

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Carolina Maciel Cordeiro

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS COM FINS
ECONÔMICOS À LUZ DA TEORIA DA EMPRESA**

BELO HORIZONTE
2024

Carolina Maciel Cordeiro

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS COM FINS
ECONÔMICOS À LUZ DA TEORIA DA EMPRESA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Belo Horizonte

2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C794r Cordeiro, Carolina Maciel
A recuperação judicial das associações civis com fins econômicos à luz da teoria da empresa / Carolina Maciel Cordeiro. Belo Horizonte, 2024.
119 f.

Orientador: Eduardo Goulart Pimenta

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. [Lei de falências (2005)]. 2. Recuperação judicial de empresas. 3. Empresas. - Aspectos econômicos. 4. Recuperação de empresa. 5. Direito falimentar. 6. Falência - Brasil. I. Pimenta, Eduardo Goulart. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.736

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Carolina Maciel Cordeiro

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS COM FINS
ECONÔMICOS À LUZ DA TEORIA DA EMPRESA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Moacyr Lobato Campos Filho – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Aluer Baptista Freire Junior – Faculdade de Direito e Ciências Sociais do
Leste de Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 14 de março de 2024

RESUMO

A recuperação judicial é um dos institutos destinados à superação da crise econômico-financeira do devedor, promovendo a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores e dos interesses de credores. Para fins de sujeição à recuperação judicial, o devedor deve ser enquadrado como empresário ou sociedade empresária, remetendo ao conceito de empresário trazido pelo Código Civilista. Em que se pese a aplicação da recuperação judicial ser restrita ao devedor qualificado como empresário, este instituto vem sendo buscado por agentes econômicos que não são enquadrados legalmente como empresários, mas desenvolvem atividades econômicas voltadas à circulação de bens e riquezas próprias de empresa, como mecanismo de superação de crise. Neste cenário, destacam-se as deficiências do direito concursal brasileiro, evidenciando a necessidade de interpretar as normas jurídicas atinentes à recuperação judicial em consonância aos seus fins sociais, de modo a autorizar a incidência da recuperação judicial como instrumento de superação de crise econômico-financeira dos agentes empresários e de determinados agentes não empresários. O presente estudo abordará a (im)possibilidade de pedido de recuperação judicial formulado por associações civis com fins econômicos, partindo-se da análise da legislação civilista e concursal brasileira e estrangeira, perpassando pela pesquisa doutrinária de juristas nacionais e estrangeiros e analisando precedentes de requerimento de recuperação judicial por associações civis no Brasil. Ao final do estudo, pretende-se concluir pela possibilidade de as associações civis com fins econômicos se beneficiarem do tratamento legal à crise econômico-financeira por meio da recuperação judicial, ampliando-se o pressuposto subjetivo da Lei de Recuperação e Falências consoante à sua finalidade de preservação da atividade econômica viável e a sua função social.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Associações Civil com fins econômicos. Empresa. Preservação da Empresa.

ABSTRACT

Judicial recovery is one of the institutions designed to overcome the debtor's economic and financial crisis, promoting the maintenance of the productive activity, the employment of workers and the interests of creditors. For the purposes of being subject to judicial recovery, the debtor must be classified as businessmen or business company, referring to the concept of businessmen introduced by the Civil Code. Despite the application of judicial recovery being restricted to the debtor qualified as a businessmen, this institute has been sought by economic agents who are not legally classified as businessmen, but develop economic activities aimed at the circulation of goods and wealth belonging to the company, as a mechanism of overcoming crisis. In this scenario, the deficiencies of Brazilian competition law stand out, highlighting the need to interpret the legal norms relating to judicial recovery in line with its social purposes, in order to authorize the incidence of judicial recovery as an instrument for overcoming the economic-financial crisis of business agents and certain non-business agents. This study will address the (im)possibility of a request for judicial recovery formulated by civil associations with economic purposes, starting from the analysis of Brazilian and foreign insolvency legislation, going through the doctrinal research of national and foreign jurists and analyzing application cases of judicial recovery by civil associations in Brazil. At the end, the study intends to conclude that civil associations with economic purposes can benefit from the legal treatment of the economic-financial crisis through judicial recovery, expanding the subjective assumption of the Recovery and Bankruptcy Law depending on its purpose of preserving viable economic activity.

Keywords: Judicial Recovery. Civil Association with economic purposes. Enterprise. Company Preservation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CCB	Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002
CIRE	Código de Insolvência e Recuperação de Empresas
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CPC/15	Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015
CPC/73	Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973
CPEREF	Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN	Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966
DL.	Decreto-Lei
FASIL	Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LINDB	Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942
LRJF	Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005
PEAP	Processo Especial para Acordo de Pagamento
PL	Projeto de Lei
RJ	Recuperação Judicial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado do Estado de São Paulo
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal

LISTA DE SÍMBOLOS

%	Percentual
---	------------

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO	20
2.1. O conceito e as principais características das associações civis de direito privado	21
<i>2.1.1. O desenvolvimento de atividade econômica pelas associações de direito privado</i>	<i>24</i>
2.2. O conceito e as principais características dos empresários e sociedades empresárias	27
2.3. A finalidade lucrativa como o traço distintivo entre associações e sociedades empresárias	30
3. A TEORIA DA EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	32
3.1. O conceito jurídico de empresa e empresário.....	33
3.2. Críticas à teoria da empresa às necessidades de mercado sob a perspectiva da crise econômica.....	37
4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	39
4.1. Princípios Norteadores da Recuperação Judicial de Empresas....	42
<i>4.1.1. Preservação da empresa e sua função social.....</i>	<i>43</i>
<i>4.1.2. Separação entre empresa e empresário</i>	<i>46</i>
<i>4.1.3. Recuperação de empresas viáveis e liquidação das empresas não recuperáveis</i>	<i>48</i>
5. A LEGITIMIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS	50
5.1. Os agentes econômicos expressamente legitimados pela Lei de Recuperação e Falência de empresas	52
5.2. Os agentes econômicos expressamente excluídos pela Lei de Recuperação e Falência de empresas	55
5.3. Os destinatários da Lei de Recuperação Judicial e Falência segundo o direito comparado.....	59
<i>5.3.1. O Direito Concursal Norte-Americano</i>	<i>62</i>
<i>5.3.2. O Direito Concursal Português.....</i>	<i>66</i>
<i>5.3.3. O Direito Concursal Francês</i>	<i>70</i>
<i>5.3.4. O Direito Concursal Espanhol</i>	<i>73</i>
5.4. O direito concursal estrangeiro e o direito concursal brasileiro ...	75
6. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO O PROCEDIMENTO DE SUPERACÃO DE CRISE ECONÔMICA-FINANCEIRA E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA VIÁVEL	78

6.1. A ineficiência da insolvência civil como instrumento de superação de crise econômico-financeira por associações civis com finalidade econômica	80
6.2. As lacunas da Lei nº 11.101/2005: o tratamento da crise econômico-financeira dos agentes não empresários	85
6.3. Análise de precedentes: a recuperação judicial da Casa de Portugal	89
6.4. A tutela das atividades econômicas viáveis desenvolvidas pelas associações civis com fins econômicos pela Lei nº 11.101/2005	94
7. CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS.....	105

1. INTRODUÇÃO

A recuperação judicial é um instituto destinado à preservação da atividade desenvolvida pelos devedores, qualificados como empresários individuais ou sociedades empresárias, que se encontram em momentânea situação de crise empresarial¹.

Por opção legislativa, a recuperação judicial não é destinada a todo e qualquer devedor em crise. Nos termos do artigo 2º da Lei n. 11.101/2005 (LRJF), este instituto não é destinado às empresas públicas, sociedades de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Dentre as razões para a exclusão de alguns empresários do rol de legitimados, está o próprio risco sistêmico potencialmente relacionado à relevância social da atividade desempenhada e, muitas vezes, à grave repercussão na economia nacional², tendo em vista o escopo da atividade desenvolvida para o interesse público.

Não obstante a recuperação judicial ser uma importante ferramenta processual que se propõe a solucionar a crise empresarial, a inaplicabilidade do instituto a outros agentes econômicos que não se enquadram no conceito de empresário individual ou sociedade empresária tem relevante impacto na preservação da atividade econômica desempenhada e nos interesses econômicos e sociais que a circundam.

É o caso das associações civis com finalidade econômica³ que, embora não sejam empresárias por definição legal por carecerem de finalidade lucrativa,

¹ De acordo com a Exposição de Motivos da Lei n. 11.101/2005: “8. Considerando a importância, para a defesa da cidadania, da ordem jurídica e da ordem econômica, da adequação às condições contemporâneas da prática da indústria, do comércio e das demais práticas correlatas, temos a intenção de lograr clareza e distinção das regras ordenadoras de tais atividades, foi então que pareceu-nos de bom alvitre constituir outra Comissão, pela Portaria nº 552/MJ, intentando proceder à revisão do texto último do referido anteprojeto de reforma da Lei de falências e concordatas” (CORRÊA, 1994).

² É o caso das empresas estatais, excluídas por razões de interesse público no exercício de determinada atividade econômica, e daqueles agentes cuja crise econômica tem o condão de gerar risco sistêmico ou grave repercussão na economia, como é o caso das instituições financeiras e operadoras de planos de saúde, dentre outras (SCALZILLI; SPINELL; TELLECHEA, 2018, p. 141).

³ Inobstante a definição da Lei n. 10.406/2002 sobre associações caracterizadas pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos, é pacífico na doutrina, a exemplo de Caio Mário da Silva Pereira, a classificação de associações para fins econômicos e não econômicos, com base na atividade desempenhada.

denominada na legislação civilista como *fins não econômicos*⁴, ostentam elementos de empresarialidade no desenvolvimento da atividade produtiva voltada ao mercado, o que poderia induzir à conclusão de que a recuperação judicial seria um instrumento jurídico adequado para viabilizar a superação de crise econômico-financeira desses entes associativos, em consonância ao arcabouço principiológico da própria Lei de Recuperação e Falências que prevê a preservação da atividade econômica viável como um fim a ser alcançado.

Nesta toada, o presente trabalho tem por escopo analisar e discutir a (im)possibilidade de as associações civis com finalidade econômica adotarem a recuperação judicial como meio de superação de crise econômica, abandonando o regime da insolvência civil previsto no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), que como se verá, é um instrumento jurídico ineficiente ao propósito de preservação da atividade econômica viável.

O presente estudo será dividido em cinco capítulos distintos.

No primeiro capítulo, se pretende analisar o conceito e as principais características das associações de direito privado, com ou sem fins econômicos, segundo critério legislativo e doutrinário, especialmente no que se refere a terminologia acerca de “fins econômicos”. Ainda, se pretende analisar o conceito e principais características dos empresários e sociedades empresárias, com o objetivo de identificar os pontos conexos e traços distintivos que impactarão na qualificação do agente para a sujeição ao procedimento de recuperação judicial.

O segundo capítulo trará uma breve abordagem acerca da evolução da teoria da empresa na legislação brasileira, de modo a compreender os elementos característicos da figura do empresário por definição legal e a sua adequação à realidade econômica e social do país, apresentando possíveis críticas ao modelo restritivo e dualista (empresário e não-empresário) adotado pelo Código Civil.

O terceiro capítulo visa a trazer os objetivos a serem alcançados por meio da recuperação judicial, a partir da análise de seus princípios estruturantes, a saber: preservação da empresa e sua função social, separação entre empresa e empresário e a recuperação de empresas viáveis e liquidação das empresas não recuperáveis, partindo-se da perspectiva de que os princípios se apresentam como mecanismos de

⁴De acordo com a Lei n. 10.406/2002, em seu art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos (BRASIL, 2002).

interpretação das normas jurídicas capazes de conferir o alcance da finalidade almejada por aquela norma.

No quarto capítulo, será analisado o rol de agentes expressamente legitimados e agentes expressamente excluídos, nos termos do art. 1º e 2º da Lei nº 11.101/2005, a pleitear em juízo o pedido de recuperação judicial, de modo a entender qual o critério definidor para a sujeição ou não do agente à incidência da Lei de Recuperação e Falência. Ainda, neste capítulo, será feita a análise comparativa do direito concursal brasileiro com o direito concursal estrangeiro, especificamente o direito concursal norte-americano, português francês e espanhol, de modo a verificar os pressupostos objetivos e subjetivos de sujeição à incidência das normas do direito concursal, servindo a experiência estrangeira como fonte do direito material.

O quinto e último capítulo visa a analisar a legitimidade das associações civis com fins econômicos a pleitearem a recuperação judicial como mecanismo jurídico de superação de crise econômico-financeira, sob a perspectiva de sujeição formal e material ao instituto recuperacional, destacando a ineficiência do atual modelo de insolvência civil como instrumento de proteção das associações civis em crise e, ainda, a experiência obtida com a recuperação judicial da Casa de Portugal, e a perspectiva de mudança legislativa do direito concursal brasileiro com base nos projetos de lei em tramitação. Ao final, pretende-se concluir pela possibilidade de as associações civis com finalidade econômica requererem recuperação judicial, mesmo que formalmente não se enquadrem na definição de empresário prevista no Código Civil.

O presente trabalho tem por metodologia a pesquisa das legislações brasileiras e estrangeiras sobre insolvência, da doutrina de juristas nacionais e estrangeiros, bem como da análise de precedentes de requerimento de recuperação judicial por associações civis. Pretende-se partir de premissas e conceitos gerais de Direito Civil, Direito Empresarial e Direito Processual Civil, de materiais de natureza primária (legislação) e secundária (publicações científicas, abrangendo as áreas do Direito), utilizando-se o raciocínio indutivo⁵ para chegar às conclusões.

⁵ “[...] um processo mental que parte de dados particulares e se dirige a constatações gerais. Assim, as conclusões do processo indutivo são sempre mais amplas do que os dados ou premissas dos quais derivaram” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22).

2. DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

De acordo com o art. 44 do Código Civil, as associações, assim como as sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, estão classificadas como pessoas jurídicas de direito privado⁶⁷.

Segundo Sztajn (2010, p. 82-83), “tanto as sociedades quanto as associações são organizações de pessoas que se unem para obter fim comum”, compondo o gênero “organização fundada em contratos associativos”.

A partir do gênero, passa-se às espécies com e sem fins econômicos, sendo as primeiras identificadas pelas sociedades e as últimas, pelas associações⁸. Por comporem o mesmo gênero “organização fundada em contratos associativos”, as regras atinentes às associações, aplicam-se subsidiariamente às sociedades, consoante o art. 44, §2º do CCB⁹.

Seguindo os recortes teóricos do presente estudo, serão analisadas tão somente as associações civis e sociedades, sendo destas apenas as empresárias, partindo-se, portanto, às principais características das associações e das sociedades empresárias, para, ao final, identificar os traços distintivos que servirão de fundamento para a análise acerca da qualificação empresarial necessária à norma de legitimidade da recuperação judicial.

⁶ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - As organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003) VI - (Revogado pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 2002).

⁷ Caio Mario da Silva Pereira que define as pessoas jurídicas de direito privado, a exemplo das associações, como “entidades que se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõe realizar objetivos de natureza particular para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade” (PEREIRA, 1991, p. 215).

⁸ Sobre esta divisão, também escreve Francisco Amaral: “A sociedade é espécie do gênero associação, considerando-se esta em sentido amplo. Em senso estrito são duas espécies, duas figuras típicas do fenômeno associativo. As disposições legais concernentes às associações aplicam-se, subsidiariamente, às sociedades” (CC, art. 44, parágrafo segundo)” (AMARAL, 2014, p. 349).

⁹ Art. 44, § 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código (BRASIL, 2002).

2.1. O conceito e as principais características das associações civis de direito privado

O direito de associação encontra suporte legal na Constituição da República, que o relaciona entre os direitos individuais ao estabelecer a liberdade de reunião em locais públicos, desde que previamente autorizado pelo ente público, bem como para a liberdade de associação com fins lícitos e a criação de associações, consoante os incisos XVI, XVII e XVIII do art. 5º¹⁰.

A criação de associações no direito privado está prevista no Código Civil, buscando o legislador conceituar a associação como a união de pessoas que congregam esforços em busca de finalidade ou interesses comuns, de cunho econômico ou não, que, por meio de contribuições pecuniárias ou não, constituirão o patrimônio do ente associativo.

O conceito de associação possui mesmo sentido na doutrina, que destaca o ente associativo pelo agrupamento de pessoas, compartilhando objetivos comuns, para a racionalização de recursos e com finalidade lícita sem intuito lucrativo¹¹.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (BRASIL, 1988).

¹¹ Pontes de Miranda define como associação “a reunião de pessoas quando de tal maneira se organizou que os seus membros se apresentam como todo único e uno e os cobre; isto é, quando o membro tem qualidade comum, sem ser só o “sócio”, o que participa da vida social. A individualidade do membro entra pouco, ou nada (P. Knoke, *Das Recht der Gesellschaft*, 21; O Swart, *Der nichtrechtsfähige Verein*, 7)” (MIRANDA, 2000, p. 386-387).

Para Fábio Ulhoa Coelho, “a associação é a pessoa jurídica em que se reúnem pessoas com objetivos comuns de natureza não econômica. Sempre que um conjunto de pessoas, físicas ou jurídicas, descobrem-se em torno de um mesmo interesse, podem melhor realizá-lo unindo seus esforços”, propiciando a estrutura apta a racionalizar os recursos empregados na realização dos objetivos comuns (COELHO, 2009. p. 249).

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, “as associações são pessoas colectivas de substrato pessoal que não tenham por fim a obtenção de lucros para distribuir pelos sócios”. (PINTO, 1999, p. 271).

Partindo da definição proposta por Pontes de Miranda, Celso Bastos & Ives Gandra definem associação como “a reunião estável e permanente de pessoas objetivando a defesa de interesses comuns, desde que não proibidos pela Constituição ou afrontosos da ordem e dos bons costumes.” (BASTOS, 1989, p. 96).

A criação destas associações se dá em assembleia designada especificamente para este fim, na qual as pessoas manifestam livremente vontades convergentes de se associarem e colocam em votação o estatuto que disporá, por meio de cláusulas contratuais vinculantes, sobre as normas de organização e de funcionamento da associação, formalizando o “negócio jurídico coletivo” (AMARAL, 2014, p. 526)¹².

A partir do registro de seu ato constitutivo, à associação é conferida existência legal com a constituição de sua personalidade jurídica, que, a partir de então, passará a ter capacidade de direito, com a aptidão para ser sujeito de direito¹³.

Embora a constituição da personalidade jurídica do ente associativo se dê pelo registro de seu ato constitutivo no órgão registral competente (Registro Civil de Pessoas Jurídicas), não se olvide a existência de associações não personificadas, as quais, nos termos do Código de Processo Civil¹⁴, poderão ser representadas ativa e passivamente em juízo pela pessoa a quem couber a sua administração.

Como destacado anteriormente, as regras atinentes ao funcionamento e forma de organização das associações estão previstas no seu estatuto, tendo os associados plena liberdade de dispor acerca dos termos e condições que o regerão, desde que não sejam contrários à lei¹⁵, sendo um direito constitucionalmente previsto¹⁶.

¹² Para COELHO (2009, p. 250), o estatuto das associações deve conter obrigatoriamente cláusulas acerca dos seguintes temas: “a) denominação, fins e sede da associação; b) requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; c) direitos e deveres dos associados; d) fontes de recursos para a manutenção da associação; e) modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos; f) condições para a alteração de seus dispositivos; g) dissolução da associação; h) forma de gestão administrativa e de aprovação das contas dos administradores (CC, art. 54); i) *quorum* necessário para deliberação das matérias privativas da assembleia geral - a saber: destituição de administradores e alteração do estatuto - e os critérios para eleição dos administradores (art. 59. parágrafo único).

¹³ Segundo Tartuce, “a existência da pessoa jurídica de direito privado começa a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro, sendo eventualmente necessária a aprovação pelo Poder Executivo” (TARTUCE, 2011, p. 118-119).

¹⁴ Art. 75. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: IX - a sociedade e a associação irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração de seus bens (BRASIL, 2015).

¹⁵ Maria Helena Diniz destaca a vedação de constituição das seguintes associações: “a) associação com fins ilícitos, proibidos por lei, tendo atividades atentatórias à moral, aos bons costumes e à ordem pública; b) *societas criminis*, conluio entre duas ou mais pessoas para a prática de determinado crime. Trata-se da coautoria, em que se punem os agentes individualmente, de acordo com sua participação na consumação do delito acertado; c) *societas sceleris*, ou seja, associação que tem por finalidade reunir malfeitores para a prática de crimes, organizar quadrilhas (CP, art. 288) ou tramar conspiração; d) associação política paramilitar, que busca a realização de objetivos políticos com organizações de caráter militar (CF/88, arts. 52, XVII, in fine, e 17, § 4º)” (DINIZ, 2011, p. 274).

¹⁶ Ver artigo 5º, inciso XVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (BRASIL, 1988).

Por meio do estatuto, são criados direitos e obrigações entre os associados e a associação, não subsistindo entre aqueles direitos e obrigações recíprocos. Embora aos associados seja assegurado o tratamento isonômico, o estatuto poderá prever categorias com vantagens especiais.

O patrimônio da associação¹⁷ é formado por livre contribuição de seus associados, sendo voltado para a consecução da finalidade do ente associativo, que, como esclarece Maria Helena Diniz (DINIZ, 2011), poderá ser altruísta, egoística e econômica não lucrativa.

É livre o exercício do direito de retirada unilateral pelo associado, devendo, no entanto, o estatuto prever a forma de exclusão do associado nas hipóteses de justa causa, previstas no estatuto, ou por motivo de reconhecida gravidade, desde que devidamente comprovados por meio de procedimento que assegure o direito de ampla defesa e respeite o contraditório.

Inobstante a qualidade de associado seja personalíssima, sendo, em regra, intransmissível mesmo em caso de alienação ou sucessão de quota, ou fração ideal do patrimônio da associação, poderá o estatuto dispor de maneira diversa¹⁸.

A associação extingue-se na forma de seu estatuto, com a destinação do patrimônio remanescente à restituição da contribuição dos associados e à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, quando omissa o estatuto, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

Feita esta breve elucidação, pode-se concluir que as associações de direito privado são constituídas a partir de um conjunto de pessoas que, por meio de contribuições pecuniárias ou com a prestação de serviços, se unem em busca de objetivos comuns não contrários à lei, observando os termos e condições livremente pactuados e formalizados em contrato.

Por meio desta definição conceitual, identificam-se as principais características das associações civis, a saber: união de pessoas, com vontades convergentes, em

¹⁷ Nas palavras de W. de Barros Monteiro, “a constituição das associações se dá por meio de elementos formais e materiais. Quanto à forma, compreende os atos de associação, estando adstritos ao fim a que se propõe a pessoa jurídica, bem como os bens necessários à consecução deste fim. Em relação ao elemento material, este nada mais é do que o patrimônio indispensável ao alcance do objetivo social que não precisa existir no momento da constituição do ente associativo, mas deverá ser formado em momento oportuno com a contribuição pecuniária de seus associados”. (MONTEIRO, 2009, p. 152).

¹⁸ Art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário (BRASIL, 2002).

prol de objetivos comuns, não lucrativo e autonomia para dispor sobre sua forma de organização, características estas que servirão para diferenciá-las das sociedades e, mais a frente, para qualificá-las como legitimadas ou não a ingressarem em Juízo com pedido de recuperação judicial.

2.1.1. O desenvolvimento de atividade econômica pelas associações de direito privado

Traçadas as linhas gerais acerca das associações de direito privado, é relevante compreender se as associações poderão ou não desenvolver atividades de cunho econômico, voltadas à circulação de bens e produtos e prestação de serviços, de modo a alcançar a finalidade prevista em seu estatuto.

Como destacado anteriormente, as associações de direito privado têm como elementos caracterizadores a união organizada de pessoas para fins não econômicos, isto é, sem a finalidade lucrativa.

A finalidade da associação está atrelada a atividade a ser desenvolvida, sendo que, inclusive, algumas de suas denominações estão diretamente vinculadas aos seus fins: *“instituto, quando tem natureza cultural; de clube, quando seus objetivos são esportivos, sociais ou de lazer; de academia de letras, quando reúne escritores; de centro acadêmico, quando congrega estudantes de determinado curso universitário”* (COELHO, 2009, p. 249).

Valendo-se do conceito cunhado por Fernando Campos Scaff, a atividade pode ser definida como “uma série de atos coordenados em função de um objetivo comum, podendo esta ser empresária ou não” (1997, p. 77).

Embora a atividade empresária seja tipicamente econômica, por envolver a produção ou a circulação de bens, ou de serviços a serem oferecidos no mercado, o desenvolvimento de atividade econômica não é exclusivo da empresa, havendo outros profissionais no exercício destas atividades dirigidas ao mercado, tal como as associações com fins econômicos.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (1991, p. 293), as associações comportam a classificação em associações com fins econômicos e sem fins econômicos, sendo estas “as que não se dedicam às operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar a procura de vantagens materiais”.

A existência de finalidade lucrativa é consagrada no Código Civilista de 2002 como um dos principais traços distintivos entre sociedades e associações¹⁹²⁰, sendo que nestas últimas a pessoa jurídica se forma por um grupo de pessoas que almejam alcançar objetivos não lucrativos ou ideais.

Inobstante as associações estarem legalmente impedidas de distribuírem lucros aos seus associados, não há qualquer proibição ao desenvolvimento de atividades de cunho econômico que promovam o crescimento patrimonial da pessoa jurídica e até assegurem margem de lucro na operação desde que o lucro seja voltado exclusivamente para o próprio ente associativo²¹.

Neste contexto, cumpre notar que, por meio da VI Jornada de Direito Civil (2013), do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, deu-se origem ao Enunciado nº 534 que dispõe sobre as associações poderem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa.

A justificativa para este enunciado reside justamente na aparente confusão gerada pelo termo “fins não econômicos” para expressar sua espécie “fins não lucrativos”:

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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

¹⁹ Para Caio Mario da Silva, o “Código Civil de 1916, porém, deixou de se ater à distinção, e, se mais adequado era utilizar-se a designação “associações” para as pessoas jurídicas de fins não lucrativos, nenhuma obrigatoriedade havia neste sentido, admitidas as expressões como sinônimas no mencionado Código” (PEREIRA, 2011, p. 293).

²⁰ Menciona-se, ainda, que, no âmbito da organização empresarial os seus sócios possuem obrigações recíprocas, diferentemente do que ocorre nas associações em que o liame obrigacional se dá entre a associação e seus associados, caracterizando um contrato plurissubjetivo unidirecional. Sobre o tema, ver LOTUFO, Renan. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

²¹ De acordo com Francisco Amaral (AMARAL, 2014, p. 528), “a não lucratividade, ou não economicidade desses fins, constitui a nota distintiva das associações relativamente às sociedades. Estas desenvolvem uma atividade produtiva, o que não se verifica nas associações. Isso não impede que estas tenham atividade econômica, como a produção de bens ou serviços. O que se proíbe é o objetivo comum de distribuição de lucros entre os associados”.

Cada vez mais, as associações civis que desenvolvem atividades econômicas vêm se aproximando de características próprias dos agentes empresários, com a organização dos fatores de produção e de capital no desenvolvimento da atividade que, em que se pese as associações não distribuírem lucros aos seus associados²², exige para o seu funcionamento a utilização de instrumentos jurídicos próprios de agentes empresariais, devendo receber o mesmo tratamento destes últimos.

Para autores como H. M. D. Verçosa (2010, p. 26-27), certos agentes econômicos não-empresários vêm desempenhando verdadeira “atividade empresarial civil”, por meio da qual há a utilização, no plano de direito civil, de contratos com mecanismos que caracterizam a empresarialidade, tais como: função econômica, custos de transação, oportunismos e vinculação, racionalidade, entre outros²³, evidenciando o processo de comercialização do direito privado.

Para Verçosa (2010, p. 47-48), a “mercantilização do direito civil chegará no seu ápice quando as atividades que hoje são consideradas exclusivamente civis (incluídas as desenvolvidas pelas associações) forem alcançadas pela legislação de mercado de capitais e pelo direito concursal”, se sujeitando aos processos de recuperação de empresas e de falências, superando o dualismo presente no atual Código Civilista, de inspiração no direito italiano da década de 1940.

No direito brasileiro, portanto, inexistem óbices ao desenvolvimento de atividades econômicas por associações civis, voltadas à circulação de produtos e prestação de serviços que poderão gerar crescimento patrimonial ao ente associativo na forma de lucro²⁴, desde que este não seja distribuído aos seus associados, sob o risco de desvirtuar o escopo da associação.

Como se verá ao longo do estudo, o caminho em direção à mercantilização do direito civil não está distante. As associações civis já desenvolvem atividades de cunho econômico com elementos de empresa e, por via de consequência, desempenham relevante função social e econômica, merecendo proteção legal

²² Segundo a pesquisadora Anna Luiza Duarte Maiello, embora não possa haver distribuição de lucro para os associados, as associações podem exercer atividades econômicas. Podem, portanto, realizar atividades de produção e troca de bens e serviços, uma vez que a liberdade de iniciativa econômica não encontra a princípio limites na natureza do sujeito que pretende desenvolver (MAIELLO, 2012).

²³ Para a aprofundar na mercantilização dos contratos de Direito Civil, ver: FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55 e ss.

²⁴ Por lucro, recorrer ao conceito de RIPERT "o intuito especulativo de auferir o maior ganho possível entre o valor de venda e o de revenda, e os riscos da atividade" (RIPERT apud BULGARELLI, 2001, p. 292).

semelhante à que os agentes empresariais recebem quando se encontram em situação de crise econômico-financeira, dedicando instrumentos jurídicos hábeis a promover a preservação da atividade econômica viável e a retirada célere do mercado do agente frente a inviabilidade da atividade econômica.

Sendo assim, um dos principais pontos a serem enfrentados no presente estudo é: se o desenvolvimento atividade econômica, organizada, voltada à circulação de bens e serviços, ainda que sem intuito lucrativo, é requisito capaz de tornar o agente econômico não-empresário, especificamente as associações civis com fins econômicos, beneficiário da proteção prevista na Lei nº 11.101/2005. Para isso, em linhas gerais, faz-se necessário analisar os traços distintivos entre associações e sociedades.

2.2. O conceito e as principais características dos empresários e sociedades empresárias

Antes de adentrar no conceito e nas principais características das sociedades, cumpre advertir que, em razão de o escopo do presente estudo ser o de analisar a ampliação do rol de legitimados da Lei nº 11.101/2005 que prevê a sua incidência aos empresários e sociedades empresárias, tratar-se-á unicamente da espécie sociedade empresária, sem adentrar nas especificidades dos tipos societários.

Como visto acima, as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas por pessoas (sócios) que, por meio de um “contrato plurilateral” (ASCARELLI, 1947, p. 33-35), se obrigam “a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, nos termos do art. 981 do CCB (BRASIL, 2002).

As sociedades apresentam como elemento essencial a contribuição de seus sócios, representada pela união de esforços em prol de um objetivo comum. A ausência de contribuição de sócio implica no reconhecimento da falta de cooperação e descumprimento de obrigação essencial, atribuindo ao sócio a condição de remisso

permitindo a sua exclusão da sociedade, por deliberação da maioria de sócios, consoante previsão dos artigos 1.004²⁵ e 1.058²⁶ do Código Civil.

Nota-se que as sociedades apresentam características similares às associações civis que, como visto, também se formam pela união de esforços em prol de um objetivo comum. O traço distintivo entre sociedade e associações, se destaca pela finalidade a ser percebida com a união de esforços. Nas sociedades, pretendem os sócios obter lucros com o exercício da atividade econômica. Por outro lado, nas associações, os associados pretendem se beneficiar de vantagens a serem apresentadas pela organização, sem objetivar o recebimento de lucros, consoante a previsão do art. 53 do Código Civil.

Quanto à partilha de resultados, nos termos do art. 1.008 do CCB, “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas” (BRASIL, 2002), a qual está também atrelada ao risco da atividade quando empresarial.

Apresentadas as características principais do gênero sociedade, cumpre destacar a existência de 02 (duas) espécies de sociedades, a simples e a empresária, sendo a primeira a que explora atividades econômicas sem empresarialidade e a última a que explora a atividade empresarial sob a forma de empresa, o que aponta para o fato de que uma mesma atividade econômica pode ser desenvolvida com ou sem empresarialidade (COELHO, 2009).

No Código Civil brasileiro, adotou-se a técnica legislativa de recorrer ao termo empresário no Título I do Livro II para regular o empresário individual, pessoa física e se valer do mesmo critério para caracterizar e diferenciar a sociedade simples da sociedade empresária²⁷, por esta razão é indispensável analisar as regras jurídicas atinentes ao empresário individual.

²⁵ Art. 1.004. Os sócios são obrigados, na forma e prazo previstos, às contribuições estabelecidas no contrato social, e aquele que deixar de fazê-lo, nos trinta dias seguintes ao da notificação pela sociedade, responderá perante esta pelo dano emergente da mora (BRASIL, 2002).

²⁶ Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pagado, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas (BRASIL, 2002).

²⁷ Sobre esta similitude entre as regras de empresário individual e sociedade empresária, ver: DE SOUSA, Marcos Andrey. **A constrição da cota de sociedade empresária limitada**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 85.

Com a adoção da teoria da empresa no Código Civil brasileiro, o critério definidor para se reconhecer a empresarialidade passa a ser a forma como a atividade é desenvolvida, em contrapartida, ao critério do tipo de atividade que encontrava guarida na Teoria dos Atos de Comércio²⁸. O conceito de empresa é extraído a partir da definição do seu agente empresário, nos termos do CCB, razão pela qual se deve analisar a figura do empresário para se compreender o fenômeno da empresa.

É por meio do art. 966 do CCB que se tem a conceituação do que é o empresário: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens, ou de serviços”, complementado por seu parágrafo único que dispõe: “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” (BRASIL, 2002).

Depreende-se da leitura do supramencionado artigo que as principais características do empresário são: a profissionalidade no desenvolvimento de atividade econômica, que é organizada, para promover a circulação de bens e a prestação de serviços.

A primeira característica é a profissionalidade que pode ser traduzida pelo exercício rotineiro e habitual da atividade pela pessoa, independentemente de seu objeto, não estando atrelada à ideia de profissão²⁹. No entanto, não basta desenvolver a atividade com profissionalidade, esta deverá ter cunho econômico. Isto é, a atividade desenvolvida deverá ser voltada para o mercado.

Por organização econômica, retomamos as lições de Rocco (2003, p. 310), segundo a qual “a organização dos vários elementos da produção atinge um certo grau de eficiência, o valor do complexo organizado é superior ao da soma dos diferentes elementos que o compõem”.

²⁸ DE SOUSA, 2009, p. 85-86.

²⁹ Segundo ARDUIN, citando FERRI: “O autor salienta a hipótese de se estabelecer o conceito de sociedade empresária, sujeita às normas do direito comercial, para aquela sociedade pertencente ao grupo de sociedades, às quais toda a sua produção se destina. Faltaria o elemento de profissionalidade, uma vez que a produção seria destinada ao próprio empreendedor, que lhe daria posterior destinação. Em relação ao fenômeno econômico produtivo, pode-se ver uma empresa unitária constituída pelo grupo. No entanto, se a observação recair sobre o aspecto jurídico, a organização singular e autônoma da empresa pertencente ao grupo daria origem a uma autonomia e independência jurídica, na qual a produção da empresa não se destinaria ao consumo próprio, mas ao de terceiros (ARDUIN, 2001, p. 60, In: FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. 10. ed., Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese- UTET, 1996).

Neste sentido, verifica-se a relevância do elemento de empresa na qualificação do empresário, adotando o posicionamento de Marcos Andrey de Souza:

[...] o critério prescrito no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil não é utilizado apenas para o que seja considerado profissão intelectual. O que se deve observar em todas as atividades, sejam elas intelectuais ou não, é a presença ou não do elemento de empresa. Vale dizer, a atividade de compra de mercadorias para revenda, por exemplo, não necessariamente se enquadra no conceito de atividade de natureza científica, artística ou literária (DE SOUZA, 2009, p. 89).

Significa dizer que a organização dos fatores de produção é elemento essencial na qualificação empresarial, sem a qual, por mais que se desenvolva atividade econômica, não haverá atividade com qualificação empresarial.

Portanto, para a qualificação da sociedade em empresária é necessário observar a existência dos elementos de empresa no desenvolvimento da atividade econômica. Em linhas gerais, a conclusão ora apresentada servirá como premissa para o desenvolvimento da ideia de que a empresarialidade está atrelada à atividade, podendo ser encontrada em outros agentes que não se encaixam na figura de empresário.

2.3. A finalidade lucrativa como o traço distintivo entre associações e sociedades empresárias

As associações civis, assim como as sociedades, estão incluídas no gênero pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 44 do Código Civil. Como visto, as associações se caracterizam pela união de pessoas que possuem objetivos comuns, para fins não econômicos, sendo vedada a distribuição de lucros entre os associados. Assim como ocorre nas associações, as sociedades também exigem união de esforços de seus sócios para o alcance de objetivos comuns, sendo que nestas as pessoas se unem com fins econômicos lucrativos.

É inequívoca a correlação entre ambas. Dentre os traços distintivos pode-se destacar a existência de direitos e deveres recíprocos entre os sócios, respondendo também perante a sociedade. No entanto, a finalidade lucrativa – denominada no Código Civil como “fins não econômicos”, é um dos principais traços distintivos entre elas.

Sobre a finalidade lucrativa das sociedades empresárias, são necessários alguns apontamentos.

Na doutrina clássica, houve dissenso sobre a necessidade de a empresa sempre ter finalidade lucrativa, filiando-se a esta ideia Carvalho de Mendonça e Sylvio Marcondes, em discordância ao posicionamento de Oscar Barreto Filho, conforme citação realizada por Adalberto Simão Filho (SIMÃO, 2003, p. 28):

“Muito autores caracterizam a empresa privada como tendo por finalidade específica o lucro, o que não se afigura correto. Esta conceituação está superada, porque o lucro é antes um resultado da atividade empresarial, e não uma finalidade em si. Decorre o lucro da diferença entre o rendimento auferido em determinado período e as despesas oriundas dos fatores produtivos na realização do processo econômico da criação de bens ou prestação de serviços... O lucro constitui índice de vitalidade e condição de eficiência e não uma característica inerente à empresa. O espírito do lucro pode ser móvel psicológico do empresário, não porém a finalidade da própria empresa”.

Sob tal prisma, Newton De Lucca (2005) aponta para a possibilidade de haver empresas sem finalidade lucrativa, na medida em que as empresas buscam a obtenção de resultados, seja este econômico-financeiro ou não, conforme previsão do art. 981 do CCB

Seguindo nesta mesma linha, Fábio Konder Comparato (1985) destaca que não há na Constituição Federal, dentre os princípios fundamentais da ordem econômica e social, a lucratividade empresarial, evidenciando que o caráter da “lucratividade” não é elemento preponderante na criação das empresas, de modo que tampouco poderia ser estabelecido como critério definidor da qualificação empresarial do agente.

Abandona-se a finalidade meramente lucrativa para contemplar empresas que desenvolvem investimentos culturais, artísticos, ambientais, entre outros, traduzindo no conceito de empresarialidade, segundo o qual “a atividade empresarial em movimento constante e sucessivo, não importa, se exercida pela sociedade simples ou empresária...” (SIMÃO, 2003, p. 11).

Partindo-se dessa premissa, se a finalidade lucrativa, leia-se: a distribuição de lucros, não é essencial para a qualificação empresarial, o agente econômico que desenvolve atividade econômica voltada à circulação de produtos e que vise obter o resultado desta atividade, podendo ser econômico-financeiro ou não, estaria dentro desta qualificação empresarial.

Lembrando que o próprio Código Civilista prevê que a “partilha de resultados”³⁰, juntamente com o exercício da atividade econômica, como os objetivos da realização do contrato de sociedade, demonstrando que o resultado esperado não necessariamente se traduzirá em lucro.

Neste ponto, cumpre frisar que as associações civis com fins econômicos também estão autorizadas a desenvolverem atividades econômicas que ocasionem resultados positivos e até lucros à própria associação, desde que esses não sejam distribuídos entre seus associados.

Se, de fato, a lucratividade não for o elemento essencial da empresa, haverá empresarialidade nas associações civis com fins econômicos, que já desenvolvem atividades econômicas, impactando diretamente no regime concursal, tema este que será abordado nos capítulos a seguir.

3. A TEORIA DA EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Como visto anteriormente, as associações civis com fins econômicos se distanciam das sociedades empresárias, em decorrência da ausência de finalidade lucrativa, consubstanciada na vedação à distribuição de lucros entre os associados, nos termos do art. 53 do CCB.

Neste contexto, faz-se necessária a análise da teoria da empresa encampada no Código Civil, de modo a entender a figura do empresário e o conceito jurídico de empresa que lhe confere esta qualificação, adentrando nos aspectos sobre a sua real extensão que, como se verá, terão reflexos diretos no direito concursal brasileiro, especialmente, no que tange à definição de critério legal de legitimidade ao instituto previsto na Lei de Recuperação e Falência.

³⁰ Vide art. 981 do CCB: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (BRASIL, 2002).

3.1. O conceito jurídico de empresa e empresário

A teoria da empresa prevista no Código Civil Brasileiro, de inspiração no Código Civil Italiano de 1942, marcou o abandono ao sistema comercial abarcado pelo Código Comercial de 1850, que regulava o exercício profissional da mercancia pelos comerciantes, a denominada teoria dos atos de comércio³¹, para regular o fenômeno da empresa.

O Código Civil Italiano de 1942 reuniu em um só código o Direito Civil e o Direito Comercial, na tentativa de compreender a figura do sujeito da atividade econômica no âmbito civil e comercial.

Segundo Waldemar Ferreira (1955), o Código Civil Italiano de 1942 pretendeu conceituar o fenômeno da empresa ou do empresário, baseado na teoria de empresa cunhado por Vivante, na qual o agente econômico que reúne os fatores de produção de bens e serviços para um mercado, objetivando o lucro³², mas também trouxe à tona a discussão acerca da autonomia do Direito Comercial.

O movimento de unificação das obrigações civis e comerciais foi cunhado por Vivante³³, no ano de 1888, quando constatado que, em decorrência da própria evolução da vida econômica, o direito comercial já não regulava tão somente os fenômenos sociais atrelados ao comércio, mas também atos associados à vida civil (ROCCO, 1931, p. 62).

Todavia, quando da entrada em vigor do Código Civil Italiano de 1942, as discussões acerca da unificação das obrigações civis e comerciais já estavam superadas, reconhecendo-se a autonomia do Direito Comercial.

Retomando a teoria da empresa no Código Civil Italiano de 1942, foi o jurista Alberto Asquini que realizou a sua “*decomposição interpretativa*” (SALLES, 2020, p. 102), por meio de 4 (quatro) vertentes denominadas perfis da empresa, como sendo:

³¹ “A teoria dos atos de comércio, cujo processo embrionário se iniciava no final do século XV, impunha-se com toda a sua força com a codificação napoleônica, consagrando a ideia de que as regras de Direito Comercial são aplicáveis a qualquer ato mercantil, independentemente da pessoa do agente, inclusive aos atos praticados por não comerciantes. [...] A teoria dos atos de comércio refere-se a um regime jurídico distinto, que tinha por características a informalidade, a facilidade de prova, a prescrição breve, a rapidez processual e a competência técnica dos juízes” (ARDUIN, 2013, p. 29-30).

³² Sobre o tema, ver: SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual.** In: Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro - Nova série - Ano XXXIX - n. 119 - Julho-setembro de 2000, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 101.

³³ Ver o ensaio de VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni. (Prolusione al Corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna)*, «Archivio giuridico», 1887, 39, pp. 497- 516.

perfil subjetivo, perfil objetivo, perfil funcional ou dinâmico e perfil institucional ou corporativo, os quais representam o empresário, o estabelecimento, a atividade e a instituição/comunidade, respectivamente.

Para Asquini (COMPARATO, 1996, p.109),³⁴, o conceito de empresa é um fenômeno “poliédrico” que, sob o aspecto jurídico, ostenta diversos perfis em relação aos inúmeros elementos que o integram, sendo esta a razão para a ausência de definição legislativa.

Seguindo a concepção italiana, no Brasil, o avanço em direção à teoria da empresa se evidenciou com o Projeto do Código Civil de 1975³⁵, abandonando o sistema tradicional do comerciante para consagrar a figura do empresário e da atividade empresarial.

Nas palavras de Waldirio Bulgarelli:

O Projeto de Código Civil, em resumo marca o abandono do sistema tradicional consagrado pelo Código Comercial atual, baseado no comerciante e no exercício profissional da mercancia, trocando-o pela adoção do sistema do empresário e da atividade empresarial e, ainda, formalizando a unificação das obrigações e, portanto, extinguindo-se a dualidade ora existente (BULGARELLI. 1995, p. 15-16).

No Código Civil Brasileiro, o conceito de empresa não está expresso, mas pode ser deduzido por meio dos conceitos de empresário e estabelecimento³⁶, de modo que a empresa se apresenta como a atividade desenvolvida pelo empresário, à semelhança do perfil funcional cunhado por Alberto Asquini.

Na legislação civilista, especificamente nos termos do artigo 966 do CCB, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

Depreende-se da leitura do supracitado dispositivo que as definições de empresa e empresário estão interligadas, de modo que o agente empresário somente é assim denominado em razão da atividade empresarial por ele desempenhada.

Nesta toada, mostra-se indispensável a definição de empresa.

³⁴ ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa, Rivista Dei Diritto Commerciale, 1943, v. 41, I. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, v. 35, n° 104, out.-dez. de 1996, p. 109.

³⁵ BRASIL, **Projeto de Lei Nº 634/1975**. Instituiu o Código Civil. Transformado na Lei Ordinária 10.406/2002.

³⁶Ver LIPPERT, Marcia Mallmann. A empresa no código civil: elemento de unificação do direito privado, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

Na doutrina³⁷, inúmeros autores definem a empresa. Para Fábio Ulhôa Coelho (2002, p. 18-19), “a empresa é a atividade econômica profissional desempenhada tendo como finalidade a obtenção de lucros com o oferecimento no mercado de bens e serviços, por meio da organização de fatores de produção”³⁸. Para Waldírio Bulgarelli (1998), a empresa é a atividade econômica desenvolvida pelo exercício profissional do empresário. Por outro lado, Rubens Requião (1988, p. 57) destaca o papel central do empresário na organização dos fatores de produção, de modo que, desaparecendo o exercício desta atividade organizada do empresário, desaparecería como consequência a própria empresa.

É evidente que o conceito de empresa sofre forte influência da economia, com destaque para a definição de empresa cunhada por Ronald Coase (1937) que identifica a firma (ou a empresa) como um feixe de contratos organizados e voltados à coordenação das relações jurídicas, visando a redução dos custos de transação.

Embora o conceito de empresa pareça simples pela leitura da lei e da doutrina, não se pode concluir que toda e qualquer atividade econômica exercida com profissionalidade é empresa³⁹.

É o caso das atividades econômicas intelectuais. De acordo com o parágrafo único do artigo 966 do CCB, “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” (BRASIL, 2002).

Não basta a organização da atividade intelectual para que a atividade ostente o caráter de empresa mercantil, é preciso que a atividade dê lugar à circulação de bens e, em caso de serviços, que estes percam a natureza personalíssima, desvinculando-se da figura do agente⁴⁰.

³⁷ “Empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, ordena e dirige esses elementos sob a sua responsabilidade” (CARVALHO DE MENDONÇA, 1945, p. 492).

³⁸ Neste ponto, cumpre destacar a ressalva feita por Cássio Cavalli (2012, p. 114), em sua tese de doutorado, quanto a organização dos fatores de produção ser uma noção econômica, não jurídica, de modo a envolver a organização, por empresário, de bens de capital e de trabalho.

³⁹ Segundo Sergio Campinho, em CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa, p. 16, na caracterização do empresário, a lei expressamente exclui dessa condição certas pessoas. Portanto, determinadas atividades profissionais não têm o condão de se caracterizar como atividade de natureza empresarial, muito embora possam consistir em uma atividade de cunho econômico.

⁴⁰ Sylvio Marcondes (1977, p. 11), em Questões de direito mercantil, cita como exemplo o médico que opera e realiza diagnóstico está prestando atividade tipicamente intelectual, mas quando se organiza

Segundo Vincenzo Buonocore (2002), os elementos de empresa são a assunção do risco da atividade, a sua economicidade e a sua produtividade. A economicidade da atividade está associada ao seu escopo lucrativo, enquanto a produtividade está atrelada à criação de bens ou serviços, excluindo as atividades de mera fruição.

Ainda, Buonocore (2002, p. 65-66) indica que a atividade “deve ser capaz de compensar os custos e os fatores de produção utilizados pelo empresário e, além disto, ser dirigida à criação de bens (nos quais estão inseridos os serviços) que satisfaçam necessidades, os quais tenham sido originados justamente para circular”.

Para Cassio Cavalli (2012), a economicidade significa a intenção de realizar o lucro em sentido amplo, por meio do desenvolvimento da atividade abstratamente lucrativa em que a própria atividade deve ser idônea para cobrir os custos com a sua receita.

Nota-se que a empresa se apresenta como um ente organizativo de múltiplos interesses⁴¹, os quais, no âmbito da recuperação judicial, devem ser respeitados e equilibrados segundo as regras próprias do procedimento de superação de crise.

No entanto, como se viu acima, o conceito jurídico de empresa não abarca todo e qualquer agente que desenvolve atividade econômica, a exemplo daqueles que desenvolvem atividades intelectuais e não ostentam elementos de empresa, sendo certo que a figura do empresário está atrelada ao sujeito que desenvolve a atividade econômica com a organização do capital e do trabalho para colocar em circulação no mercado um produto (podendo ser mercadoria ou serviço) para a satisfação de necessidades alheias, sob o risco próprio da atividade, visando a alcançar o lucro.

Neste contexto, nota-se que a dualidade entre empresário e não empresário ainda encontra forte respaldo na presença de finalidade lucrativa, na exploração da atividade econômica organizada e desenvolvida com profissionalidade para a circulação de bens e produtos.

Todavia, verificou-se que este argumento fundado na presença ou não de finalidade lucrativa, ou “fins econômicos” tal como disposto no Código Civil, é tênue e não reflete a complexidade do fenômeno de empresa na atualidade.

os fatores de produção, com capital, trabalho e equipamentos em ambiente hospitalar, o hospital se torna uma empresa, sendo o seu titular considerado empresário.

⁴¹ Sobre o tema, ver CEREZETTI, Scheila Neder. A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 215.

Há claro descompasso entre o fenômeno de empresa previsto no Código Civilista brasileiro e a atual realidade do mercado, sendo realizadas duras críticas pela doutrina a este instituto que, ao que parece, permanece se fiando a ultrapassada dualidade entre atividades empresárias e civis, sem refletir a modernização necessária aos institutos de direito empresarial e civil, conforme se verá a seguir.

3.2. Críticas à teoria da empresa às necessidades de mercado sob a perspectiva da crise econômica

A definição de empresa e empresário tem relevante papel para a adequação de determinados institutos jurídicos à sistemática do direito empresarial, principalmente em relação aos procedimentos previstos no direito da insolvência brasileiro que se aplicam ao empresário definido, nos termos da lei, como devedor.

O fenômeno da empresa é poliédrico⁴² e, como destacado por Fábio Ulhoa Coelho, gravitam em seu entorno inúmeros interesses:

[...] isto é, muitas pessoas, além dos sócios da sociedade empresária, têm interesse no desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, figura com crescente importância, entre os fundamentos da disciplina jurídica da atividade econômica da atualidade, o princípio da preservação da empresa, isto é, do empreendimento, da atividade em si (COELHO, 2003, p. 19).

Nota-se que o exercício da empresa transcende os interesses privados do empresário, desempenhando verdadeira função social e econômica, sendo indispensável conciliar o “tríplice interesse transindividual societário” (GUIMARÃES, 2005), consubstanciado na busca pela riqueza de quem pretende empreender, a manutenção de empregos e de linhas de crédito, e à proteção da coletividade impactada pelo desempenho da atividade econômica.

Como visto, o legislador brasileiro, no art. 966 do CCB, definiu a figura do empresário como aquele que desempenha atividade econômica profissionalmente organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, criando-se um rol de atividades que se enquadram em uma “zona cinzenta de classificação” (GUIMARÃES, 2005, p. 355), seja pela ausência de definição exata do termo elemento de empresa, previsto no parágrafo único do mencionado dispositivo, ou por

⁴² Termo cunhado por Alberto Asquini ao se referir à empresa e suas inúmeras faces.

excluir expressamente determinadas atividades do âmbito empresarial⁴³, embora representem grande relevância para a sociedade e economia nacional.

Nas palavras de Daniel Carneiro Machado:

Não é mais sustentável negar o caráter empresarial das atividades econômicas desenvolvidas de forma organizada e em massa, tais como a prestação de serviços, a agricultura, a negociação imobiliária entre outras. Não as considerar matérias do comércio sujeitas às normas e prerrogativas comerciais, como a falência e concordata, significa distorcer a realidade (MACHADO, 2003, p. 12).

O legislador brasileiro optou pela adoção do sistema restritivo, o qual remete a razões históricas relacionadas ao desenvolvimento de atividade econômica por comerciantes que, atualmente, são os empresários, sendo destacado regime próprio para dispor sobre a sua insolvência (CAMPINHO, 2007).

Segundo Sérgio Campinho (2007), ato de empresa e caracterização do empresário são falhos por excluírem do regime insolvencial outros sujeitos que exercem atividades de cunho econômico e produzem riqueza, ostentando empresarialidade.

E prossegue o autor, ressaltando que:

o exercício da atividade empresarial contemporânea já não mais se assenta fundamentalmente na propriedade dos meios de produção, mas sim na qualidade dos objetivos almejados pelo agente econômico, impondo à ordem jurídica a realização obrigatória dos fins sociais definidos na constituição (CAMPINHO, 2018, p. 8).

Está-se diante de um Código Civilista que tramitou durante quase três décadas e que, naturalmente, não refletirá as mudanças e evoluções que permeiam a sociedade e alteram as circunstâncias envoltas às atividades econômicas que se desenvolvem no mercado⁴⁴.

⁴³ Pode-se citar como exemplo as associações, cooperativas e produtores rurais sem o devido registro perante o órgão competente.

⁴⁴ Sobre o tema: "O sistema restritivo adotado não mais se justifica, pois deixa à margem da disciplina da Lei n. 11.101/2005 inúmeros agentes econômicos. A teoria da empresa não mais responde, adequadamente, aos anseios atuais do direito da insolvência, o qual se constitui em instrumento de controle da economia, devendo excluir do mercado os agentes econômicos inviáveis e preservar os viáveis. O objetivo da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial deve ser o da preservação da atividade econômica e não apenas daquela que se caracteriza como atividade empresária. O regime da insolvência civil se mostra como um sistema deficiente para cuidar da insolvência daqueles não qualificados como empresários e que desempenham atividade econômica, notadamente no que se refere à intitulada concordata civil (art. 783 do Código de Processo Civil de 1973, mantido em vigor por força do disposto no art. 1.052 do Código de Processo Civil de 2015), na qual se identifica manifesta

Neste contexto em que subsistem agentes não empresários para fins da legislação brasileira, mas que desempenham relevante atividade econômica para o país, faz-se necessário compreender a quais agentes é conferida a proteção legal sob a perspectiva da crise econômica, sendo certo que a legislação de insolvência (Lei nº 11.101/2005) restringe sua incidência a um rol limitado de empresas, o que pode ocasionar uma “desigualdade e injustiça econômica”⁴⁵.

4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Por meio da Lei nº 11.101/2005, o legislador brasileiro procurou disciplinar os instrumentos jurídicos aptos a regular e proteger os interesses do devedor empresário, credores, consumidores, Estado, no caso de crise econômico-financeira do empresário devedor.

A situação de crise econômico-financeira se caracteriza quando:

o devedor, ainda que transitoriamente, não possua recursos financeiros disponíveis para satisfazer uma prestação vencida ou vincenda, ainda que seus ativos permanentes sejam suficientes para a satisfação de todo o passivo (SACRAMONE, 2022, p. 248).

Segundo Daniel Carnio Costa (2015), em regra, a crise da empresa se manifesta quando há a ocorrência em conjunto da crise econômica representada pela queda de faturamento com a redução dos negócios, financeira quando há falta de liquidez para pagamento de compromissos e patrimonial em vista a ausência de ativos para liquidação de passivo⁴⁶.

impropriedade dos meios para a consecução do fim esperado: a preservação da atividade econômica. Os agentes econômicos não enquadrados juridicamente como empresários, como as sociedades simples e certas associações que realizam atividade econômica, por exemplo, igualmente são responsáveis pela geração direta e indireta de empregos, de tributos e de bens ou serviços para o mercado, promovendo uma efetiva função social da atividade econômica. Desse modo, urge que se amplie o conceito da sujeição ao regime da Lei n. 11.101/2005 para o agente econômico, não mais ficando limitado àqueles que se enquadrem juridicamente como empresários” (CAMPINHO, 2020, p. 36).

⁴⁵ Para Márcio Guimarães (GUIMARÃES, *loc. cit*), há uma inversão de valores na Lei nº 11.101/2005 quando elege um rol tão seletivo de empresas para conferir proteção jurídica em um cenário de insolvência. Para ele, a teoria adotada pelo Código Civil, da qual se retira a definição de empresário e sociedade empresária é deveras ultrapassada, não condizendo com a realidade do mercado e do país.

⁴⁶ Sobre os três aspectos da crise empresarial, destaca COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68-69.

Para a resolução da crise empresarial, a Lei nº 11.101/05 adotou sistemática dúplice, sendo a reorganização de empresas viáveis por meio da recuperação judicial e recuperação extrajudicial e a liquidação de empresas inviáveis pela falência.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2008, p. 383-385), os elementos a serem observados para avaliar a viabilidade econômica são a “relevância social da empresa, a mão de obra e a tecnologia empregadas no desenvolvimento do processo produtivo, o volume de ativos e passivos da empresa, o porte econômico e o tempo de abertura da empresa”.

Nessa toada, o fenômeno de empresa no direito concursal é entendido como instrumento de desenvolvimento econômico geral⁴⁷, tendo em vista que se reconhece sua inequívoca função social.

O presente estudo se voltará exclusivamente à análise da recuperação judicial como instrumento jurídico voltado à superação da crise empresarial.

A recuperação judicial se apresenta como o instituto jurídico criado para permitir a renegociação coletiva entre o devedor empresário e seus credores, por meio de um ambiente institucional, no qual são realizadas concessões recíprocas, sob supervisão judicial, de modo a permitir a manutenção da atividade, dos empregos e dos interesses dos credores.

A Lei nº 11.101/05 aponta os objetivos expressos da recuperação judicial, nos termos de seu art.47, sendo os seguintes:

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 (BRASIL, 2005).

A recuperação judicial tem como objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira da empresa viável. Significa dizer que a recuperação judicial não é a solução legal aplicável a todo e qualquer empresário ou sociedade empresária que se encontre em crise econômico-financeira.

⁴⁷ Sobre o tema, ver FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial: da mercancia ao mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75-76.

Neste contexto, a recuperação de empresas não pode ser vista como “valor jurídico absoluto”⁴⁸, de modo que devem ser perquiridas as razões que levaram à situação de crise econômico-financeira, podendo ser ocasionada por fatores internos (motivos imputáveis à própria empresa) ou fatores externos (eventos relacionados às alterações do ambiente econômico e institucional)⁴⁹ para compreender se, de fato, se trata de circunstância sanável ou perene.

Conforme destacado pelo Prof. Eduardo Goulart Pimenta:

O papel do Poder Judiciário e dos credores, na recuperação de empresas, vai além de constatar o indício da crise empresarial (falta de pagamento das obrigações pecuniárias). É indispensável apurar qual a causa deste sinal e, a partir daí, decretar o encerramento da empresa ou sua tentativa de recuperação (PIMENTA, 2021, p. 81).

Não se pode admitir que o instituto da recuperação judicial seja utilizado para a proteção de empresas economicamente inviáveis, sob pena de onerar sobremaneira os credores, enquanto:

Quem paga a conta da manutenção em funcionamento de empresas inviáveis é a sociedade em geral, na medida em que todos ficarão sem produtos e serviços adequados, o espaço no mercado continuará sendo ocupado por empresa que não cumpre sua função social e os credores da recuperandas que absorvem o prejuízo decorrente do processo de recuperação judicial, certamente vão socializar esse prejuízo, repassando-o para o preço de seus respectivos produtos e serviços, e esse aumento acabará sendo absorvido, sem possibilidade de repasse, pelo consumidor final (COSTA, 2015, p. 23).

Portanto, verifica-se que a recuperação judicial se apresenta como o instituto voltado à superação da crise econômico-financeira, protegendo a função social da atividade econômica (empresa), insculpida na proteção do trabalhador, consumidor, credores, fisco e do próprio mercado, objetivos estes salvaguardados pelo arcabouço principiológico previsto na legislação da regência.

⁴⁸ Termo cunhado por CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022, p. 320.

⁴⁹ Sobre os fatores internos e externos capazes de desencadear a crise econômica das empresas, ver os exemplos listados por SCALZILLI; João Pedro; SPINELLI; Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e prática na Lei n. 11.101/2005**. 2019, p. 39-40.

Neste ponto, é relevante compreender o instituto da recuperação judicial, a partir da análise principiológica de seus objetivos centrais que orientam a interpretação das normas que dispõem sobre o procedimento de soerguimento da empresa e a participação de todos os agentes envolvidos.

4.1. Princípios Norteadores da Recuperação Judicial de Empresas

No artigo 47 da Lei nº 11.101/2005, estão previstos os principais objetivos do procedimento de recuperação judicial, sendo eles: “a manutenção da fonte produtiva, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL, 2005).

Trata-se de norma principiológica que tem por finalidade proteger a função social da empresa e assegurar um ambiente colaborativo de negociação entre o devedor empresário e seus credores, estimulando o desenvolvimento da atividade econômica.

Os princípios do sistema recuperacional e falimentar apontam para como deve se dar a interpretação e aplicação das regras jurídicas, podendo ser considerados como os verdadeiros “espíritos da lei”⁵⁰, ao estabelecerem o fim a ser perseguido pelas regras jurídicas atinentes ao direito de insolvência brasileiro.

Neste ponto, é indispensável asseverar a ressalva feita por Daniel Carnio Costa (2022, p. 42), no sentido de que “a interpretação das regras legais de um sistema de insolvência empresarial, para que seja útil e adequada, deve sempre observar a pertinência com os objetivos maiores desse sistema e com os valores por ele tutelados”.

Por meio do parecer emitido pelo Senador Ramez Tebet, quando da tramitação do Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003, que teve por objetivo ab-rogar e substituir o Decreto-Lei nº 7.661/1945 (antiga Lei de Falências), foram listados os principais princípios que regeriam a legislação recuperacional e falimentar⁵¹, a saber: (i)

⁵⁰ Termo cunhado em SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei n. 11.101/2005**. 3ª ed., rev, atual, e ampl, - São Paulo: Almedina, 2018. p. 123-124.

⁵¹BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara PLC 71/2003. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. (Volume - VII) (Urgência e Turno Suplementar).

preservação da empresa, (ii) separação dos conceitos de empresa e empresário, (iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis, (iv) retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, (v) proteção aos trabalhadores, (vi) redução do custo de crédito no Brasil, (vii) celeridade e eficiência dos processos judiciais, (viii) segurança jurídica, (ix) participação ativa dos credores, (x) maximização do valor dos ativos do falido, (xi) desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte e (xii) rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Com a promulgação da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que alterou a Lei nº 11.101/2005, relevante destacar também o princípio do estímulo ao empreendedorismo.

Embora não se desconheça a relevância de todos os princípios acima mencionados para a adequada compreensão e aplicação das regras jurídicas atinentes ao direito recuperacional e falimentar, em vista ao recorte metodológico proposto, serão abordados tão somente aqueles princípios que se relacionam diretamente ao objeto deste estudo⁵².

4.1.1. Preservação da empresa e sua função social

Iniciando-se com o princípio que se apresenta como o pilar da legislação recuperacional e falimentar⁵³⁵⁴, a preservação da empresa que é apresentada como um dos objetivos da recuperação judicial.

Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>. Acesso em 1 de janeiro de 2024.

⁵² Destaca-se a Jurisprudência em Teses do STJ, Enunciado 1 da Edição 35 que dispõe como princípios norteadores da recuperação judicial a preservação da empresa, da função social e estímulo à atividade econômica. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11265/11394>, Acesso em 9/1/2024.

⁵³ “A LREF consagrou o princípio da função social da empresa. Esse é, aliás, o pilar de sustentação dessa norma” (ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Anotações sobre o princípio da função social da empresa na doutrina brasileira**. Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro. Vols. 153-154, Ano XLIX (nova série), jan/jun 2010, p. 240).

⁵⁴ Segundo CEREZETTI, Scheila Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. p. 300.

No direito brasileiro, a empresa é caracterizada preponderantemente pelo seu perfil funcional⁵⁵, o qual está atrelado ao desenvolvimento da atividade empresarial. Como destacado anteriormente, a empresa envolve múltiplos interesses que deverão estar em consonância às regras próprias do procedimento de recuperação judicial.

Nota-se que a empresa, em consonância à Constituição Federal, tem relevante papel social, colocando em circulação bens e serviços, gerando e distribuindo riquezas na forma de salários e tributos, aumentando a concorrência entre os diversos agentes do mercado, movimentando a economia e, por consequência, auxiliando no desenvolvimento da comunidade e da economia nacional.

A preservação da empresa está atrelada diretamente à função social por ela exercida, tal qual disposto no parecer legislativo 534, de 2004, da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC 71, de 2003, de relatoria do Senador Ramez Tebet (2003, p. 19):

1) Preservação da empresa: em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Como destacado por Scalzilli (2018), a função social da empresa se apresenta como efeito colateral benéfico do exercício da atividade empresarial e da perseguição do lucro. Significa dizer que ao preservar a empresa, pretendeu o legislador proteger as externalidades positivas geradas em decorrência do exercício da atividade empresarial.

Inobstante a relevância da preservação da empresa, não se pode permitir a interpretação assistencialista⁵⁶ do artigo 47 da LRJF em que se permitiria conceder a recuperação judicial a empresas inviáveis, em inobservância aos critérios legais.

Neste cenário, o reconhecimento da função social da empresa está atrelado ao dever de adimplemento das obrigações sociais, com o fornecimento de produtos e mercadorias aos consumidores, com o recolhimento de tributos, pagamento de funcionários e credores e a preservação do meio ambiente.

⁵⁵ Segundo TOLEDO (2005, p. 103), “talvez o texto legal (que se presume não tenha palavras inúteis) esteja se referindo à empresa enquanto atividade, ou seja, à empresa no sentido funcional, de acordo com os célebres perfis de Asquini”.

⁵⁶ Termo cunhado por SZTJAN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

A noção de saúde do mercado está diretamente ligada à preservação das empresas viáveis, mas também à retirada do mercado daquelas que não ostentam mais condições de desenvolver suas atividades.

Sobre o tema Fábio Ulhoa Coelho (2011, p. 173) aponta que as “más empresas devem falir para que as empresas viáveis não se prejudiquem”, sob pena de transferir o risco próprio da atividade empresarial para os credores.

Com a nova redação conferida ao artigo 75 da Lei nº 11.101/05⁵⁷, pelas alterações propostas pela Lei nº 14.112/2020, destacou a falência como “mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia” (BRASIL, 2005).

Rompeu-se com a ideia do caráter liquidatório do direito concursal brasileiro, para criar um ambiente propício para que devedor e seus credores negociem a melhor solução para a crise econômica da empresa, em consonância ao princípio da preservação da empresa.

A jurisprudência⁵⁸ tem relevante papel na definição e na forma de interpretação do princípio da preservação da empresa, sendo o Judiciário o protagonista⁵⁹ ao dispor sobre a utilização nos procedimentos regidos pela legislação recuperacional e falimentar.

⁵⁷ Art. 75. § 2º A falência é mecanismo de preservação de benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial, por meio da liquidação imediata do devedor e da rápida realocação útil de ativos na economia.

⁵⁸ “Com efeito, a Constituição da República consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões basilares: (i) é forma de conservação da propriedade privada; (ii) é meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel socioeconômico que ela desempenha junto à sociedade em termos de fonte de riquezas e como ente promovedor de empregos. Assim, o princípio da preservação da empresa cumpre a norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.023.172/SP**. Min. Rel. Luis Felipe Salomão, 19 de abril de 2012).

“Não se pode perder de vista o objetivo maior, de preservação da empresa, que orientou a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da regra do artigo 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05. O que buscou o legislador, com tal regra, foi implementar a ideia de que a flexibilização de algumas garantias de determinados credores, conquanto possa implicar aparente perda individual, numa análise imediata e de curto prazo, pode significar ganhos sociais mais efetivos, numa análise econômica mais ampla, à medida que a manutenção do empreendimento pode implicar significativa manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, manutenção da saúde financeira de fornecedores, entre inúmeros outros ganhos”

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 118.183**. Min. Rel. Nancy Andrighi, 9 de novembro de 2011)

⁵⁹ Sobre o tema ver: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência. In _____; _____ (coord.). Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 38.

Como visto, a preservação da empresa deve guiar a interpretação e aplicação da recuperação judicial, de modo a assegurar que os inúmeros interesses que nela gravitam sejam harmonizados em prol da manutenção dos postos de trabalho, circulação de riquezas, fomento ao empreendedorismo, a preservação da atividade empresarial viável e do meio ambiente.

4.1.2. Separação entre empresa e empresário

O princípio da separação entre os conceitos de empresa e empresário evidencia a intenção do legislador em romper com a noção de que o sistema de insolvência privilegia os interesses do devedor empresário em detrimento da coletividade de credores, atribuindo a esta coletividade o ônus superior ao suportado por aquele que desenvolve a atividade empresarial.

Neste ponto, cumpre recordar as lições de Fábio Konder Comparato quanto à superação do dualismo pendular⁶⁰. Ao longo da evolução do sistema de insolvência brasileiro se observa que os institutos eram voltados ora para a proteção dos credores, ora para a proteção dos devedores empresários.

Esse pêndulo de proteção legal oscilava constantemente com as modificações legislativas, a começar pelo Código Comercial de 1850 que estatuiu a concordata que para a sua concessão dependia de aprovação da maioria dos credores, seguida do Decreto 917/1890 que criou a moratória como mecanismo de prevenção à decretação da falência do devedor.

Segundo Daniel Carnio Costa, o foco da interpretação para a superação do dualismo pendular deve estar na eficiência do instituto jurídico:

Assim, numa relação de crédito e débito, o foco da interpretação deve estar no atingimento da eficiência no sistema de cobrança, muito mais do que na proteção de credor ou devedor. Isso porque, por exemplo, se a lei cria proteções ao devedor, de modo a tornar intransponível a realização do crédito, o sistema perde eficácia e, nessa condição, deixará de ser utilizado pelos credores, que buscarão a realização de seu crédito através de sistemas alternativos, muitas vezes ilegítimos. E, se a ideia da lei ou do intérprete era proteger a dignidade do devedor, a implosão da eficácia do sistema vai, em última análise, prejudicar justamente o devedor, vez que num sistema ilegítimo (como a cobrança particular através de cobradores privados) o devedor não terá qualquer proteção (COSTA, 2015, p. 68-69).

⁶⁰ Para aprofundamento do tema dualismo pendular na Lei de Recuperação e Falências, ver COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 102.

Prossegue o autor afirmando que a interpretação correta, quando se está diante de um processo de recuperação de empresas, deverá ser sempre a se prestigiar a recuperação judicial da atividade empresarial⁶¹ e os benefícios sociais por ela trazidos.

A separação entre o conceito de empresa e empresário se apresenta como mais um fator relevante para o atingimento dos objetivos da recuperação judicial, a saber: a preservação da empresa.

Neste ponto, relevante retomar o parecer do Senador Ramez Tebet, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (SENADO, 2004, p. 19), que deu origem à LRJF, no qual se esclareceu que não se deve confundir a empresa com a pessoa natural ou jurídica que a controla.

Como visto nas lições de Asquini, a empresa ostenta várias faces. A empresa é a atividade econômica organizada, exercida com profissionalidade, para a produção e circulação de bens ou serviços. O empresário é a pessoa física ou jurídica responsável por coordenar e administrar, com profissionalidade, o desenvolvimento desta atividade empresarial.

A Legislação Recuperacional protege a empresa independentemente de quem figura como o agente responsável pela condução da atividade, o que é evidenciado pelos meios de recuperação previstos na lei que substituem o empresário na administração da empresa em crise ou exploração do estabelecimento do devedor⁶², como ocorre nos incisos III (alteração do controle societário), IV (substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos), V (concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar), VII (trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados), X (constituição de sociedade de credores), XIII (usufruto da empresa), XIV (administração compartilhada), XVIII (venda integral da devedora), entre outras, do art. 50 da LRJF.

⁶¹ Sobre o tema, escreve Cerezetti: "(...) se houver duas situações possíveis não previstas na lei, deve-se escolher aquela que melhor atenda o princípio que privilegia a possibilidade de recuperação" (CEREZETTI, 2012, p. 203-238).

⁶² SCALZILLI, 2018, p. 130.

Em consonância ao princípio da preservação da empresa, a separação dos conceitos de empresa e empresário pelo Código Civil representou importante avanço na superação da teoria do dualismo pendular e permitiu a equalização de interesses que gravitam em volta da empresa, assegurando a manutenção da atividade empresarial e, por consequência, a consecução de sua função social.

4.1.3. Recuperação de empresas viáveis e liquidação das empresas não recuperáveis

Um dos principais objetivos da recuperação judicial é solucionar a crise econômica que acomete a atividade empresarial desenvolvida pelo devedor empresário, preservando-se a empresa e harmonizando os interesses envolvidos a ela.

Todavia, a preservação da empresa não é aplicável a todo e qualquer atividade que se encontra em situação de crise. A Legislação Recuperacional se dedica a promover o retorno ao mercado das empresas que tem condições econômicas de se soerguerem, mantendo sua força produtiva e a geração de riquezas.

Para isso, são concedidos benefícios legais ao devedor em crise, como o *stay period*, o reconhecimento da essencialidade de bens, concessão de parcelamentos tributários especiais, entre outros, de modo a dar-lhe condições de renegociar com seus credores em um ambiente institucional, sob a supervisão do Judiciário, visando a harmonizar todos os interesses envolvidos e permitir a realocação eficiente dos recursos desta empresa para a superação de seu arrocho financeiro.

Para Barulfadi (2009), a análise acerca da viabilidade econômica da empresa deve ser enfrentada antes mesmo de ser concedida a recuperação judicial ao devedor em crise, competindo à coletividade de credores o papel de destaque nesta análise.

Há interesse público na manutenção das atividades empresariais economicamente viáveis, devendo ser retiradas do mercado somente as empresas que não têm condições de se soerguer, sob pena de atribuir o risco da atividade empresarial à coletividade de credores.

De acordo com Coelho (2005), o risco da atividade empresarial é próprio do empresário que a exerce, mas quando se permite o uso de aparato estatal para a tentativa de recuperação de empresas inviáveis, acaba-se por transferir o risco do empresário para os seus credores, o que representa a inversão de valores do instituto,

retomando a ideia do dualismo pendular, por meio de interesse contrapostos e em descompasso entre si.

Existem situações de crise que não são passíveis de recuperação da empresa, tal como ocorre em casos de problemas crônicos no desenvolvimento da atividade empresarial ou na sua própria administração, que poderão inviabilizar o processo de recuperação.

Nesses casos, a atuação estatal deve se dar em prol da retirada rápida e eficiente do mercado deste agente econômico (AGÊNCIA SENADO, 2004), protegendo o interesse público envolto à empresa.

Segundo Scalzilli (2018, p.131), o princípio da preservação da empresa não pode ser aplicado a todo custo, pelo contrário, é complementado pelo princípio da retirada do mercado da empresa inviável.

Neste sentido, consagrando o princípio da exclusão da empresa inviável do mercado, o art. 75 da LRJF aponta a falência como um instituto que visa “permitir a liquidação célere das empresas inviáveis, com vistas à realocação eficiente de recursos na economia” (BRASIL, 2005).

Como visto anteriormente, em torno da empresa gravitam inúmeros interesses, não sendo razoável a manutenção daquela que não tem condições de gerar riquezas e cumprir a sua função social, prejudicando a oferta de crédito e a economia.

Seguindo nesta linha, Paula Forgioni (2009, p. 17-18) assevera que o direito mercantil não foi criado para socorrer o agente individualmente considerado, mas da “abundância de suas relações e do funcionamento do mercado”.

Prossegue a autora afirmando que o patrimônio jurídico do direito comercial deve ser analisado sob a ótica da proteção dos interesses da empresa voltado ao bem-estar do tráfico mercantil, o que significa dizer que a proteção da empresa está voltada também para realocação de recursos, tais como capital, força de trabalho, entre outros, para agentes que tenham a capacidade de conferir-lhes a destinação de forma eficiente.

Portanto, o princípio da exclusão de empresa inviável atua de forma complementar ao princípio da preservação da empresa, os quais, em conjunto, asseguram a continuidade da atividade empresarial viável, com a geração de empregos e tributos, em harmonia à função social da empresa, bem como promovem

a liquidação célere de empresas que não mais ostentam condições de se manter no mercado, abrindo espaço para outros agentes econômicos.

A partir da análise dos princípios estruturantes da Lei de Recuperação e Falência, entendem-se os objetivos do instituto de recuperação judicial, de modo a permitir a sua aplicação e forma de interpretação de suas regras jurídicas, visando à proteção do bem jurídico a ser tutelado pela lei e, além disto, compreender a aplicação do critério de legitimação do devedor.

5. A LEGITIMIDADE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

Traçadas as linhas gerais acerca da recuperação judicial, com o destaque para o bem jurídico tutelado por meio do instituto e compreendido o arcabouço principiológico que serve como norte interpretativo das regras jurídicas aplicáveis à espécie, cumpre adentrar na análise acerca dos destinatários da Lei nº 11.101/2005.

O processamento do pedido de recuperação judicial em Juízo é analisado sob o aspecto da legitimidade ativa da parte devedora (art. 1º, 2º e 48 da LRJF) e a instrução do pedido com os documentos exigidos em lei (art. 51 da LRJF), conforme ensina Fábio Ulhôa Coelho:

O despacho de processamento não se confunde também com a decisão concessiva da recuperação judicial. O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores - a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a empresa do devedor é viável e, portanto, ele tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial. (COELHO, 2008, p. 153-154).

Adentrando no aspecto da legitimidade ativa para o pedido, prescreve o art. 1º da LRJF⁶³, a Lei de Recuperação e Falências disciplina “a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor” (BRASIL, 2005).

⁶³ 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 (BRASIL, 2005).

O dispositivo de lei mencionado apresenta os destinatários dos institutos de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência, colocando a figura do empresário e da sociedade empresária na posição de devedor.

Esta posição de devedor, segundo Cavalli (2023), faz referência ao sentido processual de parte, sendo ocupada por ente com personalidade jurídica ou não, que seja patrimonialmente responsável pelas obrigações⁶⁴ assumidas no exercício da atividade empresarial, desde que tenha sede ou filial situada no Brasil⁶⁵ ou se possuir bens no Brasil⁶⁶.

Embora o conceito de devedor encontre fundamento no direito das obrigações, isto não significa dizer que para ingressar em Juízo com o pedido de recuperação judicial, que é o instituto objeto do presente estudo, o devedor tenha que incorrer no inadimplemento das obrigações.

Nos termos do art. 51 da Lei 11.101/05⁶⁷, a petição inicial do requerimento de recuperação judicial deverá ser instruída com a exposição das causas da situação

⁶⁴ Segundo Orlando Gomes, a relação obrigacional se apresenta como um vínculo jurídico entre duas partes, por meio do qual uma delas assume a obrigação de cumprir uma prestação patrimonial de interesse da outra parte que poderá exigi-la na ausência de cumprimento voluntário (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

⁶⁵ Vide art. 3º da LRF: “Art. 3º É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil” (BRASIL, 2005).

⁶⁶ Vide art. 167-R: “Art. 167-R. Após o reconhecimento de um processo estrangeiro principal, somente se iniciará no Brasil um processo de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial ou de falência se o devedor possuir bens ou estabelecimento no País” (BRASIL, 2005).

⁶⁷ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

e) descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito;

III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

patrimonial do devedor e das razões que levaram a atividade à situação de crise econômico-financeira, não havendo correlação direta entre o pedido e a necessidade de inadimplemento de obrigações pelo devedor.

Nesta toada, nota-se que para o pedido de recuperação judicial é possível que “o “devedor” não seja, efetivamente, devedor”⁶⁸, bastando, a grosso modo, demonstrar as razões que o levaram à crise, atendendo os demais requisitos previstos em lei.

A partir da figura do devedor instituída pela Lei nº 11.101/2005, é indispensável analisar quais agentes econômicos gozam expressamente da proteção legal conferida pela recuperação judicial, bem como aqueles que estão expressamente excluídos deste regime, de modo a compreender a abrangência do instituto da recuperação judicial com base na legitimidade para ingresso em Juízo.

5.1. Os agentes econômicos expressamente legitimados pela Lei de Recuperação e Falência de empresas

No regime concursal brasileiro, o devedor deve ser empresário para se beneficiar da recuperação judicial, extrajudicial e falência, de modo que se restringe o acesso⁶⁹ a estes institutos a quem se qualifique como tal, nos termos da lei.

A qualificação do devedor em empresário no direito pátrio se dá por meio de critérios “múltiplos e equívocos”, sendo baseada no setor econômico de

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados;

X - o relatório detalhado do passivo fiscal; e

XI - a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o § 3º do art. 49 desta Lei.

⁶⁸ Sobre o tema, recorrer às lições de GUMARÃES, Márcio Souza. **A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito**. In Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho (org. Ivo Waisberg e José Horácio Ribeiro), Ed. IASP, 2017, p. 681-711.

⁶⁹ Nas lições de Ayoub e Cavalli: “Embora o conceito de empresário seja substancialmente mais amplo que o conceito de comerciante² - notadamente por envolver a atividade de prestação de serviços³ -, releva observar que os procedimentos concursais são de acesso restrito a determinados agentes econômicos a que a lei qualificar como empresários. Quem não for qualificado como empresário ou sociedade empresária não se legitima a postular recuperação judicial. Da mesma maneira, não se pode decretar a falência de quem não for qualificado como empresário. (AYOUB; CAVALLI, 2013. p. 19-20).

desenvolvimento da atividade ou na atividade declarada no objeto social; pela forma societária adotada⁷⁰ e segundo o local do registro (CAVALLI, 2023, p.26).

Segundo Cavalli (2023), o principal critério de qualificação de empresário se baseia no setor econômico em que a atividade é desenvolvida, de acordo com o previsto nos artigos 966⁷¹ e 982⁷² do CCB, que classificam o empresário como aquele que exerce “profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

O conceito jurídico de empresário estaria, portanto, atrelado ao agente que é responsável pelo desenvolvimento da atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

Ocorre que o conceito de empresário, segundo o CCB, se apresenta como “hiperabrangente”⁷³, de modo que a figura do não-empresário é depreendida por meio de exceção legal expressa, tal como ocorre com os profissionais que desenvolvem atividades intelectuais sem elementos de empresa (art. 966, parágrafo único do CCB), traduzindo-se a figura de empresário por exclusão.

Em relação ao ato registral, verifica-se que o empresário está sujeito ao registro no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, “independentemente de seu objeto”, salvo as exceções legais⁷⁴, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.934/1994⁷⁵.

⁷⁰ As sociedades por ações são empresárias com base na forma societária, nos termos dos artigos 982, parágrafo único do CCB (Art. 982, Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.) e art. 2º, §1º da Lei nº 6.404/76 (Art. 2º, § 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.).

⁷¹ 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.

⁷² Art. 982. 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.

⁷³ Termo cunhado em CAVALLI, 2023, p. 28.

⁷⁴ Neste ponto, cumpre esclarecer que no caso de produtor rural (artigos 971 e 984 do CCB) o registro é o critério preponderante para a qualificação deste agente como empresário ou não, nos termos da lei.

⁷⁵ Art. 2º Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei (BRASIL, **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm. Acesso em: 20 jan. 2023).

Segundo Cavalli (CAVALLI, 2023, p. 28), pode-se depreender da leitura dos supramencionados dispositivos legais que “todas as atividades econômicas são empresárias, salvo aquelas que forem expressamente excluídas por lei”.

Nota-se que a qualificação de empresário não é tarefa simples e tampouco está circunscrita na atividade declarada no documento levado a registro. É neste contexto que se insere o enquadramento de empresário para fins de sujeição aos institutos do direito concursal, a saber: recuperação judicial, extrajudicial e falência.

A legitimação ao pedido de recuperação judicial está associada ao devedor qualificado como empresário para fins da legislação brasileira, devendo também atender aos requisitos previstos no art. 48 da lei de regência, a saber: comprovação do biênio de exercício de atividade empresarial regular; não ser falido ou, em caso de falência decretada, que as obrigações do falido já estejam extintas por decisão transitada em julgado; não ter obtido a concessão de recuperação judicial nos últimos 5 anos; em caso de microempresa e empresa de pequeno porte, não tenha se submetido ao plano de recuperação nos últimos 5 anos e em caso de requerente sociedade empresária, que seus sócios controladores e administradores não tenham sido condenados por quaisquer um dos crimes previstos na legislação de recuperação e falência de empresas.

A qualificação de empresário e sua abrangência vêm sendo alteradas segundo as próprias necessidades da economia, não estando necessariamente vinculadas à legitimidade para o direito concursal brasileiro.

O que se observa é que a dicotomia entre a figura do empresário e do não empresário tem impacto no direito concursal brasileiro, na medida em que exclui deste regime diversos agentes econômicos que exercem relevante papel social e no desenvolvimento da economia nacional com a geração de riquezas.

A adoção desta dicotomia pela legislação brasileira parece estar em desconforto à tendência global de ampliação do critério subjetivo de legitimação aos procedimentos concursais, de modo a permitir que outros agentes econômicos se valham dos institutos de recuperação judicial, extrajudicial e falência como mecanismo de superação de crise e manutenção da função econômica e social da empresa.

Sobre o tema, Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo e Adriana V. Pugliesi (2018) apontam que a Lei nº 11.101/2005 se vale da figura do devedor para fazer menção ao empresário e à sociedade empresária, estando centrada no ultrapassado

conceito subjetivo de empresário que consagra a dicotomia entre o não empresário e o empresário.

De acordo com as lições de Márcio Souza Guimarães, a teoria da empresa é ultrapassada e desconsidera diversos agentes econômicos não empresários que desempenham relevante papel no mercado, destacando se tratar de imprecisão técnica legislativa:

Diversos agentes econômicos, nitidamente empresários ou sociedades empresárias, assim não serão considerados, por imprecisão técnica legislativa. Como consequência, a desigualdade e a injustiça econômica é verificada no âmbito do direito das empresas em dificuldades, em decorrência da ultrapassada teoria da empresa (GUIMARÃES, 2017, p. 681-711).

Partindo da premissa que o principal objetivo do direito concursal brasileiro, consagrado pela Lei nº 11.101/2005, é a tutela da atividade econômica organizada para a circulação de bens ou serviços, não parece razoável a exclusão de agentes econômicos que se destacam na economia e na sociedade pelo desempenho de atividades econômicas. Todavia, cumpre adentrar no rol de agentes econômicos expressamente excluídos do regime concursal previsto na Lei de Recuperação e Falência de empresa.

5.2. Os agentes econômicos expressamente excluídos pela Lei de Recuperação e Falência de empresas

Como visto anteriormente, a recuperação judicial é o procedimento concursal ao qual estão legitimados a requerê-lo em juízo os devedores empresários, a saber: o empresário individual e/ou a sociedade empresária.

Por exclusão, não estão legitimados ao regime concursal previsto na Lei nº 11.101/2005, os agentes que não ostentam a empresarialidade no desenvolvimento da atividade de cunho econômico.

No entanto, a legislação de recuperação e falência de empresas apresenta, por meio da dicção do art. 2º⁷⁶, o rol de pessoas que, por mais que desenvolvam

⁷⁶ 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 (BRASIL, 2005).

atividades econômicas, não se legitimam a obter a recuperação judicial ou extrajudicial e a falência.

De acordo com Marlon Tomazette (2019), esta escolha legislativa se baseia na importância estratégica que esses agentes possuem no contexto econômico e social do país, de modo a justificar tratamento especial conferido por regramento próprio.

Neste ponto, cumpre destacar que, segundo Fábio Ulhôa Coelho (2016), a exclusão de pessoas da Lei nº 11.101/2005 poderá ser total ou parcial, conforme o tipo de agente a ser analisado. Estão parcialmente excluídas da lei de recuperação e falências, as instituições financeiras públicas ou privadas, as cooperativas de crédito, as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, a sociedade seguradora e a sociedade de capitalização.

Isso porque, apesar de não poderem requerer recuperação judicial ou extrajudicial como forma de superação de crise econômico-financeira, estas sociedades poderão ter sua falência decretada, após a realização de procedimento administrativo por meio do qual o liquidante ou interventor obterão a autorização para o pedido de autofalência.

Por outro lado, estão totalmente excluídas do regime falimentar, as empresas públicas e sociedades de economia mista, de modo que não poderão ter a sua falência decretada e tampouco se valerem da recuperação como meio de reestruturação da atividade.

A razão para a exclusão destes agentes econômicos da incidência da Lei nº 11.101/2005 reside especialmente no interesse público envolto às atividades desenvolvidas e em razão de incompatibilidade com o procedimento concursal, demandando regramento próprio.

As empresas públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criadas por lei, para o desenvolvimento de atividade econômica a ser desempenhada pelo Estado por contingência ou conveniência administrativa, possuindo patrimônio próprio e capital exclusivo da União.

Já as sociedades de economia mista, embora dotadas de personalidade jurídica de direito privado e criadas por lei, se revestem obrigatoriamente na forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade integrante da Administração Pública. Significa dizer que parte do capital

social das sociedades de economia mista são compostos por capital privado e público, sendo o poder de controle exercido pelo ente público.

Em relação à exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista do regime concursal da Lei nº 11.101/2005, cumpre asseverar que não há consenso na doutrina, subsistindo discussão acerca da constitucionalidade do art. 2º, inciso I da Lei de recuperação e falência de empresas.

Para Modesto Carvalhosa (2009), a exclusão total destas pessoas jurídicas é justificável e se apresenta como medida constitucional necessária, em razão da essencialidade das atividades desenvolvidas pelo Estado por meio de empresas estatais, que tem como premissa a segurança nacional ou relevante interesse coletivo na prestação de serviço.

Deste modo, a interrupção destas atividades essenciais por decreto falimentar impactaria diretamente à coletividade, dado a sua relevância social. Ainda, a sujeição destas pessoas à falência exporia o patrimônio estatal, em vista à responsabilidade subsidiária do Estado pelas obrigações sociais⁷⁷.

Por outro lado, doutrinadores como Marlon Tomazette e Celso Antônio Bandeira de Mello asseveram que esta exclusão total da incidência da Lei nº 11.101/2005 acarretaria tratamento diferenciado às empresas públicas e sociedades de economia mista, o que é vedado pelo art. 173, §1º, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil⁷⁸, que destaca a sujeição ao “regime jurídico próprio das empresas privadas” (BRASIL, 1988).

Quanto às instituições financeiras públicas ou privadas não federais estão sujeitas ao procedimento de administração especial temporária, nos termos do Decreto-Lei nº 2.321/1987, ou, conforme for, à decretação de liquidação extrajudicial por determinação do Banco Central do Brasil.

⁷⁷ Em relação à responsabilidade subsidiária do Estado frente às obrigações sociais nas empresas públicas e sociedades de economia mista, Marcelo Sacramone ressalva que “a personalidade jurídica da sociedade empresária não se confunde com a dos sócios que a integram e os patrimônios são autônomos, ainda que possa existir responsabilidade subsidiária do sócio por lei específica, como ocorre nas pessoas jurídicas cujos sócios possuem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais” “[...] A falência da pessoa jurídica devedora não implicará sua extensão aos sócios, de modo que o ente público sócio da empresa pública ou da sociedade de economia mista permanece excluído da falência”. (SACRAMONE, 2022, p. 74-75).

⁷⁸ Art. 173, § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

De igual modo, as cooperativas de crédito estão sujeitas, nos termos da Lei nº 6.404/1974, à intervenção ou à liquidação extrajudicial determinada pelo Banco Central, sem prejuízo à eventual falência.

Os consórcios⁷⁹ também são submetidos à administração especial e liquidação extrajudicial a serem decretadas pelo Banco Central do Brasil, nos termos da Lei nº 11.795/2008, podendo ter a falência decretada por pedido do seu interventor ou liquidante.

Em relação às entidades de previdência complementar, em razão da relevância econômica e social por operarem com a poupança popular, estas se sujeitam a regime especial de intervenção que poderá ser encerrado com a aprovação do plano destinado à sua recuperação ou levar à decretação de sua liquidação extrajudicial, nos termos da Lei Complementar 109/2001⁸⁰.

No que se refere às sociedades seguradoras e às sociedades de capitalização, que são análogas àquelas, aplicam-se as medidas especiais de intervenção e fiscalização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e, caso não sejam suficientes, poderá acarretar a cassação de autorização para funcionamento pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), com o redirecionamento à sua liquidação extrajudicial. Neste último caso, identificada a insuficiência de ativos para “pagamento de pelo menos a metade dos credores quirografários, ou quando houver fundados indícios da ocorrência de crime falimentar”, ocorrerá o pedido de falência, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei 73/1966.

Por fim, em relação às sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, reguladas pela Lei nº 9.656/1998, estão sujeitas ao regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial quando constatadas as hipóteses de previstas no art. 24 da referida legislação. No entanto, caso o liquidante verifique que não há ativos suficientes para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários ou não forem suficientes para o pagamento das despesas administrativas e operacionais

⁷⁹ Em relação aos consórcios, Sacramone entende pela exclusão total do regime concursal previsto na Lei nº 11.101/05, destacando que “eventual inadimplemento do cumprimento das obrigações por uma das consorciadas poderá implicar a decretação de sua falência, mas não se estenderá às demais. O consórcio é parte passiva ilegítima a figurar no feito, e subsistirá ainda que uma das consorciadas venha a ter a falência decretada, com as demais sociedades contratantes.

⁸⁰ Assim como destacado no caso dos consórcios, Marlon Tomazette entende pela aplicação subsidiária da Lei nº 11.101/2005 às entidades de previdência complementar, em razão de previsão do art. 62 da Lei Complementar 109/2001 que dispõe sobre a incidência das normas sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, de acordo com os termos previstos na Lei 6.024/74 (TOMAZETTE, 2019, p. 23).

geradas em razão da liquidação extrajudicial ou, ainda, na hipótese de fundados indícios de prática de crimes falimentares, poderá requerer a falência da operadora de saúde, nos termos do art. 23 da legislação de regência.

Em razão das recentes alterações proposta pela Lei nº 14.112/2020 nos institutos regulados pela Lei nº 11.101/2005, as cooperativas médicas que não estavam sujeitas à incidência das regras proposta por esta lei, passaram a ter legitimidade para requerer recuperação judicial nos termos do art. 6º, §13⁸¹.

Portanto, nota-se que as decisões legislativas para estabelecer os critérios atinentes à legitimidade de agentes econômicos para gozarem dos benefícios próprios dos institutos de recuperação e falência de empresas previstos na Lei nº 11.101/2005, se baseiam em razões de cunho social e econômico, observando a relevância para a economia e a sociedade como um todo da atividade econômica desenvolvida.

Dessa forma, é imperioso notar que os agentes expressamente excluídos do regime da Lei nº 11.101/2005 se beneficiam de tratamento específico, tal como intervenção e/ou liquidação, previstos em legislação especial, para a superação da crise econômico-financeira.

Ocorre que ainda subsiste uma lacuna legislativa quando se constata que associações que desenvolvem atividades de natureza econômica e ocupam posição de relevância social e econômica para o país não se sujeitam ao regime de insolvência previsto na Lei de recuperação e falência, o que não se justifica.

5.3. Os destinatários da Lei de Recuperação Judicial e Falência segundo o direito comparado

No direito concursal brasileiro, salvo raras exceções⁸², a recuperação judicial somente pode ser iniciada por pedido formulado pelo próprio devedor empresário. Da

⁸¹ Art. 6º, § 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, consequentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica (BRASIL, 2005).

⁸² As exceções ao pedido de recuperação judicial pelo próprio devedor empresário estão previstas no §1º do art. 48 da LRF, a saber: “A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente” (BRASIL, 2005).

leitura do art. 48 da LRJF⁸³, depreende-se que somente ao devedor, em situação de crise econômico-financeira, detém legitimidade para requerer a recuperação judicial, desde que preenchidos os requisitos legais.

Nos termos da LRJF, são legitimados a requerer a recuperação judicial os devedores que: (i) exerçam regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos; (ii) não ser falido ou que tenha obtido a declaração de extinção das obrigações, por sentença transitada em julgado; (iii) não ter obtido, há menos de 5 (cinco) anos, a concessão da recuperação judicial; (iv) não ter obtido há menos de 5 (cinco) anos a recuperação judicial com base no plano especial destinado às microempresas e empresas de pequeno porte e; (v) não ter sido condenado ou não ter como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por crimes falimentares⁸⁴.

A regra de legitimidade brasileira à recuperação judicial é restritiva e parece insatisfatória aos agentes econômicos que desenvolvem atividades no mercado e enfrentam passageira situação de crise econômico-financeira, sem poder se socorrer ao instituto, como no caso das associações civis com fins econômicos.

Embora a Lei de Recuperação e Falência tenha sido recentemente alterada pela Lei nº 14.112/2020, não houve qualquer modificação na norma de legitimidade prevista nos artigos 1º e 2º, o que parece não refletir a realidade econômica e social do país, em que há uma diversidade de agentes econômicos.

Como visto, a Lei de Recuperação e Falência deve buscar fundamentalmente pela preservação da atividade econômica viável, harmonizando os inúmeros interesses envolvidos na crise econômico-financeiro do devedor.

Nas lições de Sheila Neder Cerezetti (2012), a regra jurídica sobre a legitimidade ativa para a recuperação judicial é procedimental e deve refletir o princípio da preservação da empresa. Citando Carlos Henrique Abrão (1997), ressaltou que as críticas quanto a restrição imposta à legitimidade ativa do devedor já

⁸³ 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;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei (BRASIL, 2005).

⁸⁴ Os crimes falimentares estão previstos no Capítulo VII, Disposições Penais, da Lei de Recuperação Judicial e Falência.

estavam presentes desde a concordata preventiva. A limitação ao impulso inicial para o então pedido de concordata somente ao devedor, conduzia ao cenário em que a concordata era buscada quando a situação de crise já não podia ser revertida. Implicando, por via de consequência, na sua conversão em falência.

No atual regime da Lei nº 11.101/2005, sobreveio importante alteração promovida pela Lei nº 14.112/2020, a qual implicou na modificação da norma jurídica que dispõe acerca da apresentação do plano de recuperação judicial, prevista no art. 56 da LRJF.

Por meio desta alteração, facultou-se aos credores sujeitos ao procedimento de recuperação judicial a apresentação de plano de recuperação judicial alternativo, mediante deliberação em assembleia geral de credores com a respectiva aprovação por mais da metade dos créditos presentes, concedendo-se o prazo de 30 (trinta) dias para tal fim, consoante o disposto no art. 56, §4º e §5º da LRJF⁸⁵.

A permissão para a apresentação do plano alternativo por credores sujeitos à recuperação judicial evidencia que a Lei de Recuperação Judicial e Falência vem sendo alterada para permitir que os variados interesses envolvidos no fenômeno da empresa sejam salvaguardados pelo instituto da recuperação judicial, estando em consonância ao princípio da preservação da empresa.

É neste contexto que se insere a necessidade de a Lei de Recuperação Judicial e Falência não só permitir a participação ativa dos interessados na preservação da empresa, deslocando-se cada vez mais da perspectiva de que esse instituto vem em benefício ao devedor empresário, como também de assegurar que os agentes econômicos, empresários ou não, possam ingressar com o pedido de recuperação judicial como instrumento jurídico capaz de promover a superação da crise econômico-financeira e permitir a manutenção da atividade produtiva e de seus reflexos nas esferas social e econômica.

Desta feita, é evidente que a norma de legitimidade ativa prevista na Lei de Recuperação e Falência já deveria estar em consonância ao princípio da preservação da atividade econômica viável, de modo que a limitação imposta pela lei para o pedido

⁸⁵ Art. 56. § 4º Rejeitado o plano de recuperação judicial, o administrador judicial submeterá, no ato, à votação da assembleia-geral de credores a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para que seja apresentado plano de recuperação judicial pelos credores (BRASIL, 2005).

Art. 56. § 5º A concessão do prazo a que se refere o § 4º deste artigo deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade dos créditos presentes à assembleia-geral de credores (BRASIL, 2005).

de recuperação judicial – o qual somente poderá ser formulado pelo próprio devedor empresário, não está de acordo com esse postulado.

Neste contexto, revela-se de suma importância para o presente estudo a experiência do direito comparado no que se refere à legitimidade ativa para o pedido de recuperação judicial, buscando analisar o direito concursal por meio da legislação estrangeira, de modo a identificar os elementos e requisitos jurídicos que poderão contribuir para que se harmonize o princípio da preservação da empresa com a norma de legitimação ativa prevista no direito concursal brasileiro, partindo-se da perspectiva de que, nos países a serem analisados, assim como no Brasil, o objetivo do direito concursal é a manutenção da atividade de empresa, a proteção dos postos de trabalho e a satisfação das obrigações assumidas pelo devedor em crise.

O direito comparado é destacado como o ramo da ciência jurídica que tem por finalidade analisar as semelhanças e diferenças entre os institutos e os ordenamentos jurídicos de diferentes países, de modo que se pretende extrair a experiência útil⁸⁶ dos modelos concursais estrangeiros, a fim de investigar o pressuposto subjetivo que tem sido observado para fins de sujeição à recuperação judicial ou instituto similar à recuperação judicial brasileira.

Feitos esses apontamentos, passa-se à análise da legitimidade ativa para a propositura do pedido de recuperação judicial no direito concursal dos Estados Unidos, de Portugal, da França e da Espanha, partindo a escolha do regime jurídico destes países pela proximidade e influência exercida no direito concursal brasileiro, bem como considerando que a finalidade do instituto perpassa precipuamente pela preservação da atividade e dos interesses que gravitam em torno da empresa.

5.3.1. O Direito Concursal Norte-Americano

Nos Estados Unidos, o primeiro diploma a prever sobre o regime de insolvência foi o *Bankruptcy Act of 1800*, o qual autorizava o pedido de falência somente por credores visando a distribuição igualitária dos bens do devedor comerciante para satisfação dos créditos, sendo denominado o “período do credor”⁸⁷.

⁸⁶ Ideia desenvolvida em ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado de direitos**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

⁸⁷ Sobre o tema, ver WARREN, Charles. **Bankruptcy in United States History**. Washington, Beard- - Books, 1999, p. 13-14.

Sobreveio o *Bankruptcy Act of 1841* que introduziu o instituto do *voluntary bankruptcy* que, alterou a previsão de pedido de falência somente por credores, para assegurar ao devedor o direito de requerer a sua própria falência, permitindo-se o acesso ao instituto a qualquer pessoa com débitos, não somente aos comerciantes como ocorria na vigência do diploma anterior.

Alterando o regime de insolvência para abarcar as *business corporation*, entrou em vigor o *Bankruptcy Act of 1867*, sendo o primeiro diploma norte-americano a abarcar os interesses não só do devedor ou dos credores, mas por proteger os interesses da Nação e do comércio nacional⁸⁸. No entanto, neste diploma não havia a previsão de reestruturação da empresa, sendo, em realidade, disponibilizados instrumentos jurídicos voltados apenas para a liquidação da empresa em crise.

A alteração desta lógica de liquidação das empresas em crise foi promovida com a crise das *railroads*, segundo Scheila Cerezetti:

De fato, as empresas de estradas de ferro foram as primeiras companhias de grande porte dos Estados Unidos da América e aquelas que abrangiam, além dos interesses econômicos privados dos investidores, um interesse público de destaque no sistema de transporte e na integração do País. Essa característica levou à concepção de que a preservação da empresa seria mais benéfica que sua liquidação em casos de crise.

Não se deve esquecer, ainda, que essa conclusão também foi favorecida pelo fato de que nessas companhias estava nítido que seus principais ativos representavam diminuto valor caso, em execução, fossem alienados aos poucos e separadamente. Mais um motivo, então, para que a manutenção dos bens e da própria empresa fosse priorizada (CEREZETTI, 2012, p. 97).

Neste contexto, em 1934, acrescentou-se ao *National Bankruptcy Act* a *Section 77B* que foi o primeiro dispositivo de lei norte-americano expressamente voltado à reorganização empresarial, aplicável às crises empresariais, com a participação de credores na votação de plano de recuperação.

A disciplina de insolvência norte-americana foi modernizada com a denominada *corporate reorganization*, remontando ao ano de 1938, a partir do *Chandler Act*, tendo como objetivo principal a proteção da empresa, por meio de sua reorganização econômica e administrativa indispensáveis à superação da crise. Este instituto era aplicável tão somente às sociedades anônimas, sendo necessária a demonstração de que a concordata (*arrangement proceeding*) não era a solução aplicável ao caso.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 109.

A partir do *New Bankruptcy Code*, em 1978, houve substancial avanço nas regras atinentes ao direito concursal, com a consolidação do princípio da reorganização empresarial. O processo de reorganização empresarial norte-americano vem sofrendo variadas modificações, seguindo a realidade econômica do país, mas permanecem salvaguardando os interesses da empresa e os interesses públicos subjacentes.

O *Bankruptcy Code* é dividido nos seguintes capítulos: *Chapter 1, General Provisions, definitions and Rules of Construction*; *Chapter 3, Case administration*; *Chapter 5, creditors, the debtor and the estate*; *Chapter 7, Liquidation*; *Chapter 9, Adjustment of the Debts of a Municipality*; *Chapter 11, Reorganization*; *Chapter 12, Adjustment of the debts of a Family farmer or fishermen with regular income*; *Chapter 13, Adjustment of the Debts of an individual with regular income*; *Chapter 15, Ancillary and Other cross-border cases*.

As soluções apresentadas pelo direito norte-americano para a crise do devedor são a liquidação (*liquidation*) ou a reorganização (*reorganization*). Os demais capítulos dispõem acerca de procedimento de reabilitação para devedores específicos, sendo o *Chapter 9* dedicado às municipalidades, o *Chapter 12* é dedicado para a reorganização às *Family farmer or fishermen* que possuem rendas regulares e, por fim, o *Chapter 13* é aplicável ao devedor pessoa física com renda regular.

No cenário global, conforme destacado por Cerezetti (2012, p. 104), o *Chapter 11* foi o responsável por dar início às discussões e reavaliações sobre as medidas a serem observadas em qualquer lei concursal. Neste sentido, nota-se que o equilíbrio de interesses é um marco da legislação norte-americana e se apresenta como uma das razões que fundamentam a escolha legislativa acerca dos sujeitos que são legitimados a ingressarem com a *reorganization* nos termos da Lei.

Em relação à legitimidade ativa prevista tanto para o *Chapter 7, Liquidation* como para o *Chapter 11, Reorganization*, esta é ampla. Estão legitimados a ingressar com os procedimentos de *Liquidation* e *Reorganization*, todos os devedores, indivíduos e sociedades empresárias ou não.

Verifica-se, pois, que os procedimentos de *Liquidation* e *Reorganization* são aplicáveis aos sujeitos empresários e não empresários, estando adstrito à finalidade dos institutos que, no caso deste último, tem por objetivo beneficiar os credores,

devedores, sócios, empregados e fornecedores, com o propósito de reestruturação da situação financeira do devedor:

The purpose of a business reorganization case, unlike liquidation case, is to restructure a business finances so that it may continue to operate, provide its employees with Jobs, pay its creditor, and provide a return for its stockholders. The premise of a business reorganization is that assets that are more used for production in the industry for which they were designed are more valuable than those same assets sold for scrap (TABB, 1997, p. 757)

A *reorganization* é o instituto que mais se aproxima da recuperação judicial na forma prevista no direito concursal brasileiro. Como visto acima, a *reorganization* protege a figura dos devedores em crise, sendo pessoas jurídicas ou naturais, empresárias ou não empresárias, diferenciando-se do direito concursal brasileiro ainda pela possibilidade de ser requerida sem exclusividade pelo devedor.

A *reorganization* pode ser iniciada a pedido do próprio devedor por meio da *voluntary petition*, sendo desnecessária a comprovação de insolvência ou incapacidade de pagamento de suas obrigações ou por meio da *involuntary petition*, a requerimento dos credores quando há desconfiança da conduta do devedor ou dúvidas quanto a capacidade de gerir os negócios⁸⁹.

Segundo Cerezetti (2012, p. 257), o estudo realizado por Lynn M. LoPucki⁹⁰ demonstrou que pouquíssimos casos de reorganização foram iniciados mediante iniciativa dos credores, os quais poderão ser responsabilizados por danos causados em caso de má-fé para ingresso do pedido de reorganização em face do devedor.

Embora não seja tão usual o pedido de reorganização por credores, a possibilidade de pedido de reorganização por outros interessados implica no

⁸⁹ Vide "U.S.C. Title 11. § 303 (b) An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under Chapter 7 or 11 of this title (1) by three or more entities, each of which is either a holder of a claim against such person that is not contingent as to liability or the subject of a bona fide dispute, or an indenture trustee representing such a holder, if such claims aggregate at least \$10,000 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims held by the holders of such claims; (2) if there are fewer than 12 such holders, excluding any employee or insider of such person and any transferee of a transfer that is voidable under Section 544, 545, 547, 548, 549, or 724 (a) of this title, by one or more of such holders that hold in the aggregate at least \$10,000 of such claims; (3) if such person is a partnership (A) by fewer than all of the general partners in such partnership; or (B) if relief has been ordered under this title with respect to all of the general partners in such partnership, by a general partner in such partnership, the trustee of such a general partner, or a holder of a claim against such partnership; or (4) by a foreign representative of the estate in a foreign proceeding concerning such person" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **11 U.S. Code § 303 - Involuntary cases**).

⁹⁰ Lynn M. LoPucki, Lynn M. LoPucki's Bankruptcy Research Database, disponível em http://lopucki.law.ucla.edu/bankruptcy_research.asp.

reconhecimento de que a crise da empresa não deve ser solucionada tendo como escopo somente a satisfação dos créditos, mas sob a perspectiva de envolvimento de todos os sujeitos que serão afetados pela crise.

Portanto, o direito norte-americano tem o regime menos restritivo que o brasileiro, no qual somente permite o pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor empresário, o que não se coaduna ao equilíbrio de interesses envolvidos na atividade produtiva, de modo que a permissão para que credores ingressem com pedido de recuperação evidencia que o interesse na superação da crise perpassa ao bem comum.

5.3.2. *O Direito Concursal Português*

Em Portugal, o regime jurídico de tratamento dos agentes econômicos em crise estava previsto no Código de Processo Civil de 1961, aprovado pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro, no qual estavam dispostas as regras atinentes aos institutos da insolvência e falência, dirigidos aos comerciantes e não comerciantes, respectivamente, voltados à liquidação do patrimônio do devedor com o pagamento dos créditos sujeitos ao concurso.

No ano de 1976, com a promulgação do Decreto-Lei nº 864/1976, de 23 de dezembro, foram previstas as regras jurídicas voltadas à superação da crise de empresas que se encontravam em “situação econômica grave”, aplicando-se a empresas majoritariamente públicas ou nacionalizadas⁹¹. Em 29 de agosto de 1977, o Decreto-Lei nº 864/76 foi substituído pelo Decreto-Lei nº 353-H para, especialmente, flexibilizar os encargos próprios das relações trabalho e manter os postos de trabalho.

Nesta linha, foi promulgado o Decreto-Lei nº 24/77, de 1º de abril, o qual estava inserido no contexto da Revolução dos Cravos, exigindo medidas eficazes em prol da manutenção de empregos, bem como do soerguimento empresarial, o que se deu mediante a celebração de “contratos de viabilização” que previam rol de subsídios e incentivos de natureza fiscal a serem concedidos pelo Estado contando com a participação das instituições financeiras.

⁹¹ Sobre o tema, ver DA SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. **Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português**. In: Revista de direito bancário, do mercado de capitais, v. 10, n. 36, p. 224-240, abr./jun. 2007. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 229.

De acordo com DA SILVA e RODRIGUES (2007), no direito português, a recuperação de empresas surge como um mecanismo administrativo, o qual não gozava de controle judicial, que beneficiava o devedor e o Estado com questões interesse nacional, como a manutenção de postos de trabalho e equilíbrio da economia nacional.

Esta lógica do instituto da recuperação de empresas foi alterada com o ingresso de Portugal na Comunidade Econômica Europeia, ganhando forte escopo social, devendo atender também aos interesses dos trabalhadores⁹², de modo que, com a promulgação do Decreto-Lei nº 177/86, foi instituído o processo judicial de recuperação de empresas, prevendo a concordata, o acordo de credores e a gestão controlada.

Diante da necessidade de retirada célere do mercado da empresa economicamente inviável e a adoção de providência adequada para a recuperação da empresa viável, foi instituído o Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, pela aprovação, em 1993, do Decreto-Lei nº 132, revisto pelo Decreto-Lei nº 315/98, o qual previa a insolvência como pressuposto para a instauração do processo de recuperação judicial e falência no Judiciário português, conforme destaca José da Silva Pacheco (2006).

Na data de 18 de março de 2004, foi aprovada a reforma do Direito Concursal português, com a aprovação do Decreto-Lei nº 53/2004, retificado e republicado pelo Decreto Lei nº 200/2004, denominado de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, o qual permanece vigorando até hoje e, a partir do qual, se verá o pressuposto subjetivo da recuperação judicial de empresas no modelo português.

Na legislação portuguesa, não se distinguem os sistemas da recuperação judicial e falência, tal qual ocorre no direito brasileiro, subsistindo naquele um único processo denominado “Insolvência”, o qual se apresenta, nos termos do art. 1º do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE), como:

⁹² Nos termos do Decreto-Lei nº 177/86: “a empresa não constitui apenas o instrumento jurídico da actividade lucrativa dos sócios, nem uma fonte abastecedora da remuneração dos trabalhadores; isto muito embora qualquer dessas vertentes seja justificadamente fundamental. Ela é, também, com maior ou menor preponderância, uma peça do equipamento produtivo nacional e um decisivo elemento quer da economia regional quer da vida local. Por assim ser, a eliminação judicial da empresa representa, as mais das vezes, quando evitável, uma verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não se poderá desinteressar” (PORTUGAL, 1986).

um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores (PORTUGAL, 2004).

O pressuposto objetivo do CIRE, diferentemente do Código de Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência (CPEREF), está atrelado a apenas um único requisito: a insolvência, e por essa razão, houve profundas alterações na delimitação do pressuposto subjetivo, de modo a permitir que inúmeros agentes económicos se beneficiem do processo de insolvência.

Da leitura do art. 2º do CIRE⁹³, estão sujeitos ao processo de insolvência: todas as pessoas físicas ou jurídicas, empresárias ou não, a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais, as sociedades civis, as sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até a data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem, as cooperativas, antes do registro da sua constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e quaisquer outros patrimónios autónomos, excetuando-se as pessoas jurídicas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo.

Nota-se, portanto, que no direito de insolvência português foi consagrada a legitimidade processual com base na existência de autonomia patrimonial, rompendo

⁹³ Artigo 2.º Sujeitos passivos da declaração de insolvência:

1 - Podem ser objecto de processo de insolvência:

- a) Quaisquer pessoas singulares ou colectivas;
- b) A herança jacente;
- c) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais;
- d) As sociedades civis;
- e) As sociedades comerciais e as sociedades civis sob a forma comercial até à data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem;
- f) As cooperativas, antes do registro da sua constituição;
- g) O estabelecimento individual de responsabilidade limitada;
- h) Quaisquer outros patrimónios autónomos.

2 - Exceptuam-se do disposto no número anterior:

- a) As pessoas colectivas públicas e as entidades públicas empresariais.
- b) As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades.

com a noção de personalidade jurídica como critério definidor para a sujeição ao processo de insolvência:

[...] Dão-se profundas alterações na delimitação do âmbito subjectivo de aplicação do processo de insolvência. Dissipando algumas dúvidas surgidas quanto ao tema na vigência do CPEREF, apresenta-se no artigo 2.º do novo Código um elenco aberto de sujeitos passivos do processo de insolvência. Aí se tem como critério mais relevante para este efeito, não o da personalidade jurídica, mas o da existência de autonomia patrimonial, o qual permite considerar como sujeitos passivos (também designados por «devedor» ou «insolvente»), designadamente, sociedades comerciais e outras pessoas colectivas ainda em processo de constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, as associações sem personalidade jurídica e «quaisquer outros patrimónios autónomos». Neste quadro, a mera empresa, enquanto tal, se não dotada de autonomia patrimonial, não é considerada sujeito passivo, mas antes o seu titular (PORTUGAL, 2004).

Seguindo nesta linha de ampliação do rol de legitimados ao processo de insolvência, por meio da alteração proposta pelo Decreto-Lei nº 79/2017, instituiu o Processo Especial para Acordo de Pagamento (PEAP), o qual teve o condão de permitir ao devedor que não seja empresário, e que comprove se encontrar em situação econômica difícil ou de insolvência meramente iminente, estabelecer negociações com os seus credores, de modo a alcançar um acordo de pagamento, nos termos do art. 222º-A⁹⁴.

Portanto, o sistema de insolvência português, diferentemente do brasileiro, abandonou a antiga distinção entre comerciantes e não comerciantes para fins exclusivos de sujeição ao processo de insolvência voltado à recuperação de judicial de empresas, de modo a contemplar agentes econômicos, dotados ou não de personalidade jurídica, evidenciando-se a confluência do pressuposto subjetivo com a finalidade do instituto, a saber: a recuperação da empresa, a liquidação do patrimônio do devedor insolvente, com a satisfação dos créditos sujeitos ao processo.

Ao permitir aos agentes econômicos em sentido amplo o acesso à recuperação judicial de empresas, o direito português confere eficácia aos objetivos do instituto,

⁹⁴ Artigo 222.º-A. Finalidade e natureza do processo especial para acordo de pagamento

1 - O processo especial para acordo de pagamento destina-se a permitir ao devedor que, não sendo uma empresa e comprovadamente se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordos de pagamento.

2 - O processo referido no número anterior pode ser utilizado por qualquer devedor que, preenchendo os requisitos ali previstos, o ateste, mediante declaração escrita e assinada.

3 - O processo especial para acordo de pagamento tem carácter urgente, aplicando-se-lhe todas as regras previstas no presente Código que não sejam incompatíveis com a sua natureza.

salvaguardando não só o devedor, como também os inúmeros interesses que gravitam em torno da situação de crise.

5.3.3. O Direito Concursal Francês

O direito concursal francês teve importante papel na introdução a um sistema concursal voltado à empresa, influenciando diversas legislações na busca pela preservação da empresa em contraposição à valorização dos interesses do devedor em relação aos interesses de credores.

Até o ano de 1955, o direito concursal francês disciplinava a *liquidation judiciaire* como instrumento jurídico para que o comerciante honesto buscasse a salvação de sua atividade por meio de remissões concedidas por credores (*concordat simple*) ou por meio do abandono de bens (*abandon d'actif*).

Com o *Décret 55-349*, de 20 de maio de 1955, houve uma reformulação do instituto da *liquidation judiciaire* que foi substituído pela *règlement judiciaire* que tinha como escopo promover a manutenção da empresa dos comerciantes identificados como honestos, permanecendo o critério baseado na caracterização ou não da má-fé do devedor.

Segundo Cerezetti (2012, p. 116), citando Klaus J. Hopt, esta concepção do sistema concursal francês tão voltada à pessoa e à culpa deu ensejo à desvalorização do substrato social-econômico próprio do fenômeno de empresa, o que demonstrou serem critérios antieconômicos, na medida em que se decretava a quebra com base na desonestidade do devedor, no entanto, mantinha-se em funcionamento a empresa do devedor honesto ainda que economicamente inviável, demonstrando uma inversão da lógica destes institutos.

No ano de 1967, o direito concursal francês passou por profundas alterações que consagraram a separação entre a empresa e empresário, de modo que se diferenciava os efeitos da crise experimentados por um e outro. Com a aprovação da Lei 67-563, de 13 de julho de 1967, o Decreto 67-1.120, de 22 de dezembro de 1967 e a *Ordennance* 67-820, de 23 de setembro de 1967, houve a alteração da visão acerca da crise econômica, partindo-se da análise da atuação empresário, a sua intenção na condução da empresa, em separado da própria empresa.

Esta diferenciação entre “sorte da empresa em relação à sorte do empresário”⁹⁵ foi de extrema relevância para que o direito concursal francês iniciasse o movimento em prol do desenvolvimento de regras jurídicas voltadas à prevenção da crise e do efetivo tratamento da crise econômica, com a preservação da empresa. Neste novo cenário, foram introduzidas as normas que regulam a prevenção do cenário de dificuldade econômica e o *règlement amiable* dos conflitos atinentes às empresas em dificuldades (Lei 84-148, de 1º de março de 1984), outras voltadas ao tratamento da crise da empresa, denominado *redressement judiciaire*, previsto na Lei 85-88, de 25 de janeiro de 1985, o qual tinha como objetivo a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e a liquidação dos passivos, nos termos de art 1º⁹⁶.

Além desses diplomas, ainda foram aprovados neste período a Lei 85-89 e os Decretos 85-295, 85-1.388 e 85-1.389, os quais não serão propriamente abordados, considerando que se pretende delimitar, em linhas gerais, as modificações do diploma francês que tratam sobre o direito concursal com a finalidade de compreender os sujeitos que detêm legitimidade para pleitear a recuperação judicial (*Du redressement judiciaire*).

Neste contexto, nota-se que o sistema concursal francês, à semelhança do sistema concursal brasileiro, caminhou em direção à proteção da empresa, promovendo as reestruturações econômicas, rompendo com a dicotomia entre interesses de devedores e credores. O objetivo da Lei, portanto, era a preservação da continuidade do funcionamento da empresa.

Em relação ao atual *Code de Commerce*⁹⁷, assemelhando-se à recuperação judicial nos termos da legislação brasileira, tem-se o *redressement judiciaire* que no ordenamento francês se apresenta como o instituto voltado às empresas que se encontram em situação de crise, com a cessação dos pagamentos de seus credores,

⁹⁵ CEREZETTI, 2012, p. 117.

⁹⁶ **Article 1 (abrogé)** Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession. La liquidation judiciaire peut être prononcée sans ouverture d'une période d'observation lorsque l'entreprise a cessé toute activité ou lorsque le redressement est manifestement impossible. (FRANÇA. **Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985** relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911>. Acesso em jan. 2024).

⁹⁷ Cumpre mencionar também que a disciplina das empresas em crise francês prevê como meios possível de superação da crise: (i) *mandat ad hoc*; (ii) *conciliation*; (iii) *sauvegard*; e (iv) *redressement judiciaire*.

em vista ao descompasso entre o passivo exigível e o ativo disponível para quitação das dívidas.

Este procedimento está previsto nos artigos L631-1 a L631-22 do Código Comercial francês e tem por objetivo permitir a continuidade da atividade da empresa, a manutenção do emprego e o cumprimento das obrigações firmadas pelo devedor⁹⁸, por meio da elaboração de plano de recuperação a ser aprovado, tal qual ocorre na legislação brasileira.

Em relação às regras de legitimidade ativa, a legislação francesa novamente evidencia o seu propósito principal de preservação da atividade da empresa, a partir da perspectiva de que a situação de crise pode ser vivenciada por variados agentes, empresários ou não, de modo a justificar uma norma de legitimação ampla.

Do ponto de vista do pressuposto subjetivo para a sujeição do procedimento de *redressement judiciaire*, admite-se que qualquer pessoa que explore atividade voltada à circulação de bens e serviços com finalidade econômica possa se submeter ao procedimento concursal, estando contemplados aquele que exerce atividade comercial, artesanal, agrícola, a pessoa natural que desenvolve atividade profissional independente, o profissional liberal, consoante previsão do art. L631-2:

La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé⁹⁹.

⁹⁸ Conforme previsão do *Code de Commerce*, em seu art. L631-1, o instituto da *redressement judiciaire* tem como objetivos: “Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements. Cette condition s'apprécie, s'il y a lieu, pour le seul patrimoine engagé par l'activité ou les activités professionnelles.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de classes de parties affectées, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. La demande prévue au quatrième alinéa de l'article L. 626-29 peut être formée par le débiteur ou l'administrateur judiciaire”. (FRANÇA. Code de commerce. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/2024-01-30/. Acesso em jan. 2024).

⁹⁹ Em tradução livre, “o procedimento de recuperação judicial é aplicável a qualquer pessoa que exerça uma atividade comercial, artesanal ou agrícola definida no artigo L. 311-1 do código da pesca rural e marítima e a qualquer outra pessoa singular que exerça uma atividade profissional independente,

Verifica-se, pois, que o *redressement judiciaire*, instituto francês que se assemelha à recuperação judicial brasileira, está disponível a um rol amplo de legitimados, não se atendo à distinção entre empresário, e não empresário como destacado no direito concursal brasileiro. Portanto, o pressuposto subjetivo adotado pelo sistema francês tem como fundamento a preservação da atividade de empresa, a qual reconhecidamente é desenvolvida por outros sujeitos, os quais merecem a devida proteção em situação de crise.

5.3.4. O Direito Concursal Espanhol

O direito concursal espanhol era conhecido pelo seu forte caráter sancionador ao devedor, apresentando como a solução à crise medidas que implicavam na liquidação de bens do devedor, voltadas à satisfação das obrigações em favor dos credores:

La vinculación directa “situación de crisis económica-quiebra-eliminación” es un fenómeno relativamente reciente. [...] la moralización del procedimiento jurídico en las primeras épocas del Derecho de quiebras, y en el período inmediatamente posterior a la revolución burguesa, tenía más de sanción al empresario que de solución a los problemas económicos de su empresa. [...] “ha consistido en considerar perdedor al empresario que no ha sido capaz de producir a costes competitivos, y en permitir la resignación de recursos de un modo eficaz”¹⁰⁰.

Percorreu-se longo caminho até a implementação de soluções que visavam a superação da situação de crise do devedor. Com a reforma de 2003 no direito concursal espanhol, houve a promulgação da *Ley 22/2003*, a qual se baseou na necessidade de superar as regras arcaicas previstas na legislação concursal vigente que não mais refletiam a realidade social e econômica do país, bem como na necessidade de promover a unificação da legislação de direito civil e comercial previstas no Código de Direito Privado:

[...] Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su

incluindo uma profissão liberal sujeito a estatuto legislativo ou regulamentar ou cujo título esteja protegido, bem como qualquer pessoa colectiva de direito privado”.

¹⁰⁰ BISBAL MENDEZ, Joaquín. **La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, p. 29-33.

reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente (ESPANHA, 2003, Exposición de Motivos).

Antes da promulgação da *Ley 22/2003*, o direito concursal espanhol era previsto em variados diplomas normativos, a saber: *Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julho de 1922, Código de Comercio, Libro IV, Sección Primeiro, (II) Quiebras: Código de Comercio, Libro IV, artigos 1.017 y siguientes del Código de Comercio de 1829, y de uma forma genérica y subsidiaria por el Título XVIII del Código Civil*¹⁰¹.

As mudanças na legislação de insolvência da Espanha implicaram na unificação dos regimes concursais voltados aos comerciantes e não comerciantes, assegurando a unidade procedimental e a sistematização das regras atinentes ao concurso, permitindo a sua adequação a diversas situações e abrangendo as propostas de solução de enfrentamento da crise.

Nos termos da *Ley 22/2003*, o pressuposto objetivo para requerer a declaração de concurso é a própria insolvência do devedor, constatada quando o devedor não consegue cumprir regularmente suas obrigações exigíveis, sendo denominada de “*insolvencia actual*”. Por outro lado, quando o devedor prevê a impossibilidade de pagamento regular e pontual de suas obrigações, denomina-se de “*insolvencia inminente*”¹⁰².

A unificação de regimes concursais também implicou no fim da dicotomia entre comerciantes e não comerciantes. A Lei Concursal espanhola permite que qualquer devedor, seja pessoa natural ou pessoa jurídica, empresário ou consumidor, obtenha a proteção legal conferida pelos institutos concursais previstos na lei, ressalvadas as particularidades das regras jurídicas aplicáveis a cada um destes devedores. Não podem ter a insolvência declarada as entidades que integram a organização territorial

¹⁰¹ PASCUAL, Julián González. **El concurso de acreedores. Una nueva solución para las empresas insolventes**. Madrid: Ediciones Estudios Financieros, 2003.

¹⁰² Vide Artículo 2. Presupuesto objetivo. 3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

do Estado, os organismos públicos e outras entidades de direito público, consoante ao *Artículo 3*.

Nota-se que o pressuposto subjetivo para o direito concursal espanhol é amplo e tem por objetivo ser uma ferramenta voltada à proteção do mercado e do emprego, sendo indene de dúvidas que a legislação concursal espanhola se propõe a conferir soluções rápidas e eficazes à crise seja da pessoa natural ou pessoa jurídica, empresária ou não, reconhecendo o papel de cada sujeito nos âmbitos econômico e social do país.

Com efeito, cumpre destacar que a *Ley 22/2003* passou por alterações com promulgação do Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de maio, sendo denominado de “Texto Refundido de la Ley Concursal” e, atualmente, com a *Ley 16/2022*, de 5 de setembro, que entrou em vigor na data de 1º de janeiro de 2023, houve novas modificações com a unificação do procedimento de insolvência, sem implicar, contudo, na restrição do rol de legitimados.

Embora a legislação concursal brasileira não seja tão abrangente em seu pressuposto subjetivo para a incidência dos institutos voltados à superação da crise, há uma clara preocupação do legislador pátrio com os impactos da crise na economia e na sociedade, compartilhando de objetivos semelhantes ao da legislação concursal espanhola.

5.4. O direito concursal estrangeiro e o direito concursal brasileiro

Como visto acima, o direito comparado se apresenta como importante fonte de direito material, servindo como uma referência para o aprimoramento do direito nacional tendo como base a experiência de outros países em relação a normas e institutos similares.

Neste contexto, foi possível evidenciar que o direito concursal dos Estados Unidos, Portugal, França e Espanha também passaram por evoluções ao longo dos anos, acompanhando as alterações vivenciadas pela realidade do mercado e os impactos sociais, passando por momento de valorização do direito concursal voltado ao devedor em crise e, em outros momentos, privilegiando os credores e a satisfação dos créditos, como também ocorreu no direito concursal brasileiro.

Objetivamente, os institutos da recuperação judicial, ressalvadas as diferenças inerentes aos procedimentos recuperacionais ou de reorganização de cada ordenamento jurídico, são voltados à proteção da atividade econômica em situação de crise, quando devidamente demonstrada a sua viabilidade, e de seus variados reflexos nos âmbitos econômico e social de cada país.

O traço distintivo que se mostra de suma relevância ao presente estudo reside nos pressupostos subjetivos para a sujeição aos benefícios legais concedidos a quem busca este instituto, de modo a promover a superação da crise adstrita à atividade econômica. Constata-se que nas legislações estrangeiras, subsistem regras jurídicas voltadas à proteção daquele agente personificado ou não, empresário ou não, responsável pela circulação de riquezas, bens ou serviços, reconhecendo a sua função social, na medida em que os efeitos da crise, via de regra, ultrapassam as relações firmadas entre o devedor e seus credores.

No entanto, no Brasil, o critério subjetivo para a sujeição ao procedimento de recuperação judicial, previsto na Lei nº 11.101/2005, é vinculado ao conceito de empresário previsto no Código Civil de 2002, em seu art. 966, o qual, como visto, sofreu fortes influências do direito italiano de 1942, que manteve a dualidade entre a atividade civil e a atividade empresária.

Neste contexto, a legislação brasileira apresenta um sistema concursal restritivo, ao qual estão sujeitos somente àqueles que “exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, o que tem se mostrado na contramão à moderna tendência de alargamento do rol de legitimados à proteção do direito concursal e, além disso, tem se mostrado incompatível com a atual realidade do país que conta com inúmeros agentes econômicos que desenvolvem atividade que se assemelham a de empresa, embora não ostentem a qualificação como empresárias, a exemplo das associações civis com fins econômicos.

Nas lições de Paula Andrea Forgioni (2009), a empresa é agente econômico que exerce papel de relevância na economia e na sociedade, de modo que não há razões para que o direito concursal brasileiro não confira proteção legal ao agente econômico não empresário.

Com efeito, a ampliação do rol de legitimado do direito concursal brasileiro tem o condão de conferir plena eficácia ao princípio da preservação da empresa,

insculpido no art. 47 da LRJF. Se o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa com “a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, mas exclui da sua proteção legal os agentes econômicos que desempenham atividade que promovem função social similar à de empresa, por não se qualificarem no conceito restrito de empresário, há uma clara deficiência na lei a ser suprida.

Neste ponto, a legislação estrangeira se apresenta como um modelo que poderá servir de espelho para auxiliar o legislador pátrio na adequação da lei à realidade dos agentes econômicos que desenvolvem verdadeira função de empresa no mercado brasileiro, apesar de não se enquadrarem no conceito restritivo de empresário previsto no Código Civil, que serve de critério para fins de sujeição ao regime da recuperação judicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005.

Ressalva-se, no entanto, que o Judiciário brasileiro tem exercido relevante papel na correção de deficiências da Lei nº 11.101/2005, suprimindo suas lacunas no que se refere ao preenchimento dos critérios subjetivos e proteger as atividades de agentes econômicos, tal como as associações civis com fins econômicos, partindo de análise casuística.

Inobstante às críticas quanto à necessidade de superação da dicotomia entre empresa e atividade civil para a incidência da Lei de Recuperação e Falência, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, o direito concursal brasileiro se aproximou dos demais ordenamentos jurídicos analisados, incluindo, a possibilidade de o produtor rural, as associações que desenvolvem atividades futebolísticas, em caráter habitual e profissional, e as cooperativas médicas operadoras de planos de assistência à saúde, com os respectivos registros e em observância aos requisitos legais, requererem a recuperação judicial.

Sendo assim, a partir da experiência do direito estrangeiro foi possível constatar que a existência de pressupostos subjetivos amplos à propositura da recuperação judicial, contemplando outros agentes que não propriamente os empresários previstos na legislação brasileira, se mostra compatível com os objetivos do instituto que buscam promover o tratamento à crise da atividade econômica e de seus reflexos nos âmbitos social e econômico.

Portanto, resguardadas as diferenças entre as legislações que versam sobre o direito concursal, nota-se que, no Brasil, é possível e desejável o elastecimento da legitimidade ativa para a recuperação judicial, de modo a conferir eficácia ao princípio da preservação da empresa, protegendo as atividades econômicas de relevância para o mercado e para a sociedade, bem como dos inúmeros interesses envolvidos, servindo o direito comparado como uma importante ferramenta para fomentar o aprimoramento da legislação concursal nacional.

6. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO O PROCEDIMENTO DE SUPERAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA-FINANCEIRA E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA VIÁVEL

Como já destacado ao longo do presente trabalho, o Código Civil brasileiro se baseou na bipartição do direito privado para manter a distinção entre a figura do empresário e do não empresário, o que influi diretamente na percepção de sujeição aos institutos de superação de crise econômica previstos na Lei nº 11.101/2005.

A Lei nº 11.101/2005 apresenta como rol de legitimados a pleitear recuperação judicial, extrajudicial e falência o devedor qualificado como empresário, nos termos do art. 1º da legislação de regência.

Já o art. 2º da Lei nº 11.101/2005 apresenta o rol de entidades e sociedades que, assim como os não-empresários, estão excluídas da incidência da lei e, por consequência, impedidas de recorrerem, à recuperação judicial.

Ocorre que esta proibição se mostra genérica¹⁰³, não excluindo expressamente da proteção conferida pela Lei nº 11.101/2005 as associações com finalidades econômicas objeto do presente estudo.

Em análise perfunctória, parece que a exclusão das associações civis com finalidade econômica está em desacordo com os objetivos apontados pelo legislador para os institutos previstos na Lei nº 11.101/2005.

Neste cenário, indaga-se a possibilidade de abarcar as associações civis com finalidade econômica na posição do devedor empresário, de modo a conferir legitimidade a essas associações para o requerimento de recuperação judicial.

¹⁰³ Sobre o tema, ver BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Recuperação Judicial do Não Empresário**. In: Revista semestral de direito empresarial. nº 23 (julho/dezembro 2018), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 48.

Retomando o citado parecer do Senador Ramez Tebet, verifica-se que a Lei nº 11.101/2005 foi promulgada buscando a adequação do regime de insolvência brasileiro à realidade da economia que está em constante mudança:

[...] A lei deve guardar consonância com a realidade social e econômica da época em que é elaborada, prevendo estímulos a comportamentos desejáveis no futuro. Sobre a tentativa de moldar a sociedade ao desenho da lei deve prevalecer o movimento em sentido oposto: o conhecimento desenvolvido pelas ciências sociais deve ser integrado à lei, servindo-lhe de base. A lei deve espelhar o conhecimento do mundo, ao mesmo tempo que deve infundir, na dinâmica social, os valores sociais prevalecentes. O conhecimento do mundo progride, amplia-se e não estará nunca limitado ao círculo do conhecimento jurídico momentâneo (SENADO, 2004, p. 21)

Em mesmo sentido, José da Silva Pacheco aponta que o escopo da Lei nº 11.101/05 é de:

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". (PACHECO, 2006, p. 5).

Sendo assim, evidencia-se que objetivo da LRJF reside na possibilidade de superação de crise econômico-financeira do devedor voltada à preservação da atividade econômica desenvolvida e de sua função social. Em vista a estes objetivos, o presente estudo pretende analisar a possibilidade de se conferir interpretação ampliativa ao art. 1º da LRJF, destacando, desde já, a existência de lacunas na lei, tendo como fundamento os próprios objetivos previstos pelo legislador quando da sua promulgação.

Como visto acima, a LRJF deve ser interpretada de modo a adequar à realidade do mercado e da economia do país, sob o risco de se tornar ineficiente na consecução da finalidade almejada. Neste contexto, parece *contrario sensu* impedir que devedores que exercem atividades econômicas relevantes para o cenário econômico e social do país não se beneficiem da proteção legal conferida pela LRJF.

Adentrando no objeto de estudo do presente trabalho, constata-se que as associações com finalidades econômicas, à luz da atual Teoria da Empresa, não estariam qualificadas como devedoras empresárias, o que, *a priori*, impediria o ingresso de pedido de recuperação judicial em juízo.

A estas associações com finalidades econômicas, em caso de crise econômico-financeira, se socorreriam à concordata civil, prevista no revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), a qual já se mostrou ineficiente à preservação da atividade econômica, como se verá na sequência.

Neste cenário, o presente estudo pretende suprir as lacunas da Lei nº 11.101/2005 em conjunto com a Teoria da Empresa prevista no Código Civil, de modo que as associações com finalidades econômicas que desenvolvam atividades econômicas, ainda que sem o intuito lucrativo, possam ser abarcadas pela incidência das regras atinentes à recuperação judicial, mediante a ampliação do critério de legitimidade previsto na legislação de regência.

Ao final, pretende-se concluir pela possibilidade de requerimento de recuperação judicial por associações com finalidades econômicas, ampliando-se a interpretação do art. 1º da LRJF quanto à figura do devedor empresário, de modo a equalizar os objetivos do instituto de recuperação judicial às realidades do mercado.

7. A ineficiência da insolvência civil como instrumento de superação de crise econômico-financeira por associações civis com finalidade econômica

Como visto ao longo do presente estudo, o tratamento à crise econômico-financeira prevista na Lei nº 11.101/2005 é aplicável aos empresários individuais e sociedades empresárias, pela literalidade do art. 1º desta Lei. Àqueles devedores que não se enquadram nesta definição de empresário e que não dispõem de legislação especial regulamentando a situação de crise econômico-financeira, aplica-se o regime da insolvência civil.

A insolvência civil permanece regulamentada no Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973) e no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), limitando-se o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) a prever, em seu art. 1.052, que “até a edição de lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Reportando-se ao CPC/73, verifica-se que a insolvência civil está inserida no Livro II (Do processo de execução), Título IV (Da execução por quantia certa contra devedor insolvente), fazendo o nome clara referência aos objetivos do instituto: a

liquidação do patrimônio do devedor para a satisfação das dívidas perante os seus credores.

Com efeito, cumpre ressaltar que a própria dicção do CPC/15 já denota o caráter provisório da insolvência civil, que sequer foi objeto de atualização legislativa com a promulgação do CPC/2015, havendo nítida rejeição ao instituto que é relegado ao desuso. Segundo Daniel Bucar, há um desprezo social, no Brasil, pelo instituto:

Invariavelmente vista com desprezo social no Brasil, a insolvência civil terminou por padecer da mesma rejeição em doutrina jurídica. Poucos são aqueles que se aventuraram pelo seu estudo no direito brasileiro; e a matéria, por essa razão, é relegada a eventuais apostos desinteressados pela doutrina civilista, que, quando muito, vê-se compelida a enfrentar o 'embuste' ao tratar de excepcionais situações de burla ao crédito previstas no Código Civil. Quanto ao procedimento em si, coube aos processualistas sobre ele dissertar em passagens de pouca aplicação em capítulos de manuais. (BUCAR, 2017. p. 81).

A insolvência civil é procedimento de execução coletiva forçada, contando com 2 (duas) fases distintas. A fase cognitiva é destinada à verificação da insolvabilidade do devedor não empresário que poderá oferecer defesa por meio de embargos¹⁰⁴, quando se tratar de declaração de insolvência requerida por credor, e a fase executiva destinada à satisfação das dívidas com o patrimônio do devedor após a sentença constitutiva do estado de insolvência¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Há restrição legal às matérias de defesa a serem levantadas por meio dos embargos à execução:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 742. Será oferecida, juntamente com os embargos, a exceção de incompetência do juízo, bem como a de suspeição ou de impedimento do juiz.

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado;

II - penhora incorreta ou avaliação errônea;

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);

V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

¹⁰⁵ Essa sentença, embora tenha a função evidente de declarar um estado de fato do devedor (a insuficiência patrimonial para cobrir todas as dívidas) reveste-se, também, de preponderante eficácia

Para a declaração de insolvência civil devem ser observados 3 (três) principais requisitos, segundo Alexandre Freitas Câmara (2014): (i) ser devedor não-empresário; (ii) estar com insuficiência de ativo realizável para pagamento do passivo exigível, e (iii) a declaração por sentença judicial da situação de insolvência, sendo que este último prescinde da comprovação de inadimplência do devedor perante suas obrigações, adotando-se apenas o critério de insolvabilidade.

Além disso, o art. 750 do CPC/73 também aponta outros requisitos que presumem o estado de insolvência do devedor, a saber: não possuir bens livres e desembaraçados para nomear à penhora e o arresto de bens do devedor na forma dos incisos I, II e III do art. 813 do CPC/73¹⁰⁶.

Superada estas fases, declara-se o estado de insolvabilidade do devedor, instaurando-se o concurso universal de credores¹⁰⁷, com *vis atractiva* para todas as ações de cunho patrimonial em que o devedor figurar, sendo conduzidas pela figura do administrador nomeado pelo juízo em que tramita a insolvência civil.

Ademais, a declaração de insolvência implica no afastamento do devedor da administração dos bens, criando uma massa objetiva destinada à quitação das dívidas que será administrada pelo auxiliar do juízo, o administrador referido no art. 766 do CPC/73, a quem compete a arrecadação dos bens, a representação da massa em juízo, a conservação de bens e direitos da massa e a alienação dos bens.

Nota-se, pois, que a insolvência civil tem como finalidade precípua a preservação do patrimônio do devedor, se apresentando como uma “falência civil”¹⁰⁸,

constitutiva, criando uma situação jurídica nova para o devedor e para os credores. Basta dizer que, por força da sentença de insolvência, o devedor perde a administração e a disponibilidade dos bens e que os credores perdem os privilégios decorrentes das penhoras anteriores e são arrastados pela força atrativa do concurso universal. THEODORO JUNIOR, op. cit., p. 407.

¹⁰⁶ Os incisos do art. 813 do CPC/73 assim dispõem: Art. 813. O arresto tem lugar:

I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II - quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas.

¹⁰⁷ Excepcionam-se os créditos de natureza tributária, conforme previsão do art. 187 do CTN [Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento].

¹⁰⁸ O termo “falência civil” foi cunhado por Humberto Theodoro Júnior: O novo Código de Processo Civil, sob o nomen juris de ‘execução por quantia certa contra o devedor insolvente’, instituiu o concurso universal de credores com feição de verdadeira falência civil (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 404-408).

voltada ao pagamento das dívidas do concurso de credores, afastando o devedor da administração de seus bens até a liquidação total da massa, nos termos do art. 752 do CPC/73¹⁰⁹.

No procedimento de insolvência civil não há assembleia geral de credores para oportunizar que os credores analisem junto ao devedor os meios de superação da crise, com o pagamento dos créditos, ao contrário, somente após a verificação do quadro geral de credores que o devedor poderá propor aos credores a forma de pagamento das dívidas, dependendo da unanimidade para a aprovação da proposta, afastando-se do princípio da deliberação majoritária previsto no atual sistema concursal.

A exigência de unanimidade como quórum legal, evidencia que a insolvência civil foi desenvolvida para promover a execução coletiva do devedor que possui número limitado de credores, demonstrando que este instituto se mostra incompatível com a atual realidade de vários agentes econômicos não empresários que ostentam estruturas de funcionamento complexas.

Em paralelo ao regime concursal previsto na Lei nº 11.101/2005, verifica-se que a insolvência civil se aproxima da falência, com a qual compartilha características semelhantes, tais como: instauração de juízo universal (art. 762, § 1 do CPC/73 e 76 da LRJF), a arrecadação de bens (art. 751, II do CPC/73 e 108 da LRJF), o vencimento antecipado das dívidas (art. 751, I do CPC/73 e art. 77 da LRJF); a execução concursal (art. 751, III do CPC/73 e 149 da LRJF), a perda da administração de bens pelo devedor insolvente (art. 752 do CPC/73 e 103 da LRJF), a nomeação de auxiliar do juízo (art. 763 do CPC/73 e art. 99, IX da LRJF)¹¹⁰.

Apesar das semelhanças entre os institutos, a falência visa a “fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica”¹¹¹, enquanto a insolvência civil tem por objetivo a satisfação das dívidas, não havendo a preocupação com a preservação da

¹⁰⁹ Art. 752. Declarada a insolvência, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e de dispor deles, até a liquidação total da massa.

¹¹⁰ Nas palavras de Alexsandro Cruz de Oliveira: “Os efeitos oriundos da declaração de insolvência civil estão descritos no artigo 751 e 752 do Código de Processo Civil, sendo todos previstos também para a falência do devedor empresário ou sociedade empresária regulada na Lei n. 11.101/2005²³¹, ou seja, existe, neste ponto, uma manifesta congruência entre a falência “civil” e a falência “empresarial”. (OLIVEIRA, Alexsandro Cruz de. **A aplicação do instituto da recuperação judicial para as associações com fins econômicos: estudo de caso da recuperação judicial do Instituto Cândido Mendes**. São Paulo: Instituto brasileiro de ensino, desenvolvimento e pesquisa. 2021, p.89).

¹¹¹ Vide artigo 75, III da Lei nº 11.101/2005.

atividade econômica, evidenciada também pela impossibilidade de se valer de instrumentos legais, tal como a recuperação judicial, como meio de soerguimento da atividade¹¹².

A partir desta breve análise, é possível notar que a insolvência civil teve como cerne as dívidas contraídas por pessoas naturais, em que se pese ser aplicável aos agentes não-empresários que podem desenvolver atividades econômicas minimamente organizada¹¹³.

A ineficiência da insolvência civil como mecanismo de superação de crise das associações com fins econômicos é patente, visto que não tem o condão de preservar a atividade econômica viável, tão somente permite que o devedor não empresário evite a excussão de todo o seu patrimônio e, ainda, desconsidera que, diferentemente, de pessoas naturais, as associações contam com multiplicidade de credores, passivos de elevado monta, complexificando a possibilidade de evitar a sua liquidação.

Neste ponto, Emanuelle Urbano Maffioletti (2015) assevera que a insolvência civil é um mecanismo processual voltado para a liquidação das dívidas, proteção do direito de crédito e garantia de tratamento paritário, sendo frontalmente oposto à preservação da atividade econômica.

Retomando o Parecer nº 534 do Senador Ramez Tebet quando da aprovação do Projeto de Lei nº 71, de 2003, que se tornou a atual Lei nº 11.101/05, a ineficiência da concordata também foi utilizada como fundamento para a criação da recuperação judicial e extrajudicial:

Em lugar da atual concordata – um regime ao qual poucas empresas conseguem sobreviver e que tem como desfecho mais freqüente a decretação da falência – criam-se as opções da recuperação extrajudicial e da recuperação judicial (BRASIL, 2004, p. 20).

No atual cenário, existem associações com fins econômicos que desempenham importante papel social e econômico com o desenvolvimento de suas atividades. É *contrario sensu* não utilizar as mesmas regras jurídicas para pessoas jurídicas não empresárias, especificamente associações civis com fins econômicos,

¹¹² Neste ponto, relevante destacar a possibilidade de apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo de contestação de ação de falência promovida com fundamento no art. 94, inciso I da Lei nº 11.101/2005.

¹¹³ Humberto Theodoro Junior: O processamento da insolvência dessas pessoas jurídicas será feito segundo o mesmo rito preconizado para a execução concursal da pessoa natural. *Ibid.*, p. 443.

quando se constata a estrutura complexa que organismos econômicos podem ocupar no mercado.

Segundo entendimento de Ayoub e Cavalli (2013, p. 4), “não faz sentido algum manter, como fez o NCPC, o sistema de insolvência civil disciplinado pelo CPC/1973, tamanha a sua inadequação para atender os interesses de devedores e terceiros que se relacionem com um agente econômico insolvente”, recorrendo ao direito concursal norte-americano que os procedimentos análogos à recuperação judicial e falência são aplicáveis a todo e qualquer agente econômico.

À toda evidência, o instituto da insolvência civil não equaliza adequadamente os interesses que gravitam em torno das atividades econômicas desenvolvidas pelas pessoas jurídicas não-empresárias, tornando a insolvabilidade sinônimo de liquidação total do empreendimento em prejuízo à função social e econômica desempenhada por estes agentes, por esta razão faz-se necessário analisar as lacunas da Lei nº 11.101/2005 na tentativa de equacionar a solução da crise econômico-financeira das associações com fins econômicos e a preservação da atividade, tal qual como ocorre com o agente empresário.

8. As lacunas da Lei nº 11.101/2005: o tratamento da crise econômico-financeira dos agentes não empresários

Com bem elucidado ao longo do presente trabalho, o art. 1º da Lei nº 11.101/2005 atribuiu a aplicabilidade dos institutos de recuperação judicial, extrajudicial e falência aos empresários e sociedades empresárias, excluindo da sua incidência as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no art. 44 do CCB.

A adoção do sistema restritivo pela Lei de Recuperação e Falência, o qual se fundamenta na dualidade do agente empresário e não-empresário, parte da premissa de que a atividade econômica, organizada, profissional, destinada à circulação de bens e serviços para o mercado era desenvolvida somente pelos comerciantes – atualmente empresários, visando a alcançar resultado econômico.

No entanto, nem todos os agentes que desenvolvem atividade organizada produtoras de riquezas com a circulação de bens e serviços com pretensão à resultado econômico são classificadas como empresárias, nos termos do Código Civilista brasileiro. Evidencia-se, portanto, que subsiste manifesta incompatibilidade entre o atual contexto de mercado, em que há uma gama de importantes agentes

econômicos não-empresários que desenvolvem atividades econômicas de relevância social, e a realidade jurídica disponível para a proteção destes agentes em situações episódicas de crise econômico-financeira.

Essa discussão não é de todo recente. Vivante (1934) já destacava a necessidade de unificação de tratamento entre o devedor civil e o devedor comerciante, em vista não vislumbrar a existência de necessidade econômica e de crédito diversa entre esses agentes para o desenvolvimento de suas atividades, destacando, ainda, a irrelevância da distinção entre as atividades produtivas exercidas pelo devedor civil ou comercial para seus credores que se beneficiam da atividade produtiva em si.

No panorama atual, Paula Forgioni destaca a necessidade de se considerar o mercado como o objeto de estudo direito mercantil:

Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua dinâmica. De um lado um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, nos mercados (FORGIONI, 2009, p. 100-101).

Neste diapasão, para alguns autores como J. M. M. Proença (2007), o legislador deveria ter adotado o princípio da preservação da atividade produtiva, em razão da função social relevante desempenhada pela atividade econômica em si considerada, sem necessariamente estar voltada à finalidade lucrativa.

Na perspectiva deste autor, o critério distintivo aplicável ao direito concursal, que se baseia na teoria da empresa que traduz a dualidade entre empresário e não-empresários, é inapropriado dado a relevância social da atividade produtiva independentemente de qual agente a exerce:

Ao contrário da justificativa do Senado, entendemos que, como um dos objetivos da Legislação é a preservação da atividade produtiva, ele deve, em razão da função social, sempre que possível, ser buscado, por ser gerador de riqueza econômica, de emprego e de renda, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento econômico e social do País. A extinção da empresa (como atividade produtiva, e não pela natureza da atividade) provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis, como nome, reputação, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros (PROENÇA, 2007, p. 64-65).

Vale ressaltar que, na tentativa de corrigir estas incompatibilidades experimentadas pelo dualismo entre atividade comercial (empresarial) e civil, o aplicador do direito houve por bem optar pela incidência analógica das regras jurídicas próprias da falência às sociedades civis que, ainda que inscritas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desempenhavam atividade mercantil, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.108.831/PR¹¹⁴, de relatoria do Ministro Luis Fux, por meio do qual restou evidenciada a primazia da substância sobre a forma.

Segundo Araken de Assis e Edson Ribas Malachini (2001), a universalização objetiva e subjetiva da declaração de insolvência civil apresenta repercussões em variadas esferas, de modo que o Código de Processo Civil se mostra inadequado, exigindo a aplicação do então Decreto-Lei 7.661/1945 ao concurso.

Neste contexto, verifica-se que, no que se refere ao regime concursal civil e empresarial, a analogia vem sendo utilizada para suprir as lacunas legislativas, conferindo eficácia à finalidade pretendida pelo legislador na aplicação da lei.

Em recente parecer emitido por Sérgio Campinho em consulta realizada pela Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI (2007), a analogia também foi utilizada como instrumento para assegurar a verdadeira justiça, aproximando-se a aplicação das regras jurídicas à vontade presumida do legislador, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹¹⁵.

O processo analógico é integrativo e se vale de preceitos e princípios do próprio sistema jurídico em vigor para suprir as omissões e lacunas legislativas que surgem em decorrência da evolução dos fatos econômicos e sociais, por consequência das necessidades impostas pela nova realidade. Conforme destacado por Campinho (2007), o processo hermenêutico também se mostra adequado para se chegar ao excerto de lei que melhor atenda aos fins econômicos e sociais, fazendo uso dos métodos de interpretação racional e teleológico.

Sendo assim, ao se constatar que existem agentes econômicos como as associações civis que desempenham atividades econômicas e não se encontram contempladas no regime concursal da Lei nº 11.101/2005, mas tão somente à insolvência civil, torna-se evidente a lacuna que existe na Lei de Recuperação e

¹¹⁴ Como precedente acerca deste tema, tem-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.108.831/PR, de relatoria do Ministro Luis Fux, julgado em 23/11/2010 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.108.831/PR**, Rel. Min Luis Fux, 23 de nov. 2010).

¹¹⁵ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942).

Falências que, embora tenha adotado um sistema subjetivo de qualificação do agente, tem por finalidade precípua a preservação da atividade econômica e seus reflexos.

Neste ponto, destaca-se que, segundo a última pesquisa realizada pelo IBGE¹¹⁶, no ano de 2016, foram identificadas 237,0 mil Fundações Privadas e Associações Cíveis sem fins lucrativos que representaram 4,3% do total de organizações públicas e privadas, lucrativas e não lucrativas, ativas no país, sendo responsáveis por 2,3 milhões de pessoas ocupadas assalariadas (5,1% do total). Somente entre os anos de 2011 e 2016, houve um aumento de 45,7 mil novas entidades, o que evidencia a relevância destas organizações econômicas, na geração de riquezas, empregos, impostos, cumprindo verdadeira função social.

Por estas razões, o reconhecimento desta lacuna legislativa remete, mais uma vez, ao Parecer nº 540 do Senador Ramez Tebet que, franca com clareza, destacou que o desenho da lei se movimenta em direção à realidade social e econômica, devendo absorver as constantes mudanças:

A lei deve guardar consonância com a realidade social e econômica da época em que é elaborada, prevendo estímulos a comportamentos desejáveis no futuro. Sobre a tentativa de moldar a sociedade ao desenho da lei deve prevalecer o movimento em sentido oposto: o conhecimento desenvolvido pelas ciências sociais deve ser integrado à lei, servindo-lhe de base. A lei deve espelhar o conhecimento do mundo, ao mesmo tempo que deve infundir, na dinâmica social, os valores sociais prevalecentes. O conhecimento do mundo progride, amplia-se e não estará nunca limitado ao círculo do conhecimento jurídico momentâneo (BRASIL. **Parecer nº 534, de 2004**. Rel. Senador Ramez Tebet).

Neste sentido, a interpretação analógica a ser proposta permitirá que a Lei nº 11.101/2005 reflita a realidade econômica e social do país que conta com associações cíveis com fins econômicos com papéis de extrema relevância na geração de empregos, circulação de riquezas, desenvolvimento de atividades essenciais, possibilitando a estes agentes econômicos a proteção conferida pela recuperação judicial, com a consequente preservação a atividade produtiva e a sua função social e econômica no mercado.

¹¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil: 2016** /IBGE, Coordenação de Cadastro e Classificações. - Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

9. Análise de precedentes: a recuperação judicial da Casa de Portugal

A interpretação ampliativa da Lei nº 11.101/2005 vem sendo utilizada pelo Judiciário brasileiro como um mecanismo de saneamento de distorções das regras jurídicas, de modo a torná-las adequadas à realidade econômica e social do país.

Principalmente, quanto a recuperação judicial, a norma que dispõe acerca da legitimação ao instituto parece conferir interpretação restritiva aos agentes econômicos que poderiam gozar deste benefício legal, tornando-o disponível à figura do devedor empresário ou sociedade empresária.

No entanto, a situação de crise econômico-financeira é vivenciada por todo e qualquer agente econômico que se coloca no mercado, independentemente da clássica dualidade entre atividade empresária e atividade civil.

Neste contexto, agentes econômicos tipicamente não-empresários, com destaque para as associações civis com fins econômicos que são objeto do presente estudo, se submetem ao regime da insolvência civil que, como se viu, é ineficiente ao propósito de preservação da atividade produtiva.

É o caso da Casa de Portugal, Associação Sociedade Brasileira de Instrução, Instituto Cândido Mendes, Figueirense Futebol Clube, Hospital Evangélico da Bahia, Hospital Amparo Feminino de 1912 e Educação Metodista no Brasil, entre outras associações, que buscaram ao Judiciário para a solução de crise econômico-financeira por meio da recuperação judicial.

No atual contexto, já subsiste um rol extenso de associações com fins econômicos que obtiveram o deferimento do processamento da recuperação judicial, evidenciando a compatibilidade deste instituto com agentes econômicos não-empresários, nos termos do CCB. Para os propósitos do presente estudo, serão analisadas as razões que fundamentaram a decisão que deferiu a recuperação judicial da Casa de Portugal, posto que a foi a primeira associação a obter este benefício legal no país, se apresentando como importante precedente¹¹⁷ no âmbito do direito concursal brasileiro.

¹¹⁷ Adota-se o conceito de precedente como a decisão proferida em relação a um caso concreto que, individualizada, serve como parâmetro para outras decisões. A diferenciação entre precedente e jurisprudência reside ao aspecto coletivo desta última. Para Ronald Cramer: “A distinção entre precedente e jurisprudência é praticamente quantitativa. Precedente refere-se a uma decisão sobre um caso, ao passo que jurisprudência é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira observam, com propriedade, que a jurisprudência constitui o

Para tanto, um breve resumo do caso. A Casa de Portugal foi constituída como associação civil com caráter filantrópico e sem fins lucrativos, em 13 de junho de 1928, desenvolvendo atividade econômica voltada ao ensino (Colégio Sagres) e assistencial (asilo Solar Dra. Mariana de Matos Lopes e Hospital Comendador Gomes Lopes).

Na data de 22 de maio de 2006, ingressou perante o Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com pedido de recuperação judicial, o qual foi autuado sob o nº 0060517- 56.2006.19.0001, ao fundamento de que desenvolvia atividade econômica própria de empresa, em que se pese estar constituída sob a forma de associação civil, e que, em decorrência do inadimplemento dos convênios médicos, se encontrava em situação de crise econômico-financeira, o que vinha impactando diretamente na percepção de receitas provenientes da atividade econômica desenvolvida e, por via de consequência, no adimplemento de suas obrigações, tais como o pagamento dos salários de seus funcionários e das parcelas de empréstimos realizados para o fomento da atividade.

Em 14 de junho de 2006, o Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com a anuência do Ministério Público, deferiu o processamento da recuperação judicial da Casa de Portugal, em vista ao cumprimento dos requisitos legais previstos no art. 51 da Lei nº 11.101/2005.

Com efeito, seguindo o procedimento de recuperação judicial, na data de 11 de dezembro de 2006 é realizada a assembleia geral de credores para a deliberação acerca do plano de recuperação judicial apresentado pela devedora, o qual foi devidamente aprovado pelos credores presentes no conclave, sendo levado a homologação judicial, com opinião favorável do administrador judicial e do *Parquet* que requereu a apresentação das certidões negativas de débitos tributários (art. 57 da Lei 11.101/05¹¹⁸).

precedente reiterado. Os referidos autores, inclusive, demonstram a relação entre precedente, jurisprudência e súmula: 'Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da 'ratio decidendi' (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente - jurisprudência - súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas (Curso de direito processual civil, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p.487).'" (CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72-73).

¹¹⁸ Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

Na data de 19 de dezembro de 2006, o plano de recuperação judicial da Casa de Portugal é homologado pelo Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, com a dispensa da comprovação de quitação de débitos fiscais, em consonância ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da LRJF):

[...] Portanto, não faz sentido deixar de homologar o plano de recuperação judicial em questão. Ao contrário, não homologá-lo unicamente em razão da ausência de apresentação das certidões de quitação de débitos fiscais, violaria o princípio maior inserto no art. 47 da 11.101/2005. Ressalta-se que a recuperanda não tem débitos de natureza previdenciária, conforme certidão de fls. 2858, tendo também celebrado acordo de fls. 2859-2861 para quitação de débitos de FGTS.

Assim, considerando o interesse público consagrado pelo princípio da preservação da empresa, contido no art. 47 da Lei 11.101/05; mormente considerando o objeto social da recuperanda; considerando ainda a ausência de lei disciplinadora do parcelamento de débitos tributários de empresas em recuperação e considerando comprovada a viabilidade da empresa e o seu valor social em funcionamento, destacando-se que a sociedade existe há 78 anos, dedicando-se não só à prestação de serviços médicos-hospitalares, como a educacionais e de asilo, emerge recomendável a concessão da recuperação judicial na forma pleiteada (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Processo nº 0060517- 56.2006.19.0001. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro).

Diante desta decisão homologatória, o Ministério Público interpôs agravo de instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo provido o recurso para reformar a decisão que concedeu a recuperação judicial à Casa de Portugal sob o fundamento de que as disposições da Lei nº 11.101/2005 não se aplicam às associações civis, sendo o caso de recorrer ao procedimento de insolvência civil previsto no CPC/73.

Em sede de recurso especial, foi aplicada a teoria do fato consumado, consolidando, pelo decurso do tempo, a concessão da recuperação judicial à Casa de Portugal. No entanto, nota-se que na fundamentação do voto condutor, o Ministro Relator Fernando Gonçalves pontuou com precisão que a discussão travada é sobre a qualidade de empresária da devedora, destacando a relevante função social desempenhada pela associação civil, com a manutenção de hospital, asilo e colégio que representa por volta de 600 pessoas, disponibiliza mais de 100 leitos e fornece ensino para mais de 200 alunos, recolhendo anualmente R\$ 7.000.000,00 em impostos.

Neste diapasão, nota-se que, embora a decisão tenha aplicado a teoria do fato consumado, sem enfrentar diretamente às questões atinentes à legitimidade ativa prevista no art. 1º LRJF, a fundamentação com base na função social do agente econômico, evidenciou que a tutela jurídica pretendida com a recuperação judicial tem sustentáculo na preservação da atividade econômica viável, independentemente da forma adotada pelo agente, se empresário ou não-empresário.

Abandonou-se, portanto, os formalismos atinentes ao enquadramento do sujeito empresário previsto no Código Civil brasileiro para conferir eficácia aos objetivos atribuídos pelo legislador aos institutos da recuperação judicial, extrajudicial e falência, os quais também se fundamentam no corolário constitucional da livre iniciativa, da função social das empresas, da valorização do trabalho e do fomento ao empreendedorismo. Pela análise deste precedente, pode-se concluir que o Judiciário exerce papel relevante na correção de imprecisões da lei, conferindo eficácia aos institutos, por meio da adequação das regras jurídicas à realidade social e econômica.

É neste contexto também que surgem projetos de lei voltados à atualização das regras jurídicas às novas demandas da sociedade. O Projeto de Lei nº 10.220/2018 foi um dos primeiros projetos a se aventurar na modificação do critério de legitimação do regime concursal previsto na LRJF, trazendo a figura do agente econômico. Mas, em função da abrangência do termo “agente econômico” a proposta não prosperou, sendo, posteriormente, arquivada.

Merece também destaque o Projeto de Lei nº 1.397/2020, de iniciativa do Deputado Federal Hugo Leal, que foi apresentado com o objetivo de instituir medidas de caráter emergencial destinadas à prevenção da crise econômico-financeira de agentes econômicos, alterando, em caráter transitório o regime de recuperação judicial, extrajudicial e falência previstos na Lei nº 11.101/2005.

Já na descrição dos objetivos do Projeto de Lei, nota-se a tentativa do legislador em disciplinar o fenômeno econômico e social ocasionado pela pandemia da Covid-19, conferindo a legitimidade aos agentes econômicos (empresário e não-empresários) para se valerem do regime de recuperação e falência como instrumento de prevenção à crise.

Embora de caráter transitório¹¹⁹, as alterações propostas pelo Projeto de Lei representaram importantes avanços na superação do dualismo entre os empresários e não-empresários com a adoção do termo “agente econômico”, o qual representa “a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente suas atividades” (art. 2º, §1º), excluindo do alcance da lei somente as empresas que figurarem na relação de consumo (que foram alcançadas posteriormente pela Lei do Superendividamento).

Nesta mesma linha, o Projeto de Lei nº 1.262/2021, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, também apresenta proposta de ampliação de beneficiários da recuperação judicial, extrajudicial e falência para contemplar as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, empresárias ou não, incluídas, portanto, as sociedades simples, associações e cooperativas, nos termos do art. 167-Z¹²⁰.

Este Projeto de Lei vem para preencher uma importante lacuna na Lei nº 11.101/2005 que, mesmo com as alterações propostas pela Lei nº 14.112/2020, não modificou o rol de legitimados aos institutos da recuperação e falência.

Na exposição de motivos para o Projeto de Lei, destacaram-se as necessidades de unificação da insolvência civil e da falência, estendendo a recuperação judicial e extrajudicial aos devedores não empresário (aqui, incluídas as associações civis):

[...] Após a longa tramitação do PL nº 4.376/93, que veio a se converter, decorridos mais de onze anos, na nova Lei de Recuperação e Falência de Empresas no Brasil – a Lei nº 11.101, publicada em 9 de fevereiro último, nos sentimos na obrigação de apresentar esta proposição, com o intuito de preencher uma importante lacuna que, infelizmente, persistiu na nova lei, qual seja, a unificação da insolvência civil e da falência, estendendo também os benefícios das recuperações judicial e extrajudicial aos devedores não-empresariais, incluindo as cooperativas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, p. 3)

O Projeto de Lei nº 1.262/2021 ainda não foi aprovado, mas caso o seja, reforçará o entendimento de que a proteção conferida pela Lei nº 11.101/2005, em realidade, é voltada à proteção da atividade econômica e seus inúmeros reflexos, independentemente do agente econômico que a exerce, se empresário ou não.

¹¹⁹ Instituiu as medidas de caráter emergencial que somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

¹²⁰ Art. 167-Z. As sociedades simples, as associações, as fundações e as pessoas físicas não-empresárias sujeitam-se, na recuperação judicial, extrajudicial e na falência, ao regime da presente Lei.

Enquanto não há esta ampliação do rol de legitimados à recuperação judicial, extrajudicial e falência, compete ao aplicador do direito buscar o preenchimento das lacunas da lei para garantir a sua adequação à realidade econômica e social do país. É neste contexto que o presente estudo se insere, pretendendo demonstrar que as associações civis com fins econômicos desenvolvem atividade que carecem da tutela jurisdicional prevista na Lei nº 11.101/2005, tendo em vista que o bem jurídico a ser protegido é a atividade econômica em si.

10. A tutela das atividades econômicas viáveis desenvolvidas pelas associações civis com fins econômicos pela Lei nº 11.101/2005

Como visto acima, as associações civis com fins econômicos não gozam de regulamentação adequada para as situações de crise econômico-financeiras. O regime da insolvência civil se mostrou ineficiente para salvaguardar a atividade produtiva e os reflexos sociais e econômicos a ela inerentes, sendo verdadeiro procedimento liquidatório que visa a satisfação dos créditos do devedor.

Neste contexto, se faz necessário analisar se a Lei nº 11.101/2005 que tem por finalidade “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”, nos termos de seu art. 47, poderá ser aplicada supletivamente às associações civis com fins econômicos.

Inicialmente, cumpre rememorar que as associações civis com fins econômicos não estão contempladas no conceito de empresário individual e de sociedade empresária (art. 1º da LRJF), mas tampouco foram expressamente excluídas da incidência da Lei nº 11.101/2005, conforme se verificar do teor do art. 2º.

No entanto, as associações com fins econômicos vêm se organizando, sob o ponto de vista econômico, com verdadeiras estruturas de empresa. Apesar de não distribuírem lucros entre seus associados, estas associações se destacam pelo desenvolvimento de atividades economicamente organizadas para a produção e circulação de bens e serviços, gerando riquezas e se destacando pelos reflexos sociais inerentes à atividade.

Mais uma vez, destaca-se que a ausência de finalidade lucrativa não impede que as associações com fins econômicos percebam lucro com o desenvolvimento da atividade econômica. Pelo contrário, com a atividade econômica, as associações esperam, assim como qualquer outro agente voltado ao mercado, experimentar o superávit financeiro e o crescimento patrimonial, a ser vertido em favor do próprio ente.

Antes de adentrar na norma de legitimação para a recuperação e falência, compete ressaltar que a própria Lei nº 11.101/2005 contém previsão de aplicação supletiva de suas regras voltada ao devedor em crise econômico-financeira, permitindo que outros agentes econômicos que carecem de regulamentação legal da situação de crise se valham de seu escopo de proteção, conforme previsão do art. 197 da referida lei¹²¹.

Filiando-se ao entendimento esposado por Alexsandro Cruz de Oliveira quanto à Lei nº 11.101/2005 ocupar a posição de “lei geral” para o tratamento da insolvência dos agentes econômicos, independentemente da qualificação em empresário:

A partir disto, pode-se inferir que a Lei no 11.101/2005 funciona como espécie de “lei geral” para tratamento da insolvência de agentes econômicos, na medida em que já é expressamente prevista para crise do empresário e da sociedade empresária e ainda tem aplicação supletiva a regramentos legais que dispõe acerca da crise de outros agentes com atividades/roupagens jurídicas diversas.

É dizer, se é legalmente possível à aplicação supletiva da Lei no 11.101/2005 para agentes econômicos que são submetidos a regramento jurídico próprio, seria verdadeiro contrassenso vedar sua aplicação para outros agentes econômicos que sequer dispõem de legislação específica para tratamento de sua crise (ou legislação insuficiente) (OLIVEIRA, 2021, p. 102-103).

Ainda, nota-se que tampouco a previsão do art. 198 da LRJF¹²² tem o condão de excluir as associações com fins econômicos da incidência supletiva desta lei, na medida em que os entes associativos estão sujeitos ao regime de insolvência civil, referenciado como a concordata civil.

¹²¹ Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 (BRASIL, 2005).

¹²² Art. 198. Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta Lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta Lei.

Neste ponto, em que pese a aplicação supletiva da Lei nº 11.101/2005 a outros agentes econômicos, faz-se necessária a análise da norma de legitimação à recuperação e falência, prevista no art. 1º da LRJF, a qual dispõe: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

Por meio de simples leitura, parece indicar pela impossibilidade de as associações civis com fins econômicos se beneficiarem da incidência da Lei de Recuperação e Falência por não se enquadrarem no conceito de empresário e sociedade empresária.

Os critérios de qualificação propostos por Cássio Cavalli (2023) elucidam a diferença conceitual entre a qualificação de empresário e a qualificação de empresarialidade da atividade, incidindo sob a norma de legitimação para a falência e recuperação a qualificação empresarial da atividade.

Segundo o autor, a qualificação de empresarialidade, nos termos do Código Civil, se fundamenta prioritariamente nos critérios quanto à atividade econômica declarada no objeto social ou ao setor da economia ao qual a atividade se insere, ao local de registro do ato constitutivo e à forma societária adotada (CAVALLI, 2023. p. 26).

Partindo-se pelo primeiro critério, alguns apontamentos devem ser feitos. A qualificação de empresarialidade com base na atividade econômica desenvolvida não tem, por si só, o condão de classificar as associações com fins econômicos em não-empresariais. Isso porque, assim como as sociedades empresárias, as associações também desempenham atividades econômicas, organizadas, voltadas à circulação de bens e serviços que podem promover determinado benefício econômico.

O exemplo de maior destaque são as atividades desenvolvidas pelas associações futebolísticas¹²³, as quais, a critério do legislador, foram legitimadas a ingressarem com pedido de recuperação judicial, o que reforça que a atividade econômica desenvolvida não serve como traço distintivo suficiente para retirar a empresarialidade das associações com fins econômicos, na medida em que a

¹²³ Por meio da alteração incluída pela Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021, a associação que desenvolva atividade futebolística em caráter habitual e profissional será considerada como empresária, a partir da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, nos termos do art. 971, parágrafo único do Código Civil [Lei nº 10.406/2002].

atividade econômica se mostra senão idêntica, muito semelhante à desenvolvida pelas sociedades empresária.

Em relação ao segundo critério, cumpre observar que a forma societária não é suficiente para se sobrepor a atividade efetivamente desenvolvida, seja para fins de qualificação empresarial ou para legitimar a falência ou a recuperação.

Neste contexto, interessante lembrar a sociedade simples que, apesar de ser alocada para o desenvolvimento de atividade não-empresarial, caso apresente elementos de empresa, passará a ser qualificada como empresarial. É o que ocorre quando quem desenvolve atividades intelectuais, tais como os médicos, abandonam o caráter personalíssimo da profissão, introduzindo elementos de empresa, ficando reconhecida a empresarialidade, nos termos da parte final do art. 966, parágrafo único do CCB.

No entanto, a qualificação de empresarialidade com base exclusivamente nestes critérios apontados não se mostra suficiente para respaldar a impossibilidade de agentes que desenvolvem atividades econômicas organizadas da incidência das normas jurídicas previstas na Lei de recuperação e Falência, tal como ocorre com as associações civis com finalidade econômica.

Segundo Cavalli (2023), mesmo o rol de tipos societários que podem ser qualificados empresarialmente, previsto no art. 983 do CCB, não pode ser considerado como fator limitante para o reconhecimento do exercício de atividade empresarial pelo ente associativo, posto que seria meramente exemplificativo.

Compete lembrar que já é amplamente aceito o reconhecimento da empresarialidade por meio do exercício da atividade econômica, independentemente de o agente estar registrado na Junta Comercial, servindo o registro meramente como critério de regularidade.

Nos termos dos Enunciados nº 198 e 199 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, "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". Verifica-se, pois, que "a inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delimitador de sua regularidade, e não de sua caracterização". Como exemplo tem-se

a figura do produtor rural que, com as alterações proposta pela Lei nº 14.112/2020, pode comprovar o exercício da atividade econômica empresarial há mais de 2 (dois) anos para fins de legitimação ao instituto da recuperação judicial, independentemente da data em que foi realizado o registro na Junta Comercial¹²⁴.

Esta relativização do critério de registro como forma de atribuir ao agente a qualidade jurídica empresarial, aponta, mais uma vez, a direção da lei em privilegiar a substância sobre a forma, valorizando-se a atividade econômica desenvolvida pelo agente.

Nesta toada, é possível concluir que a qualificação empresária com base exclusivamente nestes critérios apontados, quais sejam: (i) atividade econômica declarada no objeto social ou ao setor da economia ao qual a atividade de insere, (ii) o local de registro do ato constitutivo e (iii) à forma societária, não se mostra suficiente para respaldar a impossibilidade de agentes que desenvolvem atividades econômicas organizadas da incidência das normas jurídicas previstas na Lei de recuperação e Falência, tal como ocorre com as associações civis com finalidade econômica.

Em que se pese a relevância dos critérios analisados, após a difusão do entendimento doutrinário quanto à possibilidade de as associações desempenharem atividades econômicas, o principal traço distintivo apontado para diferenciá-las das sociedades e, por consequência, manter a distinção empresária e não empresária, se torna o objetivo de distribuição de lucros, na forma de dividendos.

No entanto, da leitura do art. 981 do CCB¹²⁵, depreende-se que a distinção entre sociedades e associações reside no fato de que àquelas celebram contrato de sociedade que prevê “a partilha, entre si, de resultado”. Em momento algum, o legislador apontou que a qualificação empresarial está atrelada à distribuição de lucro¹²⁶, reforçando o papel de destaque que o legislador conferiu à atividade produtiva, o que poderia respaldar a conclusão de que as associações que

¹²⁴ A discussão acerca da empresarialidade do produtor rural foi submetida à julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do recursos repetitivos, sendo firmada a tese de que: “Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro” (BRASIL. Tema Repetitivo 1.145, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça).

¹²⁵ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

¹²⁶ COMPARATO, 1990, p. 25-36.

desenvolvem atividades econômicas são qualificadas dentro do critério de empresarialidade.

Recorrendo às lições de Cássio Cavalli, o autor pontua com clareza a fragilidade do argumento voltado à empresarialidade por meio da obtenção do lucro, destacando as cooperativas – que seriam simples por previsão legal¹²⁷ - podem obter lucro e distribuí-los sob a forma de pecúnia:

De igual modo, se a efetiva obtenção de lucro um atributo da empresarialidade, a constatação de prejuízos e, portanto, de ausência de lucros, impediria que se reconhecesse a qualificação empresarial de empresas insolventes, que não se legitimariam à falência e à recuperação. Daí reconhecer-se que o lucro, mesmo quando vagamente descrito, não integra a *fattispecie* do empresário [...] (CAVALLI, 2023, p. 60).

Nota-se, pois, que o caráter lucrativo na caracterização da atividade econômica para fins de qualificação da empresarialidade é “critério supérfluo”¹²⁸, que não está adstrito à figura de fato do empresário, na medida em que a finalidade econômica pode representar desde o escopo de obter lucro até o crescimento patrimonial.

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de as associações atuarem com economicidade, sendo este critério atributo da atividade que “resulta justamente de sua finalidade de produzir riquezas, ainda que inexista, em algumas delas, escopo lucrativo, isto é, ainda que não se tenha por fim mediato a partilha dos resultados”¹²⁹.

Novamente, as associações permanecem abarcadas no critério de economicidade, seja da perspectiva de geração de riquezas ou da percepção de equilíbrio de receitas e despesas, posto que estas características são inerentes à própria atividade econômica.

Neste contexto, é possível constatar que a ausência de finalidade lucrativa das associações que desempenham atividades econômicas não tem o condão de fundamentar a sua exclusão do regime próprio da lei de recuperação e Falência, visto que “a Lei nº 11.101/2005 não tem o condão de recuperar a atividade “lucrativa” e sim a atividade viável” (OLIVEIRA, 2021, p. 109).

¹²⁷ Reportar-se ao art. 982, parágrafo único do CCB: Art. 982. 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.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

¹²⁸ Sobre o tema da superfluidade do escopo lucro, ver GALGANO, Francesco. *Diritto privato*, 12. Ed. Padova: CEDAM. 2004, p. 458.

¹²⁹ CAMPINHO, 2018, p. 26.

Mais do que isso, a exclusão das associações com fins econômicos da incidência da Lei nº 11.101/2005 também cria uma distorção em termos de competitividade no mercado, em razão de expor à falência somente os agentes empresários, à luz da definição do art. 966 do CCB, enquanto as mesmas atividades são desempenhadas pelo ente associativo¹³⁰.

Portanto, a qualificação da empresarialidade segundo o escopo lucrativo mostra-se precária e não sustenta a exclusão das associações com fins econômicos da tutela jurisdicional prevista na Lei nº 11.101/2005 que, repise-se, tem como finalidade a preservação da atividade econômica viável, devendo prevalecer a noção de primazia da substância sobre os critérios formais ultrapassados da empresarialidade como sinônimo do sujeito empresário, de modo a permitir o pedido de recuperação judicial por associações com fins econômicos.

¹³⁰ Segundo Fábio Ulhôa Coelho, “muitas associações e fundações exploram atividade comercial ou de prestação de serviços para gerarem receita destinada ao custeio de seus fins não econômicos. Isto, contudo, dá ensejo a algumas distorções na competição. Essas pessoas jurídicas podem servir, indevidamente, à exploração de atividades empresariais, sem ficarem expostas às graves consequências da falência”. (COELHO, 2011, p. 12).

11. CONCLUSÃO

No presente estudo, buscou-se analisar as premissas que sustentam o direito concursal brasileiro para confirmar se as evoluções que vêm sendo implementadas com a interpretação extensiva do art. 1º da Lei nº 11.101/2005, que dispõe acerca da legitimidade para a recuperação judicial, extrajudicial e falências, estão em conformidade com os objetivos da Lei de Recuperação e Falência.

A Lei nº 11.101/2005 adotou o sistema restritivo fundado na falaciosa afirmativa de que somente os empresários e sociedades empresárias desenvolvem atividades econômicas, com reflexos na economia e no âmbito social, com a geração de riquezas e postos de trabalho, de modo a conferir somente a estes sujeitos qualificados como empresários, quando em situação de crise econômica, a prerrogativa de buscar a proteção legal conferida pela Lei de Recuperação e Falências.

Neste contexto, pretendeu-se reunir os elementos capazes de permitir a análise acerca da implementação das regras jurídicas próprias da recuperação judicial de empresas a outros agentes econômicos – ainda que não empresários – que se encontram em situação de crise econômico-financeira, a partir da análise do ordenamento jurídico, aplicando-se a interpretação analógica para conferir plena eficácia à finalidade precípua da lei: a preservação da atividade econômica e seus reflexos.

Para tanto, o estudo se iniciou com a análise acerca do conceito e principais características das associações de direito privado, com e sem fins econômicos, bem como das sociedades empresárias, no intuito de identificar os pontos de conexão e, principalmente os traços distintivos, que corroboram ao tratamento diferenciado conferido a elas pelo direito concursal brasileiro. Concluiu-se que, em que se pese as duas organizações se caracterizem pela união de esforços para o alcance de objetivo comum, podendo as associações com fins econômicos, assim como ocorre nas sociedades empresárias, desenvolver atividades econômicas para alcance de seu fim, o principal traço distintivo entre essas associações e as sociedades empresárias reside na possibilidade de estas distribuírem lucros aos seus sócios.

Neste contexto, constatou-se que o desenvolvimento de atividade econômica não é exclusivo dos empresários e sociedades empresárias, podendo ser desenvolvida também por associações civis. Por esta razão, a partir do estudo da teoria da empresa que é a base para a norma de legitimação para a recuperação

judicial, constatou-se estar diante de um sistema jurídico ultrapassado que se baseia ainda na dualidade entre empresário e não empresário, sendo este o critério distintivo previsto na Lei nº 11.101/2005 para legitimar ou não à propositura do pedido de recuperação judicial.

Com efeito, buscou-se o mecanismo do direito comparado, partindo-se do estudo do direito concursal dos Estados Unidos, Portugal, França e Espanha, de modo a identificar os pressupostos objetivos e subjetivos que regem os institutos voltados à insolvência nestes países. A partir desta análise, constatou-se que os direitos concursais estrangeiros, assim como o direito concursal pátrio, estão voltados à superação da crise, com a preocupação de minimizar os reflexos desta crise na economia e na sociedade. No entanto, quanto aos pressupostos subjetivos, notou-se que o direito concursal estrangeiro, especificamente em relação ao direito concursal dos países estudados, permite a um rol amplo de devedores o acesso à proteção legal própria da insolvência, reconhecendo o papel de relevância dos agentes econômicos, pessoas naturais ou jurídicas, empresários ou não.

Neste contexto, o direito concursal brasileiro aparenta seguir à contramão do direito concursal moderno, permanecendo com o sistema restritivo que se baseou na dualidade do Código Civilista Italiano da década de 1940, não refletindo o atual contexto social e econômico do país.

A partir desta premissa, o estudo realizado verificou que as associações civis com finalidade econômica, assim como os empresários e as sociedades empresárias, se apresentam como importantes agentes de mercado, sendo responsáveis pela geração de riquezas, postos de trabalho, desempenhando verdadeira função social, as quais se encontram em consonância ao princípio da preservação da empresa previsto no art. 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

Em que se pese as associações civis com finalidade econômica apresentarem estruturas tal qual aos empresários e às sociedades empresárias, permanecem, em situações de crise econômico-financeira, sujeitas ao regime da insolvência civil previsto no Código de Processo Civil de 1973, que tem como finalidade a proteção do patrimônio do devedor para pagamento das dívidas, sendo verdadeiro regime liquidatório que não se coaduna com a preservação da atividade econômica produtiva e com a proteção constitucional da ordem econômica.

Neste ponto, buscou-se analisar o arcabouço principiológico da Lei nº 11.101/2005 para entender as premissas para a aplicação das regras jurídicas atinentes à recuperação judicial, perpassando a análise pelos princípios da preservação da empresa e sua função social, princípio da separação entre empresa e empresário e os princípios recuperação de empresas viáveis e liquidação das empresas não recuperáveis.

A partir deste cotejo, verificou-se que os princípios da função social e da preservação da empresa vêm sendo utilizados como um dos principais fundamentos pelos Tribunais pátrios para justificar a proteção da atividade econômica desenvolvida por outros agentes econômicos não enquadrados na qualificação de empresário proposta pelo Código Civil. Adentrando na experiência do Judiciário com o deferimento de recuperação judicial de associações com finalidades econômicas, analisou-se brevemente o *leading case* da recuperação judicial da Casa de Portugal.

Sendo assim, partindo da análise dos artigos 1º e 2º da Lei nº 11.101/2005, que dispõe sobre a legitimidade para o ingresso de pedido de recuperação judicial em Juízo, em consonância aos princípios basilares da Lei, verificou-se que o instituto da recuperação judicial é destinado à preservação da atividade econômica viável e como tal, exerce relevante papel na manutenção e retirada de agentes econômicos do mercado, sendo um contrassenso fundamentar a norma de legitimação ao instituto de recuperação judicial na ultrapassada dicotomia entre empresário e não empresário, a qual já não reflete a realidade do mercado e dos agentes que nele atuam.

Nota-se, portanto, que subsiste uma lacuna legal a ser preenchida na Lei de Recuperação e Falências quando determinados agentes que desenvolvem atividades econômicas idênticas as de empresas, à exceção da distribuição de lucros, não gozam deste benefício legal e são retirados do mercado, ainda que diante do desenvolvimento de atividade economicamente viável, ocasionando impactos nos âmbitos social e econômico, em completo descompasso com o sistema concursal brasileiro.

Como visto ao longo do estudo, a qualificação da empresarialidade segundo o escopo lucrativo mostra-se precária e não sustenta a exclusão das associações com fins econômicos da tutela jurisdicional prevista na Lei nº 11.101/2005 que tem como finalidade a preservação da atividade econômica viável, a qual é desenvolvida por

agentes empresários e não empresários contribuindo com o desenvolvimento da economia e da sociedade brasileira.

No caso das associações com fins econômicos, em que se pese não ostentarem a forma empresarial, nos termos do Código Civilista, têm desenvolvido atividades econômicas voltadas à circulação de bens e serviços que geram resultados impactos econômicos e sociais, assemelhando-se à própria empresa, mas se sujeitam ao regime da insolvência civil previsto no Código de Processo Civil de 1973 que, como se viu, é ineficiente ao propósito de promover a superação da crise econômico-financeira.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de pedido de recuperação judicial de associações civis com fins econômicos, devendo prevalecer a noção de primazia da substância – desenvolvimento de atividade econômica com a circulação de bens e produtos no mercado - sobre os critérios formais ultrapassados que mantêm a dicotomia entre agente empresário e não empresário como pressuposto de legitimidade ao instituto da recuperação judicial, tornando o princípio da preservação da empresa consubstanciado na proteção da atividade econômica viável e de seus reflexos sociais econômicos inócuos frente à crise econômica do devedor não empresário, sendo recomendável o uso da analogia como mecanismo capaz de permitir ampliação da incidência do art. 1º da Lei nº 11.101/2005 às associações civis com fins econômicos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada por Carlos Henrique Abrão, São Paulo, LEUD, 1997, p. 306-307.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Disposições finais e transitórias**. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei no 11.101/2005: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AGHION, Philippe. **The economics of bankruptcy reform**. *Journal of Law, Economics and Organization*. 1992, v. 8, issue 3, p. 523-546.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. **Aspectos da teoria jurídica da empresa**. *Revista de Direito Mercantil*, n. 119, p. 236-254, jul./ set., 2000.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. **Anotações sobre o princípio da função social da empresa na doutrina brasileira**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. Vol. 153-154, Ano XLIX (nova série), jan/jun 2010.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do Direito comparado: elementos de introdução geral ao estudo comparado de direitos**. Trad. Sergio José Porto. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

ANDRADE, Thiago Pinho de. **Empresa, responsabilidade e função social**. Curitiba: CRV, 2016.

ARDUIN, Ana Lúcia Alves da Costa. **A Teoria Jurídica da Empresa no Direito Brasileiro: Do Comércio à Atividade Empresária, Empresa e Estabelecimento, Empresário Individual, EIRELI, Sociedades Empresárias e o Regime Jurídico do Empresário**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1947.

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Trad. Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109, out./dez.1996.

_____, Alberto. *Profili dell' impresa*, *Rivista Dei Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil*, v. 35, nº 104, out.-dez. de 1996, p. 109.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral – Institutos fundamentais**. V. 2, t. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBIERI, Felipe Anuseck. **A possibilidade de transformação de associação em sociedade empresária**. Orientador: Ana Cristina Von Gussek Kleindienst. 46 f. 2019. Dissertação (LLMem Direito Societário) - Insper, São Paulo, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001.

_____, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARUFALDI, Wilson Alexandre. **O princípio da preservação da empresa na recuperação judicial: Conteúdo e deveres de medida**. Revista Jurídica Empresarial, São Paulo, ano II, nº 10, p. 109-154, set.-out. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1989.

BELNOSKI, Alexandre Marilac; PRATES, Pamela Varaschin. **O conceito de empresa no direito brasileiro a partir de uma análise econômica do direito**. In: Revista Semestral de Direito Empresarial, nº 17, Rio de Janeiro: Processo, 2007, p. 285-311.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNIER, Joice Ruiz. **Administrador Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova lei de recuperação e falências comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Recuperação Judicial do Não Empresário**. In: Revista semestral de direito empresarial. nº 23 (julho/dezembro 2018), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 39-68.

BISBAL MENDEZ, Joaquín. **La empresa en crisis y el derecho de quiebras: una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

BOZZI, Claudemir Lopes. **John Locke e o conceito de propriedade**. Judicare – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Alta Floresta, Alta Floresta, v. 7, n. 1, p. 143-155, 2015. Disponível em: http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/138/public/138-599-1-PB.pdf. Acesso em 10 abr. 2023.

BRASIL, **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994**. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. **Lei nº 14.112, de 23 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____, **Projeto de Lei Nº 634/1975**. Instituiu o Código Civil. Transformado na Lei Ordinária 10.406/2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15675>. Acesso em: 02 de set. 2023.

_____, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara PLC 71/2003. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. (Volume - VII) (Urgência e Turno Suplementar). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63304>. Acesso em 1 de janeiro de 2024

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.857/2019**. Dispõe sobre plano geral de reorganização e regularização de dívidas de pessoas físicas e jurídicas não empresárias e institui o processo de recomeço econômico-financeiro. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=221854>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.590/2017**. Estabelece o procedimento de recuperação judicial de pessoas físicas, altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para atribuir a competência dos Juizados Especiais Cíveis para processar e julgar a recuperação judicial da pessoa física nos termos e condições que especifica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=213645>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.262/2021**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para dispor sobre a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, empresárias ou não, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=227713>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.220/2018**. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=217492>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.397/2020**. Institui medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; que somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (Reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pelo covid-19); e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=224266>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 198**. 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. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/382>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 199**. A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/384>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 534**. As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/145>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 534**. As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/145>. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 2 de jan. 2024.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2024.

_____. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. **Lei. nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em dez.2023.

_____. **Parecer nº 534, de 2004**. Sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 71, de 2003 (nº 4.376/93, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência de devedores pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica regida pelas leis comerciais, e dá outras providências. Rel. Senador Ramez Tebet. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em jan. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.108.831/PR**, Rel. Min Luis Fux, 23 de nov. 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221108831%22%29+ou+%28RESP+adj+%221108831%22%29.suce>. Acesso em jan. 2024.

_____. **Tema Repetitivo 1.145**, Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1145&cod_tema_final=1145. Acesso em jan. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais, Sociedades Cíveis e Sociedades Cooperativas, Empresa e Estabelecimento Comercial**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

BUONOCORE, Vincenzo. **L'impresa. Trattato di diritto commerciale**. Turim: Giapichelli, 2002. t.2.1, p. 66.

BURANELLO, R. M. **Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio: regime jurídico**. Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2011.

_____, Renato; FAILLA, Wilson; **Regime jurídico do produtor rural e o instituto da recuperação judicial**; Revista de Direito Empresarial Rede, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (coord.). Ano 4, Edição n. 20, São Paulo: Ed. RT, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Altas, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____, Sérgio. **Parecer: Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI**, através do Escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – Advogados Associados, fórmula consulta acerca da possibilidade de obter proteção judicial, por meio do instituto da recuperação judicial, a fim de poder enfrentar e superar a crise econômico-financeira que tem vivenciado. 2 de abril de 2020.

_____, Sérgio. **Recuperação Judicial de Associação com Finalidade Econômica**. In: Revista semestral de direito empresarial. nº 23 (julho/dezembro 2018), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-38.

_____, Sergio; **Curso de Direito Comercial: falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Livro Quinto, Da falência e da concordata preventiva**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A. 5 ed. 1955.

CAVALLI, Cássio. **A legitimação para a recuperação judicial e a falência: comentários ao art. 1º da Lei 11.101/2005**. 2ª ed. São Paulo: Agenda Recuperacional Editora, 2023.

_____, Cássio. **Direito Comercial: Passado, Presente e Futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____, Cássio. **Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

CEREZETTI, Scheila Neder. **A recuperação judicial de sociedades por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de recuperação e falência**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

_____, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Fotografias de uma década da Lei de Recuperação e Falência**. In. Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015.

COASE, Ronald. **The nature of the firm**. *Economica*, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 10 abr. 2023.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: parte geral**. vol. I, 3ª ed., rev., São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, v. 1., 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**, v. 3 17ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

_____, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. v. 3m 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial**, 13ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Fábio Ulhôa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011. COLLMANN, Isabella Maria: **Um breve comparativo entre a nova e a velha Lei de Falências e seus aspectos positivos e negativos**. [S.l.]. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46748/um-breve-comparativo-entre->

-nova-e-a-velha-lei-de-falencias-e-seus-aspectos-positivos-e-negativos. Acesso em 10 abr. 2023.

COMPARATO, Fábio Konder. **A reforma da Empresa**. In: Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 81, n. 290, p. 9–20, abr./jun., 1985.

_____, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

_____, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____, Fábio Konder. **Perfis da Empresa**. Revista de Direito Mercantil, n. 104, pp. 116-117, out./ dez., 1996. Tradução do original: ASQUINI, Alberto. Profilli dell'impresa. Rivista di Diritto Commerciale, 1943.

CORDEIRO, Marcelo Ferreira. **A Nova Empresarialidade e o Compliance como Instrumentos De Contenção dos Atos de Corrupção Praticados pela Pessoa Jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, 2016.

CORRÊA, Mauricio. **Legislação Informatizada - Lei Nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005 - Exposição de Motivos**. Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 1994, p. 1987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-exposicaodemotivos-150148-pl.html>. Acesso em 8 de ago. 2023.

COSTA, Daniel Carnio. **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. v. 1, Curitiba: Juruá, 2015.

_____, Daniel Carnio. **Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos**. São Paulo: Cadernos Jurídicos, 2015, n. 39, p. 607.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Fernando Antonio Maia da; DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil**, vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

DA SILVA, João Calvão; RODRIGUES, Frederico Viana. **Os novos paradigmas do direito concursal: uma análise jus-comparatística sob o prisma do regime português**. In: Revista de direito bancário, do mercado de capitais, v. 10, n. 36, p. 224-240, abr./jun. 2007. São Paulo: Revistas dos Tribunais.

DE LUCCA, Newton. **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE MENDONÇA, J.X. Carvalho. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, vol. I (atualizado por NEGRÃO, Ricardo). Campinas: Bookseller, 2000.

DE SOUSA, Marcos Andrey. **A constrição da cota de sociedade empresária limitada**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

DELGADO. Carlos Nieto, *et al.* **El Texto Refundido de la Ley Concursal**. Enero-Junio 2021. Disponível em: <https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/normas/espana/Texto-Refundido-de-la-Ley-Concursal-Resumen-Final-Ciclo-Sesiones-TRLC-Enero-Junio-2021-Fundacion-Fide.pdf>. Acesso em 30 jan. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: 8. direito da empresa**. v. 8, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPAÑA. **Ley 16/2022**, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2022/BOE-A-2022-14580-consolidado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. **Ley 22/2003, de 9 de julio**, Concursal. BOE núm.164, de 10/07/2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em jan. 2024.

_____. **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal**. BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003. Disponível em: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_22/pdfs/9.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. **Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.** BOE, núm. 127, de 7 de mayo de 2020, p. 31518 a 31706. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4859>. Acesso em: 01 set. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **11 U.S. Code § 303 - Involuntary cases.** Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/303>. Acesso em 20 jan. 2023.

FERREIRA, Waldemar. **A elaboração do conceito de empresa para extensão do âmbito do direito comercial.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e Financeiro, v. 5, São Paulo: 1955.

FILHO, Didier; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito Processual Civil**, v. 2. Salvador: JusPodium, 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial: da mercancia ao mercado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Empresa, Empresário e Estabelecimento: A Nova Disciplina das Sociedades.** In: Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FRANÇA. Code de commerce. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000005634379/2024-01-30/. Acesso em jan. 2024.

FRANÇA. **Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985** relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000693911>. Acesso em jan. 2024.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GORNATI, Gilberto. **Ruptura e continuidade na história do direito comercial brasileiro: dos atos de comércio à teoria da empresa (1850-1970).** In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 16, v. 59, jan.-mar. 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **A Ultrapassada Teoria da Empresa e o Direito das Empresas em Dificuldades**. In: Temas de Direito da Insolvência – Estudos em Homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho (org. Ivo Waisberg e José Horácio Ribeiro), Ed. IASP, 2017, p. 681-711.

_____, Márcio Souza. **Direito das empresas em dificuldade**. In: Direito e economia: diálogos. 1. ed., cap. 11. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

_____, Márcio Souza. **O controle difuso das sociedades anônimas pelo Ministério Público**. v. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev. e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil: 2016** /IBGE, Coordenação de Cadastro e Classificações. - Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. São Paulo: Bestbook, 2001.

LIPPERT, Marcia Mallmann. **A empresa no Código civil: element de unificação do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LOTUFO, Renan. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MACHADO, Daniel Carneiro. **O novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa**. In: Revista de Direito Privado, nº 15, jun-set. 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 9-16.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal**. São Paulo: Almedina, 2015.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. 233 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MIRANDA, Pontes de, **Tratado de Direito Privado**, Tomo I, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos Objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e de Falências: Lei nº 11.101/05**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. **Preservação da empresa: princípio?**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

OLIVEIRA BARCIA, Roberta. **El crédito tributario en el concurso de acreedores**. Salamanca: Faculdade de Direito de Salamanca, 2020.

OLIVEIRA, Alexsandro Cruz de. **A aplicação do instituto da recuperação judicial para associações com fins econômicos: estudo de caso da recuperação judicial do Instituto Cândido Mendes**. Dissertação (Mestrado em Direito), Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2021.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a Lei n. 11.101/05 e a alteração da Lei nº 11.127/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PASCUAL, Julián González. **El concurso de acreedores. Una nueva solución para las empresas insolventes**. Madrid: Ediciones Estúdios Financeiros, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil**. v. I, 24ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, São Paulo, 2014.

_____, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. (org.). **Princípios constitucionais do direito empresarial: a função social da empresa**. Curitiba, PR: CVR, 2011.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e a Crise da Empresa**. 2. ed. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2021.

PINHEIRO. Flávia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. atualizada, 12ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de julho. Cria um processo de recuperação de empresas em situação de falência. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/177-1986-28619>. Acesso em jan. 2024.

_____. **Decreto-Lei nº 53/2004, de 18 de março**. No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 39/2003, de 22 de Agosto, aprova o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/53-2004-538423>. Acesso em jan. 2024.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Disposição preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 64-65.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial - Parte Geral** - traduzida do italiano pelo prof. Cabral de Moncada da Faculdade de Direito de Coimbra - 1931, Livraria Academica - São Paulo - p. 62.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de direito comercial**. São Paulo: LZN' editora, 2003.

SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à Lei Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 9786553622531. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786553622531/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

_____, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAMPAIO DE LACERDA, José Cândido. **Manual de Direito Falimentar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1961.

SANTOS, Paulo Penalva. **A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

SCAFF, Fernando Campos. **Aspectos fundamentais da empresa agrária**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei n. 11.101/2005**. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

SERASA EXPERIAN. Indicadores Econômicos: Recuperações Judiciais Requeridas. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/serasaexperian-site-institucional-wp-content/wp-content/uploads/2019/03/12124217/FACONS.zip>. Acesso em: 20 mai. 2022.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A nova empresarialidade**. FMU Dir: R. Curso Dir. Cent. Univ. Fac. Metrop. Unidas – UniFMU, São Paulo, a.17, n. 25, 2003.

SPERCEL, Thiago. **A teoria da empresa no Código Civil de 2002: O fim da distinção entre sociedades civis e comerciais**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, p. 475-490, 2005.

SPINELLI, Luis Felipe. **A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito**. In: Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro, Ano XLVI, nº 146, abril-jun. de 2007, São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 165-188.

STAJN, Raquel. **Comentários ao art. 48**. In: SOUSA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio S. A. de M. (Coord.). Comentários à Lei de Recuperações e Falência. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 118.183**. Min. Rel. Nancy Andrighi, 9 de novembro de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1103991&num_registro=201101625160&data=20111117&formato=PDF. Acesso em 30 jan. 2024.

_____. **Recurso Especial nº 1.023.172/SP**. Min. Rel. Luis Felipe Salomão, 19 de abril de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1140961&num_registro=200800120140&data=20120515&formato=PDF. Acesso em 30 jan. 2024.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TABB, Charles Jordan. **The Law of bankruptcy**. Westbury (NY). The Foundation Press, 1997, University Textbook Series, p. 757.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METCODO. 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOLEDO, F. C. Salles de. **A nova lei de falências e de recuperação de empresas**. Revista do Advogado, ano XXV, nº 83, p. 103, set., 2005.

_____, Paulo Fernando Campos Sales; PUGLIESI, Adriana V. **Disposições preliminares e disposições gerais da lei 11.101/2005 (LRE)**. In: BEZERRA FILHO, Manoel et al. Recuperação empresarial e falência. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018 (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 5 sob a coordenação de Modesto Carvalhosa). p. 91-111.

_____, Paulo Fernando Campos Sales; PUGLIESI, Adriana V. **Disposições preliminares e disposições gerais da lei 11.101/2005 (LRE)**. In: BEZERRA FILHO, Manoel et al. Recuperação empresarial e falência. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e Recuperação de Empresas**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Processo nº 0060517-56.2006.19.0001**. 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

VERÇOSA, H.M. D. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos**, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

W. DE BARROS MONTEIRO. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 42ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

WAISBERG, Ivo. **A garantia real sobre bem de terceiro e a sua classificação para fins da recuperação judicial**. ano I, n. 1. Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, São Paulo, Lex Magister, p. 73-81, out./nov. 2014.

WARREN, Charles. **Bankruptcy in United States History**. Washington, Beard-Books, 1999.

_____, Elizabeth. **Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World**. Michigan Law Review, n. 92, 1993-1994, p. 343-344.