

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 23

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Julho / Dezembro de 2018

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

EDITORES: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

PARECERISTAS DESTE NÚMERO: Bruno Valladão Guimarães Ferreira (PUC-Rio), Gerson Branco (UFRGS), Fabrício de Souza Oliveira (UFJF), Vinicius Figueiredo Chaves (UFRJ), Maíra Fajardo Linhares Pereira (UFJF), Sergio Negri (UFJF) e Uinie Caminha (UNIFOR).

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 23 (julho/dezembro 2018)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicado no segundo semestre de 2020.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÃO COM FINALIDADE ECONÔMICA¹

JUDICIAL REORGANIZATION OF NOT-FOR-PROFIT ASSOCIATIONS WITH ECONOMIC PURPOSE

Sérgio Campinho

Resumo: O presente parecer defende a possibilidade de associações com finalidade econômica poderem requerer recuperação judicial. Discorre, inicialmente, sobre o sistema restritivo adotado pela legislação falimentar/recuperacional brasileira e a sua necessária superação diante de um novo conceito que se apresenta – o de agente econômico. Conclui pela ineficiência da concordata civil como instrumento de superação da crise econômico-financeira do agente econômico não enquadrado formalmente como empresário. Consta haver a existência de uma lacuna legislativa no que se refere ao adequado tratamento para a superação da crise enfrentada por determinados agentes econômicos não qualificados formalmente como empresários. Vale-se das técnicas de interpretação e integração do ordenamento jurídico brasileiro para concluir pela possibilidade de requerimento de recuperação judicial por associações com finalidade econômica.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Associação. Finalidade Econômica. Agente Econômico. Vácuo Legislativo. Inexistência de vedação.

Abstract: This legal opinion advocates the possibility of a not-for-profit association with economic purpose files for judicial reorganization. Initially, it discusses the restrictive system adopted by the Brazilian bankruptcy/judicial reorganization law and the need of re-

¹ Artigo recebido em 18.09.2020 e aceito em 23.09.2020.

modeling it before a new concept that emerges – the economic agent concept. It concludes for the inefficiency of the civil insolvency regime as a mechanism to overcome the economic-financial crisis of the economic agent not formally qualified as a for-profit organization (business). It points out the existence of a legislative gap as to the adequate and efficient mechanism to overcome the crisis faced by economic agents not formally qualified as a for-profit organization (business). Based on the interpretation and integration techniques, it concludes for the possibility of a not-for-profit association with economic purpose files for judicial reorganization.

Keywords: Judicial Reorganization. Not-for-profit Association. Economic Purpose. Economic Agent. Legislative Gap. Absence of prohibition.

Sumário: I. A Consulta. II. O Parecer. II.1. O Sistema Restritivo e a sua Necessária Superação Diante de um Novo Conceito: o de Agente Econômico. II.2. Uma Visão Contemporânea de Associação. II.3. A Superação da Crise Econômico-Financeira pela Recuperação Judicial. II.4. A Ineficiência da Concordata Civil como Instrumento de Superação da Crise Econômico-Financeira do Agente Econômico. II.5. A Posição Especial de Determinados Agentes Econômicos: uma Lacuna a Ser Preenchida. II.6. A Relevância das Técnicas Decisórias. III. As Respostas aos Questos.

I. A Consulta.

A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI, através do Escritório Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – Advogados Associados, formula 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.

Esclarece que é mantenedora de centros de ensino, com destaque para a Universidade Cândido Mendes – UCAM, instituição que data do ano de 1902, e que atualmente mantém os cursos Sequenciais, Graduação, Pós-Graduação e Extensão, além da atividade de Pesquisa.

Informa que a UCAM conta com 1.376 (mil trezentos e setenta e seis) funcionários – 705 (setecentos e cinco) docentes e 671 (seiscentos e setenta e um) administrativos – e com mais de 10.000 (dez mil) alunos nos cursos presenciais e mais de 2.000 (dois mil) alunos na modalidade de ensino à distância.

Indica, ainda, que o Instituto Cândido Mendes, também constituído sob a forma de associação, é titular de valioso ativo, garantidor das obrigações da Consulente mantenedora, e que deve, por isso, ser também objeto de proteção judicial, para que se possa realizar, com êxito, a recuperação judicial. O aludido Instituto tem por objeto a “realização de estudos, pesquisas e ensino no campo das ciências sociais, da cultura, da ecologia, acompanhamento de ambientes organizacionais e consultorias de empresas nas áreas administrativa, tributária, econômico-financeira e de tecnologia de informação, atuando por intermédio de: a) convênios e contratos com pessoas físicas ou jurídicas, nos setores público e privado, no Brasil e no exterior; b) promoção de cursos e outras atividades didáticas e culturais; c) organização de centro de documentação e estruturação de base de dados; d) intercâmbio de experiência e informações; e) divulgação de trabalhos de interesse científico, em edição ou coedição; f) formação e qualificação de pesquisadores, através de estágios remunerados a professores e estudantes dos cursos de graduação e pós-graduação” (artigo 2º do Estatuto do Instituto Cândido Mendes).

A fim de subsidiar sua argumentação, a Consulente solicita a elaboração de parecer que responda aos seguintes quesitos:

1º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, agentes econômicos formalmente constituídos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas como associações civis, possuem legitimidade para requerer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial? Por quais razões?

2º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, à luz do segmento econômico de educação, ensino e cultura em que atuam, fogem do rol de proibição para o deferimento do processamento da recuperação judicial disposto no art. 2º e incisos da Lei nº. 11.101/2005? Por quê?

3º quesito: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM – detém elementos de empresa configurados, na forma do art. 966 do Código Civil?

A Consulente encaminhou os seguintes documentos:

- a) Estatuto da ASBI;
- b) Ata de eleição da diretoria da ASBI;
- c) Estatuto da UCAM;
- d) Relatório sintético da folha de pagamento;

- e) Gráfico geral de matrículas de 2013.1 a 2019.2;
- f) Histórico da Instituição de Ensino Cândido Mendes; e
- g) 3ª alteração e consolidação do Estatuto do Instituto Cândido Mendes.

II. O Parecer.

Diante dos quesitos apresentados e dos documentos que me foram encaminhados pela Consulente, optei por dividir o presente parecer jurídico nos tópicos abaixo indicados, com o escopo de tornar a exposição mais didática e objetiva:

- a) O sistema restritivo e a sua necessária superação diante de um novo conceito: o de agente econômico.
- b) Uma visão contemporânea de associação.
- c) A superação da crise econômico-financeira pela recuperação judicial.
- d) A ineficiência da concordata civil como instrumento de superação da crise econômico-financeira do agente econômico.
- e) A posição especial de determinados agentes econômicos: uma lacuna a ser preenchida.
- f) A relevância das técnicas decisórias.
- g) As respostas aos quesitos.

Assim, passo à análise de cada um dos mencionados tópicos.

II.1. O Sistema Restritivo e a sua Necessária Superação Diante de um Novo Conceito: o de Agente Econômico.

O sistema restritivo do direito falimentar brasileiro é de longa tradição. O Código Comercial de 1850, marco do direito falimentar nacional², teve a sua Parte Terceira reservada às *quebras*³ (artigos 797 a 911) e dirigiu a sua disciplina apenas aos comerciantes (artigo 797). O Código dedicava-se ao aspecto material do instituto, ficando a cargo do Decreto nº. 738/1850 (artigos 102 a 187), posteriormente modificado pelo Decreto nº. 1.597/1855, a regência procedimental.

Na verdade, a limitação do instituto à figura do comerciante antecedeu ao Código de 1850. A Lei de 20 de outubro de 1823, editada após a proclamação da independência, determinou que a legislação portuguesa continuasse vigente no Brasil até que fosse paulatinamente sendo substituída pelas leis brasileiras⁴. Desse modo, a Lei da Boa Razão, Alvará Português de 1769 da “Era Pombalina”, que determinava a aplicação subsidiária da legislação das “nações civilizadas”, permaneceu a ser observada no País. Com a providência, continuou o Código Comercial Napoleônico de 1807 a regular as questões relativas ao direito falimentar entre nós. Estima-se que, com a edição do prefalado Alvará, a falência passou a ser dirigida no Brasil somente aos comerciantes, pois assim o era no direito francês⁵, muito embora a atividade econômica no período colonial, seja pela falta de um mercado consumidor consistente, seja pela política monopolista imposta por Portugal à sua colônia, fosse bastante incipiente⁶.

2 O Código Criminal Imperial de 1830, em seu artigo 263, já tipificava como crime a falência (então chamada de *bancarrota*) que fosse qualificada como fraudulenta.

3 Vocábulo à época bastante empregado para designar a falência.

4 BARRETO FILHO, Oscar. Síntese da evolução histórica do direito comercial brasileiro. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 1976, p. 23.

5 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. VII, p. 17-18.

6 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PUGLIESI, Adriana Valéria. A preservação da

O Decreto Republicano nº. 917/1890, que modificou totalmente a estrutura da legislação até então vigente, instituindo, inclusive, os meios preventivos da declaração de falência⁷, manteve o instituto restrito aos comerciantes (artigo 1º). O mesmo curso foi seguido pela Lei nº. 859/1902 (artigo 1º), pela Lei nº. 2.024/1908 (artigo 1º) e pelo Decreto-Lei nº. 7.661/1945 (artigo 1º).

Com o advento do Código Civil de 2002, impôs-se a releitura do então vigente artigo 1º do Decreto-Lei nº. 7.661/1945, com o escopo de adaptá-lo à nova ordem jurídica que incorporou, de forma geral e definitiva, a teoria da empresa em nosso ordenamento jurídico, passando a ser sujeito da falência e da extinta concordata o empresário (individual ou sociedade empresária)⁸.

A Lei nº. 11.101/2005 seguiu o mesmo curso, assim estatuiu em seu artigo 1º: “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

Nesse contexto, a condição jurídica de empresário individual ou de sociedade empresária passou a definir o acesso aos institutos da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência, deixando de fora inúmeras atividades economicamente relevantes na economia nacional.

A razão histórica de ser do sistema restritivo residiu na ideia de que a atividade econômica era desenvolvida pelos comerciantes e, em uma visão mais atualizada no Direito brasileiro dos anos 1960/1970, pelos empresários, reclamando, pois, um regime jurídico próprio para tratar de sua insolvência, apartado do regime civil.

empresa e seu saneamento. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. V, p. 80-81.

7 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948, v. I, p. 16.

8 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 35.

No entanto, o ato de empresa, de crescente presença no direito que se construiu nos meados do século XX – como se tem por testemunho o Código Civil italiano de 1942 –, foi extemporaneamente encampado por nosso direito positivo. Diz-se que nasceu, entre nós, ultrapassado⁹.

No direito do século XXI, a restrição do regime especial de insolvência aos empresários revela lamentável atraso e visão divorciada do mercado. O ato de empresa e a caracterização do empresário são falhos, pois excluem do regime outros sujeitos exercentes de atividade econômica que produzem riquezas, bens ou serviços e assumem responsabilidade social. Com efeito, 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 constituição¹⁰.

Há, portanto, que se proceder a uma necessária alteração de eixo, que se desloca do empresário para o agente econômico.

A evolução e a realidade dos fatos sociais, aliadas à necessidade de o Direito tutelar adequadamente o bem jurídico da vida perseguido contemporaneamente no Direito da Insolvência, implica fazer uma leitura ampliativa e não restritiva do artigo 1º da Lei nº. 11.101/2005. Com isso, potencializa-se a preservação da atividade

9 Márcio Souza Guimarães, nesse sentido, sustenta: “O Código Civil de 2002 é o fruto de um projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional por aproximadas três décadas. É natural que a atividade econômica tenha sido modificada durante o extenso lapso temporal de 1975 a 2002, fazendo com que a norma jurídica, criada para regulamentar o fato social, não mais tivesse correlação com a realidade” (GUIMARÃES, Márcio Souza. A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldades. In: WAISBERG, Ivo; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Coords.). *Temas de direito da insolvência: estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho*. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 691).

10 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 296.

econômica e permite-se que realize a sua função social, ao viabilizar o acesso do agente econômico aos instrumentos de recuperação e preservação da atividade desde que, evidentemente, não se encontre inserido no rol de proibições do artigo 2º do mesmo diploma legal. A providência pode se perfazer a partir da aferição de que se tem, em verdade, um autêntico hiato ou lacuna a ser preenchida no ordenamento jurídico ou, alternativamente, pelo emprego dos métodos de exegese racional e teleológico, que permitirão ao intérprete enxergar a lei com os olhos de seu tempo¹¹. Do contrário, estar-se-á reafirmando um sistema ineficiente e excludente por imprecisão de técnica legislativa¹².

11 Sobre o tema, já escrevi: “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 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, Sérgio. Op. cit. p. 36).

12 Nesse sentido, aduz Márcio Souza Guimarães: “O cotejo da lei 11.101/05 com o ato de empresa, disposto no Código Civil, terá como consequência a exclusão de diversos agentes econômicos relevantes ao Brasil, do sistema de insolvência empresarial. Diversos agentes econômicos, nitidamente empresários ou sociedades empresárias, assim não serão considerados, por imprecisão de 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, Márcio Souza. Op. cit. p. 708).

II.2. Uma Visão Contemporânea de Associação.

As associações são pessoas jurídicas de direito privado. Nesse gênero também se incluem as sociedades e as fundações, consoante o disposto no artigo 44 do Código Civil¹³.

Diferencia-se a associação da fundação, porquanto esta última requer dotação especial de bens por meio de escritura pública ou disposição testamentária, para os fins delimitados pelo Código Civil¹⁴, submetendo-se, por esse motivo, a regime jurídico especial e ao controle do Ministério Público. Não se perfaz da conjugação de esforços pessoais para a consecução de objetivos comuns, tenham eles ou não conteúdo econômico.

Com a sociedade, em sua versão pluripessoal, a associação apresenta traços de identificação, pois ambas exigem o concurso de esforços pessoais de seus integrantes para a realização de fins que lhes são comuns. Haverá, necessariamente, a combinação de esforços e/ou recursos de seus membros para lograrem atingir um objetivo comum¹⁵.

13 A Lei nº. 10.825/2003 fez expressamente constar de seu rol as organizações religiosas e os partidos políticos, que são, em verdade, modalidades especiais de associação e não um novo tipo de pessoa jurídica de direito privado. Ulteriormente, a Lei nº. 12.441/2011 aditou a listagem do indigitado preceito codificado para nele integrar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, a qual se apresenta, a meu ver, como uma sociedade unipessoal. O elenco do artigo 44, no entanto, não é taxativo, mas sim enunciativo, pois ao grupo se adicionam os intitulados “serviços sociais autônomos”, modalidade de pessoa jurídica de direito privado que recebe contribuições parafiscais e tem aplicação vinculada à missão legal que justificou a sua criação. Nos termos do artigo 240 da Constituição Federal, foram ressalvadas do disposto em seu artigo 195 as contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que são exemplos o SESI, o SENAI, o SESC e o SENAC.

14 Nos termos do parágrafo único do artigo 62 do Código Civil, a fundação somente pode constituir-se para fins de: a) assistência social; b) cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; c) educação; d) saúde; e) segurança alimentar e nutricional; f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; g) pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; h) promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e i) atividades religiosas.

15 Francisco Amaral explana que “A sociedade é espécie do gênero associação, consideran-

O Código Civil define associação como a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (artigo 53). Entretanto, o dispositivo reclama adequada interpretação.

Nas associações, os seus componentes não visam à partilha de lucro, mas sim a realizar objetivos de natureza cultural, educacional, assistencial, recreativa, esportiva, filantrópica, entre outros, muitos deles revestidos de economicidade. Circunscrito nesse espírito é que vem a definição do Código Civil de que a associação não tem fim econômico. Isso não quer, logicamente, dizer que a pessoa jurídica não possa auferir rendimentos no desempenho de suas atividades, como, por exemplo, aquelas receitas decorrentes de prestação de serviços remunerados. O que vem obstado pelo ordenamento é que esse ganho remunere, na forma de lucro, o seu quadro social. Deve ser aplicado exclusivamente no desenvolvimento da própria atividade, ou seja, na realização dos fins da própria entidade¹⁶.

Nas sociedades¹⁷, por seu turno, o ponto central da união de seus integrantes consiste na exploração de atividade econômica, mas com o objetivo de obter e dividir os ganhos dela advindos. O que motiva os sócios é o escopo de partilhar lucros.

Nesse sentido, ao comentarem o indigitado preceito codificado, professam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, valendo-se, inclusive, do magistério de Caio Mário da Silva Pereira¹⁸:

do-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)” (*Direito civil*: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 349).

16 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 46.

17 Empresárias ou simples.

18 *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. I, p. 140-141.

A distinção entre as associações e as sociedades, ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do dispositivo, não tem como fator primordial o caráter econômico ou não da atividade desempenhada. Com efeito, embora o art. 53 defina as associações como entidades voltadas para “fins não econômicos”, a expressão não pode ser interpretada de forma literal. Evidentemente, ao se unirem para determinado fim, os associados visam extrair desta união algum tipo de vantagem, que, não raro, resulta de atividade ou serviço prestado pela associação, havendo aí, por definição, natureza econômica. O que não há nas associações é a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados. Essa persecução do lucro e sua partilha são traços que caracterizam as sociedades, e que servem justamente a diferenciá-las das associações, na concepção mais moderna.

Nesta direção, Caio Mário da Silva Pereira destaca que se encontram compreendidas no conceito de associação aquelas entidades que realizam negócios que visam ao alargamento patrimonial, mas sem proporcionar ganhos aos seus integrantes, assim como aquelas que forneçam vantagens materiais aos associados, sem caráter pecuniário: “Assim é que não perdem este caráter as associações recreativas que mantêm um serviço de venda de refeições aos associados, ou cooperativas que fornecem aos seus membros víveres e utilidades, muito embora instituem margem de lucro e benefício da própria entidade” (*Instituições*, p. 350). Desse modo, o requisito da ausência de fim lucrativo não é retirado pela requisição de contribuição dos associados, pela remuneração de certos serviços ou pela verificação de superávit no balanço patrimonial.

Melhor teria sido, portanto, que o Código Civil se valesse de expressão “fins não lucrativos” em substituição do termo “fins não econômicos”.

O cenário estabelecido na realidade vivenciada pelo atual estágio de nosso Direito é que as associações podem ou não ter fins econômicos, porém jamais ter fins lucrativos, ou seja, distribuir lucros, sob qualquer pretexto, a seus integrantes.

As associações sem fins econômicos são aquelas que não se dedicam a operações de produção ou circulação de bens ou serviços, como uma associação de pais e alunos de um certo colégio ou uma associação de moradores, por exemplo, motivadas por finalidade altruísta ou para melhorar o convívio e a organização social. O recebimento de contribuições dos associados e, até mesmo, a cobrança de ingressos a eventos por elas promovidos – tais como seminários e palestras – não afastam o fim não econômico¹⁹. As com fins econômicos, por sua vez, caracterizam-se por exercerem atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas – economicidade –, mas sem o ânimo de partilhar lucros entre os associados, aplicando-se todo o resultado nos fins da própria associação. São os casos de associações formadas para prestar serviços médicos e hospitalares e para realizar serviços de educação e ensino, por exemplo.

19 Caio Mário da Silva Pereira assim professa: “Com base na Lei Belga de 27 de julho de 1921, De Page caracteriza a associação sem fim econômico como a que se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens *materiais acessórias*, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, remuneração de certos serviços, cobrança de ingresso a conferências ou concertos, não são característicos do fim lucrativo, como não o é igualmente a verificação de *superávit* na apuração de balanços periódicos. Não é incompatível com a gratuidade destes a formação de patrimônio, aquisição de sede própria ou de bens de capital” (*Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 350).

II.3. A Superação da Crise Econômico-Financeira pela Recuperação Judicial.

A recuperação judicial, embora não traduza tecnicamente um concurso de credores, também visa a atender, dentre outras finalidades (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005), aos interesses dos credores sujeitos a seus efeitos (artigo 49 da Lei nº. 11.101/2005), pois viabilizará, com maior ou menor grau de sacrifício²⁰, a percepção de seus respectivos créditos detidos em face do devedor comum.

Sob a ótica processual, a recuperação judicial se implementa por meio de uma ação judicial, de iniciativa do devedor, tendo por escopo a superação da situação de crise. É um processo especialíssimo em que não existe, por exemplo, a figura de réu. Aspira, em seu âmago, uma única finalidade: a aprovação de um plano entre o devedor e seus credores, destinado a reestruturar a capacidade produtiva da empresa por aquele realizada, alcançando uma rentabilidade autossustentável e, com isso, possibilitar a superação da crise econômico-financeira em que se encontra o seu titular, permitindo a manutenção da fonte produtora, dos empregos e a composição dos interesses dos credores²¹.

A proposta do devedor é, portanto, formulada em juízo. Sua vontade vem inicialmente manifestada na petição inicial e é complementada com a apresentação do plano de recuperação, e a de seus credores, sujeitos aos efeitos da recuperação, é declarada de forma expressa ou tácita. Esta se verifica quando não apresentam objeção à

20 Nos “procedimentos de sacrifício”, ocorre, consoante lição de Yves Guyon, uma limitação dos poderes do devedor e uma restrição aos direitos dos credores. Eis suas palavras: “Les procédures collectives sont des *procédures de sacrifice* qui limitent les pouvoirs du débiteur et qui restreignent les droits des créanciers. Aussi ne peuvent-elles s’ouvrir que si des conditions strictes sont remplies tant du point de vue du fond (Chapitre I) que de la forme (Chapitre II)” (*Droit des Affaires*. 9^o ed. Paris: Economica, 2003, tome 2, p. 105).

21 CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 33.

proposta formulada; aquela se realiza quando o plano sofre objeção por parte de qualquer credor, sendo a proposta do devedor submetida a uma deliberação expressa dos credores reunidos em assembleia geral. A assembleia de credores pode rejeitar a proposta, pode aprová-la integralmente, pode sugerir alterações, ou até mesmo ofertar uma proposta alternativa. Nessas últimas situações – apresentação de alterações ou de plano alternativo –, impõem-se, por evidente, a oitiva e o expresso consentimento do devedor. Em verdade, abre-se a possibilidade de uma autêntica negociação, visando a aprimorar os termos e as condições do plano de recuperação, de forma que possa ele lograr a aceitação das partes interessadas, realizando, pois, o encontro das vontades do devedor e de seus credores.

Por isso, não se pode ter dúvida de que o instituto da recuperação judicial desfruta da natureza de um contrato judicial com feição novativa²²⁻²³. É um contrato judicial, porquanto se exige a chancela estatal (Estado-Juiz). A confirmação da autoridade judiciária representa uma medida de política judiciária. O magistrado atua como um guardião da legalidade do plano²⁴. O controle judicial permite, assim, se possam excluir eventuais objeções quanto a sua validade e eficácia. O procedimento de concessão judicial da recuperação contribui para a redução das fontes de erro durante a celebração do plano, bem como confere aos credores a oportunidade de verificar se seus interesses não restaram prejudicados²⁵. E esse controle se exerce em relação à sua legalidade formal, bem como em relação à sua legalida-

22 Ibidem. p. 33-34.

23 Essa clara constatação também é realizada por Lídia Valério Marzagão: “Assim, verifica-se que, a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado, e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que, a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembleia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor” (In: APPROBATO, Rubens (Coord.). *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93).

24 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 33.

25 Loc. cit.

de material ou substancial, podendo desembocar, dependendo do caso concreto, em um controle de mérito da vontade dos credores (decisão da assembleia geral de credores)²⁶, de maneira a garantir a sua legitimidade e desejada higidez.

Mas não é demais anotar que, para a formação das vontades e perfectibilidade do acordo, é dispensável a manifestação unânime dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida. A massa de credores é quem declara a sua vontade, através de órgão deliberante: a assembleia geral de credores. Ter-se-á, desse modo, manifestada a vontade coletiva e majoritária dos credores, que vincula os ausentes, os que se abstiveram e os que votaram contrariamente à maioria indispensável à formação dessa vontade. Isso se justifica porque o fim do processo de recuperação judicial deve ser único para todos, eis que a relação processual que se estabelece é única²⁷.

Nessa perspectiva processual, em síntese, a recuperação judicial pode ser enxergada como um ato coletivo processual, pelo qual se objetiva promover o encontro das vontades do devedor e de seus credores, com vistas à formação de um contrato entre eles, instrumentalizado no plano de recuperação, e, assim, proporcionar a superação da crise da empresa pelo devedor explorada, tudo se processando sob a direção e fiscalização do Estado-Juiz²⁸.

26 LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

27 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 34.

28 Essa feição contratual, derivada da legislação brasileira, também é consagrada em outras legislações alienígenas, que lhe são, inclusive, anteriores. No Direito alemão, por exemplo, encontram-se correntes tendentes a explicar a natureza jurídica da recuperação, implementada por meio do “plano de insolvência” (*insolvenzplan*), sendo, entretanto, a teoria do contrato (*Vertragstheorie*) a mais aceita. Ludwig Häsemeyer sustenta ser o plano de insolvência um contrato, de natureza privada, firmado entre as partes interessadas: credores e devedor, ou credores e administrador judicial, sendo, ainda, possibilitada a participação de terceiros na sua celebração. Sustenta, ademais, que os meios processuais para sua implementação não lhe são

Esse contrato, em minha visão, revela-se como plurilateral²⁹. E assim o é justo porque comporta um número indefinido de partes, cujas prestações se dirigem à consecução de um fim comum. Ainda que se possa vislumbrar interesses opostos³⁰, estes são integrados, dirigidos, coordenados para a obtenção desse fim comum: o saneamento do estado de crise econômico-financeira em que se encontra o devedor, de forma a permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e a compor os interesses dos credores, promovendo-se a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005). Esse é o escopo econômico e social da recuperação judicial.

A centralidade da essência negocial da recuperação judicial vem reiterada pela doutrina e pela jurisprudência, a partir da fácil constatação de ser um instituto construído a partir da negociação para efetivar a adequada e a justa composição de interesses daqueles envolvidos no processo respectivo, sem o que não há como se falar

contrários, isto é, não lhe tiram sua natureza privada. O autor lembra, a título de exemplo, alguns casos de contratos de natureza privada que devem ou podem ser celebrados – principalmente com o fim de conferir maior força de eficácia – perante uma repartição pública ou em um procedimento judicial, como são os casos da transferência da propriedade imóvel (Auflassung, § 925 BGB), do casamento (§ 1310 BGB), da transação/acordo processual, etc. (*Insolvenzrecht*. 3ª ed. Köln, Berlin, Bonn, München, Heymanns, 2003, p. 722). Para Wolfgang Breuer, o plano de insolvência, por suas características, pode ser interpretado como um instituto jurídico análogo ao contrato, isto é, um quase-contrato, (vertragsähnliches Rechtsinstitut), que para sua validade dependerá da aprovação do juízo da falência, de acordo com o § 248 InsO (*Insolvenzrecht*. 2ª ed. München, Beck, 2003, p. 174). No Direito português, o caráter contratual também prevalece. No dizer de Henrique Vaz Duarte, “o processo de recuperação constitui, no seu conteúdo, uma conversa em que o interlocutor principal (a empresa insolvente) tenciona persuadir uma assistência muito ‘sui generis’, ex-parte contrária dum contencioso latente (credores), da sua capacidade de vir a ser declarada viável, sob o beneplácito e tendo como palco privilegiado, o Tribunal” (*Questões sobre recuperação e falência*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14).

29 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 34.

30 Entre o devedor e seus credores e entre os próprios credores, que se agrupam segundo um critério de classes na assembleia para a votação do plano (artigo 45 da Lei nº. 11.101/2005).

em legítima e verdadeira solução acordada para a superação da crise. Em termos mais diretos, toda a concepção do instituto é no sentido de apoiá-lo nos fundamentos da confiança e no caminho negocial. O controle judicial, como se asseverou, é de legalidade e não de mérito do plano. A análise econômico-financeira, o juízo de conveniência e oportunidade em sua implementação e a avaliação de todo o contexto fático que o circunda são afetos à decisão dos credores, não admitindo a lei, neste particular, a interferência do Estado-Juiz³¹. Na recuperação judicial, prevalece a autonomia privada da vontade das partes³². A situação de crise econômico-financeira será superável, afinal, pela vontade dos credores, atingindo-se, desse modo, o objetivo do procedimento: a preservação da empresa – ou, em uma visão mais elástica, a preservação da atividade econômica viável³³.

31 Esse entendimento tem sido avalizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre o tema, confirmam-se os trechos extraídos das ementas dos seguintes julgados: “A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.314.209/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22 mai. 2012. Data de Publicação: 01 jun. 2012). “As decisões da assembleia de credores representam o veredito final a respeito dos destinos do plano de recuperação. Ao Judiciário é possível, sem adentrar a análise da viabilidade econômica, promover o controle de legalidade dos atos do plano sem que isso signifique restringir a soberania da assembleia geral de credores” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1.513.260/SP. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 05 mai. 2016. Data de Publicação: 10 mai. 2016). “No processo recuperacional, são soberanas as decisões da assembleia geral de credores sobre o conteúdo do plano de reestruturação e sobre as objeções/oposições suscitadas, cabendo ao magistrado apenas o controle de legalidade do ato jurídico, o que decorre, principalmente, do interesse público consubstanciado no princípio da preservação da empresa e consecutória manutenção das fontes de produção e de trabalho” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº. 1.587.559/PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 06 abr. 2017. Data de Publicação: 22 mai. 2017). Ainda no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1.646.104/MT. Relator: Min. Marco Buzzi. Data de Julgamento: 19 abr. 2018. Data de Publicação: 26 abr. 2018.

32 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 32.

33 CAMPINHO, Sérgio. Op. cit. p. 33.

II.4. A Ineficiência da Concordata Civil como Instrumento de Superação da Crise Econômico-Financeira do Agente Econômico.

A insolvência, seja a do devedor empresário, seja a do devedor não empresário, será sempre uma forma gravosa de execução coletiva. O seu curso natural consiste na arrecadação do patrimônio do devedor insolvente, capaz de execução, para dele extrair valor visando ao atendimento, em rateio e observadas as preferências legais, de todos os seus credores. Será estabelecido, pois, um concurso de credores, assegurando-se perfeita igualdade de tratamento entre os credores de uma mesma classe (*par conditio creditorum*), desde que, evidentemente, seus créditos estejam submetidos a esse concurso. Por isso, essa execução é denominada de coletiva, concursal, universal ou extraordinária.

O Direito da Insolvência é, com efeito, um instrumento de controle econômico, pois promove a exclusão do mercado dos agentes econômicos inviáveis e preserva os viáveis. Seu objetivo maior traduz-se na preservação da atividade econômica recuperável, propiciando que continue a realizar sua função social (Constituição Federal, artigo 170, *caput* e incisos II e III). Com o soerguimento da atividade todos ganham: os credores, os consumidores, os empregados, os fornecedores de bens e serviços, o Estado e a coletividade de uma maneira geral.

Por esse motivo é que o interesse público aconselha evitar, sempre que possível, o resultado último da quebra ou da insolvência civil³⁴. A fim de viabilizar o desiderato, as legislações de diversos países adotam sistemas ou institutos voltados para a preservação da atividade econômica. O Direito Comercial brasileiro se valeu das figuras das concordatas suspensiva e preventiva e, atualmente, se vale dos regimes jurídicos da recuperação judicial e da recuperação extrajudi-

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A insolvência civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 384.

cial. O Código de Processo Civil se ocupou, e ainda se ocupa, da concordata civil.

Na insolvência civil, as regras materiais relativas ao concurso de credores encontram-se dispostas no Código Civil; as atinentes ao procedimento, no Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 2015 não cuidou da execução por quantia certa contra devedor insolvente (regras procedimentais da insolvência civil). Limitou-se a dispor, no artigo 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”. Tem-se, na previsão, um claro e forte indicativo do legislador da necessidade de lei especial para regular a matéria, reconhecendo o caráter provisório da disciplina constante do Código de Processo Civil de 1973. E assim o fez, muito provavelmente, por vislumbrar a sua pouca ou quase nenhuma eficiência para conferir tratamento contemporâneo à matéria de crise, que reclama tratamento especial.

Desse modo, o que se tem atualmente é o artigo 783 do Código de Processo Civil de 1973, assim prevendo:

O devedor insolvente poderá, depois da aprovação do quadro a que se refere o art. 769, acordar com os seus credores, propondo-lhes a forma de pagamento. Ouvidos os credores, se não houver oposição, o juiz aprovará a proposta por sentença.

O modelo da concordata civil revela-se deficiente, consoante se passa a demonstrar.

Não é um procedimento preventivo da crise. É oportunizado ao devedor após o julgamento do quadro geral de credores e, portanto, em adiantada fase do processo, quando, na maioria dos casos, senão em todos, nenhuma atividade poderá ser efetivamente preservada. E isto porque o seu objetivo, diversamente do da recuperação

judicial, é o de preservar o patrimônio do devedor e não a atividade econômica que ele, eventualmente, desempenhe³⁵. Por isso é que se lhe possibilita apenas suspender os efeitos da execução coletiva já instaurada.

Os credores não desfrutam de meios e processos de organização para análise e discussão da proposta apresentada pelo devedor, não sendo preconizada a figura de uma assembleia de credores. E isto porque o legislador de 1973 partiu da premissa do reduzido número de credores do devedor civil, premissa essa que não se mostra verdadeira para certos devedores que se caracterizam como agentes econômicos e que, dependendo do porte de sua atividade, terão números expressivos de credores, muitas vezes superiores aos de diversos devedores empresários.

O *quorum* legal para a aprovação da proposta é o da unanimidade dos credores. Havendo oposição, de um credor que seja, a proposta será denegada pelo juiz, prosseguindo-se a execução³⁶. O acordo somente se aperfeiçoa quando unânime forem os credores em suas decisões³⁷. Basta a discordância de um para frustrar a concordata civil³⁸. Afasta-se a concordata civil do princípio da deliberação majoritária, presente nas legislações de insolvência contemporâneas.

35 Eis o testemunho de Humberto Theodoro Júnior: “Na sistemática adotada pelo Código, o acordo entre o devedor e seus credores há de ser estabelecido após o julgamento do Quadro Geral de Credores – porque já se tem então a efetiva definição dos credores que participarão do resultado da execução coletiva – e antes de consumir-se a realização do ativo, porque o objetivo da concordata é justamente preservar o patrimônio do devedor, pelo menos em parte, evitando a liquidação geral a que conduzirá a expropriação executiva” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 386-387).

36 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 391.

37 Consoante ensina Pontes de Miranda, “o que se há de exigir é que todos concordem [...] o elemento essencial é a aquiescência de todos os credores que constam do quadro” (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XI, p. 520).

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 387.

A concordata civil, ademais, comporta apenas um plano de pagamento. Pode ser, assim, remissória, moratória ou mista³⁹. É despidida de outros mecanismos ou métodos de preservação da atividade do devedor. Seu substrato é puramente financeiro e não econômico. Isto porque, repita-se, a sua essência é a de preservação do patrimônio do devedor e não de sua atividade econômica.

Para mais, o instituto civil em questão é desprovido de medidas protetivas, tais como a suspensão de ações e execuções individuais e a manutenção de bens essenciais ao desempenho da atividade do devedor, justamente por não ser preventiva e por não focar na atividade econômica.

A concordata civil, não restam dúvidas, é ineficiente para amparar e propor solução para a crise do sujeito que se caracteriza como agente econômico. Revela-se notoriamente imprópria, por carência e deficiência de meios, para proporcionar a preservação da atividade econômica. A sua aplicação poderia se justificar para devedores consumidores, artesãos, profissionais liberais, profissionais autônomos, por exemplo, bem assim para certas pessoas jurídicas, como determinadas associações sem fim econômico, tais quais as associações de moradores e as associações de pais e alunos, já exemplificadas.

II.5. A Posição Especial de Determinados Agentes Econômicos: uma Lacuna a Ser Preenchida.

A Lei nº. 11.101/2005, seguindo automaticamente a tradição do sistema restritivo que historicamente orientou o Direito Falimentar brasileiro, como já registrado alhures, fundada na pressuposição – hodiernamente inconsistente – de que a atividade econômica era desenvolvida pelos comerciantes e, ulteriormente, pelos empresários, foi editada para disciplinar a recuperação judicial, a recuperação ex-

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 389.

trajudicial e a falência do empresário individual e da sociedade empresária.

Para os devedores não enquadrados juridicamente como empresários, restou a insolvência civil. Conforme desenvolvido no tópico anterior, o regime da insolvência civil traduz manifesta impropriedade de meios para atingir os fins de preservação da atividade econômica de determinados agentes econômicos não qualificados formalmente como empresários.

Em relação a esses devedores, tem-se revelada, portanto, uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico positivado, que não acompanhou a evolução e a realidade dos fatos econômicos e sociais, os quais constituem, como curial, o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica.

A conclusão é inexorável para aqueles devedores não emoldurados como empresários, mas que se caracterizam conjuntamente com eles – os empresários –, como agentes econômicos, pois também exercem atividade econômica que tem por fim imediato a criação ou circulação de riquezas. A economicidade dessas atividades não classificadas formalmente como empresárias 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 imediato a partilha dos resultados entre os seus integrantes, como ocorre nas hipóteses das associações com fins econômicos.

A definição de empresário, formulada a partir da figura do empresário individual, consta do *caput* do artigo 966 do Código Civil e vem assim expressada: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

O conceito conjuga, ou nele se conjugam, três elementos essenciais à sua formação: (i) exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; (ii) atividade esta que

deve ser organizada; e (iii) realizada de modo profissional, isto é, com habitualidade e visando ao lucro.

Didática e precisa é a lição de Sylvio Marcondes, desenvolvida a partir do *caput* do artigo 1.003⁴⁰ do Projeto de Lei nº. 634, de 1975, do Poder Executivo (Projeto do Novo Código Civil), o qual tem idêntica redação daquele que perfaz o texto normativo do *caput* do artigo 966 referenciado, a qual vale ser transcrita⁴¹:

Em primeiro lugar, trata-se de atividade econômica, isto é, atividade referente à criação de riquezas, bens ou serviços. A economicidade da atividade está na criação de riquezas; de modo que aquele que profissionalmente exerce qualquer atividade, que não seja econômica ou não seja atividade de produção de riquezas, não é empresário.

Em segundo lugar, esta atividade deve ser organizada, isto é, atividade em que se coordenam e se organizam os fatores da produção: trabalho, natureza, capital. É a conjugação desses fatores, para produção de bens ou de serviços, que constitui a atividade considerada organizada, nos termos do preceito do Projeto.

Finalmente, ela é uma atividade profissional: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente...”, isto é, a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro. Essas duas

40 Art. 1.003: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

41 *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 10-11.

idéias estão implícitas na profissionalidade do empresário.

[...]

Há, porém, pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários – referimo-nos às pessoas que exercem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores da produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, então o hospital é empresa e o dono ou titular desse hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços.

Na associação com fim econômico objeto da consulta, mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM, faltaria apenas o ânimo de lucro para caracterizar-se como entidade empresária.

Sua atividade de criação de riquezas desenvolve-se com a organização e coordenação dos fatores de produção, conjugando capital e trabalho para produzir os serviços que, desse modo, constituiriam elemento de empresa. Apenas por uma barreira formal a associação Consulente não se enquadra como empresário, pois não se destina a distribuir lucros, mas sim a investir todo o proveito econômico auferido na realização de seu objeto. Por isso é uma associação com fim econômico e não uma sociedade empresária. Ambas as figuras jurídicas, porém, se qualificam como agentes econômicos.

A lacuna legislativa para conferir tratamento adequado à crise econômico-financeira enfrentada pela Consulente, visando à sua superação e à conseqüente preservação de sua atividade econômica, é evidente, pois o instituto da concordata civil não é capaz de promovê-las, como se demonstrou no item II.4 antecedente, e a recuperação judicial foi dirigida principiologicamente aos empresários. Resta, portanto, fazer uso da analogia para suprir a lacuna verificada, nos precisos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse sentido, deve-se aplicar à Consulente o remédio da recuperação judicial para que possa superar o seu estado de crise econômico-financeira, cuja finalidade suprema é a da preservação da atividade econômica, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Não foi o instituto preconizado para preservar o direito à partilha de lucros, mas sim para permitir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços e riquezas, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005). Há, na hipótese aventada, a mesma identidade de substância jurídica⁴² e os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico ou semelhante.

42 GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 1932, v. I, p. 35.

O fundamento da analogia é o de assegurar a justiça, estendendo o mesmo princípio contido em uma regra legal a outras hipóteses semelhantes não previstas. Preciso é o seu perfil traçado por Carlos Maximiliano⁴³:

Funda-se a analogia, não como se pensou outrora, na *vontade* presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes: neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito.

O processo analógico é integrativo. Não *cria* direito novo, mas *descobre* o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, próprio ou comum ao caso previsto pelo legislador ao outro, patenteado pela vida social⁴⁴. Como bem explicitado por Ferrara, “o Direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema”⁴⁵. Ao se recorrer à analogia, portanto, estar-se-á aplicando preceitos e princípios latentes, pujantes no sistema em vigor, para preencher vazios ou lacunas originárias ou derivadas, estas como resultado da dinâmica e evolução de fatos econômicos e sociais que a lei em vigor não foi capaz de tempestivamente acompanhar e, assim, atualizar-se. Com essa ferramenta, assegura-se a justiça visada pelo ordenamento jurídico, garantindo-se verdadeira isonomia de tratamento a hipóteses que se assemelham na essência e nos efeitos, fazendo-se uso da mesma razão de decidir.

43 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 171.

44 Ibidem. p. 174.

45 FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921, v. 1, p. 231-232.

Penso que a hipótese tratada – associação com fins econômicos – é mesmo objeto de uma lacuna do direito positivado e a solução analógica se afigura como a receita mais adequada para a superação da crise econômico-financeira enfrentada. A analogia melhor se enquadra na aplicação do Direito do que na sua hermenêutica, pois destina-se a suprir lacuna dos textos e não a descobrir e revelar o sentido e alcance da regra positivada⁴⁶.

Mas essa é apenas uma questão de método para solucionar a relevante questão de fundo. Chega-se à igual conclusão buscando-se a solução a partir da hermenêutica, fazendo-se uso dos métodos de interpretação racional e teleológico.

O processo lógico-racional tem em mira o resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática⁴⁷. A apreciação do resultado é essencial e determinante para o intérprete. Dentro da letra expressa da lei, busca-se a exegese que conduz à melhor consequência para a coletividade⁴⁸, visando sempre, pois, à realização dos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação da lei (artigo 5º da LINDB e artigo 8º do Código de Processo Civil).

O elemento teleológico considera o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística. O hermeneuta, por isso, deve sempre ter em vista realizar o fim da lei. Sua aplicação deve orientar-se para assegurar plenamente a tutela do interesse para o qual foi redigida e os valores sociais e econômicos por ela colimados. Por essa razão é que sua interpretação há de ser essencialmente finalística⁴⁹.

Todos esses métodos, em última *ratio*, conduzem ao entendimento de que o Direito não pode deixar de atender às legítimas ma-

46 MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit. p. 174.

47 Ibidem. p. 135.

48 Loc. cit.

49 Ibidem. p. 125.

nifestações dos fatos da vida econômica e social, que nem sempre, consoante atesta Carlos Maximiliano, hão “de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores”, devendo-se, por isso, adaptar “o texto preciso às condições emergentes, imprevistas”⁵⁰.

Dentro desse contexto lógico-racional e finalístico, empregado para se extrair dos dispositivos ou textos normativos a norma que melhor atenda aos fins sociais e econômicos de uma determinada situação concreta, e com a indispensável visão consentânea da época do fato, outra conclusão não se pode ter senão a de se estender a recuperação judicial para a associação Consulente, porque: (i) caracteriza-se como uma associação com fim econômico; (ii) promove a criação e a circulação de riquezas; (iii) organiza e coordena os fatores de produção (capital e trabalho); (iv) realiza a função social da atividade econômica a partir da produção de serviços para a comunidade, a geração de empregos e de tributos; (v) a concordata civil é manifestamente carente de meios capazes de propiciar a preservação de sua atividade econômica; e (vi) o escopo da recuperação judicial, consistente na viabilização da superação da situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005), com ela perfeitamente se conforma.

Todos esses elementos impõem ao intérprete a exegese extensiva do artigo 1º da Lei nº. 11.101/2005 para permitir que o agente econômico em referência faça uso da recuperação judicial, porquanto não se encontra em quaisquer das vedações expressas ou por equiparação constantes de seu artigo 2º, regra de ordem pública que afasta certas atividades empresárias – e até não empresárias, pois o preceito fala em cooperativa de crédito e cooperativas são sociedades simples – do regime de recuperação judicial, considerando haver legislação especial para tratar da crise por elas enfrentadas (*e.g.* Lei nº. 6.024/1974, Decreto-Lei nº. 73/1966, Lei nº. 9.656/1998 e Lei Comple-

50 *Ibidem.* p. 129.

mentar nº. 109/2001, que cuidam, respectivamente, das instituições financeiras, das sociedades seguradoras, das sociedades operadoras de planos privados de assistência à saúde e das entidades de previdência complementar).

Negar à Consulente o acesso ao instituto habilitado a promover a sua reestruturação, preservando a sua atividade, e decretar a sua morte – pois a liquidação inexoravelmente leva à extinção da associação – não é medida social e economicamente razoável. O Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo a prescrever um absurdo.

No caso, é bastante oportuno o brocardo latino *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito).

A associação Consulente desvela inúmeros elementos de empresa, embora formalmente seja uma associação e não uma sociedade empresária. E isto sem qualquer pecha de ilicitude ou irregularidade, pois o elemento decisivo na diferenciação dessas duas modalidades de pessoa jurídica de direito privado com fins econômicos é que a associação não distribui lucros e a sociedade empresária o faz. Essa é a razão que justifica as suas diferenças de forma.

A interpretação, inclusive, faz-se de acordo com a Constituição Federal, que erige como fundamento da República os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º). O artigo 170, por seu turno, dispõe que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com observância dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (*caput* e incisos II e III). Estes são princípios gerais da atividade econômica na dicção da Lei Maior e não da atividade empresarial, a qual, por evidente, encontra-se inserida naquela atividade, que lhe é muito mais abrangente. Os princípios da função social e da preservação da empresa, extraídos dos aludidos incisos II e III do artigo 170 da Constituição Federal, devem, na visão constitucional amplificada e contemporânea, ser entendidos como princípios da função social e da preservação da atividade econômica, para abranger o agente econômico.

II.6. A Relevância das Técnicas Decisórias.

Releva a importância da jurisprudência como fonte formal de direito, constituindo elemento de *formação e aperfeiçoamento* do Direito. Com a sua peculiar propriedade, demonstra Carlos Maximiliano⁵¹ a sua riqueza, pois “preenche lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais”, atuando como “verdadeiro suplemento da legislação, enquanto serve para a integrar nos limites estabelecidos” – o que me parece ser a hipótese da consulta –, ou funciona como “instrumento importantíssimo e autorizado de hermenêutica”, traduzindo “o modo de entender e aplicar os textos em determinada época e lugar”, pois o “sistema jurídico desenvolve-se externamente por meio da lei, e internamente pela secreção de novas regras, produto da exegese judicial das disposições em vigor”.

A técnica dos precedentes, por outro lado, constitui-se em eficiente instrumento de transformação do Direito Positivo, pois é fonte irrecusável de conhecimento do Direito, ou melhor, do que é o Direito, garantindo a desejada e indispensável segurança jurídica.

Sem a contribuição das técnicas decisórias não se teria avançado e aplicado adequadamente, com justiça, o Direito. São exemplos vivos as garantias por elas asseguradas aos direitos dos companheiros, aos direitos da personalidade e ao direito à renovação compulsória de locação aos prestadores de serviços (não comerciantes) e que, assim, acabaram por influenciar o processo legislativo para em lei contemplá-las.

A evolução se impõe para, no atual contexto da vida econômica e social, consagrar a garantia de acesso de certos agentes econômicos à recuperação judicial, como meio de superação da crise econômico-financeira vivenciada.

Em relação às associações com fins econômicos – objeto da consulta –, tem-se o importante *leading case* da Casa de Portugal,

51 Ibidem. p. 146.

constituída formalmente como associação civil em 13.06.1928, com sede na cidade do Rio de Janeiro, que teve deferido o processamento de sua recuperação judicial pelo juízo da 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 14.06.2006, com parecer favorável da Promotora de Justiça titular da 4ª Curadoria de Massas Falidas. A referida associação exercia, e, graças ao êxito de sua recuperação judicial, ainda exerce, atividade econômica em imóvel próprio, onde mantém, e mantém, uma unidade hospitalar, uma escola e um asilo⁵².

O plano apresentado foi aprovado na assembleia geral de credores em 11.12.2006, e homologado pelo juízo da 4ª Vara Empresarial em 19.12.2006, com opinamento favorável do administrador judicial e do Ministério Público, sendo que este último requereu a apresentação das certidões negativas de débitos tributários pelo devedor, o que foi dispensado pelo juiz em sua decisão homologatória.

Da referida concessão, o Ministério Público interpôs o recurso de agravo de instrumento, que restou provido pela 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decisão esta que ensejou a interposição de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça.

A Corte Superior, por sua 4ª Turma, no enfrentamento do Recurso Especial nº. 1.004.910/RJ, que teve por relator o Ministro Fernando Gonçalves, por decisão unânime, aplicou a teoria do fato consumado para conhecer e parcialmente prover o recurso, a fim de dar prosseguimento à recuperação judicial. No seu voto, entretanto, o Ministro relator destacou “a função social da recorrente, entidade que mantém um hospital, um asilo e um colégio” e também o fato de haver “notícia nos autos de que emprega por volta de seiscentas pes-

52 Confira-se o relatório do Ministro Fernando Gonçalves no REsp nº. 1.004.910/RJ, julgado à unanimidade pela 4ª Turma do STJ, em 18.03.2008 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº. 1.004.910/RJ. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Data de Julgamento: 18 mar. 2008. Data de Publicação: 04 ago. 2008).

soas, disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais)”. Ao final, meritoriamente, concluiu: “nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos”.

Em 22.07.2015, foi por sentença decretado o encerramento da recuperação judicial da Casa de Portugal.

O caso, cuja solução foi prestigiada pelo Superior Tribunal de Justiça, encaixa-se perfeitamente com a hipótese objeto da consulta. O emprego de igual tratamento possibilita o soerguimento da UCAM, instituição de ensino que data do ano de 1902, uma das mais antigas do País, e que atualmente abrange os cursos Sequenciais, Graduação, Pós-Graduação e Extensão (artigo 27 do Estatuto da UCAM), além da atividade de Pesquisa (artigo 31 do citado Estatuto).

Consoante informações fornecidas pela Consulente, a medida resguardaria os atuais 1.376 (mil trezentos e setenta e seis) postos de trabalho – 705 (setecentos e cinco) preenchidos por docentes e 671 (seiscentos e setenta e um) ocupados por funcionários administrativos –, preservaria o seu fim institucional de promover o ensino e a educação, mantendo mais de 10.000 (dez mil) alunos nos cursos presenciais e mais de 2.000 (dois mil) alunos na contemporânea modalidade de ensino à distância, além de propiciar o recolhimento dos tributos anuais correntes e os em atraso.

Não há razoabilidade em se deixar de aplicar a mesma razão substancial de decidir à hipótese em apreço, procedimento que evita que a atividade da Consulente chegue ao ocaso de sua existência, fato que a ninguém interessa quando há possibilidade de recuperar. A não aplicação cogitada representa uma involução dos fatos sociais e econômicos que cabem ao Direito observar e tutelar.

A atuação judicial construtiva pode – e deve – contribuir para o acerto da questão, adotando um ponto de vista uniforme, formando orientação dogmática acerca do tema, de modo a expedir um princípio que sirva de orientação ao sistema jurídico nacional. Desarte, poder-se-á avançar na matéria da preservação da atividade econômica de determinados agentes econômicos, como foi o caso da Casa de Portugal, e poderá ser o da UCAM.

III. As Respostas aos Quesitos.

1º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, agentes econômicos formalmente constituídos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas como associações civis, possuem legitimidade para requerer o deferimento do processamento de sua recuperação judicial? Por quais razões?

Sim.

A Consulente e o Instituto Cândido Mendes são associações com fins econômicos. Caracterizam-se por exercerem atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas – economicidade –, mas sem o ânimo de partilhar lucros entre os associados, aplicando-se todo o resultado nos fins das próprias entidades. São, assim como os empresários (empresário individuais e sociedades empresárias), agentes econômicos.

Conforme desenvolvido no item II.4 deste parecer, o regime da concordata civil é ineficiente para amparar e propor solução para a crise do sujeito que se caracteriza como agente econômico. O instituto traduz manifesta carência de meios para atingir os fins de preservação da atividade econômica. Há, portanto, uma verdadeira lacuna no direito positivo vigente, considerando que principiologicamente o instituto da recuperação judicial foi dirigido ao empresário.

O conceito de empresário reúne três elementos essenciais: (i) exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; (ii) atividade esta que deve ser organizada; e (iii) realizada de modo profissional, isto é, com habitualidade e visando ao lucro.

Nas associações com fins econômicos de que trata a consulta, faltaria apenas o ânimo de lucro para caracterizarem-se formalmente como entidades empresárias.

Suas atividades de criação de riqueza desenvolvem-se com a organização e coordenação dos fatores de produção, conjugando capital e trabalho para produzir os serviços que, desse modo, constituiriam elemento de empresa. Apenas por uma barreira formal as associações objeto da consulta não se enquadram como empresário, pois não se destinam a distribuir lucros, mas sim a investir todo o proveito econômico auferido na realização de seu objeto. Por isso são associações com fins econômicos e não sociedades empresárias. Ambas as figuras jurídicas, porém, se qualificam como agentes econômicos.

Nesse sentido, diante da lacuna no ordenamento positivo nacional apontada, o remédio da recuperação judicial deve, sim, ser a elas aplicado, para que possam superar o estado de crise econômico-financeira, cuja finalidade suprema é a da preservação da atividade econômica, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. Não foi o instituto preconizado para preservar o direito à partilha de lucros, mas sim para permitir a manutenção da fonte produtora de bens, serviços e riquezas, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei nº. 11.101/2005).

2º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM –, à luz do segmento econômico de educação, ensino e cultura em que atuam, fogem do rol de proibição para o deferimento do processamento da recupera-

ção judicial disposto no art. 2º e incisos da Lei nº. 11.101/2005? Por quê?

Sim.

Os agentes econômicos objeto da consulta não se encontram em quaisquer das vedações expressas constantes do artigo 2º da Lei nº. 11.101/2005, regra de ordem pública que afasta certas atividades empresárias – e até mesmo não empresárias, pois o preceito fala em cooperativa de crédito e cooperativas são sociedades simples – do regime de recuperação judicial, considerando haver legislação especial para tratar da crise por elas enfrentadas (e.g. Lei nº. 6.024/1974, Decreto-Lei nº. 73/1966, Lei nº. 9.656/1998 e Lei Complementar nº. 109/2001, que cuidam, respectivamente, das instituições financeiras, das sociedades seguradoras, das sociedades operadoras de planos privados de assistência à saúde e das entidades de previdência complementar).

Outrossim, as atividades de educação, ensino e cultura exercidas pelos agentes econômicos em questão não são legalmente equiparadas àquelas atividades expressamente indicadas no rol do aludido artigo 2º.

Portanto, tais atividades escapam tanto das vedações expressas quanto das vedações por equiparação preconizadas no mencionado preceito.

3º QUESITO: A Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI –, o Instituto Cândido Mendes e as demais pessoas jurídicas criadas pela própria ASBI para fins de exercer sua função de mantenedora da Universidade Cândido Mendes – UCAM – detém elementos de empresa configurados, na forma do art. 966 do Código Civil?

Sim.

As entidades objeto da consulta desvelam elementos de empresa, conforme já se atestou na resposta ao 1º quesito, porquanto promovem a criação e a circulação de riquezas e organizam e coor-

denam fatores de produção (capital e trabalho) para prestarem os seus serviços. Tais serviços consistem em instrumento de execução da atividade econômica, sendo, portanto, elementos desta atividade, apartados de qualquer pessoalidade em relação àqueles que integram o seu quadro associativo ou diretivo.

É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 2 de abril de 2020.

Sérgio Campinho