

**ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS PODEM FALIR E PEDIR
RECUPERAÇÃO JUDICIAL? O RECENTE CASO DA UNIVERSIDADE**

CÂNDIDO MENDES¹

(Migalhas de 27.05.20 – Texto Integral)

Mariana Costa²

Thiago Spercel³

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa⁴

Quando da promulgação da atual Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº. 11.101/05), logo se iniciaram os debates sobre quem efetivamente teria acesso aos benefícios do procedimento de recuperação judicial de empresas. Interpretando-se de maneira literal o artigo 1º da Lei de Recuperação de Empresas, aplicar-se-iam os institutos da recuperação judicial, extrajudicial e da falência tão somente em benefício de empresários e sociedades empresárias. Nessa linha de raciocínio, as cooperativas, as fundações, as associações sem fins lucrativos e todos os outros agentes econômicos estariam excluídos das benesses trazidas pela legislação, não importando a atividade que exerçam.

Ocorre que muitas vezes esses agentes econômicos organizam-se como empresas, organizando fatores de produção e colocando bens e serviços no mercado. Como ficaria a situação de alguns hospitais beneficentes, entidades de ensino sem finalidade lucrativa ou clubes de futebol que adotam a roupagem jurídica de associações sem fins lucrativos, mas na verdade são verdadeiras

¹ Texto produzido por participantes de grupo de estudos voltado para os efeitos da COVID-19 em relação ao Direito Comercial, organizado pelo Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, o qual se reúne remotamente uma vez por semana.

² Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela Faculdade Pernambucana de Cultura e Ensino. Oficiala de Justiça no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Professora de Direito Empresarial. Membro colaboradora da Comissão de Direito Empresarial da OAB/PE. Endereço eletrônico: marianavmellocosta@gmail.com.

³ Doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Mestre em Direito pela Columbia Law School (LL.M.) e pela Faculdade de Direito da USP. É bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP e pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo (FGV/SP). Advogado em São Paulo. Endereço eletrônico: tspercel@machadomeyer.com.br.

⁴ Sócio de Duclerc Verçosa Advogados Associados. Professor Sênior de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

empresas do ponto de vista econômico, buscam o superávit, sustentabilidade econômica e crescimento patrimonial, ainda que não repartam o lucro entre os sócios? O debate é acirrado e ainda está longe do fim, especialmente no Poder Judiciário onde minam decisões para ambos os lados.

Recentemente, o Instituto Cândido Mendes, associação civil mantenedora da Universidade Cândido Mendes, que conta com mais de 12.000 alunos e 1.000 docentes e funcionários, ingressou com pedido de recuperação judicial e teve seu pedido deferido pela Vara Empresarial do Rio de Janeiro. O Ministério Público apresentou agravo de instrumento insurgindo-se contra o deferimento da recuperação judicial, que foi negado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, determinando o prosseguimento da recuperação judicial⁵. A recuperação judicial do Instituto Cândido Mendes reacendeu o debate doutrinário sobre o tema, suscitando duas importantes questões: (i) uma associação sem fins lucrativos pode ser vista como “empresa” em determinadas circunstâncias? e (ii) sendo empresa, pode ela se socorrer de recuperação judicial ao amparo da Lei de Recuperação de Empresas, mesmo não tendo registro como sociedade empresária perante as Juntas Comerciais competentes?

Inicialmente, para compreendermos os contornos de “empresa”, precisamos recorrer ao art. 966 do Código Civil, segundo o qual é empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Nesse sentido, “empresa” seria um fenômeno econômico, que poderia ser visto ao menos por quatro perfis: perfil subjetivo, perfil objetivo, perfil corporativo e perfil funcional (conforme Alberto Asquini). Assim, seriam necessários três elementos essenciais para sua configuração como um fenômeno econômico: (i) exercício de atividade econômica para a produção ou circulação de bens ou serviços; (ii) atividade organizada, com a coordenação dos fatores de produção (capital, trabalho e bens); e (iii) atividade realizada de modo profissional, isto é, com habitualidade e visando ao lucro ou retorno financeiro.

⁵ Agravo de Instrumento nº 0031515-53.2020.8.19.0000, j. em 26/5/2020.

Esses perfis da empresa podem ser ladeados pela noção que nos deu Ronald Coase⁶, no sentido de que ela é um feixe de contratos e que sua atuação se dá nos mercados, nos quais desponta uma organização apropriada para o atendimento do interesse do agente econômico. Destaca-se como vantagem da empresa a redução dos custos de transação, mais elevada quando as relações econômicas não são realizadas nesse plano. Nesse sentido, como se verá abaixo, o Instituto Cândido Mendes e as associações que atuam segundo o seu tipo de organização podem ser considerados como empresas do ponto de vista econômico no sentido amplo (busca de resultado final positivo, ou seja, de lucro, não apropriado pelos titulares, permanecendo no patrimônio da pessoa jurídica exploradora da atividade), restando verificar a sua adequação como tal sob o aspecto econômico estrito (busca do lucro para distribuição entre os titulares da empresa) jurídico/legislativo.

Na forma acima, no caso do Instituto Cândido Mendes e tantas outras associações-empresas, os dois primeiros elementos são fáceis de identificar, faltando apenas o ânimo de lucro para caracterizar-se como entidade empresária. Porém, essas entidades poderiam ser vistas como associações **com fins econômicos**: embora estejam proibidas de distribuir lucros aos sócios, elas atuam como agentes econômicos que competem no mercado para gerar superávit financeiro e crescer seu patrimônio. Conforme Caio Mário da Silva Pereira⁷, é possível distinguir dois tipos de associações: (i) aquelas que realizam negócios e atuam em mercado visando seu alargamento patrimonial, gerando superávit financeiro a ser integralmente revertido à própria entidade, sem distribuição de lucros aos associados, e (ii) aquelas que visam fornecer vantagens aos seus associados, sem caráter pecuniário (como uma associação de moradores de um bairro ou associação de pais e alunos de um colégio). O primeiro tipo de associação poderá, em determinadas circunstâncias, exercer atividade empresária.

⁶ *In The Nature of the Firm.*

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*. In *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. I, p. 140-141.

Assim, o disposto no artigo 966 aparenta emaranhar os conceitos econômico e jurídico, pois o elemento organizativo está no centro da noção de empresa⁸. Dessa forma, embora haja importantes vozes em contrário⁹, segundo alguns doutrinadores¹⁰, seria possível fazer uma leitura ampliativa do artigo 1º da Lei de Recuperação de Empresas, para estender a aplicação do referido diploma legal para cooperativas e associações com fins econômicos, que exerçam atividades de produção ou circulação de bens ou serviços, com notória geração de riquezas (economicidade). Esta leitura ampliativa se justificaria com base numa interpretação sistêmica da Lei de Recuperação de Empresas, uma vez que seu art. 47 estabelece os objetivos e princípios norteadores da recuperação judicial: *“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”*. Note-se que o art. 47 fala em “fonte produtora” e “empresa” (atividade), não fala em “sociedade empresária”.

Vale lembrar que a empresa cumpre sua função social ao realizar o seu objeto, quando atende aos interesses difusos e coletivos de todos que são diretamente,

⁸ Haroldo Verçosa explica-nos que parte dos doutrinadores defende a impossibilidade de separação entre os conceitos jurídico e econômico de empresa, cabendo, assim, ao Direito Comercial voltar-se para certos aspectos ou elementos parciais da empresa para dar sua roupagem. Ver VERÇOSA, Haroldo. Curso de Direito Comercial. 2ª edição. Volume 1. São Paulo: Malheiros, p. 126-127. Texto mais atualizado está no mesmo volume da coleção da RT.

⁹ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56; PENTEADO, Mauro Rodrigues, in SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coords.). Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. São Paulo: RT, 2005. p. 110; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Lei de falência e recuperação de empresas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008; BURANELLO, Renato M. Sistema privado de financiamento do agronegócio – regime jurídico. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 229/230; MELLO FRANCO, Vera Helena de e SZTAJN, Rachel. Falência e recuperação da empresa em crise. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 20.

¹⁰ Citamos: (i) VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 109-110 (defendendo a possibilidade de falência e recuperação judicial de cooperativas); (ii) WAISBERG, Ivo e RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldades. In: Temas de direito da insolvência: Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 708 (defendendo a necessidade de uma leitura ampliativa do art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas); e (iii) BEZERRA FILHO, Manoel Justino e CAMPINHO, Sérgio (em pareceres defendendo a aplicação da Lei de Recuperação Judicial ao Instituto Cândido Mendes).

ou indiretamente, afetados por sua atividade, incluindo-se, portanto, fatores como a criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores¹¹. Por tal razão, ao se falar em função social da empresa no art. 47 da Lei de Recuperação de Empresas, estamos, em verdade, referindo-nos à atividade em si, exercida através dos bens de produção da empresa, do que propriamente da entidade jurídica que a reveste ou mesmo da pessoa do empresário. As tendências modernas, assim, sugerem que os institutos da falência e recuperação judicial devem atender à função econômico-social do próprio ciclo produtor e do agente econômico que atua no mercado.

Ao pedir sua recuperação judicial, o Instituto Cândido Mendes menciona importantes precedentes deferindo a aplicação da Lei de Recuperação de Empresas a associações sem fins lucrativos.

Em 2005, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul requereu a recuperação judicial da Universidade de Cruz Alta, o qual foi deferido pelo Poder Judiciário, sob suspeição e indícios de gestão temerária¹². Com o deferimento da recuperação, foi nomeado administrador judicial que permaneceu na administração da UNICRUZ até 2008.

Tempos mais tarde, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou o deferimento da recuperação judicial concedida, em 2006, pela 4ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao Hospital Casa de Portugal, uma associação civil filantrópica que, graças ao êxito do plano de recuperação aprovado, continua a exercer a sua atividade e a sua função perante a sociedade fluminense com a operação de um hospital, uma escola e um asilo¹³. Em sua decisão, a 4ª Turma do STJ não enfrentou diretamente a questão da legitimidade de uma associação sem fins lucrativos pleitear recuperação judicial, mas apenas aplicou a teoria do fato consumado, destacando que a finalidade maior da

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹² Conforme autos do Processo nº 1.050005014-6.

¹³ Resp nº. 1.004.910/RJ.

recuperação judicial é a preservação da atividade econômica, ou seja, uma justificativa mais pragmática do que técnica.

Também citamos a recuperação judicial da Associação Luterana do Brasil, instituição educacional em operação há mais de 20 anos no Rio Grande do Sul. Na Apelação Cível 5000461-37.2019.8.21.0008/RS, julgada em dezembro de 2019, foi reformada a sentença de primeiro grau que havia indeferido o pedido inicial de recuperação. Nesse precedente, foi reconhecida a atividade econômica de prestação de serviços e criação de riqueza, ainda que não haja finalidade lucrativa.

Ainda acerca dos diversos agentes econômicos, questão relevante é a figura do produtor rural, o qual, diferentemente dos demais empresários, cuja efetivação do registro no Registro Público de Empresas Mercantis é obrigatório¹⁴ porém tem natureza meramente declaratória, para o produtor rural a realização do registro é facultativa, logo, se realizado, o registro terá natureza efetivamente constitutiva. Assim, somente após o registro, o produtor rural passa a ser equiparado ao empresário para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 971 do Código Civil¹⁵.

No que se refere a recuperação judicial do produtor rural, a questão foi levada pela primeira vez ao STJ em 2013, quando produtor rural não registrado no Registro Público de Empresas Mercantis em data anterior ao pedido pretendeu submeter-se à recuperação judicial. Na ocasião, a 3^o turma da Corte manteve a decisão de primeira instância por maioria, afirmando que o produtor, uma vez não registrado, não poderia enquadrar-se como empresário, logo não pode se submeter às regras da recuperação judicial¹⁶.

¹⁴ Nos moldes do artigo 967 do Código Civil, segundo o qual é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

¹⁵ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

¹⁶ Resp nº 1.193.115/MT.

Anos mais tarde, entretanto, a questão chegou novamente no STJ e, desta vez, a 4ª turma, por decisão não unânime, entendeu que o produtor rural pode submeter-se à recuperação judicial, desde que comprove o registro anterior ao pedido da recuperação, bem como comprove a atividade exercida há mais de dois anos. Assim, cumprido estes dois requisitos, o plano de recuperação poderá alcançar todas as dívidas da empresa, inclusive as anteriores ao registro.

Tal precedente atendeu ao disposto em dois enunciados aprovados na III Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, realizada em 2019. O Enunciado 96 diz que a recuperação judicial do empresário rural, pessoa natural ou jurídica, sujeita todos os créditos existentes na data do pedido, inclusive os anteriores à data da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. O Enunciado 97, por seu turno, afirma que o produtor rural, pessoa natural ou jurídica, na ocasião do pedido de recuperação judicial, não precisa estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, bastando a demonstração de exercício de atividade rural por esse período e a comprovação da inscrição anterior ao pedido.¹⁷.

Toda essa discussão sobre a aplicação extensiva da falência e recuperação judicial a agentes econômicos que não sejam necessariamente sociedades empresárias ganhou novos contornos com o Projeto de Lei nº 1.397/2020. Referido projeto visa instituir medidas emergenciais de caráter transitório para enfrentar a crise econômica causada pelo Covid-19, criando um sistema de prevenção à insolvência por meio de suspensão legal de atos de execução e negociação preventiva com credores. O novo sistema emergencial seria aplicável aos “agentes econômicos”, pessoas naturais ou jurídicas que exerçam atividade econômica, independente de inscrição ou natureza empresária, o que parece confirmar a tendência moderna de aplicação extensiva dos regimes falimentar e recuperacional com base na atividade empresária, e não na qualificação jurídica.

¹⁷ <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados-aprovados-iii-jdc-revisados-2.pdf>.
Acessado em: 24/05/2020.

No entanto, sabemos que certeza e segurança jurídica são dois pilares fundamentais para o Direito Empresarial. Os agentes econômicos dependem de regras claras, que sejam aplicadas de forma previsível e uniforme pelo Poder Judiciário, para que possam calcular seus riscos e tomar suas decisões econômicas. Nesse sentido, não nos parece prudente que os institutos da falência e da recuperação judicial sejam aplicados a associações-empresas simplesmente com base em interpretação extensiva do art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas, causando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Isso traria muita instabilidade ao sistema.

Parece-nos recomendável, portanto, que a Lei de Recuperação de Empresas seja modificada para prever claramente a aplicabilidade (ou não) dos institutos da falência e da recuperação judicial a outros agentes econômicos que tenham atividade empresária, mesmo que não se enquadrem como sociedades empresárias. Sem que haja tal mudança, as interpretações extensivas podem gerar insegurança jurídica no mercado, em especial junto aos financiadores no mercado de crédito, o que pode em última instância elevar o custo de capital para as entidades do terceiro setor.