art. 47¹⁰⁰.

⁹⁹ GOHN, Maria da Glória. Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 19.

¹⁰⁰ 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

Inicialmente, não há como desvincular a recuperação judicial do objetivo amplo e geral de viabilizar a superação de uma crise econômico-financeira que venha atingir o devedor rotulado como empresário.

Além de tal objetivo amplo, deve-se anotar os objetivos mais específicos, como a manutenção da fonte produtora, manutenção do empregos e também preservar os interesses dos credores. Mas, como bem observa Tomazette, “o primeiro objetivo específico da recuperação judicial é a manutenção da fonte produtora, isto é, a manutenção da empresa (atividade) em funcionamento”.¹⁰¹

Dentre os objetivos mencionados, a manutenção da fonte produtora (empresa) é o mais relevante. Tomazette afirma que tal objetivo “prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários”.¹⁰²

Isto porque a *empresa* é caracterizada como um fenômeno social. Como bem ressalta Ecio Perin Junior, “a empresa deve ser vista, a um só tempo, como uma conjunção de fatores econômicos e sociais, de forma a preservar não só interesses privados como também sociais, de todos aqueles que de alguma forma interferem ou sofrem os efeitos em relação a sua existência”.¹⁰³ Desta forma, o objetivo da proteção da empresa, entendida como fonte produtora, é que possui relevância para a Lei.

Com fundamento em tais considerações é que também devemos analisar os beneficiários da lei. Ela estabeleceu em seu art. 1º que somente os empresários e sociedades empresárias (requisito pessoal) podem ser contemplados pela recuperação.

Em uma análise e interpretação mais corriqueira, se o objetivo da lei é proteger a empresa (fonte produtora) e o empresário é quem exerce a referida atividade que gera a referida fonte, nada mais elementar do que a lei delimitar, como sujeito ativo da recuperação judicial, empresários e algumas sociedades empresárias. Ainda, para que o instituto da recuperação possa atingir suas finalidades, há que ser a empresa viável¹⁰⁴.

atividade econômica.

¹⁰¹ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas, São Paulo, Atlas, 2011, p. 45.

¹⁰² TOMAZETTE, Marlon. Ob. Cit. p. 45.

¹⁰³ PERIN JUNIOR, Ecio. Preservação da empresa na Lei de Falências. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 19/20

¹⁰⁴ Além da questão suscitada, ou seja, a legitimidade ativa para requerer a recuperação, há que se verificar a viabilidade da empresa que se pretende recuperar. Fábio Ulhoa Coelho assim se posiciona: *Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Curso de direito comercial – Vol. 3: direito de empresa, 12 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 404.*

Como consequência, se não restar comprovada a qualidade pessoal (empresário) a lei não poderá ser aplicada ao caso concreto e se a empresa não for viável, deve ser objeto de falência.

Além dos requisitos estabelecidos no art. 48 e incisos, o art. 51, inciso V, obriga o devedor a apresentar, com a inicial, a certidão de regularidade no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores.

Desta forma, há uma clara direção do legislador ao estabelecer apenas os empresários e sociedades empresárias como aptos a requerer o benefício da recuperação judicial, vale dizer, somente os devedores que preencham os requisitos legais é que podem obter o benefício da recuperação.

Tal entendimento é consolidado na doutrina brasileira. De fato, Waldo Fazzio Junior afirma que

a falência incide tanto sobre o empresário ou sociedade empresária regular, como também sobre o empresário de fato, mas a recuperação só alcança os que exercem a empresa conforme a lei. A recuperação é instituto decorrente de favor legal conferido pelo órgão judiciário aos que preenchem os requisitos postos no direito positivo.¹⁰⁵

No mesmo sentido, Ricardo Negrão é categórico ao afirmar que “a Lei de Recuperação e Falência aplica-se somente a quem exerce a empresa, isto é, ao empresário individual e à sociedade empresária”.¹⁰⁶

Ainda, de forma mais específica e enfática, há doutrinadores que, de plano, afastam a incidência da recuperação judicial àqueles não empresários, como por exemplo associações. Fábio Ulhoa Coelho é enfático ao dizer que “a associação não titula o direito a recuperação”.¹⁰⁷

Da mesma forma, Gladston Mamede assim se posiciona:

falência e recuperação judicial são procedimentos aplicáveis especificamente aos empresários (firma individual) e sociedades empresárias. Não se aplicam às pessoas naturais não registradas como empresários, às sociedades simples, (inclusive cooperativas), associações ou fundações;¹⁰⁸

Sob a ótica da lei e da doutrina pátria, as associações não podem socorrer-se do benefício da recuperação judicial.

¹⁰⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 41/42.

¹⁰⁶ NEGRÃO, Ricardo. Ob. Cit. p. 218.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação das empresas. 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 50.

¹⁰⁸ MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p.410

3.1 O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL POR ASSOCIAÇÕES E O POSICIONAMENTO JUDICIAL.

Em que pese os dispositivos da Lei n. 11.101/2005 acima indicados, bem como a posição até agora unânime da doutrina brasileira, algumas associações vêm apresentando ao Poder Judiciário, pedidos de recuperação judicial. Mesmo não atendendo ao requisito de ser sociedade empresária ou empresário, as associações passaram a requerer os benefícios da recuperação judicial, sendo que as decisões são fortes e quase unânimes no sentido de que o pedido formulado seria juridicamente impossível, acarretando o indeferimento da petição inicial sumariamente em alguns casos.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se posicionou sobre o tema em algumas oportunidades, sempre adotando o posicionamento mencionado, ou seja, extinguindo os feitos sem julgamento de mérito. Vejamos alguns julgados:

Recuperação Judicial. Pessoa jurídica sem fins econômicos, classificada como associação, nos termos do art. 44, I, do Código Civil e sem registro mercantil, não tem interesse de agir para pleitear recuperação judicial. Indeferimento da inicial mantido. Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível 0001832-74.2013.8.26.0564, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Araldo Telles, Data do Julgamento: 20/05/2013, Data do Registro: 29/05/2013);

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Associação civil. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. Recuperação judicial já deferida. Extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir. Artigo 267, IV, do CPC. Apelante que não pode pleitear recuperação judicial. Instituto restrito aos empresários e às sociedades empresárias. Apelante que sequer é sociedade, muito menos empresária. Extinção do processo sem resolução do mérito mantida, por fundamento diverso. Recurso não provido, com observação. (TJSP, Apelação Cível 0010036-39.2011.8.26.0189, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator(a): Tasso Duarte de Melo, Data do julgamento: 25/03/2013, Data de registro: 27/03/2013).

Recuperação judicial. Pedido formulado por sociedade sem finalidade lucrativa - associação. Indeferimento da petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido. Apelação. Medida conferida apenas a empresários e sociedades empresárias. Apelação desprovida. (TJSP, Apelação nº 619.652-4/8-00, Rel. Des. Boris Kauffmann, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, j. 28/01/2009).

Alguns juristas, com o objetivo de amparar a pretensão em requerer a recuperação de associações, utilizam-se de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁹, no qual se questionava decisão do Tribunal do Rio de Janeiro ao analisar o processo que foi assim ementado:

¹⁰⁹ AGRAVO REGIMENTAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. Em virtude da questão já ter sido analisada pela Quarta Turma desta Corte, em votação unânime, é que a decisão foi proferida singularmente. 2. As razões apresentadas pela agravante não são suficientes para afastar as conclusões do julgado recorrido. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1008393/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 18/08/2008).

Recuperação judicial. Sociedade civil com caráter filantrópico e sem fins lucrativos. Inaplicabilidade do regime da Lei n. 11.101/2005. Afastamento da alegação de preclusão, uma vez que recorre o agravante de decisão que, considerando cumpridas as exigências legais, concedeu a recuperação judicial à agravada, não da decisão que deferiu seu processamento. O processamento da recuperação judicial pressupõe apresentação da certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas. Natureza associativa da agravada, enfatizado o caráter filantrópico e beneficente de suas atividades destituídas de fins lucrativos. Arquivamento dos atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Não menos relevantes são as imunidades e/ou isenções tributárias usufruídas pela agravada no regime das entidades sem fins lucrativos, a exemplo do imposto sobre a renda e outros tributos que lhe seriam impostos, não lhe sendo lícito pretender agora colher benefícios de um regime de cujo ônus se desviou deliberadamente. Ademais, no regime da falência e da recuperação judicial é perquirida a responsabilidade pessoal dos sócios nas hipóteses elencadas na lei de regência, fator de oneração jurídica também não assumido pela mesma agravada ao optar pelo regime mencionado. Inaplicabilidade das disposições da Lei n. 11.101/2005, devendo-se observar as regras do capítulo IV do Código de Processo Civil. Rejeição da preliminar e provimento ao recurso. (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0004877-37.2007.8.19.0000 - Rel. Des(a). Edson Aguiar de Vasconcelos - Julgamento: 09/05/2007).

Esta decisão foi objeto de recurso ao Superior Tribunal de Justiça. No entanto, este Tribunal proferiu decisão que teve por base a teoria do fato consumado, ou seja, a recuperação judicial da associação recorrente estava em plena vigência, sendo que sua revogação acarretaria prejuízos maiores. O Superior Tribunal de Justiça não enfrentou o mérito da questão, isto é, no julgado mencionado não há posicionamento claro e preciso do Tribunal autorizando as associações a pleitearem a recuperação judicial, ampliando-se a interpretação do art. 1º da Lei n. 11/1101/2005.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1º DA LEI 11.101/2005 À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Como já anotado anteriormente, o objetivo da recuperação judicial é manter, primordialmente, a fonte produtora (empresa). Assim, o princípio da preservação da empresa constante do art. 47 da LFR tem como finalidade possibilitar que a atividade econômica desenvolvida pelo empresário seja mantida (fonte produtora), gerando riquezas, emprego, tributos, desenvolvimento regional, etc.

Desta forma, a ênfase do legislador foi permitir que apenas o empresário ou sociedades empresárias sejam contempladas, justamente pelo fato de que tais pessoas é quem exercem a empresa, ou seja, a atividade econômica organizada.

Ademais, o instituto da recuperação foi idealizado, também, para evitar que a falência seja decretada, de tal sorte que somente aqueles que, em tese, teriam condições de sofrer processo de falência é que poderiam socorrer-se do benefício da recuperação. Segundo

Fábio Ulhoa Coelho, “só tem legitimidade ativa para o processo de recuperação judicial quem é legitimado passivo para o de falência. Isto é, somente quem está exposto ao risco de ter a falência decretada pode pleitear o benefício da recuperação judicial”¹¹⁰.

Ao se analisar o art. 1º da Lei 11.101/2005, em conjunto com o art. 47 da mesma lei e as ponderações acima, constata-se que a proteção dada à empresa não poderia autorizar os que não exercem a empresa a ter o benefício da recuperação judicial. Isto porque, como já anotado anteriormente, no modelo jurídico brasileiro atual, somente o empresário exerce a empresa, sendo que esta é o objeto da relação empresarial.

Levando-se em conta a referida premissa (de que somente o empresário exerce a empresa), o benefício da recuperação judicial não pode ser concedido, no modelo brasileiro, àquele que não seja empresário.

Por tal motivo é que o tão comentado “princípio da preservação da empresa”¹¹¹ aparece como uma oportunidade de se buscar uma interpretação mais elástica do texto da lei, notadamente seu art. 1º.

No entanto, para que tal movimento possa ganhar base, há que se estudar e analisar melhor a própria idéia e caracterização do que seja *empresa*.

Considerando que um dos objetivos do art. 47 da Lei de Recuperação das Empresas é a proteção da fonte produtora, como anteriormente visto, e se o art. 1º tem por objetivo recuperar ou falir o empresário (que exerce a empresa, a fonte produtora), qualquer interpretação mais extensiva do campo de incidência da recuperação passa pela interpretação do termo *empresa e manutenção da fonte produtora*.

Vale dizer, há que se analisar se a empresa pode ser desenvolvida por não empresários, como é o caso de algumas associações já mencionadas.

Assim, somente com uma interpretação que permita concluir que uma associação, por exemplo, pode exercer atividade de empresa, mesmo que por equiparação em certas situações, é que seria possível, em tese, concluir-se que poderia ser tal pessoa jurídica

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação das empresas. 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 48.

¹¹¹ Fábio Ulhoa Coelho apresenta as seguintes considerações em relação ao princípio da preservação da empresa: *Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em vista é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locução identificadora do princípio, “empresa” é conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (“empresário”), nem com o lugar em que é explorada (“estabelecimento empresarial”). O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.* (Coelho, Fábio Ulhoa. Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do código comercial, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 40).

beneficiária de recuperação judicial. Mas, o inverso também seria razoável, ou seja, se tivesse direito a recuperação, também estaria sujeita ao regime de falência.

3.3 AS ASSOCIAÇÕES COMO BENEFICIÁRIAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA QUESTÃO DE INTERPRETAÇÃO OU NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

A questão de uma associação poder requerer e ver deferido pedido de recuperação judicial pode ser vista como uma questão de interpretação extensiva do texto da lei ou de necessidade de alteração legislativa.

No primeiro caso, há que se fazer um paralelo entre as atividades desenvolvidas pelas associações e a caracterização da empresa no desempenho de tais atividades, equiparando-se àquelas desenvolvidas pelo empresário e sociedade empresária, em conjunto com o objetivo da lei de recuperação, ou seja, preservar a fonte produtiva e a atividade econômica (empresa). Desta forma, poder concluir, em determinados casos específicos, pela possibilidade de uma interpretação mais extensiva da lei, é raciocínio possível.

Se algumas associações exercem atividades em que a fonte produtora também está presente (como por exemplo um hospital beneficente, pois também contratam, recolhem tributos, geram riquezas e muitas vezes é o único da localidade), não poderiam ser beneficiadas pela recuperação judicial? A resposta afirmativa, para muitos, seria um reconhecimento pelos serviços prestados para a coletividade por tais associações, notadamente em áreas em que o Estado é falho (educação, saúde, etc).

Mas, a questão deve ser analisada por outro ponto também. Ao permitir, por uma interpretação fundamentada em princípios, que as associações tenham o direito de requerer a recuperação judicial (em detrimento da vedação legal), estar-se-ia violando o texto da lei?

A utilização de princípios na interpretação e aplicação da lei deve ser feita com cautela, notadamente no momento atual em que a discussão sobre a relevância e utilização efetiva dos princípios no campo do Direito Comercial ganha força, principalmente nas decisões judiciais.

Essa preocupação com os princípios jurídicos que regem o direito recuperacional e falimentar brasileiro também está presente na jurisprudência sobre o tema, uma vez que, encarregados da interpretação autêntica da nova lei, os magistrados passaram a invocar corriqueiramente os seus princípios – alguns dos quais teriam bases em normas constitucionais – como ferramentas importantes para determinar o

significado mais adequado de uma norma, ou para afastar a aplicação de uma norma em certos casos concretos.¹¹²

É por tais considerações que a utilização dos princípios deve conter balizas, limitações, de forma que o aplicador do direito não pode ser induzido a violar uma norma jurídica pela utilização principiológica. Como bem anota Fábio Ulhoa Coelho, “a argumentação por princípios tem sido largamente empregada pela estratégia de desapego à lei, buscando, para além das regras específicas e desprovidas de caráter principiológico, fundamentos para a não aplicação destas”.¹¹³

Tais argumentos são robustos e podem levar a conclusão de que não seja correta a pretensão de, sob o argumento principiológico de preservação da empresa (ou da fonte produtiva), violar o texto claro da lei para que as associações possam ser titulares do direito de pleitear a recuperação judicial.

Não se nega a importância e relevância social das atividades desenvolvidas pelas associações. Mas, o que se percebe na prática, é que há grande margem para uma discussão sobre a alteração da lei, ou seja, se se entender que algumas associações efetivamente desenvolvem atividades econômicas, equiparando-as, neste aspecto, aos empresários, uma discussão sobre a necessidade de alteração legislativa em relação a este tema é medida que se impõe.

Exatamente esta é a segunda hipótese a ser tratada neste tópico. Uma vez se concluindo pela dificuldade em realizar uma interpretação mais extensiva do conceito de empresa e sua preservação nas atividades desenvolvidas pelas associações, a reflexão sobre as necessidades de alteração legislativa é medida de rigor. E a hipótese é perfeitamente possível.

Em outros ordenamentos jurídicos, como em Portugal, Espanha e França, a aplicação do instituto da recuperação é bem mais amplo. Como ressalta Tomazzete, citando Luis Manoel Teles de Menezes Leitão, Michel Jantin e Juana Pulgar Ezquerria,

em Portugal, o regime da insolvência e da recuperação de empresas é bem mais amplo, abrangendo inclusive pessoas físicas não profissionais e entidades sem fins econômicos. Do mesmo modo, na França e na Espanha, os regimes concursais já podem ser estendidos a não empresários.¹¹⁴

Desta forma, perfeitamente possível uma alteração na lei de forma a permitir que outras pessoas, mesmo que não empresárias, possam se beneficiar das vantagens e benefícios

¹¹² PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. A função dos princípios do direito recuperacional e falimentar brasileiro, *in* Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças/Gilberto Gomes Bruschi (coords.) Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 967/968.

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. Os princípios do Direito Comercial no projeto de Código Comercial, *in* Reflexões sobre o projeto de Código Comercial, Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores), São Paulo, Saraiva, 2013, p. 107.

¹¹⁴ TOMAZZETE, Marlon. Ob. Cit. p. 10.

de uma recuperação judicial quando comprovadamente exercerem atividade econômica em que a fonte produtiva mereça proteção.

4 CONCLUSÕES

Após a realização das análises acima, e sem a pretensão de esgotar o assunto, algumas conclusões podem ser extraídas.

A lei 11.101/2005 destinou apenas aos empresários a possibilidade de utilização dos benefícios da recuperação judicial. No entanto, não se pode negar que a empresa, em seu conceito mais amplo, notadamente em relação ao exercício de uma atividade com contornos econômicos e que gere uma fonte produtiva, pode ser exercida por outras pessoas não empresárias, como é o caso de algumas associações.

Em tal seara, somente uma interpretação elástica e principiológica do art. 1º e 47 da lei de recuperação é que pode amparar uma pretensão de se buscar a tutela protetiva do instituto da recuperação judicial para associações que exercem atividades econômicas equiparadas a dos empresários. Em que pese ser possível tal entendimento, a interpretação poderia encontrar óbices, em tese, no argumento de uma violação do dispositivo legal, fato este repudiado pela maioria dos juristas.

O mais salutar, diante da importância do tema, seria uma ampla discussão legislativa, de forma a permitir uma alteração no texto da lei, incluindo-se a possibilidade de associações ou outras pessoas jurídicas a se beneficiarem do instituto da recuperação judicial, mesmo que não sejam caracterizadas como empresárias, nos termos do art. 966 do Código Civil brasileiro, desde que a atividade desenvolvida possa ser equiparada à econômica inerente aos empresários.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 58/59.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, 14 ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 12.

_____. *Comentários à lei de falências e de recuperação das empresas*. 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

_____. *Princípios do Direito Comercial: com anotações ao projeto do código comercial*, São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*, Fábio Ulhoa Coelho, Tiago Asfor Rocha Lima, Marcelo Guedes Nunes (coordenadores), São Paulo, Saraiva, 2013

COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos* – 2ª Ed. São Paulo, Editora Senac, 2002.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Lei de falência e recuperação de empresas*, 5ª ed., São Paulo, Atlas.

FERNANDES, Rubem César. “*O que é o Terceiro Setor?*” in IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º Setor: desenvolvimento social sustentado. São Paulo: GIFE, 1997.

GOHN, Maria da Glória. *Educação Não-Formal e Cultura Política. Questões da nossa época*. São Paulo: Cortez, 1999. Pág. 19.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: parte geral, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. *Direito Empresarial – Estudo Unificado*, São Paulo, Saraiva, 2008.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. *A função dos princípios do direito recuperacional e falimentar brasileiro*, in *Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*/Gilberto Gomes Bruschi (coords.) Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

PERIN JUNIOR, Ecio. *Preservação da empresa na Lei de Falências*. São Paulo, Saraiva, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial, volume 3: falência e recuperação de empresas*, São Paulo, Atlas, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral* – 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, Coleção Direito Civil, V.1.