

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO EMPRESARIAL

RENATO DURO DIAS

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

GEYSON JOSÉ GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito Empresarial [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Geyson José Gonçalves da Silva; João Marcelo de Lima Assafim; Renato Duro Dias; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-856-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

A obra que honrados, apresentamos decorre do XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA – CE, Litígio, Acesso à Justiça, Solução de Litígios e Desenvolvimento, que ocorreu entre 16 a 17 de novembro de 2023. O Grupo de Trabalho GT8, intitulado Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência, neste evento, teve a oportuna companhia do GT de Direito Empresarial, ambos com uma aderência inequívoca a demanda social interdisciplinar surgida com o avanço tecnológico em todas as suas dimensões.

Reitera-se aqui, o fato de que os trabalhos nascidos originalmente em matéria de direito privado, hoje, fundado diante do advento do sistema nacional de inovação (com pedra angular nos artigos 5, 170, 218 e 219 da Constituição da República Federativa do Brasil), teve sua importância reforçada do papel da inovação nas políticas públicas de desenvolvimento.

O problema que se enfrenta aqui, é o problema do Brasil: emprego e renda. Não há espaço para concentração de renda ilícita: abuso do poder de mercado. Reiteramos, aqui, a perspectiva de transição do capitalismo de “shareholder” para o de “stakeholder”, a luz do problema trazido por Piketty em compasso com a produção intelectual de autores da envergadura de Mariana MAZZUCATO e Ha Joon CHANG, terminou por criar uma relação direta das políticas de inovação (e r. instrumentos de atribuição patrimonial) com o desenvolvimento sustentável e o respeito aos direitos humanos, para, ao fim e ao cabo, engendrar políticas crescimento econômico e de inclusão social.

De novo: inovar é preciso. No entanto, a delimitação adequada do papel do estado no processo de inovação sob a perspectiva nacional e global é vital para que as políticas publicas de desenvolvimento com base na inovação não se percam. Como a inovação poderia contribuir para o crescimento? Sem uso estratégico dos direitos de propriedade intelectual pelas sociedades nacionais de capital nacional é improvável que essa contribuição aconteça.

Necessário distinguir o crescimento econômico do desenvolvimento, da distribuição dos resultados. Teóricos debatem há algum tempo a questão da produtividade, da renda e do bem-estar. De Adam Smith a Schumpeter passando por Marx. Ondas de inovação mais curtas, mas quem é quem na oscilação das marés. O Estado Brasileiro tem feito o que fazem os

Estados produtores de tecnologia? Por isso, o “Inovar é Preciso”, da autoria de Milton Ferreira França e Sergio Torres Teixeira, traz sua contribuição.

A efetividade das normas de proteção dos investidores e o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários. Ricardo Mafra que fala dos objetivos de políticas públicas. Repressão administrativa bastante intensa, mas a CVM parece não conseguir reprimir todos os casos de infração. O custo da repressão, um orçamento de 8 milhões, não parece ser adequado ao um mercado de 3 trilhões de reais. Importante a responsabilidade civil.

A função do artigo 47 da lei no. 11.101/2005 e sua relação com o princípio da preservação da empresa. Alexandre Assumpção faz uma análise do artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial. Manter a fonte produtora, será um conteúdo principiológico ou procedimental material? Talita indica que o artigo 47 tem funcionado como um artigo supressor de outros dispositivos da LRJ.

A Legitimidade para o requerimento da recuperação judicial, sob a ótica da regulação do direito comercial. Verônica Lagassi fala da Casa de Portugal, quando o MP não se opôs ao requerimento. No entanto, vemos o direito antitruste aplicando a todas as atividades econômicas.

O trabalho “Compliance como ferramenta de efetivação de segurança da informação na empresa” Ana Laura Gonçalves Chiarelli, Vitoria Cássia Mozaner e Valquiria Martinez Heinrich Ferrer. A proteção de dados e compliance, mas não diferencia a adequação da segurança. Neste há responsabilidade civil, no anterior, haverá ou não, pois multa, não há.

A pesquisa “Contadores sumérios e o problema da repercussão cadastral sem arquivamento de instrumento específico de alteração contratual na IN-DREI no. 81/2022” de Leonardo da Silva Sant Anna, Luiz Carlos Marques Filho. O cadastro seria o suporte do suporte. Discute-se as informações públicas. No entanto, o requisito de forma como instrumento de tutela da ordem pública funciona pela publicidade.

A reflexão trazida no texto Empresas 4.0 e incentivos ESG no processo de descarbonização e a transição energética, por Carla Izolda Fiuza Costa Marshall, José Maria Machado Gomes, igualmente instiga à inovação, assim como a recomendável leitura do artigo Dos efeitos da construção da marca pessoal do microempreendedor individual ao registro demarca no INPI para a consolidação do empreendimento.

A obra “Falha de Procedimentos de Compliance? O caso das brasileiras presas na Alemanha com drogas na bagagem”, de Marlon do Nascimento Barbosa, indica o caso das empresas LATAM e ORBITAL.

O trabalho intitulado “O direito a imagem como um direito da personalidade da pessoa jurídica e seu entendimento jurisprudencial”, permite o repensar sobre direitos personalíssimos, por Luís Fernando Centurial, Marcelo Negri Soares e Alender Max de Souza Moraes.

A pesquisa intitulada “Tokenização de recebíveis: uma proposta de categorização taxonômica. Referenciada na Lei no. 14.430, de 2022, e na lei no. 6.385, de 1976” por Daniel Amin Ferraz, Antônio Marcos Fonte Guimarães trata da nova negociação de dívida.

Em “Função social / solidária da empresa e a publicidade da bebida alcoólica: proibição e responsabilidade”, Antônia Bruna Pinheiro Vieira e Gustavo Leite Braga, remetem ao fato de que os critérios entre a proibição de publicidade e lei seca são confundidas.

A contribuição intitulada “Métodos para apuração de haveres na resolução da sociedade em face de um dos sócios”, por Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Vitor Greijal Sardas. A inexistência de um método de apuração de haveres. A súmula 275 do STF relativamente a dissociação da sociedade e da apuração de haveres. Falou-se dos métodos do parágrafo 4º do artigo 4º da LSA. Pergunta-se: e a marca?

Em “Declaração de direitos de liberdade econômica e o paradigma intervencionista do estado brasileiro”, por Helimara Moreira Lamonier Heringer, Wendy Luiza Passos Leite e Renata Aparecida Follone, trata-se da liberdade de empreender. Impacto regulatório. Liberdade de empreender se confunde com a liberdade do monopolista impor condições e preços?

O artigo “Gameificação, inovação tecnológica e políticas públicas”, por Luana Gaia de Azevedo, Andreza do Socorro Pantoja d Oliveira Smith. A pesquisa trabalha sobre o uso do método em políticas públicas. A ANVISA, treinamento, a Família paranaense em ação.

“Gestão pública no direito automático: quebra de paradigmas a partir da utilização da E.B.I. A. – estratégia brasileira de inteligência artificial utilizada em prol da eficiência dos serviços públicos.” Por Paulo Cezar Dias, Marlene de. Fátima Campos. Souza, Rodrigo Abolis Bastos. Os problemas da inteligência artificial está na cooperação de desenvolvedores.

Este catálogo de artigos é relevante, sendo certo o fato de que os trabalhos de ambos os GTs do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito foram expostos a debate em uma tarde proveitosa de produção intelectual aplicada em resposta a demanda social e ao bom serviço do Sistema Nacional de Pós-Graduação na área do Direito, sem deixar de enfrentar problemas interdisciplinares colocados, trazendo soluções resultantes da análise sistêmica do Direito. Reitero mais uma vez: quiçá, muitos destes problemas (e soluções) de interesse das outras áreas do conhecimento (no âmbito do Conselho Técnico e Científico da CAPES - CTC) relativamente ao sistema nacional de inovação.

Tenham uma leitura boa e profícua!

Geyson José Gonçalves da Silva – UFSC

João Marcelo de Lima Assafim – UFRJ

Renato Duro Dias – UFRG

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

A LEGITIMIDADE PARA O REQUERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SOB A ÓTICA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

THE LEGITIMACY TO APPLY FOR JUDICIAL REORGANIZATION, FROM THE PERSPECTIVE OF THE EVOLUTION OF COMMERCIAL LAW.

Veronica Lagassi ¹

Resumo

Da caracterização do comerciante até a do empresário, há uma evolução histórica no Direito Comercial e por conseguinte, em seus institutos, dentre os quais a falência. Diante disso, o artigo visa investigar a compatibilização do atual texto legal da Lei nº 11.101/05 no tocante ao direito material que garante a legitimidade ativa para fins de requerimento de recuperação judicial e conseqüentemente, também passiva para fins de requerimento da falência. A investigação se faz necessária, na medida em que surgem julgados diversos pelo país a proferir decisões dispares do supracitado diploma legal, tornando-se ainda mais grave a partir da alteração feita pela Lei nº 14.112, de 24, de dezembro de 2020, que por interpretação contrária, ainda impõe a permanência do desejo do legislador pátrio pela manutenção do sistema restritivo no tocante aos institutos do direito falimentar. A pesquisa bibliográfica e documental contará com o estudo e análise da legislação comparada, em especial a de certos países europeus por ter sido fonte de inspiração à legislação brasileira, de modo a delimitar e buscar compreender o contexto legal atual. Para tanto, o uso do método dedutivo se apresenta como adequado ao verificar a situação fática a partir da disposição legal.

Palavras-chave: Empresário, Hermenêutica em crise, Teoria da empresa, Direito falimentar

Abstract/Resumen/Résumé

From the characterization of the merchant to that of the entrepreneur, there is a historical evolution in Commercial Law and, consequently, in its institutes, including bankruptcy. In view of this, the article aims to investigate the compatibility of the current legal text of Law No. 11,101/05 with regard to the substantive law that guarantees active legitimacy for the purposes of requesting judicial recovery and, consequently, also passive for the purposes of requesting bankruptcy. The investigation is necessary, as different judgments appear across the country to issue decisions that differ from the aforementioned legal diploma, becoming even more serious following the change made by Law No. 14,112, of December 24, 2020, which by contrary interpretation, still imposes the permanence of the national legislator's desire to maintain the restrictive system with regard to the institutes of bankruptcy law. Bibliographic and documentary research will include the study and analysis of comparative legislation, especially that of certain European countries as it was a source of inspiration for

¹ Pós doutoranda na UERJ, além de Professora de Direito Comercial na FND-UFRJ, no IBMEC-RJ e na FACHA e Líder do grupo de pesquisa (DEPIS).

Brazilian legislation, in order to define and seek to understand the current legal context. To this end, the use of the deductive method appears to be appropriate when verifying the factual situation based on the legal provision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Businessperson, Hermeneutics in crisis, Firm theory, Bankruptcy law

1. Introdução.

Conforme ver-se-á, desde a vinda da família real portuguesa para o Brasil tivemos uma paulatina evolução no Direito Comercial brasileiro, num primeiro momento buscou-se inspiração direta às correntes e diretrizes predominantes na Europa, mas, contudo, num segundo momento a inspiração às correntes dominantes a aquele continente se perdeu. Tal fato tem por reflexo a manutenção do sistema restritivo na Lei de Falência e Recuperação de nº 11.101/05 e que ao passar por razoavelmente recente alteração de seu texto legal pela Lei nº 14.112/2020, manteve como parte legítima para fins de requerimento de recuperação judicial, extrajudicial e falência a figura do empresário. Esse entendido como sendo apenas aquele que exerce atividade econômica organizada para fins de produção ou circulação de bens e serviços ante ao que dispõe o artigo 966 do Código Civil e quer seja ele um empresário individual ou sociedade empresária. Além disso, a alteração do texto legal da supracitada Lei Falimentar também trouxe a inusitada exceção à regra ao prever a legitimidade da cooperativa médica para requerer recuperação judicial quando tenha por escopo o de operar plano de assistência à saúde, nos termos do que dispõe o artigo 6º, § 13º, da Lei nº 11.101/05. O que poderia dar margem à novas especulações acerca da possibilidade de ampliação dos legitimados a fazerem uso dos institutos previstos na Lei nº 11.101/05. Entretanto, independentemente de existirem ou não novas especulações, é fato que o Poder Judiciário por intermédio de seus julgados já vinha ampliando tal legitimidade e por conseguinte, mitigando na prática a adoção ao sistema restritivo no tocante à Lei Falimentar. De tal modo, que a produção do presente trabalho buscou investigar se as alterações no texto legal da Lei nº 11.101/05 por intermédio da Lei nº 14.112/05 pretendeu ampliar a legitimidade para o requerimento da recuperação judicial para aqueles que não sejam empresários, tomando-se como base à definição legal presente no Código Civil de 2002. E, para tanto, fez-se uma análise da evolução da concepção do sujeito do direito comercial no direito pátrio, mas sem deixar de considerar a evolução na legislação europeia nos principais países que serviram anteriormente como fonte de inspiração ao Brasil. A partir daí, pôde-se perceber que houve um rompimento no que tange ao uso da corrente predominante na legislação europeia, passando o legislador brasileiro a manter hígida a legitimação restrita ao empresário na legislação falimentar. Essa constatação ocorreu a partir da análise hermenêutica feita com base nas interpretações lógico-gramatical bem como sistemática de legislação presente no

ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, também foi possível constatar que apesar da diretriz firmada pelo legislador brasileiro ter sido no sentido de não se admitir aplicação dos institutos da Lei nº 11.101/05 para aqueles que não se enquadrem no conceito de empresário, existe divergência quando da aplicação ao caso concreto do texto legal. O que faz com que o Poder Judiciário adote, na prática, interpretação contrária ao texto legal. Assim, a pesquisa visou analisar a existência ou não de uma ruptura no que diz respeito a redação do texto legal e a sua aplicação e interpretação pelo Poder Judiciário tomando como base a evolução histórica do instituto. E para tanto, deu-se ênfase ao método dedutivo verificando-se a situação fática de aplicação da lei, tomando como base o texto legal, porém sem olvidar de analisar a evolução histórica no direito comparado. Além disso, a pesquisa fez uso da doutrina pátria, legislação internacional e julgados nacionais.

2. A evolução da concepção do sujeito do direito comercial no direito pátrio

Por ser fruto de colonização europeia, o Brasil inicialmente era regido com base nas Ordenações advindas de Portugal. Foi somente após a vinda da família real portuguesa para o Brasil (1808) que, no ano de 1815, o Brasil foi içado à condição de “reino unido de Portugal”, abrindo seus portos à comercialização direta com outros países. Nessa ocasião, já se faziam vigentes os Códigos Civil e Comercial francês datados de 1804 e 1807, respectivamente, e que posteriormente, serviriam de inspiração à legislação nacional. Contudo, naquela época o Brasil na condição de “colônia elevada à reino unido” apenas passou a possuir a “Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação”, cujo principal objetivo seria o de criar um direito comercial brasileiro. Não obstante, foi somente em 1850 com o advento da Lei nº 556 que o Brasil passou a ter o Código Comercial e com ele manteve o “comerciante” como o sujeito do direito comercial, em virtude da adoção da teoria dos atos de comércio.

Assim, o artigo 1º do Código Comercial de 1850 dispunha:

Art. 1º - Podem comerciar no Brasil:

- 1 - Todas as pessoas que, na conformidade das leis deste Império, se acharem na livre administração de suas pessoas e bens, e não forem expressamente proibidas neste Código.
- 2 - Os menores legitimamente emancipados.
- 3 - Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial,

será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis.

4 - As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública. As que se acharem separadas da coabitação dos maridos por sentença de divórcio perpétuo, não precisam da sua autorização.

Os menores, os filhos-famílias e as mulheres casadas devem inscrever os títulos da sua habilitação civil, antes de principiarem a comerciar, no Registro do Comércio do respectivo distrito.

Portanto, conforme pode ser observado acima não havia uma definição conceitual no Código Comercial do conceito de “comerciante”, diferente ao que ocorre atualmente, pois a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) define “empresário. O art. 4º do Código associava o comerciante à prática habitual e profissional da mercancia, mas não definiu o enumerou o que seja mercancia nem os atos de mercancia¹.

A definição viria cinco meses depois da edição do Código Comercial de 1850, por intermédio do Decreto nº 737, que entrou em vigor no mesmo ano e dispunha em seu artigo 19 os atos considerados “mercancia” e, por conseguinte, caracterizaria os “atos de comércio”:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As empresas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. (Vide Decreto nº 1.102, de 1903)

§ 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo.

§ 5º A armação e expedição de navios.

Noutro giro, no Código Comercial de 1850 vigorava o impedimento a fim de que o comerciante falido enquanto não reabilitado pudesse comercializar.

Art. 2 - São proibidos de comerciar:

1 - os presidentes e os comandantes de armas das províncias, os magistrados vitalícios, os juizes municipais e os de órfãos, e officiais de Fazenda, dentro dos distritos em que exercerem as suas funções;

2 - os officiais militares de 1 linha de mar e terra, salvo se forem reformados, e os dos corpos policiaes;

3 - as corporações de mão-morta, os clérigos e os regulares;

4 - os falidos, enquanto não forem legalmente reabilitados.

¹ O Código português de 1833, uma das referências para o Código brasileiro, enumerou no Título III do Livro I os atos de mercancia (artigos I, II e III). Esta enumeração, em grande parte, foi seguida pelo direito brasileiro no Decreto nº 737.

Texto similar está presente na legislação atual pátria, haja vista que a partir da interpretação lógico-sistemática do Código Civil, em seu artigo 972, e da Lei nº 11.101/05, no artigo 102, é possível constatar similar vedação. Senão vejamos:

Código Civil:

Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

Lei nº 11.101/05:

Art. 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei. Parágrafo único. Findo o período de inabilitação, o falido poderá requerer ao juiz da falência que proceda à respectiva anotação em seu registro.

Donde se poderia concluir erroneamente que, aparentemente, pouca coisa mudou a partir da adoção da teoria da empresa posto que, ao substituir o termo “comerciante” por “empresário” apenas ampliou a esfera de atuação do Direito Comercial e que a legislação pátria vem seguindo similar orientação que se deu nos países do continente europeu, inclusive sendo sua fonte de inspiração. Pois, ao se analisar a caracterização de “comerciante” presente no Código francês de 1807 e, portanto, anterior ao Código Comercial de 1850 e ao Decreto nº 737/1850, consta-se que ele, indubitavelmente, serviu de fonte de inspiração da legislação pátria. Para tanto, basta verificar a redação dos artigos 632 e 633 do Código Comercial francês de 1807, transcritos abaixo a partir da tradução feita por Antônio José da Silva Loureiro:

Art. 632 - A lei considera actos de commercio toda compra de gêneros, e mercadorias para revender, sejam em natureza, sejam depois de trabalhados, e postos em obra, seja para alugar, somente o uso; toda a empresa de manufacturas, comissões, transportes por terra ou agua; toda a empresa de fornecimentos, agencias, estabelecimentos de leilões, e theatros; todas as operações de bancos públicos; todas as operações de câmbios, banco, e corretagem; todas as obrigações entre negociantes, mercadores, banqueiros, e entre todas as pessoas, que remetterem letras, entregarem ou remetterem dinheiro.

Art. 633 - A lei considera igualmente actos de commercio: toda a empresa de construção; toda a compra, venda, e revenda de embarcação para navegação interior, ou exterior; todas expedições marítimas; toda compra ou venda de utensílios, aparelho e viveres; todo o fretamento, empréstimo, dinheiro a risco, todos os seguros, e mais contractos relativos ao commercio marítimo; todo o ajuste e contracto de soldada da equipagem; e todos os ajustes da gente do mar, para serviço das embarcações do comércio.

Muito embora, conceitualmente mais amplo do que a definição dos “atos de comércio ou mercancia” presentes no artigo 19 do Decreto nº 737/1850, na prática, a figura do negociante do Código francês de 1807 se assemelhava à do comerciante do

Código Comercial de 1850, apesar de no segundo não constar tal definição ao contrário do primeiro². Em situação análoga, também se posicionou o Código Espanhol de 1829, cujo artigo 1º, dispunha:

Art. 1º - Se reputan en derecho comerciantes, los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupacion habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando con él su estado político.

Já tanto o Código Comercial português de 1833 quanto o de 1888 buscaram definir em seus dispositivos “os atos de comércio e o comerciante”, conforme explica Rui Pinto Duarte. Assim, no Código Comercial de 1888, o artigo 2º dispunha:

Art. 2º - São atos de comércio não só os especialmente regulados pelo código, como também os que, não estando aí regulados, sejam praticados por comerciantes, no exercício de sua atividade.

Ao passo que, o artigo 13º do mesmo diploma legal definia comerciante: “*São comerciantes as pessoas singulares, que fazem da atividade comercial profissão e as sociedades comerciais*”. Portanto, conforme é possível constatar a legislação pátria sem dúvida alguma sofreu a influências dessas legislações.

Contudo, conforme anteriormente sustentado, a simples análise dos dispositivos acima pode induzir à crença de que o legislador pátrio permaneceu inspirando-se nas legislações dos supracitadas de países europeus. Todavia, o processo de unificação do direito privado foi um movimento por aqueles países abandonados, mas parcialmente adotado no Brasil muito embora a grande distinção entre as referidas legislações estrangeiras na atualidade e a pátria passe a ser a legitimidade no que tange ao direito falimentar, conforme ver-se-á a seguir.

II-A evolução da regulação do Direito Falimentar

Tão antigo quanto o Direito Comercial é o seu sub-ramo falimentar, sendo certo que a sua evolução histórica se deu a partir da aplicação das penas corporais e posteriormente, de escravidão ao falido ou nesse último caso aos seus familiares até que a sua punição se limitou tão somente à execução de seus bens materiais. Por óbvio, todo esse percurso legal foi sedimentando-se ao longo dos séculos e, no caso específico da legislação brasileira, a orientação era no sentido de que todo o patrimônio disponível do

² No Código Francês de 1807, consta no artigo 1º a definição de “comerciante”: “Art. 1º - *São comerciantes aqueles que praticam atos de comércio e fazem dessa prática sua profissão habitual*”.

devedor deveria ser alcançado. Daí, sempre haver dispositivo na legislação pátria que se seguiu a regular os efeitos da falência na pessoa, bens e obrigações do falido. Entretanto, no Brasil a legislação de falência sempre esteve atrelada ao sujeito do direito comercial, quer fosse para o seu bem ao admitir a possibilidade de requerimento da autofalência e da concordata, essa última posteriormente substituída pela recuperação judicial e extrajudicial em 2005. O fato é que, no Brasil, sempre esteve no cerne da legislação falimentar a figura do comerciante, atualmente denominado empresário. Adotando-se assim, o sistema restritivo o qual ao contrário do ampliativo apenas admite pedido de recuperação ou requerimento de falência para aquele que se enquadre na definição legal de empresário. De tal sorte que nem todos os devedores no Brasil, pessoas jurídicas ou não, poderão fazer uso da lei falimentar.

Para Fábio Ulhôa Coelho quatro seriam as atividades econômicas não empresariais e que por isso estariam impedidas de pleitear o benefício da recuperação judicial bem como de falir. São elas: a daqueles cuja atividade não econômica é explorada por quem não se enquadre no conceito de empresário; a dos profissionais intelectuais, considerados como sendo aqueles que não se enquadram na definição de empresário ante a ressalva imposta pela 2ª parte do parágrafo único do art. 966 do CC/02; a dos rurais não registrados na Junta Comercial; e a das cooperativas (2021, p. 43-45).

Curiosamente, o critério adotado pelo doutrinador supracitado termina por ser contraditório na medida em que ele impõe ao rural um registro que lhe é facultativo e ao mesmo tempo exclui em sua lista de impedimentos a sociedade do gênero simples. Muito embora, nesse último caso conclua pela impossibilidade das cooperativas e justifique o seu impedimento na vedação legal, ignorando assim, que o próprio Código Civil não trouxe a falência como causa de dissolução para a sociedade do gênero simples qualquer que fosse a espécie adotada. Donde se conclui, que através da interpretação lógica e sistêmica da legislação pátria o legislador manteve vinculação ao sistema restritivo do procedimento falimentar.

Sob esse aspecto, observa Manuel Justino Bezerra Filho (2021, p. 83):

Por outro lado, sem embargo da acentuada dificuldade que o Código Civil de 2002 trouxe, ao pretender unificar o direito comercial e o direito civil, sem considerar que a inserção da matéria comercial no Código Civil quebraria o sistema do direito empresarial, sem embargo de tudo isso, é necessário tentar ainda assim, uma análise sistemática do direito positivo. O art. 1033 do

CC/2002, que fala sobre sociedade simples, diz que essa se dissolve quando ocorre quaisquer das cinco hipóteses previstas em seus incisos (entre as quais não se encontra falência). Já o art. 1044 (falando sobre sociedade em nome coletivo) diz que “a sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1033 e, se empresária, também pela declaração de falência”. Portanto, este art. 1044 do CC/02 claramente afasta a possibilidade de falência da sociedade simples que tenha se constituído como sociedade em nome coletivo (o que é possível conforme prevê o art. 983). Por exemplo, afasta também a possibilidade de falência de sociedades simples que tenham se constituído como sociedade comandita simples (art. 1051) e como sociedade limitada (art. 1087). E se o Código afasta a falência de sociedades simples que tenham se constituído sob a forma de sociedade simples, o exame do art. 1044, em conjunto com o art. 1033, leva também a conclusão de que não há possibilidade de falência para a sociedade simples.

Um dado curioso a se verificar é que o legislador pátrio sempre que desejou equiparar os sujeitos constituídos ou definidos na legislação de forma diversa, o fez de forma expressa no texto legal. Foi nesse sentido que já nos idos de 1991 o legislador pátrio garantiu as sociedades civis e de indústria atualmente equiparáveis às sociedades simples o direito à proteção ao ponto empresarial por intermédio da legitimidade ativa para a propositura da ação renovatória³. Ou então, quando recentemente garantiu às sociedades simples o tratamento mais favorecido e benéfico contido na Lei Complementar de nº 123/2006, o qual no caput do seu art. 3º dispõe:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...]

A partir da análise, interpretação gramatical e lógico-sistemática é possível constatar que nas hipóteses em que o legislador pátrio quis atribuir isonomia de tratamento entre os gêneros de sociedade, ele o fez de forma expressa. E de idêntico modo, é possível afirmar que se ele não o fez, isto é, não promoveu a isonomia no tratamento foi porque não o quis. Desta forma, entende-se, *de lege lata*, pela impossibilidade de outras figuras serem partes legitimadas à submissão dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05.

³ Pois, conforme dispõe o § 4º do art. 51 da Lei nº 8.245/91: “O direito a renovação do contrato estende - se às locações celebradas por indústrias e sociedades civis com fim lucrativo, regularmente constituídas, desde que ocorrentes os pressupostos previstos neste artigo”.

Tal entendimento, se coaduna com a interpretação do próprio texto legal e se ratifica com a alteração sofrida pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Isso porque, na redação original da Lei nº 11.101/05 havia a restrição no artigo 1º da Lei que impunha a sua incidência tão somente a pessoa do devedor empresário, seja ele pessoa natural ou sociedade empresária. Bem como, o artigo 2º reiterava tal restrição ao dispor expressamente acerca da vedação da incidência legal para uma série de sujeitos da legislação nacional. Contudo, foi a partir da alteração do texto legal da Lei nº 11.101/05 pela Lei nº 14.112/20 que o entendimento de ampliação resultaria ainda mais insustentável visto que o legislador manteve incólume a redação dos artigos 1º e 2º da Lei nº 11.101/05, mas, admitiu expressamente a partir da redação contida no § 13º do art. 6º a legitimidade da cooperativa médica (e apenas dela) e desde que operadora de plano de assistência à saúde. Senão vejamos:

Art. 6º- [...]

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

Logo, tudo faz crer que a manutenção do sistema restritivo na falência foi opção do legislador pátrio e, quando admitiu que um ente não empresarial esteja sujeito aos institutos da Lei nº 11.101/05 o fez expressa e casuisticamente.

Apesar da constatação lógico-sistemática e doutrinária ver-se-á que os julgados pátrios o Poder Judiciário vem adotando, por vezes, postura contrária ao texto legal e seguindo a vertente adotada hodiernamente nas legislações estrangeiras as quais originariamente o Brasil se inspirou. Neste sentido, parte da doutrina pátria já tecia críticas desde a entrada em vigor da Lei nº 11.101/05, dentre as quais destaca-se Adriana V. Pugliesi e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (2016, p.91): “[...] *o direito brasileiro permaneceu na contramão e contrariou a tendência mundial de ampliação do critério subjetivo de sujeição aos procedimentos concursais, como ocorre no direito norte-americano, francês, alemão, português, espanhol e argentino*”. Além disso, para os referidos autores destacam que somente o direito pátrio e o italiano permaneceram

com a velha dicotomia na medida em que seguem adotando um conceito subjetivista ultrapassado da noção de empresário (PUGLIESE e TOLEDO, 2016, p. 93)⁴.

Na atual legislação portuguesa, o sistema falimentar é único e recebe o nome de “insolvência”, englobando tanto a recuperação quanto a falência e admitindo como parte legitimada tanto a sociedade empresária quanto a sociedade civil, conforme explicam Luís Felipe Salomão e Paulo Penalva Santos (2021, p.16-17).

De idêntico modo, a legislação francesa atribui tratamento igualitário para aquele que seja ou não empresário, admitindo assim tanto a aplicação do procedimento de falência quanto de recuperação.

Seção L611-1-Podem aderir a um agrupamento de prevenção aprovado qualquer pessoa inscrita no registo comercial e de sociedades ou no registo nacional de sociedades como empresa do sector do comércio e artesanato, bem como qualquer empresário individual de responsabilidade limitada e qualquer pessoa coletiva de direito privado. por ordem do representante do Estado na região.

Seção L 620-1. O procedimento de salvaguarda é aplicável a qualquer pessoa que exerça uma atividade comercial, artesanal ou agrícola definida no artigo L. 311-1 do Código Rural e da Pesca Marítima e, a qualquer outra pessoa singular que exerça uma atividade profissional independente, incluindo uma profissão liberal sujeito a estatuto legislativo ou regulamentar ou cujo título esteja protegido, bem como a qualquer pessoa coletiva de direito privado⁵.

Seção L 620-2-O procedimento de salvaguarda é instaurado a pedido de um devedor mencionado no artigo L. 620-2 que, sem estar em cessação de pagamentos, demonstre dificuldades que não consegue superar. Este procedimento visa facilitar a reorganização da empresa de forma a permitir o exercício da atividade económica, a manutenção do emprego e a liquidação de responsabilidades⁶.

⁴ De fato, no ano da publicação da obra, a Itália ainda aplicava o critério restritivo de legitimidade passiva na falência, consoante sua Legge Fallimentare (Decreto régio n. 267, de 16 de março de 1942), que assim dispunha em seu art. 1º: “Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici”. Atualmente, vigora o *Codice della Crisi d'Impresa*, promulgado pelo Decreto Legislativo n. 14, de 12 e janeiro de 2019, onde se adota o sistema ampliativo na redação do art. 1º: “Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici”.

⁵ Article L620-2 La procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.

⁶ Article L620-1 -Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Seção L631-2- O procedimento de recuperação judicial é aplicável a qualquer pessoa que exerça uma atividade comercial, artesanal ou agrícola definida no artigo L. 311-1 do Código Rural e da Pesca Marítima e a qualquer outra pessoa singular que exerça uma atividade profissional independente, incluindo uma profissão liberal sujeito a estatuto legislativo ou regulamentar ou cujo título esteja protegido, bem como a qualquer pessoa coletiva de direito privado⁷.

Seção 640-1-É instaurado um processo de liquidação judicial aberto a qualquer devedor mencionado no artigo L. 640-2 em caso de cessação de pagamentos e cuja recuperação seja manifestamente impossível. O processo de liquidação judicial destina-se a pôr termo à atividade da empresa ou a realizar o património do devedor através de uma transmissão global ou separada dos seus direitos e dos seus bens⁸.

Seção 640-2- O processo de liquidação judicial é aplicável a qualquer pessoa que exerça uma atividade comercial, artesanal ou agrícola definida no artigo L. 311-1 do Código Rural e da Pesca Marítima e a qualquer outra pessoa singular que exerça uma atividade profissional independente, incluindo um liberal profissão sujeita a estatuto legislativo ou regulamentar ou cujo título esteja protegido, bem como a qualquer pessoa coletiva de direito privado⁹.

Segue a mesma toada a legislação espanhola na qual a Lei concursal de 2020, consubstanciada no Decreto Legislativo nº 1/2020, de 05 de maio, trouxe em seu artigo 1º a seguinte redação:

Art. 1º - Pressuposto subjetivo.

- 1.A declaração de falência procederá relativamente a qualquer devedor, seja pessoa natural ou jurídica.
- 2.Os devedores incluídos no âmbito de aplicação do livro terceiro se sujeitarão exclusivamente as disposições deste livro.
- 3.As entidades que integram a organização territorial do Estado, os organismos públicos e demais entidades de direito público não poderão ser declaradas falidas¹⁰.

⁷ Article L631-2-La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé

⁸ Article 640-1-II est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.

⁹ Article 640-2 -La procédure de liquidation judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.

¹⁰ Artículo 1. Presupuesto subjetivo.

1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural a jurídica.
2. Los deudores incluidos en el ámbito de aplicación del libro tercero se sujetarán exclusivamente a las disposiciones de ese libro.
3. Las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público no podrán ser declarados en concurso.

Desta feita, ao que parece o legislador pátrio mantém o conservadorismo da tradição do século XIX, sendo ainda apegado à ideia de tratamento diferenciado entre os devedores e dos procedimentos concursais, fato patente no art. 1.052 do CPC que manteve o processo de insolvência civil. De outro giro, há um judiciário possivelmente mais atento as mudanças sociais, mas isso não autoriza a quebra da separação de poderes a ponto de legislar casuisticamente e de forma contrária à lei, ante ao risco de chafurdar o ordenamento jurídico pátrio e estabelecer um estado de total insegurança jurídica.

III A Crise Hermenêutica no âmbito da Legitimidade para o Requerimento da Recuperação Judicial

Conforme exposto até aqui, ao contrário de diversas legislações estrangeiras sob as quais o legislador pátrio originalmente se inspirou em que houve uma ampliação no tocante à aplicação do procedimento falimentar para aqueles que não fossem necessariamente enquadrados ao conceito de empresário. No Brasil, ao contrário o legislador pátrio manteve-se fiel a essa restrição.

Contudo, contrariamente ao que se deveria esperar o judiciário vem gerando precedentes contrários à redação do texto legal. Nesse sentido, analisam-se dois casos dos mais emblemáticos e que deram azo a todos os demais que se seguiram. Trata-se do pedido de recuperação judicial feito pela “Casa de Portugal”, cuja espécie de pessoa jurídica é associação, e pela UNIMED, cuja natureza jurídica é de sociedade cooperativa, expressamente excluída da falência pelo art. 4º da Lei nº 5.764/71.

O pedido de recuperação judicial da Casa de Portugal foi distribuído em 22/05/2006 para o juízo da 4ª Vara Empresarial do fórum central da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. A distribuição deste pedido deu-se, portanto, há praticamente um ano de a Lei nº 11.101/05 entrar em vigor. Uma vez que foi publicada no dia 09 de fevereiro de 2005 e no seu último artigo, qual seja o art. 201, dispunha a entrada em vigor em 120 dias a contar de sua publicação.

Por se tratar de uma “sociedade civil” sem fins lucrativos constituída em 1928, os argumentos adotados pela Casa de Portugal em sua peça vestibular foram os seguintes:

Casa de Portugal possui todos os elementos qualificativos e distintivos do empresário: a) o exercício de uma atividade; b) a natureza econômica da atividade; c) a organização da atividade; d) a profissionalidade do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo); e e) a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços (elemento objetivo).

Nota-se, que propositalmente, a peça ignora a necessidade de regularidade *como empresário* e não apenas como pessoa jurídica, requisito absolutamente necessário em

razão do art. 48 da Lei nº 11.101/05. A requerente pretende que sua regularidade no registro civil valha como regularidade no registro empresarial, também sem amparo legal.

Além disso, a requerente ressaltou que somente não poderiam requerer a recuperação judicial aqueles que estivessem elencados no artigo 2º da Lei nº 11.101/05. Contudo, o que inicialmente deve restar claro é que apesar de seu estatuto declarar tratar-se de uma “sociedade civil”, na realidade, do atual Código Civil já em vigor na época de seu pedido, ela corresponderia a uma associação ante ao fato de não possuir fins lucrativos. Tal fato descaracteriza a sua classificação como sociedade, independentemente de tratar-se de simples ou empresária, à luz do conceito do art. 981 do Código Civil.

Já para a análise do pedido, o juízo da 4ª Vara Empresarial determinou a remessa dos autos ao Ministério Público que nas folhas 1007, manifestou-se no sentido de que a requerente apresentasse listagem referente aos bens particulares dos sócios e administradores. Em ato contínuo, a requerente respondeu nas folhas 1008 que tal exigência presente no texto legal da Lei nº 11.101/05 teria como destinatária as sociedades empresariais e não seria aplicável a requerente, por se tratar de uma situação *sui generis*, e somente a interpretação literal do texto legal a faria cumprir tal exigência. Além disso, justificou a impossibilidade do cumprimento de tal medida pelo fato de a sociedade possuir milhares de sócios sem que houvesse sócios controladores e que os diretores da requerente não teriam obrigação de expor o patrimônio porque não recebiam qualquer remuneração. Após toda a explanação feita na petição da requerente, os autos foram outra vez encaminhados ao Ministério Público que teceu parecer favorável ao processamento do pedido de recuperação da Casa de Portugal, conforme parecer exarado nas folhas 1011 a 1013 dos autos. E muito embora, a requerente tenha obtido êxito no tocante ao parecer do Ministério Público, logo a seguir, nas folhas 1014 daqueles autos, o Juízo da 4ª Vara Empresarial exigiu que a requerente esclarecesse a redação dos artigos 1º e 51, inciso IV da Lei nº 11.101/05. E como resposta a requerente, nas folhas 1017, alegou tratar-se de uma sociedade empresária, na prática, e ainda justifica:

Em que pese a Requerente ser uma sociedade que não distribui lucros, tal qualidade não significa que ela seja despida de peculiaridades das sociedades empresárias. Muito pelo contrário. A Casa de Portugal exerce atividades econômicas e aplica integralmente suas receitas, recursos e resultados operacionais na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais - como o Hospital Comendador Gomes Lopes e o Colégio Sagres -

contratando, inclusive, com outras empresas. Prática, portanto, todos os atos inerentes às sociedades empresárias, inobstante não haver distribuição de lucro e nem remunerar seus administradores.

E assim, o reconhecido argumento que deveria caracterizá-la, no mínimo, como sendo empresário irregular visto que reconhecia o exercício da atividade tal qual a de um empresário, porém sem os atos constitutivos e registro mercantil adequados, permitiu que o processamento da recuperação pleiteada fosse deferido nas folhas 1026 e que datava de 14 de junho de 2006. Isto é, um pouco menos de um mês da distribuição do pedido de recuperação.

Nas folhas 1556 dos referidos autos foi apresentado tempestivamente o plano de recuperação judicial proposto pela requerente. Posteriormente, após muita discussão acerca da habilitação ou não de créditos e realização de assembleia de credores dada a existência de impugnação, foi concedida a recuperação judicial da Casa de Portugal, nas folhas 2872/2873 dos autos, no dia 19 de dezembro de 2006. Todavia, nas folhas 3013, o Ministério Público apresentou agravo de instrumento pleiteando a extinção do feito por entender que a requerente não preenchia os requisitos legais de legitimidade e documentação necessária para o processamento e posterior concessão da recuperação judicial, ou ainda, em pedido alternativo que a decisão fosse negada, na verdade, reformada ao invés de a eximir da apresentação das certidões fiscais.

É importante destacar que outros recursos de agravo de instrumento são propostos por credores cujo argumento manteve-se nesse mesmo sentido, até que, nas folhas 3853, a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferiu a seguinte decisão:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL — SOCIEDADE CIVIL COM CARÁTER FILANTRÓPICO E SEM FINS LUCRATIVOS - INAPLICABILIDADE DO REGIME DA LEI Nº. 11.101/2005 — Afastamento da alegação de preclusão, uma vez que recorre o agravante de decisão que, considerando cumpridas as exigências legais, concedeu a recuperação judicial à agravada, não da decisão que deferiu seu processamento. O processamento da recuperação judicial pressupõe apresentação da certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas. Natureza associativa da agravada, enfatizado o caráter filantrópico e beneficente de suas atividades destituídas de fins lucrativos. Arquivamento dos atos constitutivos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Não menos relevantes são as imunidades e/ou isenções tributárias usufruídas pela agravada no regime das entidades sem fins lucrativos, a exemplo do imposto sobre a renda e outros tributos que lhe seriam impostos, não lhe sendo lícito pretender agora colher benefícios de um regime de cujo ônus se desviou deliberada mente. Ademais, no regime da falência e da recuperação judicial é perquirida a responsabilidade pessoal dos sócios nas hipóteses elencadas na lei de regência, fator de oneração jurídica também não assumido pela mesma agravada pelo regime mencionado. Inaplicabilidade das disposições da Lei nº. 11.101/2005, devendo-se observar as regras do capítulo IV do Código de Processo Civil.

Rejeição da preliminar e provimento ao recurso (TJRJ Agravo de instrumento n° 0004877-37.2007.8.19.0000 (2007.002.00150). Des Rel. Edson Vasconcelos. Data de julgamento: 09/05/2007. Décima Sétima Câmara Cível. Data da Publicação:09/05/2007) -¹¹.

Contudo, o julgado no acórdão que consubstanciou a ementa acima transcrita terminou por ser reformado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) num primeiro momento a título de concessão de medida cautelar constante nos autos nas folhas 3670, na qual a Casa de Portugal alegava economia processual e violação a preservação da empresa, na medida que anteriormente havia parecer do Ministério Público favorável quando do deferimento do processamento. O fato é que em síntese, o Superior Tribunal de Justiça apesar de reconhecer a ausência de legitimidade e requisitos para o processamento e homologação do pedido de recuperação da Casa de Portugal, terminou por reformar a decisão proferida pela Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por entender que a extinção do feito traria mais prejuízos do que a manutenção e prosseguimento da recuperação, pois essa era um “fato consumado”. E, foi assim que o referido caso totalmente eivado de vícios se tornou um precedente a tantos outros que dele adviriam.

Já o estudo do pedido de recuperação judicial da UNIMED, tornara-se bem mais interessante a partir da alteração trazida pela Lei n° 14.112/20 que passou a admitir expressamente a legitimidade para o pedido de recuperação judicial de cooperativa médica operadora de plano de saúde, nos termos do art. 6º, § 13º, da Lei n° 11.101/05. Entretanto, quando o pedido de recuperação judicial da UNIMED foi proposto em 25/09/2018 ainda não vigorava tal dispositivo, sendo certo que havia vedação expressa ao pedido de recuperação feito por sociedade operadora de plano de assistência à saúde, nos termos do art. 2º, inciso II da supracitada Lei. Isso, sem mensurar que por se tratar de cooperativa a UNIMED tinha por essência a natureza de sociedade do gênero simples (§ único, do art. 982 do CC/02) e por conseguinte, não se coadunava com as diretrizes de aplicação da Lei n° 11.101/05. Todavia, o pedido de recuperação judicial foi realizado e, ao contrário da Casa de Portugal, a requerente alegou o exercício de atividade econômica análoga a de uma sociedade empresária na medida em que produz riqueza, mantém postos de trabalho e recolhe tributos. Além disso, entre os seus argumentos a UNIMED também alegou o Enunciado n° 207 do Conselho de Justiça Federal, o que

¹¹<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000347ED430E9FA191808DC2F49F5471DED37478C3601B36&USER=e0d96bd3c1aa4f82bdcec03e0dcd039e>.

dispõe: “Art. 982: *A natureza de sociedade simples da cooperativa, por força legal, não a impede de ser sócia de qualquer tipo societário, tampouco de praticar ato de empresa*”. Nota-se que a requerente ignorou a redação do art. 4º da lei de cooperativas, como não tivesse esta natureza e fosse uma sociedade limitada, por exemplo: “Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência [...]”.

Donde se conclui, que a cooperativa apenas não seria uma espécie de sociedade do gênero empresária por mera opção do legislador pátrio. Ao fim a requerente apela para argumentação bastante similar a que fora inicialmente adotada pela Casa de Portugal, na medida em que alega tratar-se de uma empresa de fato ao exercer atividade econômica organizada e de alta relevância para a sociedade. Assim, pleiteou-se recuperação judicial para empresário proibido de requerer o benefício legal.

De idêntico modo, o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis adotou o mesmo procedimento do Juízo da 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro e determinou a remessa dos autos ao Ministério Público, conforme consta nas folhas 588 dos autos¹². Contudo, ao contrário do requerimento de recuperação judicial da Casa de Portugal o Ministério Público opinou com parecer contrário no caso da UNIMED pelo fato de entender principalmente que por se tratar de “operadora de plano de saúde” deve estar submetida a regulação que lhe é própria, tornando o procedimento de recuperação incompatível especialmente com a Agência Nacional de Saúde (ANS). No entanto, outra reviravolta ocorre nesse caso na medida em que o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis em total discordância com o parecer ministerial deferiu o processamento da UNIMED no dia 18/10/2018. Ou seja, um pouco menos de um mês após a distribuição do requerimento da recuperação judicial. Na ocasião foram proferidas as seguintes palavras por aquele magistrado:

Neste contexto, rechaçando o "parecer" ministerial, declaro que a postulação de Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico merece ser acolhida porque o critério de "empresarialidade" e a "natureza econômica" que são vetores identitários de sua atividade conformam "carta de alforria" à aplicação das regras que seguramente norteiam o instituto da "recuperação judicial", na forma e extensão concebidas pela Lei 11101/05. Assim, afirmando a legitimidade da requerente, determino que os autos eletrônicos sejam imediatamente disponibilizados ao douto Promotor de Justiça Pedro de Oliveira Coutinho para que, querendo, hostilize essa decisão com a espécie recursal adequada e, não o fazendo, para que se manifeste sobre o acervo documental que instrui a peça inicial (TJRJ. Processo de nº 0022156-21.2018.8.19.0042. Juiz: Jorge Luiz Martins Alves. Data de Decisão:

¹²<https://www3.tjrj.jus.br/visproc/#/8ty%2FTtNv4VlfjnSRtYISq25NOgX1F7bLslw1gwCLtW%2FtyEOGAMuf6q%2Frtv2UywmOIxkwCTNbjgU3J2IWXq1UQ%3D%3D>

18/10/2018 4ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis-RJ. Data da Intimação: 19/10/2018).

Portanto, conforme constata-se, mais uma vez, o termo empresariedade ou empresa vem à tona para justificar a concessão da recuperação por aquele que não seja empresário ou atue de forma irregular. Contudo, a partir da alteração da Lei nº 11.101/05 pela Lei nº 14.112/20 o que se esperava era que decisões como as acima deixassem de vir a existir na medida em que o legislador pátrio tanto pela via expressa quanto a contrário senso manteve restrita a aplicação dos institutos presentes na Lei nº 11.101/05. Mas, apesar disso o judiciário vem mantendo o seu posicionamento ao ainda assim admitir o processamento da recuperação judicial por aquele que não seja empresário. Um bom exemplo disso, foi o caso da Organização Hélio Alonso de Educação e Cultura, que seguindo o precedente da Universidade Cândido Mendes, a qual seguiu o da Casa da Portugal, obteve o deferimento do processamento da recuperação judicial em momento posterior à alteração do texto legal da Lei nº 11.101/05 pela Lei nº 14.112/20. E é com esse julgado datado de 13/12/2022 e, portanto, posterior a supracitada alteração que se conclui essa pesquisa:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Organização Hélio Alonso de Educação e Cultura. Decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial. Irresignação do banco Santander Brasil S/A. Cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que defere o processamento da recuperação judicial. Artigo 189, inciso ii, da lei nº 11.101/2005. Informativo 729 do superior tribunal de justiça, no seguinte sentido "associações civis sem fins lucrativos com finalidade e atividades econômicas detêm legitimidade para requerer recuperação judicial". As associações civis, embora não se enquadrem literalmente nos conceitos de empresário e sociedade empresária, também não estão inseridas no rol dos agentes econômicos excluídos da aplicação da lei nº 11.101/2005, previstos em seu artigo 2º. Em diversas circunstâncias, as associações civis, em que pese não possuam finalidade lucrativa, se estruturam como empresas, exercendo atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A OAHEC desenvolve atividade econômica no âmbito da educação, mas sem intuito de lucro, sendo legitimada para pleitear a recuperação judicial. Tutela dos princípios previstos no artigo 47 da lei nº 11.101/2005, quais sejam, da preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Precedentes deste TJRJ Universidade Cândido Mendes e amparo feminino de 1912. Nefastos os efeitos da pandemia da covid-19 à atividade econômica, agravando a situação de crise financeira hoje vivenciada pela recorrida, afigurando-se cabível a utilização da recuperação judicial como meio de preservação da atividade exercida pela associação. Desprovemento do recurso (TJRJ. Agravo de Instrumento. Processo nº 0039193-51.2022.8.19.0000. Des(a). LUIZ MARCIO VICTOR ALVES PEREIRA. Data de Julgamento: 13/12/2022. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 16/12/2022)¹³.

13

Desta forma, as referidas as decisões passam a ser objeto de questionamento porque o juiz “passa a legislar” não só nos casos fáticos de lacuna legal, vindo a violar a tripartição de poderes inclusive sob a ótica de que não recebeu da sociedade o mandato para “criar leis” em seu nome. Portanto, o ativismo judicial torna-se algo pernicioso na medida em que viola direitos e garantias fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito. Isso porque, a lei nada mais é do que a “organização coletiva do direito individual de legítima defesa” (BASTIAT, 2022, p. 16) e que ao ser esbulhada no momento de sua aplicação gera uma justiça desorganizada, tendo em vista que a lei “é a justiça organizada” (BASTIAT, 2022, p.28).

No caso específico do Direito Empresarial, no que tange à legitimidade para o requerimento da recuperação judicial, é possível crer por intermédio da interpretação teleológica e não só gramatical que não há lacuna a ser preenchida e que o legislador pátrio não teve a intenção de ampliar o rol de legitimados ativos ao requerimento da recuperação judicial. Essa afirmação se justifica no fato de que o legislador pátrio, quando teve a intenção de garantir a ampliação de legitimidade ou benesses previstas legalmente em favor do empresário, o fez de forma expressa no texto legal conforme exemplificado anteriormente. Diante disso, entende-se imprescindível o estudo e pesquisa para o aprofundamento sobre o problema de que o deferimento do processamento da recuperação judicial para aquele que não seja empresário possa gerar insegurança jurídica e, em última análise, violação aos direitos e garantias fundamentais ao ferir o princípio da igualdade, entre outros.

4. Conclusões

Conforme buscou-se investigar, no Brasil há uma ruptura no que diz respeito à redação texto legal e a sua aplicação e interpretação. A análise desse problema sob a ótica da regulação falimentar permitiu constatar que o legislador pátrio ignorou a evolução histórica do instituto conforme vem ocorrendo nos outros países sob os quais no passado se inspirou. Entretanto, ao contrário do legislador o judiciário vem atuando de forma ativa e invariavelmente com vistas à evolução daquele instituto e de sua aplicação em detrimento ao que dispõe a legislação vigente no país. Tal fato afeta por demasia a segurança jurídica e põe em xeque a hermenêutica jurídica que não possui mecanismos suficientes ou capaz de justificar tal prática.

Inobstante a isso, existe ainda o problema da contradição criada na medida em que o Código Civil brasileiro não admite que a falência seja uma das causas para a dissolução da sociedade simples. De modo que se abre um precedente para que num futuro não tão distante, essas mesmas formatações de pessoas jurídicas que não faziam jus ao uso do instituto da recuperação judicial, mas tiveram o seu processamento deferido pelo Poder Judiciário possam enfim, vir a num segundo momento argumentar que a elas a falência não se aplica. Resta saber qual será o caminho que o judiciário irá tomar nessa hipótese?!

II- Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Recuperação judicial de associações*. In: CAMINHA, Unie; FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro Osdival. (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, v., p. 153-202.

BASTIAT, Frédéric, 1801-1850. **A Lei e Outros Ensaio: Uma Defesa do Estado Mínimo e da Liberdade**. SILVA, Leandro Cardoso Marques da (Tradutor). São Paulo: Edipro, 2022.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 (Código Comercial)**. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm, acesso: 20/08/2023.

_____. **Decreto nº 737**, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim0737.htm, acesso: 25/08/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88)**, de 05 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 20/07/22.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro -LINDB-)**, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm, acesso: 01/03/23.

BRASIL. **Lei nº 8.245 (Lei do Inquilinato)**, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso: 20/07/22.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso: 08/08/22.

BRASIL. **Lei nº 11.101 (Lei de Falência e Recuperação)**, de 09 de fevereiro de 2005. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso: 08/08/22.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei nº 11.101/2005 comentado artigo por artigo**. 15 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DUARTE, Rui Pinto. *Breve Introdução ao Direito Comercial Português*. Disponível: [http://idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20\(15\).pdf](http://idclb.com.br/revistas/44%20e%2045/revista44e45%20(15).pdf), acesso: 26/08/2023.

EGAWA, Leonardo Nobuo Pereira. COSTA, Thiago Dias. *A Lei nº 11.101/2005 - Status e História*. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, SP, ano 2, nº 1, p. 135-154, 2020. Disponível: <https://www.fadi.br/revista/index.php/cadernosjuridicos/article/view/50/40>. Acesso: 02/08/22.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

HATANAKA, Alex. OLIVERIA, Flávia Regina de Souza. *Sobre Recuperação Judicial e Falências de Associações e Fundações*. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-03/opiniao-recuperacao-judicial-falencias-associacoes>? Acesso: 08/08/22.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEFEBVRE, Francis. **Società Commerciali**. Itália: Ed. Memento Pratico, 2018.

LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru). **Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Typografia Acadêmica, 1874. Tomo II.

LOUREIRO, Antônio José da Silva (tradutor), 1838-1919. **Código Comercial Francês**. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1825. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242784>, acesso: 20/08/2023.

MIRANDA, Adriana Augusto Telles de. *Considerações da Lei Falimentar no Direito Brasileiro em comparação ao Direito Francês*. **GEN Jurídico**. Disponível: genjuridico.com.br/2016/06/03/consideracoes-da-lei-falimentar-no-direito-brasileiro-em-comparacao-ao-direito-frances/. Acesso: 02/08/2022.

PEDROTTI, João Vicente. *Sobre Recuperação Judicial para Atividades Não Empresariais*. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível: [https://www.conjur.com.br/2021-jul-29/pedrotti-recuperacao-judicial-atividades-nao-empresarias?](https://www.conjur.com.br/2021-jul-29/pedrotti-recuperacao-judicial-atividades-nao-empresarias) Acesso: 08/08/2022.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GODRI, João Paulo Atilio. *Registro Empresarial em perspectiva histórica: um olhar sobre o passado para compreender a importância jurídico-econômica do instituto*. **RIL Brasília** a. 57 n. 228 p. 115-132 out./dez. 2020. Disponível: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/228/ril_v57_n228_p115.pdf, acesso: 26/08/2023;

SALOMÃO, Luís Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência: teoria e prática**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVEIRA FILHO, Mário Megale da. *Visão Histórico Evolutiva do Direito Recuperacional*. **Revista Fafibe**. São Paulo, V, nº 4, p. 1-14. 30/03/2011. Disponível: <https://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario/16/30032011213207.pdf>. Acesso: 01/07/22.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, PUGLIESI, Adriana V. Capítulo III: *Disposições Preliminares e disposições gerais da Lei 11.101/05 (LRE)*. In: CARVALHOSA, Modesto (coordenador). **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.