

A (IM) POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO EMPRESÁRIAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO INSTITUTO

Renan do Nascimento Trindade¹

Prof. Ricardo Sevilha Mustafá²

Conclusão de Curso³

RESUMO

Após 60 anos de vigência do Decreto-lei Nº 7661/45 e 11 anos de tramitação pelo Congresso Nacional, a nova lei falimentar 11.101/05 foi sancionada, e em seu teor, é disciplinado o instituto da Recuperação Judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, o qual tem o cunho objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa no fito de preservar a conservação da fonte produtora de riquezas. No entanto, embora tenha sido recebida com grande prestígio, o regulamento distingue as organizações não empresárias e empresárias, restringindo apenas à última a possibilidade da Recuperação Judicial. Nesta perspectiva, a finalidade dessa pesquisa é realizar uma análise através do método hipotético-dedutivo quanto a legislação empresarial brasileira no tocante a exclusão das entidades não empresárias do instituto acima citado, levando em consideração que, similarmente aos empresários e às sociedades empresárias, são possuidoras de notável função social, sendo de grande relevância à comunidade, empregados, fornecedores e ao próprio Estado e que, por esses motivos, poderiam ser alcançadas pelos benefícios dispostos em lei.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Empresa. Função Social. Direito empresarial.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, 1.1 O empresário e a sociedade empresária no Brasil, 1.2 Das organizações não empresárias, 1.2.1 Sociedade simples, 1.2.2 Das fundações e associações, 2 LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA, 3. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.101/2005 ÀS ORGANIZAÇÕES NÃO EMPRESÁRIAS, 3.1 Precedente jurisprudencial – caso UCAM, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

¹ Aluno da Graduação em Direito, pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

² Professor Mestre do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Independentemente da natureza jurídica, as organizações exercem papéis relevantes à comunidade local, regional, nacional ou internacional. Sob o prisma econômico, sejam empresas multinacionais ou microempresas, associações, fundações e sociedades simples são detentoras de uma importante função social em nosso país, pois são esses agentes que contratam funcionários, recolhem tributos, desenvolvem produtos ou serviços para outros negócios e ao consumidor final e fomentam os principais setores econômicos do Brasil.

Todavia, considerando que a nossa nação parece de grande instabilidade econômica, as organizações que exercem atividade econômica costumam, em algum momento e medida, sofrer algum impacto financeiro que por vezes inviabiliza a manutenção de suas atividades produtivas. Dessa forma, faz-se necessário adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais para superação da crise iminente ou já estabelecida para continuidade da atividade desenvolvida.

Nessa perspectiva, objetiva-se até ao cabo desse estudo, verificar o alcance da Lei 11.101/2005, denominada Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, com o escopo de tentar compreender os motivos que levam a exclusão das organizações não empresariais das prerrogativas da norma.

Justifica a delimitação desse tema à análise da Lei 11.101/2005 sob a égide da função social e preservação da empresa, uma vez que ela dispõe expressamente ser aplicável somente à empresa, declinando seus efeitos em relação às organizações não empresariais, ainda que exerçam relevante função social e sejam fonte produtora de riqueza, porém, não possuam algum dos elementos caracterizadores de empresa.

Por conseguinte, esse estudo se dedica por meio da metodologia hipotético-dedutiva à análise da efetividade da norma em consonância à doutrina clássica e contemporânea, ao passo que as organizações de natureza não empresarial não são contempladas pelas benesses estabelecidas pela lei em comento, surge, então, a problemática que essas entidades estão enfrentando: a ausência de ferramentas e procedimentos técnicos para superar as crises financeiras, culminando na insolvência irreparável e encerramento das atividades desenvolvidas por estas.

Para atingir essa finalidade, o conteúdo dessas considerações será dividido em três tópicos, os quais são: de pronto, observar as pessoas jurídicas de direito privado, subdividindo-as em organizações empresárias, nas figuras da empresa, do empresário, da sociedade empresária, assim como das organizações não empresárias, as quais subdividem-se em sociedades simples, associações e fundações; no segundo tópico, será tratado sobre a Lei 11.101/2005, e por fim; discorrer sobre a inaplicabilidade da lei em face das organizações não empresárias, comentando, em sub-tópico, o caso UCAM.

1. DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

1.1 O empresário e a sociedade empresária no Brasil.

Primacialmente, para se atingir o objetivo do presente estudo, faz-se necessário conceituar alguns sujeitos que contornam a aplicabilidade de Lei 11.101/2005. Nessa esteira, a busca pelo atual entendimento doutrinário sobre as normas vigentes é de grande valia para criar a melhor condição de compreensão do assunto em debate.

Deveras destacar que apesar de haverem diversas leis esparsas que regulam matérias especiais do direito empresarial, como a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) e a Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei 11.101/2005), é no Código Civil de 2002 que estão entabuladas as premissas gerais e basilares do direito do empresário e da sociedade empresária.

Neste diapasão, portanto, extrai-se desse Códex a figura do empresário que, de acordo com o artigo 966, caput, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (Código Civil, 2002).

Como leciona (TOMAZETTE, 2021, p. 41), a empresa é uma atividade desenvolvida que, necessariamente, deve ter um sujeito que a exerça, denominado empresário, cujas atribuições implicam no exercício dos elementos cumulativos transcritos acima, os quais são: a) profissionalmente; b) atividade econômica; c) organização; e d) produção ou circulação de bens ou de serviços.

Como exercício profissional, entende-se como o funcionamento habitual e em caráter estável de um empreendimento, considerando a natureza da atividade. A título de exemplo, é classificado a empresário quem constitui uma concessionária de carros importados e realiza vendas de veículos regularmente, ao contrário do proprietário de um automóvel particular que, esporadicamente, vende o seu veículo e adquire outro.

Aquele que dirige e exerce a empresa de maneira contínua e assume os riscos do negócio com a finalidade de angariar lucro e gerar novas riquezas, desempenha uma atividade econômica (RAMOS, 2020, e-book), elemento essencial do empresário, à medida que não é considerado empresário quem atua, ainda que profissionalmente, sem o escopo de obter ganhos.

Ainda assim, além de executar atividade econômica profissionalmente, o responsável pelo empreendimento deverá desenvolver os fatores de produção para o bom funcionamento do negócio no intuito de alcançar a finalidade pretendida (ASCARELLI, 1962). Dessa forma, independentemente do porte da empresa, caberá ao empresário investir e gerenciar capital,

empregar mão de obra, adquirir insumos e utilizar-se da tecnologia para realizar determinada atividade (RAMOS, 2020, e-book).

Por fim, nas palavras de (TOMAZETTE, 2021, p. 44), “a atividade desempenhada pelo empresário deve abranger a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado”. A partir desse entendimento, segundo o próprio doutrinador, a produção se concretiza na transformação da matéria prima em um produto acabado, quanto na circulação, refere-se à negociação de bens e, entende-se como serviço, o desempenho de uma atividade para satisfazer necessidade de outrem, a título oneroso.

Em suma, à medida que foi tratado o conceito de empresário como aquele quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, vale dizer que o conceito de empresa, embora não seja prevista expressamente no Código Civil de 2002, é a atividade econômica organizada exercida pelo empresário de forma habitual.

Se por um lado, o sujeito na qualidade de empresário é a pessoa física que assume individualmente a titularidade da empresa, de outro, surge a figura da sociedade, pessoa jurídica, resultado da pluralidade de sócios pessoas naturais ou jurídicas que se unem para, com objetivo em comum, dedica-se ao melhor exercício da atividade econômica da empresa, suportando os custos e despesas, bem como, partilham entre si, os proveitos alcançados. (CAMPINHO, 2018, e-book)

Considerando que o sucesso ou ruína da sociedade empresária está relacionada às contribuições de esforços ou recursos dos sócios, é crucial à sociedade a presença do *affectio societatis*, que se resume no interesse entre os indivíduos em se juntarem para criar um vínculo societário, com a ciência que o negócio requererá colaboração de todos, e o elemento afeição é primordial, uma vez que no funcionamento da atividade empresária, naturalmente surgirão divergências e atritos.

O artigo 44, inciso II, do Código Civil dispõe que as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado. Contudo, cabe importante ressalva às sociedades em conta de participação e sociedades em comum que não são personificadas. Outrossim, as sociedades em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações são todas personificadas, isto é, possuem personalidade jurídica.

De modo geral, além da possibilidade de contar com múltiplos agentes – denominados sócios – integrando o quadro societário de uma empresa, de acordo com o ilustre Professor Doutor André Luiz Santa Cruz Ramos (2020) o que difere o empresário e a sociedade empresária que “esta, por ser uma pessoa jurídica, tem patrimônio próprio, distinto do

patrimônio dos sócios que a integram. Assim, os bens particulares dos sócios, em princípio, não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”, consoante ao artigo 1.024 do Código Civil.

Portanto, conclui-se que a responsabilidade do empresário individual é direta e ilimitada, logo, é passível de ter seus bens pessoais executados para garantia de débitos provenientes da natureza empresarial. No entanto, a responsabilidade das sociedades empresárias é considerada subsidiária, significa dizer que as execuções só alcançam os bens dos sócios depois de esgotarem os bens da sociedade, respeitada as ações que a responsabilidade é limitada.

Urge revelar que no ano de 2011, foi promulgada a Lei 12.441/2011 que instituiu a EIRELI, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, no claro intuito de garantir ao empreendedor a prática dos atos de empresa preservando seu patrimônio pessoal, não se confundindo com o da pessoa jurídica, perfazendo assim, a tríade considerada de natureza empresarial.

Diante o exposto, verifica-se que a empresa pode ser classificada como empresário individual, EIRELI e sociedades empresárias (TOMAZETTE, 2021, p. 41), e todos exercem a empresa e possuem a figura do empresário por trás.

1.2 Das organizações não empresárias

1.2.1 Sociedade simples

Nas lições de (NEGRÃO 2018, e-book) as sociedades podem ser classificadas de duas maneiras em relação à natureza da atividade econômica: sociedade empresária, tratada anteriormente, e a sociedade simples.

Apesar de também desenvolver, muita das vezes, atividade econômica, as sociedades simples enquadram determinadas atividades específicas, as quais são previstas em lei. Segundo Sérgio Campinho:

A sociedade simples, segundo o perfil legislativo que lhe foi destinado, empreende atividades econômicas específicas. O ordenamento jurídico positivo é quem lhe reserva o objeto. Algumas das antigas sociedades civis com fins econômicos se enquadram como sociedade simples, por força, repita-se, de reserva expressa do ordenamento jurídico positivo. (CAMPINHO, 2018, e-book)

Neste raciocínio, assim como nem toda atividade econômica é considerada empresária, do mesmo modo, nem toda sociedade será empresária (RAMOS, 2020), isso porque o artigo 982 do CC dispõe que “salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria do empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. (BRASIL, 2002)

A partir dessa norma, observa-se que o que distingue as sociedades empresárias das simples é o objeto social, salvo as exceções contidas no parágrafo único do dispositivo supra, que ressalva que as sociedades por ações sempre serão empresárias e, que as sociedades cooperativas se enquadram como simples (Artigo 982, parágrafo único, do Código Civil).

Após esse breve introito, pode-se definir a sociedade simples como “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”. Estes não são considerados empresários. (Artigo 966, parágrafo único, do Código Civil)

Até o Código Civil de 2002 entrar em vigor, as sociedades simples eram denominadas sociedades cíveis. Suscintamente, pode-se descrever a sociedade simples como a união entre profissionais intelectuais, como exemplo, a sociedade de advogados, médicos, dentistas, entre outras.

A lei discerne as sociedades formadas pelos profissionais intelectuais das sociedades empresárias devido à ausência da organização dos fatores de produção. Melhor se explica, a atividade do profissional intelectual possui pessoalidade e não apresenta, normalmente, características de pelo menos um dos elementos: a) capital; b) insumo; c) mão de obra; e d) tecnologia e, ainda que possua auxiliares, como nos exemplos elucidados acima, do médico que possui recepcionista, como expressamente previsto no parágrafo único do artigo 966 do CC, não será considerado empresário.

Neste diapasão, entidade de grande relevância para o país é a denominada cooperativa, citada anteriormente, e merece atenção pela sua essencialidade na participação do desenvolvimento do país. Regida pela Lei 5.764/71 e também prevista pelos artigos 1.093 a 1.096 do Código Civil, Fábio Belotte Gomes ensina que:

Na sociedade cooperativa, os associados reciprocamente se obrigam contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro, devendo as suas finalidades estarem voltadas à prestação de serviços e benefícios aos seus associados. É a política do cooperativismo: uns cooperam com os outros e a sociedade atua como mera facilitadora da disposição ao mercado dos bens e serviços individuais dos cooperados. (GOMES, 2012, p. 120-121)

No censo de 2019, foram identificadas 5.314 cooperativas, que contam com a participação de 15,5 milhões de cooperados, preenchendo cerca de 427,5 mil vagas de empregos em diversos ramos, como da saúde, consumo, crédito, transporte, agropecuário dentre outros, além de terem injetados, neste mesmo ano, aproximadamente 11 bilhões de reais em tributos (OCB, 2019).

Não obstante sua relevância econômica e social ao povo brasileiro, assim como demais entidades que serão tratadas em seguida, as cooperativas não são alcançadas pelos privilégios da lei 11.101/2005, o que acarreta em discussões doutrinárias sobre a abrangência do regulamento e seu efetivo alcance.

1.2.2 Das fundações e associações

Assim como a cooperativa tratadas anteriormente, as associações, previstas no artigo 53 do Código Civil, também não possuem fins lucrativos, embora possam desempenhar atividades econômicas. Possuem como característica a reunião de pessoas para promoção de propósitos culturais, religiosos, filantrópicos, científicos ou literários, desportivos, entre outros objetivos em comuns, todavia, não há, entre elas, direitos e obrigações recíprocas justificado pela natureza não lucrativa da entidade (Artigo 53, parágrafo único do Código Civil). Entretanto, como bem observa Flávio Tartuce, podem haver deveres e obrigações entre a associação e seus associados, como o adimplemento das contribuições mensais. (TARTUCE, 2019, e-book)

Consideradas entidades privadas, as associações são constituídas e mantidas pelas contribuições dos associados que se associam livremente movido pelo mesmo interesse, como exemplos, os clubes desportivos, Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Associação Brasileira de Educação (ABE) entre outras milhares constituídos no nosso país.

Assim como as associações, as fundações também atuam no terceiro setor como entidades não governamentais que são. Constituída por um instituidor por meio de escritura pública ou pós morte por meio do testamento. Nas palavras de TARTUCE (2019, e-book), “As fundações, assim, são bens arrecadados e personificados, em atenção a um determinado fim, que por uma ficção legal lhe dá unidade parcial”, isto é, diverso das associações que surgem com a reunião de pessoas, as fundações são constituídas pelo patrimônio incorporado.

Nessa esteira, o conjunto de bens que constituem uma fundação deverá, obrigatoriamente, ser destinado aos seguintes fins externados pelo artigo 62 do Código Civil:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se

destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: I – assistência social; II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – educação; IV – saúde; V – segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e IX – atividades religiosas (BRASIL, 2002).

De acordo com o IBGE (2016), as associações e fundações particulares empregavam em torno de 2 milhões de colaboradores, e suportavam folhas salariais e outras remunerações que superavam 80 milhões de reais mensais neste período.

Compreende-se pelas razões expostas, em suma, que as associações, fundações e cooperativas exercem com fundamental importância, papéis relevantes para o desenvolvimento econômico do país, assim como o empresário, EIRELI e a sociedade empresária, todavia, não são consideradas como empresas e, por consequência, não são contempladas pelos benefícios da Lei 11.101/2005, que passa a expor.

2. DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E DA FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Consabidas são as dificuldades que o empresário sofre no Brasil. Carga tributária elevada, custos fixos mensais que independe se o empreendimento faturou ou não naquele mês, mercado cada vez mais disputado, economia instável, manutenção e fidelização da clientela, tudo isso entre outros fatores podem levar a empresa à crise, situação em que o passivo se torna maior do que o ativo a ponto de inviabilizar a manutenção da empresa.

A crise pode se instalar na empresa por diversos motivos. A crise financeira tem assolado os empresários no país ao passo que, devido a retração dos seus negócios que afetam diretamente seu faturamento, a empresa perde seu caixa e não consegue mais cumprir suas obrigações com fornecedores, fisco, empregados e prestadores de serviços, e pode chegar em um ponto que as dívidas contraídas são tão altas que o patrimônio da empresa já não é mais capaz de arcar com todos os débitos.

De acordo com Tomazette (2021, p. 32), a falta de flexibilidade e dinamismo nas organizações tem sido determinantes no seu sucesso ou insucesso. Com o avanço da tecnologia e do mercado, as empresas que não se atentam às novas demandas dos clientes correm sérios

riscos de produzirem produtos obsoletos e perderem espaços para concorrentes nacionais e estrangeiros.

A falta de gestão, mão de obra qualificada, investimento em inovação, assim como conflitos entre os sócios também são questões preocupantes para a saúde da empresa, dado que o custo para manter um negócio em funcionamento passa a ser maior do que a eficiência desenvolvida nas atividades rotineiras, o que afeta a qualidade do produto ou serviço e a relação com o cliente. Nas lições de Garella (2003, p. 09), as crises de eficiência decorrem quando uma ou mais áreas da empresa rende aquém de sua capacidade e potencialidade.

Ao passo que as crises e dificuldades econômico-financeiras se instalam em uma empresa, os interesses de superação dessas adversidades ultrapassam do sujeito do empresário, isso porque a dimensão da atividade econômica desenvolvida pela organização se estende ao Estado, por meio dos recolhimentos fiscais, aos empregados que vendem suas horas de labor para sustentar a si e sua família, da comunidade local e dos demais credores, incluindo fornecedores e bancos.

Nessa conjuntura, considerando que o fracasso de uma empresa impacta, em algum grau, a micro e macroeconomia, os empregos, o fisco e a inserção de crédito no mercado, foi sancionada a Lei 11.101/2005, norma que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, inclusive do EIRELI, como prevê seu artigo 1º. Todos esses institutos serão melhor esclarecidos nesse estudo, todavia, será tratado com maior ênfase o regimento da recuperação judicial das empresas.

Se constatado que a empresa não possui mais condições de superar a crise que a assola e que a sua recuperação é inviável, ela deverá ter seu patrimônio liquidado para mitigar maiores prejuízos aos credores. Esse procedimento liquidatário é denominado de falência da empresa, e se caracteriza por ser “uma situação legal derivada de decisão judicial (sentença declaratória da falência) em que o empresário insolvente, submete-se a um complexo de normas que objetivam a execução concursal de seu patrimônio”. (PERIN JÚNIOR, 2006, p. 51-52)

Certo é que, quando a empresa não tem mais forças de dar prosseguimento no exercício da atividade econômica e possui débitos maiores que suas receitas, faz-se necessário a liquidação forçada do patrimônio da empresa para pagamento dos valores inadimplidos e satisfazer, na medida do possível, os interesses dos credores. Assim, conclui-se que a falência dará fim às atividades da empresa, razão pela qual deixará de assumir sua função social, e se restringirá à sua liquidação para pagamento dos credores.

Como será tratado em breve, a recuperação judicial se consolida por decisão judicial que valida um tratado entre a empresa e seus credores, no fito de superação da crise econômico-

financeira para manutenção das suas atividades (TOMAZETTE, 2021, p. 303). Mas em relação a recuperação extrajudicial, esta possibilita que a empresa devedora e os credores promovam, entre si, acordos mais céleres e menos onerosos, por não ter a atuação do poder judiciário e de diversos procedimentos que decorrem desse mecanismo. Somente ao final de todas as tratativas, é levado em juízo para homologação.

O que parece simples, rápido e econômico (DEMARTINI; BATTELO, 2008, p. 78), na verdade, possui suas restrições que naturalmente inviabilizaria sua execução por parte das empresas devedoras. Evidentemente, nem todos os credores se valeriam de negociar seus créditos com a empresa devedora, em razão de seus próprios interesses, o que já é um obstáculo para concretização desse instituto, como no caso, mas não se limitando, dos titulares das propriedades fiduciárias dos bens móveis e imóveis, arrendador mercantil, e outros previstos no artigo 49, §§3º da Lei que cumpre transcrever abaixo:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. [...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (Brasil, 2005)

Ademais, alguns créditos não são englobados por esse procedimento extrajudicial, como nos casos dos credores fiscais devido ao princípio da legalidade e indisponibilidade do interesse público, ficando restrito aos parcelamentos legais previstos. (TOMAZETTE, 2021, p. 305).

Entretanto, é a recuperação judicial que dispõe a medida mais abrangente e eficaz para o enfrentamento da crise da empresa e sua manutenção no mercado, como descreve o texto do artigo 47 da LREF, nestes exatos termos:

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)

Por meio da recuperação judicial, a empresa é beneficiada por meio de alguns procedimentos para sua reestruturação econômica, no claro intuito de manter a fonte produtora, o emprego e os interesses dos credores (CAMPINHO, 2006, p. 10-11). Para isso, o

empreendimento deve demonstrar-se viável, convencendo aos credores e ao judiciário que detém condições de superar a crise instalada. Caso contrário, a empresa convolará em falência.

Conforme exposto no inciso II e §4º do artigo 6º da Lei 11.101/05, haverá a suspensão das execuções, apreensão e constrição de bens ajuizados por 180 dias a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, podendo ser prorrogado por igual período para dar fôlego à empresa. Essa disposição determina que as execuções de dívidas provenientes de títulos de créditos, contratos, obrigações trabalhistas, indenizatórias ou qualquer outra classe de credores adquiridas até a data do pedido de recuperação, ressalvados os credores fiscais e proprietários, se submetem ao processo do presente instituto e serão suspensos pelo prazo mencionado. (Art. 49 da Lei 11.101/2005).

Nos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, alguns elementos devem ser analisados para apurar se a empresa é viável ou não, justificando os esforços e sacrifícios dos credores, os quais são: a) importância/relevância social; b) mão de obra e tecnologia empregada; c) volume de ativo e passivo; d) tempo de atividade da empresa; e e) porte econômico. (COELHO, 2008, p. 383/385)

Vista disso, o que se pretende é observar a relevância que aquela empresa exerce em determinado local, e quanto maior for o interesse da sociedade na manutenção e continuidade das atividades por ela prestadas, melhor se justificam as tentativas de superação de todas as adversidades.

O primeiro requisito para requerer o processamento da recuperação judicial está exposto no artigo 1º da Lei 11.101/2005: ser empresa ou sociedade empresária. A partir dessa premissa, é correto dizer que as organizações não empresárias não estão amparadas pelas benesses da recuperação judicial, extrajudicial e falência, e embora possua grande relevância e função social como as sociedades empresárias, não são contempladas com as disposições dessa lei.

O artigo 48 prevê os demais requisitos materiais para a autorização do processamento da recuperação judicial, in verbis:

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)

É fundamental externar que o presente estudo não almeja esgotar o tema da recuperação judicial, mas apresentar o seu objetivo de forma sucinta na intenção de discutir o porquê da inaplicabilidade da lei às organizações que não se enquadram como empresárias. Para isso, urge enfatizar dois princípios trazidos no caput do artigo 47 que justificam os privilégios concedidos às empresas que se valem da recuperação judicial: a função social e a preservação da empresa.

Previsto no artigo 5º, XXIII, da CF, a função social da empresa é explicada como um interesse da coletividade que a contorna, ou seja, interesses dos empregados, do fisco, dos fornecedores e da sociedade local, regional ou nacional, e não individual do empresário.

Na mesma perspectiva, da função social da empresa surge o princípio que dá propósito à Lei de Recuperação Judicial. Paulo Sérgio Restiffe (2008, p. 4) doutrina que o princípio da preservação da empresa advém do princípio da garantia do desenvolvimento nacional prescrito nos artigos 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, caput e §1º e 192 da Constituição Federal de 1988, os quais, de maneira sistêmica, visam dedicar todos os esforços para dar continuidade à empresa e a satisfação de interesses maiores aos do empresário.

Neste interim, imagina-se o cenário de uma empresa que emprega milhares de funcionários, recolhe milhões de reais em tributos, promove campanhas sociais e estimula a economia local enquanto adquire insumos e recursos para produção e infraestrutura. A cessação de uma empresa nesses moldes provocaria imensuráveis impactos negativos à região, por isso, defende-se que a lei em atenção objetiva a manutenção da fonte produtora, o que explica todos os empenhos, principalmente dos credores.

Inclusive, devido aos princípios elucidados, os credores proprietários que a priori não são abrangidos pelas previsões da recuperação judicial, ficam impedidos de apoderar-se dos bens móveis ou imóveis de propriedade da empresa para satisfação da dívida, pelo prazo de 180 dias, se considerados essenciais para continuidade ao exercício da atividade econômica. (TOMAZETTE, 2021, p. 109)

Assim exposto, ficará cristalino em linhas ulteriores que, em que pese a norma que disciplina a recuperação judicial somente concede aos empresários e sociedades empresárias o cabimento do tratamento recuperatório, as organizações não empresariais, entre elas, as sociedades simples, fundações e associações atuam, por muitas vezes como verdadeiras geradoras de riquezas e mantenedora de empregos, ao passo que, embora não seja previsto no escopo da Lei 11.101/05, são protagonistas de importantes funções sociais, mesmo que não possuidora de todos os elementos de empresa.

3. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.101/2005 ÀS ORGANIZAÇÕES NÃO EMPRESÁRIAS

Primordialmente, relembra que o artigo 1º da lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência é enfática em atribuir sua aplicabilidade somente ao empresário e à sociedade empresária, excluindo, assim, as demais pessoas jurídicas previstas no art. 44 do Código Civil dos ditames da lei.

É cediço dizer que o legislador suprimiu a possibilidade das organizações não empresariais de se valerem dos privilégios da Lei 11.101/2005, principalmente no concerne da recuperação da atividade econômica em prol da superação da crise para aquelas entidades viáveis, sendo irrelevante a essencialidade e notória função social que elas executam no mercado doméstico, pela simples restrição normativa, devido à ausência de fins lucrativos, ainda que comportem os demais elementos de empresa.

Nesse raciocínio, José Marcelo Martins Proença externa sua discordância quanto a abrangência do instituto se limitar à empresa, e aduz que:

A atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas em nosso País, ainda apresentando resquícios de uma fase subjetivista do direito comercial, não demonstrou preocupação com a manutenção da fonte produtiva de agentes econômicos não empresários, dos empregos por eles mantidos, pela sua função social, dentre tantos outros atributos que poderiam ser enumerados. (PROENÇA, 2009, p. 53)

No entendimento da doutrina que milita em favor da alteração legislativa, ou senão, da ampliação da interpretação da lei, a restrição das ferramentas recuperatórias às organizações não empresariais confronta com o princípio da preservação da empresa que, como já aduzido anteriormente, pretende avaliar a conservação da atividade econômica (não necessariamente lucrativa) e da fonte produtora de riquezas.

Ademais, Proença (2009, p.53) ainda ressalta que “como um dos objetivos da lei em comento é a preservação da atividade produtiva, esse objetivo deve, em razão de sua função social, sempre que possível, ser buscado, por ser gerador de riqueza, de emprego, de renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico e social do País”, dessa forma, proporcionar ao agente econômico – empresarial ou não – as prerrogativas da LREF.

Por efeito, o artigo primeiro da norma fundamenta a maior parte das decisões que analisam o pedido de recuperação judicial das organizações não empresárias, se limitando na interpretação literal do dispositivo, como na ação movida pela Associação para Valorização e Promoção de Excepcionais (AVAPE), indeferida por ausência de interesse de agir devido à natureza não empresarial na ACi 0001832-74.2013.8.26.0564 (TJSP, 2013).

Ex positis, pelo amor ao debate, cumpre elucidar as palavras de Carlos Alberto Farracha de Castro (2006, p. 72) que, à luz da CF que certifica a aplicação dos princípios da livre iniciativa e a valorização do trabalho humano sem a distinção de tratamento aos agentes econômicos, declara que não justifica a LREF favorecer as organizações empresárias em detrimento das não empresárias, o que motiva críticas ao instituto.

3.1 Precedente jurisprudencial – Caso UCAM.

Em sentido contrário da grande maioria das decisões que julgaram os requerimentos de recuperações judiciais de entidades não empresárias, o caso emblemático que despertou holofotes sobre a temática ora tratada no presente estudo, recentemente, foi o pedido de processamento de recuperação judicial da Associação Sociedade Brasileira de Instrução – ASBI e Instituto Cândido Mendes – ICAM, mantenedora da UCAM – Universidade Cândido Mendes, que gerou controvérsias na seara jurídica pelo motivo clarividente: o deferimento recuperatório à entidade não empresária.

Primeiramente, o contexto fático da Instituição e sua conjuntura econômico-financeira na data do pedido recuperatório.

Criada em 1902 e conhecida por ser tradicionalmente a instituição privada de ensino superior mais antiga do país (UCAM, 2018), é referência nacional na formação de egrégios profissionais, o que a tornou como uma das universidades mais bem-conceituadas do Brasil. Como se nota a instabilidade político-econômica da nação, não surpreendentemente, sobreviver por quase 120 anos de crises e incertezas surtiram diversos reflexos.

Contudo, devido à crise econômica que reflete no desemprego e superinflação, por consequência, invariavelmente acarreta o aumento descomunal de inadimplência dos estudantes, a Universidade enfrente o amargor das dívidas de aproximadamente 400 milhões de reais que perdura há pelo menos alguns anos, conforme se depreende da petição inicial protocolizada pela instituição e referenciada pela magistrada na respeitável decisão (TJRJ, 2020).

E é nessa esteira que cumpre destacar trechos da decisão proferida pelo juízo da 5ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº. 0093754-90.2020.8.19.0001, que exaltou a inquestionável relevância social que a universidade possui:

Trata-se de entidade de incontestável relevância social, por sua dedicação ao ensino e à educação, formadora de cidadãos, veículo de transformações

sociais, que, dentro de seu escopo institucional, atua com responsabilidade social, através da concessão de bolsas de estudo, cursos gratuitos, etc., em autêntico exercício de inclusão social. (TJRJ. Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001. 5ª vara empresarial. Juíza Titular Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado em 17/05/2020)

Em que pese a Universidade Cândido Mendes não tenha natureza, o que se busca pelos dispositivos legal da Lei de Recuperação Judicial é assegurar e garantir a fonte produtora da atividade econômica desenvolvida em território pátrio por força dos princípios da preservação e função social da empresa. Ademais, quando de fala em atividade econômica, nesse sentido, não se deve confundir como atividade lucrativa.

Pode-se deduzir da sentença que a Douta Magistrada orquestrou seus fundamentos no sentido de que a instituição demandante possui características de empresa e, em que pese não tenha finalidade lucrativa, elemento fulcral dessa pessoa jurídica, nada obsta de angariar lucro e reverter em seu próprio favor e da comunidade, por exemplo, contratando e/ou mantendo empregos, fornecendo bolsas de estudos e investindo em ciência, onde se verifica a economicidade da atividade exercida pela instituição.

Ainda sinaliza que o objetivo da lei não é garantir o lucro do empreendimento, mas contribuir na superação da crise econômico-financeira e manter a fonte produtora de serviços, produtos e riquezas, nestes termos:

As requerentes são contribuintes tributárias na ordem de quase 9 milhões de reais anuais, geradoras de quase 2 mil postos de trabalho e prestadoras de serviços educacionais a mais de 12 mil alunos (vide item 19 da inicial). Promovem e disseminam o conhecimento, caracterizando-se como autênticos agentes de transformação social. Não se afigura minimamente razoável aplicar dura e friamente a lei em detrimento à importância social e econômica das requerentes, sob pena de sepultar-se uma atividade econômica viável, que atende a anseios sociais. Isto significaria o desaparecimento da instituição de ensino e a derrota para os que dela dependem, sobretudo os credores, frustrando-se, assim, uma das próprias finalidades fundamentais da Lei nº 11.101/2005 (art. 49). (TJRJ. Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001. 5ª vara empresarial. Juíza Titular Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado em 17/05/2020)

Neste cenário, o indeferimento da recuperação judicial da Universidade resultaria na cessação desta por omissão ou falha técnica legislativa. Em outras palavras, o que estava sob análise era a proteção do emprego, da educação, da contribuição fiscal e interesses da coletividade, e o fechar das portas implicaria no retrocesso em inovação, desenvolvimento, educação e na economia nacional.

Destarte, o juízo conclui a decisão de deferimento da recuperação judicial citando o Nobre Professor Sérgio Campinho que explicou em seu parecer que "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." (CAMPINHO, 2018).

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a Lei 11.101/2005 que regulamenta o instituto da Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, é aplicável somente à empresa, que compreende o empresário individual, a sociedade empresária e a empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, dessa forma, as organizações que não são consideradas empresárias, não fazem jus aos incentivos e proteções da norma em juízo por força do disposto expresso em lei.

Entretanto, o que já era consabido por estar entabulado de forma cristalina no primeiro artigo da lei, vem sofrendo críticas por parte da doutrina. Nota-se que renomados juristas vêm se posicionando no sentido de não resumir o alcance da norma neste dispositivo, mas nos princípios que a fundamenta, haja vista que, em tese, o que se deve preservar não é tão somente as organizações que possuem a finalidade lucrativa, mas também, aquelas que desenvolvem de forma organizada atividade econômica, dona da fonte produtora de riquezas, que mantém os meios de produção e de relevante função socioeconômica.

Ex posits, se por um lado a lei foi elaborada para preservar a empresa viável que caminha em situação econômico-financeira fragilizada para promover a manutenção da fonte produtora e dos interesses daqueles que estão introduzidos nessa atividade econômica, à medida que impede as organizações não empresariais de características semelhantes de gozarem dos proveitos da lei para a qual foi criada, frustraria o instituto da recuperação judicial, extrajudicial e falência, e tolheria o direito concursal dessas entidades. Desse modo, compreende-se que o ideal seria a alteração da Lei 11.101/2005 na qualidade de ampliar seu alcance às organizações não empresárias que possuem importante papel social, deixando de observar tão somente a natureza jurídica, mas sim a substância das atividades daqueles agentes econômicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 19/10/2021 às 12h.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 21/10/2021 às 15:00.

BRASIL. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Lei ° 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em 13/10/2021 às 12:00.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. 5ª vara empresarial. Dra. Juíza Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado em 17/05/2020. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>> Acesso em: 25/10/2020 às 07:00.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10-11.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: direito de empresa** / Sérgio Campinho prefácio de Sylvio Capanema de Souza. 15. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMPINHO, Sérgio. **Revista semestral de direito empresarial**. nº 23 (julho/dezembro 2018). Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 30.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. **Fundamentos do direito falimentar**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 383-385.

DEMARTINI, Hernán. **A recuperação extrajudicial: um novo ato negocial?** In: BATTELO, Sívio Javier. **Principais controvérsias na nova lei de Falências**. Porto Alegre: Fabris, 2008. P. 78.

GARELLA, Mario. **Il concordato stragiudiziale: strategie e metodi per il risanamento dell'impresa**. Napoli: Sistema Editoriali, 2003, p. 09.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito empresarial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 120-121.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil**. Séries históricas, Brasil. 2016. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/outras-estatisticas-economicas/9023-as-fundacoes-privadas-e-associacoes-sem-fins-lucrativos-no-brasil.html?=&t=series-historicas>> Acesso em: 24/10/2021 às 08:00.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial** / Ricardo Negrão. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS (OCB). **Números do cooperativismo**. Brasil. 2020. Disponível em: <<https://www.ocb.org.br/numeros>> Acesso em: 24/10/2021 às 16:00.

PERIN JÚNIOR, Écio. **Curso de direito falimentar e recuperação de empresas**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 51-52

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Os novos horizontes do direito concursal – Uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei n. 11.101/2005**”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro/RDM 151/53, ano XLVIII, São Paulo, Malheiros Editores, janeiro-dezembro/2009. v. 151, ano XLVIII, pp. 47-64, jan./dez. 2009, p. 53.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial: volume único** / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008, p. 4.

TARTUCE, Flávio Direito civil: **lei de introdução e parte geral**. v. 1 / Flávio Tartuce. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, e-book.

TJSP. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, **ACi 0001832-74.2013.8.26.0564**, rel. Des. José Araldo da Costa Telles, j. 20/05/2013.

TJRJ. 5ª vara empresarial. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Juíza Titular Maria da Penha Nobre Mauro. Julgado em 17/05/2020.

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. **Apresentação**. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<https://www.candidomendes.edu.br/institucional/quem-somos/#apresentacao>> Acesso em: 17/10/2021 às 13:00.