

## DA (IM)POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

Gabriela Rosa Pereira da Silva Alves de Moraes<sup>1</sup>

Atualmente, existem no Brasil aproximadamente 237.000 associações sem fins lucrativos, o que acaba movimentando um mercado multibilionário, envolto em um complexo ciclo de geração de riquezas e produção de empregos, assim como movimentando aproximadamente 5% do PIB nacional.<sup>2</sup>

A lei 11.101/05, mais conhecida como Lei das Falências, é categórica ao imputar sua aplicabilidade no que tange às sociedades empresariais, mas é omissa quanto às associações, posto que interpreta que as supracitadas correspondem a um tipo diferente de pessoa jurídica, sem finalidade lucrativa. Portanto, não podem ser submetidas a um possível processo de recuperação judicial, que conforme expresso no artigo 47 dessa lei, 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”.

Assim, podemos levantar um questionamento: como um meio que produz e movimenta tanta receita, gerando milhões de empregos com ampla funcionalidade social, sobreviverá com a insurgência de eventuais dificuldades? Acreditamos que a impossibilidade legal de um plano para viabilizar a superação de um momento de grave crise nessas associações, que muitas vezes ficam à mercê de gestões corporativas e profissionais, acaba por lesar não somente a entidade X ou Y prejudicada, mas também os seus credores, empregados e demais agentes envolvidos no contexto mercadológico.

Dessa forma, inicialmente serão abordados aspectos introdutórios sobre as empresas, trazendo ao debate seu conceito e definição, bem como será abordada a função social da propriedade. Após, é trazido capítulo próprio sobre a recuperação judicial, com a explanação do tema e no capítulo seguinte, abordado sobre a (im) possibilidade de recuperação judicial em associações sem fins lucrativos.

---

<sup>1</sup> Advogada atuante no Direito Público e do Terceiro Setor, especialista em Direito Processual Civil – PUC Minas.

<sup>2</sup> GIFE. Disponível em: <https://gife.org.br/237-mil-ou-820-mil-entenda-a-diferenca-em-relacao-ao-numero-de-organizacaoes-sem-fins-lucrativos-ativas-no-brasil/#:~:text=Em%202016%2C%20havia%20237%20mil,5%25%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202010>. Acesso em: 28 abr. 2021.

No último capítulo, abordaremos sobre uma importante inovação legislativa que tramita perante o Senado Federal, no intuito de possibilitar a referida recuperação judicial. Ao fim, são tecidas as conclusões e comentários decorrentes da presente pesquisa.

## 1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE AS EMPRESAS

Antes de adentrarmos ao tema específico da presente pesquisa, alguns pontos são essências e merecem destaque, para contextualizar o tema.

O conceito de empresa pode ser extraído do art. 966, caput, do Código Civil de 2002, que define o empresário. *In verbis*:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim, a empresa é a atividade, mas não qualquer atividade, e sim a atividade econômica e organizada. A organização se refere aos elementos de empresa.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 5):

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). Esse modo de conceituar empresa, em torno de uma peculiar atividade, embora não seja totalmente isento de imprecisões, é corrente hoje em dia entre os doutrinadores. No passado, contudo, muito se discutiu sobre a unidade da noção jurídica da empresa, que era vista como resultante de diferentes fatores, objetivos e subjetivos. Certo entendimento bastante prestigiado considerava-a, em termos jurídicos, um conceito plurivalente.<sup>3</sup>

Para o Professor Luiz Santa Cruz Ramos, a definição de empresa tem o seguinte conceito:

(...) empresa é uma atividade econômica organizada com a finalidade de fazer circular ou produzir bens ou serviços. Empresa é, portanto, atividade, algo abstrato. Empresário, por sua vez, é quem exerce empresa. Assim, a empresa não é sujeito de direito. Quem é sujeito de direito é o titular da empresa. Melhor dizendo, sujeito de direito é quem exerce a empresa, ou seja, o empresário, que pode ser pessoa física (empresário individual) ou pessoa jurídica (sociedade empresarial).

Dado o devido conceito, cumpre destacar a importância das empresas não somente para o seu desenvolvimento econômico, mas também para a geração de emprego e renda, conforme passará a expor no próximo tópico.

### 1.1 Da função social da empresa

---

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.rcpjrj.com.br/html/pareceres/prof-fabio-ulhoa-coelho.html#:~:text=2.-,Conceito%20de%20empresa,prima%2C%20capital%20e%20tecnologia>). Acesso em 28.04.2021.

A empresa não se limita apenas a sua função econômica, mas também possui uma função social. Em hipótese de sua extinção, os danos que tal extinção ocasionaria a todos que integram e circulam a aquela atividade econômico e social, muitas vezes seria irreversível, daí a necessidade, sobretudo, do cumprimento de sua função social.

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional. (COELHO, 2012, p.252).

Nas palavras do professor Adriano de Oliveira Martins (2013, p. 58):

Em face do papel nuclear da empresa em nossa sociedade, podemos dizer, no entanto, que ela passa a reunir ou congregar em torno de si toda uma gama e interesses juridicamente tutelados, os quais não apenas envolvem, mas ultrapassam o mero intuito de lucro perseguido pelo empresário ou pelos sócios. É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna, já chamada de célula-mater da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas, em relação ao empresário coletivo, aos consumidores, à comunidade, etc.

A importância da função social da empresa é tão grande que a própria Constituição Federal trouxe, num dos artigos responsáveis por reafirmar a ordem econômica e a livre iniciativa, a previsão da função social da empresa. *In verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - livre concorrência;

III - defesa do consumidor;

IV - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

V - redução das desigualdades regionais e sociais;

VI - busca do pleno emprego; VII - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [...] (BRASIL, 1988).

Assim, tendo em vista a necessidade de se preservar a empresa, empregos, fornecedores, consumidores e etc, a função social da empresa faz importante e necessária simbiose com a Lei de Recuperação Judicial e Falências, a qual permite dar fôlego para que a empresa viável se recupere, preservando o tanto quanto narrado.

## 2. DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei 11.101/2005 é importante mecanismo elaborado pelo legislador, que buscou inovar a maneira de se reestruturar as empresas brasileiras e as estrangeiras com sede no Brasil. Criada em substituição à antiga Lei de Falência e Concordatas - inserida no direito positivo através do Decreto Lei 7.661/1945 - surgiu como verdadeira inovação legislativa, tentando trazer ao setor empresário uma norma que fosse verdadeiramente eficaz e resolvesse a insolvência.

O Decreto que antecedia a atual Lei de Recuperação Judicial e Falência, possuía caráter extremamente processualista, dificultando na efetiva recuperação da empresa e muitas vezes tornando-se ineficaz. Com a promulgação da Lei 11.101/2005, a então conhecida Concordata sai de cena para dar maior espaço à Recuperação Judicial e Extrajudicial.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 403):

Cada país tem encontrado respostas próprias à questão da recuperação judicial das empresas. Há os que procuram criar mecanismos preventivos (direito francês), enquanto outros só tratam da reorganização da atividade falida (alemão). Há os que se limitam a criar um ambiente favorável à negociação direta entre os envolvidos (norte americano) e também os que determinam a intervenção judicial na administração da empresa em dificuldade (italiano).

O art. 6º da LRF dispõe sobre a suspensão do curso e da prescrição de todas as ações e das execuções que tramitavam em face do devedor, inclusive as particulares dos sócios solidários. Tal medida busca trazer um “fôlego” para que a empresa possa levantar o valor e não tornar-se insolvente.

A respeito da Recuperação Judicial, Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 45) leciona que:

Suspendem-se as execuções individuais contra o empresário individual ou sociedade empresária que requereu a recuperação judicial para que eles tenham fôlego necessário para atingir o objetivo pretendido da reorganização da empresa. A recuperação judicial não é execução concursal e, por isso, não se sobrepõe às execuções individuais em curso. A suspensão, aqui, tem fundamento diferente. Se as execuções continuassem, o devedor poderia ver frustrados os objetivos da recuperação judicial, em prejuízo, em última análise, da comunhão dos credores.<sup>4</sup>

O art. 49 da Lei 11.101/2005 dispõe que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. Assim, todos os créditos existentes antes do ajuizamento estão sujeitos, não havendo distinção entre as parcelas vencidas e vincendas da dívida.

---

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

A crise se instaurou no Brasil e com ela, muitas empresas passam por dificuldades. Ao empresário, cabe procurar soluções possíveis para driblar a fase ruim. Entre as alternativas para colocar a empresa de volta nos trilhos, está a Recuperação Judicial.

Sobre a crise, o ilustríssimo Ministro Luís Felipe Salomão nos traz a importante lição (2019, p. 13):

O diagnóstico rápido das crises é fundamental para que a empresa possa se reerguer. Então, é importante, em caso de deficiência no funcionamento da empresa, que se tenha um diagnóstico rápido e preciso das situações econômica, financeira e patrimonial, para que se decida qual o melhor destino: a) atuar com uma solução de mercado; b) tentar a reorganização extrajudicial ou judicial; c) encerrar desde logo a atividade, liquidando o ativo para evitar ou minimizar o prejuízo dos credores ou d) requerer a autofalência.

Por isso mesmo, em linhas gerais, esse é o grande desafio do direito falimentar moderno: equilíbrio entre o interesse social, a satisfação dos credores e o respeito aos direitos do devedor.<sup>5</sup>

O nosso legislador entendeu ser preferível estimular a atividade econômica do que deixar a empresa se desestabilizar. Neste cenário, nasceu a Lei nº11.101 de 2005, inaugurando o instituto da Recuperação Judicial, que nasce justamente com esse objetivo de viabilizar a superação da crise de empresas viáveis, tendo como fundamento o princípio da preservação como forma de manutenção da sua função social.

Corroborando com o aludido, Calixto Salomão Filho (2019, p.30) leciona:

A ideia de função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (artigo 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da 'regulamentação externa' dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como o direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental.<sup>6</sup>

Em síntese, apresentado o pedido de processamento da recuperação judicial ao juízo, e, em caso de deferimento, todos os créditos existentes até a data do pedido, mesmo que não vencidos, são inseridos da mesma forma, no concurso de credores. Apresentado o plano de recuperação judicial aos credores, estes analisarão e votarão por sua aprovação ou não. Dentre os requisitos do plano, será necessário demonstrar os meios que serão empregados para sair da crise, ou seja, se haverá diversificação na atuação no mercado, se farão uma reorganização societária, se há a necessidade de maior prazo para pagamento das dívidas ou se há a necessidade de desconto para pagamento, por exemplo. Havendo concordância dos credores

---

<sup>5</sup> SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13.

<sup>6</sup> FILHO, Calixto Salomão. O novo direito societário. Eficácia E Sustentabilidade, São Paulo, Saraiva, 2019. p. 30.

com o plano de recuperação judicial apresentado, as dívidas são novadas. De forma geral, vem sendo a alternativa bastante utilizada para tentar passar sem maiores sofrimentos, pela crise.

### **3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS**

#### **3.1 Conceito de associação**

Nas palavras de Guilherme Consul Charles, associação é:

De acordo com o art. 53 da Lei 10.406/2002, que veio por instituir o Código Civil brasileiro, uma associação é constituída a partir da união de pessoas que se organizam, sem direitos e obrigações recíprocos entre si, para fins que não sejam econômicos. Ademais, as associações estão previstas no rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal, a partir da previsão do art. 5º, incisos XVII a XXI da CF88, com liberdade de constituição, proibição da interferência do Estado no seu funcionamento, dissolução apenas em caso de decisão judicial e impossibilidade de se exigir a associação ou permanência de qualquer pessoa nesta.<sup>7</sup>

Assim, em apertada síntese, nota-se que o direito à associação é tão importante, que consta no rol de cláusulas pétreas inseridos no art. 60, Parágrafo Quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não se pode duvidar de sua importância, haja vista sua inclusão justamente no art. 5º da CRFB/88, importante dispositivo constitucional dotado de direitos e garantias fundamentais aos seus tutelados.

#### **3.2 Da recuperação Judicial em associações sem fins lucrativos**

O artigo 966 do Código Civil de 2002 traz duas teorias sobre conceito empresário. O caput do art. 966 remete ao empresário típico que pratica a atividade capital, típica empresarial, que eram então comerciantes na teoria dos atos do comércio. Mas a teoria da empresa acabou ampliando um pouco mais esse conceito, quando saiu de um empresário, de modo que é empresário quem pratica uma atividade organizada, o intuito de lucro, habitualidade e profissionalismo.

Assim, sobre essas atividades de capital típicas, não há dúvidas que se tratam de empresárias. A circulação de riquezas, a produção de riquezas, mercadorias, de modo que o

---

<sup>7</sup> CHARLES, Guilherme Consul. A insolvência e os clubes de futebol: Os pontos de partida oferecidos para o alcance do reequilíbrio financeiro das entidades profissionais de prática desportiva no Brasil. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/wp-content/uploads/2019/10/TCC-P%C3%B3s-UCAM-Direito-Desportivo-Guilherme-Charles-.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

caput do art. 966 trata da teoria restritiva, que faz uma alusão ao que era o comerciante na teoria dos atos do comércio.

De outro modo, temos no Parágrafo Único, do art. 966 do Código Civil de 2002 o empresário por equiparação. *In verbis*:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.  
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.  
(BRASIL, 2002)

Dessa forma, no que diz respeito ao empresário por equiparação, tratam-se daquelas atividades que, no início, dizem respeito ao direito civil e não pertencem ao direito empresarial, mas, se essa pessoa tem todos os elementos da atividade empresarial, ela consegue a sua equiparação e conseqüentemente a proteção do direito empresarial.

O grande problema no fator da equiparação, é provar a presença dos elementos quando tratamos de associações sem fins lucrativos. Ser empresário não é automático, principalmente quando uma atividade não é típica empresarial. Desde a crise econômica até os dias atuais, por conta dos danos que a própria pandemia causada pelo vírus SARS-COVID-19 trouxe a todo o planeta, várias atividades vêm sofrendo economicamente, e naturalmente seus atingidos vêm tentando postular esse reconhecimento, qual seja, a equiparação ao empresário, e conseqüentemente o deferimento de um pedido de recuperação judicial.

Ao falarmos das entidades sem fins lucrativos, logo deparamo-nos ao elemento lucro. Assim, faz-se imprescindível destacar que a entidade sem fins lucrativos não é impedida ou deixa de poder auferir lucro, mas sim que o lucro obrigatoriamente necessita ser revertido para a própria atividade, vedada a distribuição para sócios ou acionistas.

Nessa esteira, confira-se importante lição de Márcio Guimarães:

Não se quer dizer que toda a operação de compra e venda deveria alcançar o lucro, mas que o objetivo da atividade fosse o lucro, não se olvidando que atividades sem fins lucrativos, apesar de eventualmente auferirem lucros, são assim nominadas em razão da ausência do objetivo de lucro, o qual se caracterizaria somente se houvesse divisão dos respectivos lucros (dividendos).<sup>8</sup>

Essa atividade sem fins lucrativos, regra geral, pertencem ao direito civil e não são abrangidas pelo direito empresarial. Mas, trazendo a teoria ampliativa contida no Parágrafo

---

<sup>8</sup> GUIMARÃES, Márcio. Teoria Geral da Empresa. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, p. 16.

Único do art. 966, do Código Civil de 2002, e conseguindo provar esses elementos, por que não equiparar, pleitear e deferir uma recuperação judicial?

Para o professor Marcelo Tadeu Cometti:

Nos termos do artigo 44 do Código Civil, as associações, as fundações e as sociedades são espécies de pessoas jurídicas de direito privado.

(...)

As associações são caracterizadas pela união de esforços individuais para a exploração de uma atividade não econômica, isto é, de uma atividade com fins não lucrativos (CC, art. 53); enquanto que as fundações são caracterizadas pela dotação de um patrimônio a determinadas atividades estabelecidas pelo seu instituidor com fins não lucrativos (CC, art. 62). Logo, ao contrário das sociedades, as associações e as fundações não se submeterão ao processo falimentar como forma de execução concursal de seus bens quando insolventes, pois a elas não se aplica a Lei de Falências. Isso porque as associações, tal como as fundações, são espécies de pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividades não econômicas, ou seja, sem fins lucrativos.<sup>9</sup>

Em contraponto, Luiza Santos Kifer (2018, p. 44) aponta:

verifica-se a exclusão de sociedades civis sem fins lucrativos da aplicação da Lei de Falências, o que é questionável, pois esse instituto poderia garantir maior proteção e efetividade a atividades que apesar de não serem econômicas, fomentam a função social como emprego, recolhimento de tributos, ensino, ciência e outras.<sup>10</sup>

Principalmente a partir do ano de 2019, houveram inúmeras situações em que o Juízo não deferiu a equiparação e conseqüentemente não foi deferido o pedido de recuperação judicial.

Todavia, no ano de 2020, dois casos nos chamaram a atenção para a concessão da equiparação e deferimento do pedido, onde a fundamentação se deu na presença dos elementos.

O primeiro caso, ocorreu no Rio de Janeiro, o qual trata da Universidade Cândido Mendes (UCAM), onde foi reconhecido que sua atividade tem uma atividade-empresa, não sendo apenas uma entidade de ensino, mas sim uma entidade de ensino organizada dentro do que se tem como empresarial, e, no pleito pela recuperação judicial, foi deferida com base nesse reconhecimento. Já o segundo caso ocorreu no Hospital Evangélico da Bahia, conseguiu, em Salvador, o reconhecimento dessa atividade de natureza empresarial e conseqüentemente a recuperação.

Note-se que, na norma contida no art. 2º da LFRJ, diz-se que esta lei não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista; e II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

<sup>9</sup> COMETTI, Marcelo Tadeu. Impossibilidade de decretação da falência das associações e fundações. 2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/impossibilidade-de-decretao-da-falencia-dasassociacoes-e-fundacoes/341>>. Acesso em 28 abr. 2021.

<sup>10</sup> KIFER, Luiza Santos. Reflexões acerca dos sujeitos à aplicação da falência com base na Lei 11.101.05. UNB: Brasília, 2018.

Não se extrai do dispositivo legal estejam incluídas nesse rol as associações sem fins lucrativos, não se podendo dar interpretação extensiva à referida norma.

Essa situação é deveras interessante, primeiro porque é atual, segundo, pelo envolvimento de dois institutos empresariais, envolvendo o conceito de empresário na teoria restrita, e na teoria criativa (art. 966, CC), bem como os arts. 1º e 2º da Lei 11.101/2005.

Assim, tanto no caso da Universidade como no caso do Hospital, o foco e fundamento se baseou na equiparação em razão da presença da atividade-empresa, a qual se verifica em razão dos elementos da atividade-empresa, ou seja, habitualidade, profissionalismo, intuito de lucro e atividade organizada. Ainda que a atividade seja sem finalidade lucrativa, não quer dizer que não tenha lucro, mas sim que o lucro precisa ser revertido na atividade.

Embora existam tais casos onde o deferimento foi concedido, trata-se um pleito que deveria ser incluso na Lei nº 11.101/2005, contudo na última revisão para alteração ocorrida, tal possibilidade não foi inserida, ficando dependente de reconhecimento do Poder Judiciário - reconhecimento esse que tem sido pleiteado de forma isolada.

Nesse diapasão, até formar-se uma consolidação desse problema, essas pessoas continuarão tendo que pleitear em juízo a equiparação e consegui-la. De toda forma, as decisões supramencionadas já são um marco para os entusiastas.

### **3.3 Do ativismo judicial**

A mera interpretação literal do disposto no inciso II do art. 52 da Lei federal nº 11.101/2005, Lei de Recuperação Judicial, no sentido de excluir as associações sem fins lucrativos, não pode subsistir em face da prevalência do direito fundamental da liberdade econômica, tão cara ao Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988.

O critério da legalidade estrita como fonte única do Direito, como a muitos parecia na vigência do art. 126 do Código de Processo Civil e do art. 4º da redação original da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi ultrapassado pelo disposto no art. 8º do Código de Processo Civil: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015).

O critério da legalidade, se inicial ao processo hermenêutico, não o esgota, pois há de se levar em conta o conjunto do ordenamento jurídico e os valores que inspiram a aplicação do

Direito. O cerne da questão não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, se mercantil ou não, mas no impacto da atividade por ele empreendida, nos aspectos culturais, econômicos, sociais e educativos.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, enquanto a judicialização é um fato, o ativismo é uma atitude do Poder Judiciário. São conceitos primos, sendo o ativismo é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição expandindo o seu sentido e o seu alcance. Noutras palavras, a ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Nesse diapasão, faz-se míster trazer a importante lição do Ministro Luís Roberto Barroso. *In verbis*:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.<sup>11</sup>

Nas palavras do professor Elival Ramos, a definição de ativismo judicial é:

o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflito de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com inclusão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.<sup>12</sup>

Assim, o fato da judicialização acarreta atitude, ou seja, no ativismo. O juiz, ao analisar determinada ação, vai tomar uma atitude. Essa atitude poderá ser intensa e expansiva em relação a Constituição, e este fato marca-se pelo ativismo propriamente dito, ou poderá ser mais tímida por parte do Poder Judiciário, optando por uma visão mais conservadora, buscando prevenir a intervenção da esfera do Poder Legislativo ou Executivo, por exemplo.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2). Acesso em: 28 abr. 2021.

<sup>12</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetro dogmáticos. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 27.

Em apertada síntese, o ativismo judicial nada mais é do que, ao notar uma omissão legislativa, os juízes e Tribunais agem do sentido de suprir essa lacuna, de forma a expandir os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. A grande e talvez maior das críticas, é que isso pode conferir um superpoder ao Poder Judiciário, num possível desequilíbrio na relação entre os três poderes, tendo em vista que não há qualquer hierarquia entre eles, devendo, portanto, serem harmônicos entre si. Em contraponto, existe a corrente de autocontenção, corrente que entende que o Poder Judiciário deveria procurar reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes, sendo assim, entendem que deveria se utilizar de critérios mais rígidos e conservadores em seus julgados.

Ainda que se discorde da lei, que não permite a aplicação dos institutos da recuperação judicial e da falência às entidades sem fins lucrativos, isso não é permissivo para afastá-la ou recriá-la, a partir de um esforço interpretativo, devendo a mesma ser cumprida, até que sobrevenha eventual alteração legislativa. Entender de maneira diversa é criar perigoso precedente, fomentando a insegurança jurídica e dando azo para que outras entidades não legitimadas formulem requerimentos sob argumentos variados, afrontando o ordenamento jurídico.

Desta feita, há que se entender que decisões pela concessão, são ativistas e geram precedentes incalculáveis, não sendo dever do Poder Judiciário dispor sobre elas, mas sim do Poder Legislativo, o qual é responsável por criar e modificar as leis. O princípio da Separação dos Poderes, precisa ser respeitado.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A opção pela exploração de atividades (esportivas, educacionais e hospitalares, por exemplo), por meio de uma associação civil sem fins lucrativos tem seus bônus (tributários, previdenciários, creditícios, patrimoniais e contábeis), mas também possuem o seu ônus, dentre eles, não ter previsão legal para o pedido e benefício da recuperação judicial, segundo corrente doutrinária esboçada.

O direito como ciência humana e social, não é exato, mas sim indeterminado também no contexto de sua aplicação que acaba por conformar o fenômeno jurídico. Dito isso, concluímos que muitas são as visões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da aplicação da Recuperação Judicial nos casos de associações sem fins lucrativos – tema abordado na presente pesquisa. Os pontos controvertidos servem para enriquecer o debate. Não é objetivo da presente pesquisa esgotar o tema, mas sim fomentar o debate acadêmico acerca do assunto.

Como ciência que estuda e se aplica na sociedade, e como sociedade que está em constante mudança, faz-se necessário olhar para o Direito Empresarial com o olhar pragmático e proativo do Direito moderno. Por reger-se sobre um regime próprio, o Direito possui algumas particularidades, e princípios basilares – os quais devem sempre ser observados também em decisões baseadas no ativismo judicial, sob pena de se ter um ativismo judicial desproporcional ou exagerado.

Ainda do ponto de vista político, podemos pegar a ideia de ativismo e concluir que, quanto maior for o ativismo do Poder Legislativo, menor será o ativismo judicial. Por outro lado, quanto menor for a proatividade do Poder Legislativo, maior será o ativismo judicial. É perceptível que a questão gira em torno de uma relação de proporção inversa.

Assim, do ponto de vista jurídico, o nosso problema não é saber se o juiz pode inovar na ordem jurídica ou se o Poder Judiciário pode ser proativo, mas na verdade é saber como isso vai acontecer. Não há demasiada preocupação nessa questão, mas sim nos limites que este ativismo judicial precisa se ponderar.

Nessa esteira, a decisão judicial ativista será legítima ou ilegítima, havendo que se analisar se a mesma está certa ou errada. O primeiro critério seguro é verificar se o juiz está utilizando de argumentos racionais capazes de convencer, isso porque a fundamentação é uma questão de legitimação social da decisão judicial - daí a importância de um sistema judicial de precedentes como forma de agregar maior coerência em segurança jurídica a uma realidade na qual o ativismo judicial está presente. Se a decisão judicial ativista pretende inovar na ordem jurídica em contrariedade clara a um precedente do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, será ela ilegítima e deverá ser reformada.

Concluimos que, muitas vezes, a interpretação literal do positivismo é sobre a ótica generalista, aplicando-a sobre toda e qualquer panaceia. E não há que se falar em ferimento do princípio. A demora na prestação jurisdicional acaba por interferir nas mais diversas maneiras no direito, na economia, na desigualdade social, na falta de estrutura.

Dessa forma, entendemos que é necessária a interpretação extensiva e criativa, e jamais a simplória e restritiva. Estando a associação e a função social da empresa elencadas no rol de direitos e garantias fundamentais em nossa Constituição, imperioso destacar que em casos de omissão e demora legislativa, o Poder Judiciário deve intervir no sentido de garantir que o bem comum seja de fato, atingido.

A margem que o Poder Legislativo tem para disciplinar a proteção de um direito fundamental é muito mais ampla do que a margem de liberdade que o Poder Judiciário tem para tutelar de forma direta um direito fundamental. O primeiro limite, máximo, é chamado

proibição de excesso, e o segundo é o limite mínimo, chamado de proibição de insuficiência, ou ainda proibição de tutela insuficiente. A margem do Poder Legislativo é ampla e fica dentro desses dois limites. Noutras palavras, o Poder Legislativo tem liberdade para disciplinar o direito fundamental à proteção ao direito fundamental dentro desses dois limites.

Por derradeiro, há a necessidade de inserir a previsão das associações sem fins lucrativos viáveis se valerem do instituto da Recuperação Judicial para, igualmente as demais empresas, se valerem do instituto para superar suas crises financeiras. A alteração da Lei nº 11.101/2005 faz-se necessária para trazer a efetiva segurança jurídica aos que se enquadram na modalidade aqui discutida, evitando que decisões conflitantes sobre o mesmo tema sejam proferidas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Curso de falência e recuperação de empresa. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS, Simone Rodrigues Alves Rocha de. “Da concessão ao encerramento da recuperação judicial: o prazo de dois anos do art. 61 e suas implicações” in *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções* (Coordenação TOLEDO, Paulo Fernando Campos Sales de; e SATIRO, Francisco). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. “A responsabilidade do garantidor na recuperação judicial do garantido”. In: *Revista do Advogado*, nº 105, set./2009, p. 129-134.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivII\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em 15 abri. 2021.

COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, 9ª ed., v. 1, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à Lei de Falências*. 9 ed. São Paulo Saraiva: 2013.

COMETTI, Marcelo Tadeu. Impossibilidade de decretação da falência das associações e fundações. 2006. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/impossibilidade-de-decretacao-da-falencia-dasassociacoes-e-fundacoes/341>>. Acesso em 28 abr. 2021.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina [et. al.] (Coords.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio da Janeiro: Forense, 2009.

DEZEM. Renata Mota Maciel M; BORTOLINI, Pedro Rebello. Efeitos da Recuperação Judicial sobre as garantias prestadas por terceiros. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/37de%2003.pdf?d=636688261614679211>. Acesso em: 01 de abril de 2021.

FILHO, Calixto Salomão. O novo direito societário. Eficácia E Sustentabilidade, São Paulo, Saraiva, 2019.

GUIMARÃES, Márcio. Teoria Geral da Empresa. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro.

KIFER, Luiza Santos. Reflexões acerca dos sujeitos à aplicação da falência com base na Lei 11.101.05. UNB: Brasília, 2018.

MACÊDO, Guilherme Santos. A recuperação judicial dos clubes de futebol como alternativa de sobrevivência. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340429/a-recuperacao-judicial-dos-clubes-de-futebol>. Acesso em 28 abr. 2021.

MIRANDA, Maria Bernadete. Nova Lei de Falecias. São Paulo: Rideel, 2005.

MIRANDA, Pontes, *Do Aval*, 4ª ed., Editora Forense, 1975.

NEGRÃO, Ricardo. A eficiência do processo judicial na recuperação da empresa.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial & de empresa. 5. ed. São Paulo:

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Comentários à nova lei de falências. São Paulo: IOB

SALLES de TOLEDO, Paulo Fernando Campos. Liquidação extrajudicial de instituições financeiras: alguns aspectos polêmicos. Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro. São Paulo: R, n. 1, 1998.

SALOMÃO, Luis Felipe. SANTOS, Paulo Penalva. Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEIXEIRA, Pedro Freitas; BRAGA FILHO, Vanderson Maçullo. Recuperação judicial, extrajudicial e falência de associações civis desportivas. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 107, n. 996, p. 393-441, out. 2018.

TEIXEIRA, Tarcisio. **A Recuperação Judicial de Empresas.** Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_recuperacao\\_judicial\\_de\\_empresas.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_recuperacao_judicial_de_empresas.pdf). Acessado em 26 de março de 2021.