



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2155284 - MG (2024/0243837-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDAÇÃO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCACAO EM
RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA.

1. A questão controvertida resume-se a definir se as fundações de direito privado têm legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.
2. O artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 não inclui as fundações de direito privado entre os legitimados para o pedido de recuperação judicial, dispositivo legal que não foi alterado com as recentes modificações trazidas pela Lei nº 14.112/2020.
3. A concessão de recuperação judicial a entidades sem fins lucrativos que já usufruem de imunidade tributária equivaleria a exigir uma nova contraprestação da sociedade brasileira, sem estudos acerca do impacto concorrencial e econômico que a medida poderia gerar.
4. O deferimento de recuperação judicial a fundações sem fins lucrativos impacta na alocação de riscos dos agentes do mercado, em desatendimento à segurança jurídica.
5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, inaugurando a divergência, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrighi e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 01 de outubro de 2024.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2155284 - MG (2024/0243837-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDAÇÃO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCACAO EM RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA.

1. A questão controvertida resume-se a definir se as fundações de direito privado têm legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.
2. O artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 não inclui as fundações de direito privado entre os legitimados para o pedido de recuperação judicial, dispositivo legal que não foi alterado com as recentes modificações trazidas pela Lei nº 14.112/2020.
3. A concessão de recuperação judicial a entidades sem fins lucrativos que já usufruem de imunidade tributária equivaleria a exigir uma nova contraprestação da sociedade brasileira, sem estudos acerca do impacto concorrencial e econômico que a medida poderia gerar.
4. O deferimento de recuperação judicial a fundações sem fins lucrativos impacta na alocação de riscos dos agentes do mercado, em desatendimento à segurança jurídica.
5. Recurso especial provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS (fls. 34.429/34.448, e-STJ), com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL –PROCESSAMENTO DEFERIDO PELO JUÍZO PRIMEVO – REFORMA –IMPOSSIBILIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO. Por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, no âmbito da educação, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, a agravante é, nos termos do entendimento jurisprudencial

atualmente dominante, parte legítima para requer recuperação judicial" (fl. 34.253, e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 34.421/34.424, e-STJ).

No recurso especial, o recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 1º e 51, V, da Lei nº 11.101/2005 (LREF).

Afirma que a recorrida é uma fundação educacional e ingressou com pedido de recuperação judicial, o qual foi deferido sob o entendimento de que se trata de agente econômico gerador de riquezas.

Defende, porém, que não se pode conferir interpretação ampliativa ao artigo 1º da LREF, pois o legislador não permitiu a concessão de tratamento "*ultra favorecido*" para aqueles que, por disposição legal ou por vontade de seus instituidores, não possuem fins lucrativos, obtendo com isso benefícios administrativos e tributários incompatíveis com os daqueles que exercem atividade empresária regular, estabelecendo-se verdadeira forma de concorrência desleal no mercado.

Ressalta que as atividades econômicas não empresariais têm suas crises reguladas pelo processo de insolvência civil.

Destaca, ainda, que o principal objetivo da atividade empresaria é a obtenção de lucro para a posterior distribuição, situação que não ocorre com a recorrida, constituída sob a forma de fundação, com objetivo cultural e, portanto, sem finalidade econômica.

Entende que nem sequer é possível falar em fonte produtora, função social da empresa ou estímulo à atividade econômica quando se está diante de uma fundação, entidades constituídas para o alcance dos denominados "*fins nobres*", os quais são incompatíveis com a conceituação de agente econômico.

Argumenta que as fundações de direito privado exercem atividades tipicamente chamadas do Terceiro Setor, não sendo planejadas com o fim de obter vantagem econômica.

Aponta a existência de divergência com acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - AI nº 5160196-77.2022.8.21.7000.

Sustenta, ademais, que as fundações não possuem documento indispensável para a propositura da ação, qual seja, a certidão de regularidade no Registro de Empresas, prevista no artigo 51, V, da LREF, exigência que demonstra com clareza a opção do legislador em restringir o uso do sistema aos empresários. Aponta, em benefício de sua tese, o REsp nº 1.193.115/MT, no qual se afirma que a comprovação da condição de comerciante é documento essencial que deve necessariamente vir com a petição inicial.

Indica, quanto ao ponto, a existência de divergência com o AgInt no AREsp nº 658.531/RJ, da relatoria do Ministro Raul Araújo.

Contrarrazões oferecidas pela Administradora Judicial às fls. 34.491/34.512 (e-STJ) e pela recuperanda às fls. 34.656/34.662 (e-STJ).

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso especial no Tribunal de origem (fls. 34.667/34.669, e-STJ).

A recorrida ingressou com pedido de contracautela nesta Corte, sendo deferida liminar para cassar parcialmente o efeito suspensivo agregado ao recurso especial tão somente para determinar o prosseguimento da recuperação judicial até a realização da assembleia geral de credores, ficando vedada, contudo, a homologação do plano até a ulterior deliberação desta Corte (TutCautAnt nº 543/MG).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso especial em parecer assim sintetizado:

"RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA PARTE EM POSTULAR RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ACÓRDÃO ATACADO QUE RECONHECEU QUE A PARTE, POR REALIZAR ATIVIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA PARA A PRODUÇÃO OU CIRCULAÇÃO DE BENS OU SERVIÇOS, NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO, GERANDO EMPREGOS, BENS CULTURAIS E ARRECADAÇÃO PARA O ESTADO, A AGRAVANTE É, NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUALMENTE DOMINANTE, PARTE LEGÍTIMA PARA REQUERER RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADES QUE MUITO SE ASSEMELHAM COM AS ATIVIDADES DAS SOCIEDADES EMPRESARIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL" (fl. 34.993, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A questão controvertida resume-se a definir se as fundações de direito privado têm legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.

1. Breve histórico

Trata-se, na origem, de pedido de recuperação judicial ajuizado por FUNDAÇÃO COMUNITÁRIA TRICORDIANA DE EDUCAÇÃO - FCTE, em 13.10.2022, alegando, em apertada síntese, que passa por severa crise econômica em decorrência de má gestão, pois *"foi dilapidada por anos, justamente por aqueles que, por Lei e pelo Estatuto, deveriam zelar pelo patrimônio social"* (fl. 95, e-STJ), além de ter sofrido os efeitos da pandemia da Covid-19.

Explica que:

"(...) em 11/09/2020, sem que ninguém imaginasse, inicia-se o processo de libertação da UninCor, data em que fora instaurada uma investigação pela polícia Federal denominada 'Operação J'Adoube', inquérito policial nº 2020.0037408, com realização de operação de busca e apreensão dentro da sede da requerente em 08/03/2022, tendo sido requerido pelo Delegado Federal a prisão do antigo Presidente da FCTE, a qual fora deferido, sendo decretada a prisão e realizado a mesma em 10/05/2022.

Por fim, o inquérito policial fora concluído em 26/05/2022, com opinamento pelo indiciamento de 12 (doze) pessoas, dentre elas, 3 (três) da

*alta cúpula da direção da FCTE, pelos crimes de Lavagem de dinheiro, apropriação indébita e organização criminosa, **onde, segundo o referido inquérito policial, o valor do desvio supera a quantia de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais)***" (fls. 101/102, e-STJ).

Notícia que em 12 de setembro de 2022 foi deferida cautelar antecedente para suspender as execuções em andamento, antecipando o "stay period", momento a partir do qual vem fazendo enormes esforços para sua reestruturação, tendo firmado diversos acordos na Justiça do Trabalho.

Historia que seus cursos começaram a ser oferecidos em 1967, com a faculdade de filosofia, tendo se expandido, prestando serviço para toda a região sul do Estado de Minas Gerais, sendo que em 1990 passou a se chamar Fundação Comunitária Tricordiana de Educação, mantendo a universidade, oferecendo atualmente diversos cursos de graduação e pós-graduação, em 5 (cinco) campi, e o Colégio Universitário de Aplicação da Unincor - Professor Doutor José Maria Maciel, com ensino básico, fundamental e médio.

Afirma que presta diversos serviços à comunidade carente, como clínica odontológica, clínica veterinária, clínica psicológica e projetos sociais, como o escritório modelo, que presta serviços jurídicos gratuitos.

Foi deferido o processamento da recuperação judicial.

Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento pelo Sindicato dos Professores do Estado de Minas Gerais - SINPRO/MG, tendo sido negado provimento ao recurso, por unanimidade, pela 21ª Câmara Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Sobreveio o recurso especial.

2. Da legitimidade ativa das fundações de direito privado para o pedido de recuperação judicial

2.1. Da rejeição pelo legislador

É preciso assinalar, de início, que o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 afirma que a recuperação judicial é do empresário e da sociedade empresária. Portanto, não inclui fundações nem associações sem fins lucrativos.

Não há nenhuma dúvida, portanto, acerca da opção do legislador em não incluir os entes que, apesar de poderem sob certa perspectiva ser classificados como "agentes econômicos", não são empresários. De fato, apesar de essa questão ter sido amplamente discutida na tramitação dos projetos de lei que resultaram na edição da Lei nº 14.112/2020, não houve alteração no disposto no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005.

Vale destacar, no ponto, os comentários de Marcelo Sacramone ao artigo 1º da LREF:

"(...)

Sobre a questão, o Congresso Nacional foi absolutamente

claro ao rejeitar a ampliação legal da submissão à recuperação e a falência aos agentes econômicos não empresários. Em parecer de plenário ao Senado Federal do relator Senador Rodrigo Pacheco, sobre o PL n. 4.458/2020 (PL n. 6.229/2005, na Câmara dos Deputados), foi apontado que a sexagésima quarta Emenda, de autoria da Senadora Mara Gabrilli, propunha a revogação da insolvência civil e a atração para o regime de recuperações e falência de todo tipo de agentes privados, mesmo que não tenham natureza empresarial ou finalidade econômica, tais como sociedades cooperativas, profissionais intelectuais, associações e fundações. **Em seu parecer, a emenda proposta foi rejeitada, sob o fundamento de que 'a sexagésima quarta Emenda prejudica os mesmos devedores que visa beneficiar, vez que os devedores de natureza civil não podem sofrer falência mesmo quando estão inadimplentes com seus credores, por não estarem submetidos à Lei n. 11.101, de 2005.** Eventual inclusão deles no sistema empresarial, como prevê a Emenda, irá levar muitos deles à falência, com danos irreversíveis para seu patrimônio e imagem profissional. Por essa razão, deve a Emenda ser rejeitada". (Comentários à lei de recuperação de empresa e falência. Disponível em: STJ Minha Biblioteca, 5ªed. SRV Editora LTDA, 2024 - grifou-se).

Apesar disso, a possibilidade de interpretação extensiva do artigo 1º da LREF vem sendo amplamente discutida e há notícia do deferimento de algumas recuperações judiciais beneficiando associações esportivas e fundações educacionais, também referidas no acórdão recorrido e amparadas em entendimentos doutrinários favoráveis, que mencionam "a jurisprudência que conserta a lei", como se vê dos pareceres juntados aos autos (fls. 30.732 e seguintes).

A questão merece uma análise cuidadosa.

2.2. Dos incentivos fiscais

Faz-se necessário lembrar, em primeiro lugar, que a recuperação judicial é um incentivo ao empreendedor que decide utilizar seu patrimônio para a geração de riquezas, garantindo-se a ele que eventual crise financeira possa ser superada com a cooperação das partes interessadas.

Isso se justifica porque o sucesso do empreendimento também é partilhado com a sociedade, o que se dá com a criação e circulação de riquezas, o desenvolvimento de novas tecnologias, o incremento de produtos e a dinamização da concorrência, com a consequente redução de preços.

Assim, em contrapartida aos benefícios trazidos pela atividade empresarial, entendeu-se ser possível a exigência de determinados sacrifícios à sociedade como um todo e, particularmente, aos empregados e fornecedores da sociedade empresária em crise. Ademais, a manutenção das atividades garante, a princípio, a permanência de empregos e a geração de riquezas.

Em relação às associações e fundações, essa lógica não pode ser aplicada, ao menos não sem adaptações.

Com efeito, as entidades sem fins lucrativos são criadas com o objetivo de promover uma causa ou prestar um serviço. Qualquer excedente das receitas em relação às despesas deve ser reinvestido com o intuito de alcance de seus objetivos

sociais. Veja que a finalidade social não impede que as entidades cobrem pela prestação dos serviços oferecidos, como no caso, em que são cobradas mensalidades dos alunos.

Como, em regra, os objetivos se situam no campo social e educacional, prestando serviços de utilidade pública, a sociedade é chamada a dar contrapartida a essas ações mediante a concessão de benefícios fiscais pelo Estado.

A imunidade de impostos concedida às instituições de educação e de assistência social surgiu na Constituição de 1946, estando prevista no artigo 150, VI, "c", da Constituição atual, dispositivo regulamentado pela Lei nº 9.532/1997 no que se refere aos impostos e pelas Leis nºs 8.212/1991, 9.732/1998 e 12.101/2009 no que se relaciona às contribuições.

Atualmente, as associações, independentemente do objeto de sua atuação, são isentas do recolhimento do Imposto de Renda e da CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), desde que cumpram as regras legais estabelecidas. Além disso, podem ser isentas do pagamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da contribuição para o PIS/PASEP.

Também possuem imunidade no pagamento de IPTU relativo aos imóveis a elas pertencentes, ainda que alugados, desde que os valores obtidos com os aluguéis sejam aplicados na sua finalidade social.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. FUNDAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. REQUISITOS.

1. A imunidade conferida às entidades de educação sem fins lucrativos, prevista no art. 150, VI, 'c', da Constituição Federal, é de natureza subjetiva e incide sobre quaisquer bens, patrimônio ou serviços dessas instituições, desde que vinculados às suas atividades essenciais. *Precedente: RE-RG 767.332, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.11.2013.*

2. Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades. *Súmula 724 do STF.*

3. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem, em relação à aplicação de recursos nas atividades essenciais das entidades referidas no art. 150, IV, 'c', da Constituição da República, demandaria o reexame de fatos e provas. *Súmula 279 do STF.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(ARE 933174 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 31-05-2016, Divulg. 13-06-2016 Public 14-06-2016 - grifou-se).

Há possibilidade também de isenção de ICMS sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos.

A incidência de impostos e contribuições se restringe às atividades estranhas ao fim social, como os valores resultantes de aplicação financeira, ainda que possam ser previstas alíquotas menores.

É preciso destacar, ainda, que desde a Lei nº 13.151/2015, as associações

assistenciais e fundações sem fins lucrativos podem remunerar seus dirigentes sem perder a garantia legal da imunidade tributária.

Nesse contexto, a concessão de recuperação judicial a essas entidades equivaleria a exigir uma nova contraprestação da sociedade brasileira, sem estudos acerca do impacto concorrencial e econômico que a medida poderia gerar.

2.3. Da duplicação dos benefícios

Vale mencionar que um dos pareceres juntados aos autos, ainda que relativo a caso diverso, assevera que a associação que estava requerendo a recuperação judicial **não realizou sua inscrição na Junta Comercial em virtude de sua boa-fé** (fl. 30.742, e-STJ). Mas, o fato é que a inscrição na Junta acabaria com a imunidade tributária. Porém, a princípio, não se vê intenção de desistir de um benefício para usufruir do outro. Exige-se ambos.

A possibilidade de consequências negativas no ambiente concorrencial, nesse cenário, não pode ser desprezada.

2.4. Da segurança jurídica

É preciso acrescentar que os agentes que firmaram seus contratos com associações e fundações equacionaram seus riscos a partir desse dado, não levando em conta que esses entes poderiam requerer recuperação judicial, apesar de não haver previsão legal nesse sentido, situação que impacta diretamente a segurança jurídica e especialmente a concessão do crédito.

Vale transcrever, no ponto, a lição de Judith Martins-Costa sobre o alcance da boa-fé na atividade empresarial:

*"(...) Assim, devendo ser concretizada em imediata ligação com os usos do tráfico e com o ambiente de mercado, **neste campo adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés confiança em seus matizes: a confiança como confiabilidade ou credibilidade (valorizando-se a posição do agente, isto é, o investimento de confiança daquele que recebe determinada ação ou declaração bem como, por exemplo, a posição de autoridade do emissor da declaração); e a confiança como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio, ou empresário para poder mensurar o risco, apresentando-se especialmente, então, como elemento de segurança jurídica. A confiança é, como bem aponta Anna Lygia Costa Rego, elemento no processo decisório do investidor, espinha dorsal das transações econômicas tanto em seu viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações**". (A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 - grifou-se).*

É oportuno mencionar, no ponto, o comentário de Fábio Ulhoa Coelho acerca da segurança jurídica no ambiente de negócios:

"(...)

Em suma, no ambiente de negócios em que a interpretação imediata das normas jurídicas é geralmente confirmada pelos juízes, há elevado nível de previsibilidade das decisões judiciais e, em decorrência, segurança jurídica. Se, no entanto, esta confirmação generalizada da interpretação imediata das normas gerais e abstrata não se verifica, o ambiente de negócios não tem segurança jurídica porque a imprevisibilidade das decisões judiciais nega aos agentes econômicos os instrumentos confiáveis para orientar suas decisões. Estas são tomadas, pode-se dizer, mais ou menos no escuro" (grifou-se).

E segue esclarecendo o que entende como interpretação imediata:

"(...)

Em relação à interpretação, pode-se distinguir, de um lado, a resultante da leitura atenta e técnica do dispositivo em que se encontra a norma jurídica, sem maiores digressões ou contextualizações. É a interpretação imediata porque, numa imagem, nada se imiscui entre o dispositivo e o sentido que ele denota a uma pessoa esclarecida e até mesmo à generalidade dos profissionais do direito. De outro lado, estão interpretações da mesma norma jurídica que vão além do dispositivo para encontrarem sentidos diversos do resultante da leitura atenta e técnica. Elas não são imediatas, mas, ao contrário, mediatizadas por argumentos mais ou menos complexos" (A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. Revista de direito brasileira - RDB, v. 7, nº 16, págs. 291-304, jan./abr. 2017).

Assim, é a interpretação resultante da leitura técnica do dispositivo legal, sem mediações e argumentações extensivas, a que melhor garante a segurança jurídica no ambiente de negócios. E, a menos que se realize diversas digressões, apelo a princípios e contextualizações, o artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 não deixa dúvidas ao dispor que referida lei "disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência **do empresário e da sociedade empresária**".

Destaca-se que os conceitos de empresário e de sociedade empresária estão dispostos, respectivamente, nos arts. 966 e 982 do Código Civil, enquanto as fundações, pessoas jurídicas de direito privado, recebem regramento nos arts. 62 a 69 do Código Civil.

A Lei nº 11.101/2005, conforme referido, optou por conferir apenas aos empresários e às sociedades empresárias a possibilidade de superação do estado de crise por meio do instituto da recuperação judicial.

De fato, o desenvolvimento de atividades econômicas por outros agentes, como é o caso de fundações e associações, instaurou o debate acerca da possibilidade desses entes postularem recuperação judicial nos casos de crise econômico-financeira, partindo-se do raciocínio de que qualquer agente econômico deveria ter à sua disposição um regime recuperatório.

Porém, insista-se, se é assim, cabe ao legislador debater e adotar esse ou outro posicionamento e não ao aplicador da lei promover uma interpretação que distorce a finalidade para a qual foi criada.

Como destaca Cassio Cavalli, há uma associação entre a norma de legitimação para que um devedor sujeite-se ao regime da Lei nº 11.101/2005 e a norma de qualificação do empresário, o que cria uma série de tensões na identificação do legitimado à falência e à recuperação (**A legitimação para a recuperação judicial e a falência**: Comentários ao art. 1º da Lei 11.101/2005. 2ª edição. Agenda Recuperacional Editora, 2023, eBook Kindle, pág. 12).

Não é apenas o regime jurídico concursal que decorre da norma de qualificação do empresário, disposta no art. 966 do Código Civil, mas também normas registrárias, societárias, tributárias etc, as quais conformam o chamado estatuto jurídico do empresário.

Assim, o reconhecimento da possibilidade de fundações e associações requererem recuperação judicial, sem que outras normas recebam igual tratamento, geraria reflexos concorrenciais e tributários indesejados, para ficar com apenas dois exemplos, importando no desvirtuamento do modelo jurídico destinado a esses entes, em detrimento da segurança jurídica.

2.5. Outras questões

Ademais, as alegações de que a ninguém poderia interessar o fechamento dos estabelecimentos de ensino, de modo que deve ser deferida a recuperação judicial para a manutenção da fonte produtora, pois todos ganham, desconsidera outras possibilidades de arranjo entre as partes, a incorporação do remanescente ao patrimônio de outra fundação que daria continuidade à atividade, a realocação de estudantes ou, no caso concreto, **a recuperação dos valores fraudulentamente desviados pelos gestores anteriores**.

Chama a atenção o fato de que o recurso especial foi interposto pelo Sindicato dos Professores, em tese um dos principais interessados na manutenção da atividade de ensino.

Outras questões precisam ser respondidas. No caso de plano de recuperação judicial apresentado pelos credores, será possível a previsão de cláusulas que violem o estatuto da fundação? O Ministério Público, responsável pela curadoria das fundações, deverá intervir no processo? É possível a previsão de forma diversa de administração daquela declarada pelo instituidor na forma do artigo 62 do Código Civil? Vale lembrar que o estatuto da fundação é submetido à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. É possível o deferimento da recuperação sem a apresentação dos documentos de que trata o artigo 51, V, da Lei nº 11.101/2005?

Por outro lado, no caso de decretação da falência, poderão ser revogados os atos compreendidos no termo legal da falência e estendidos aos administradores os crimes falimentares, já que a incidência da lei ao caso concreto está sendo feita a partir de uma interpretação ampliativa?

A alteração legislativa, incluindo a possibilidade de todos os agentes

econômicos se valerem da recuperação judicial, traria segurança jurídica, como afirmam alguns, devendo o Judiciário, segundo defendem, iniciar essa mudança.

Entretanto, salvo melhor juízo, a expressa negativa em alterar a lei já parece ser a resposta contundente do legislador de que não quer, ao menos neste momento, estender a recuperação judicial a associações e fundações sem fins lucrativos. Na atividade legislativa, a não inclusão já é uma decisão.

Cumprе assinalar, no ponto, que o PL nº 3/2024, em tramitação, apresentado com o objetivo de aperfeiçoar a lei, não trata da recuperação judicial dos agentes econômicos.

3. Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a ilegitimidade da Fundação Comunitária Tricordiana de Educação - FCTE para o pedido de recuperação judicial.

Revogo a liminar concedida na TutCautAnt 543.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0243837-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.155.284 / MG

Números Origem: 00066423220138190065 00116220820175030023 05192173220238130000
10000230486110001 10000230486110002 10000230486110003
10000230486110004 10000230486110005 116220820175030023
50082135920228130693 5192173220238130000 66423220138190065

PAUTA: 10/09/2024

JULGADO: 10/09/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CRISTIANA SIMÕES AMORIM ZIOUVA

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDACAO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCACAO EM
RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV. : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. RODRIGO VALENTE MOTA, pela parte RECORRENTE: SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, dando provimento ao recurso especial, pediram vista conjunta o Sr. Ministro Moura Ribeiro e a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Humberto Martins.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0243837-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.155.284 / MG

Números Origem: 00066423220138190065 00116220820175030023 05192173220238130000
10000230486110001 10000230486110002 10000230486110003
10000230486110004 10000230486110005 116220820175030023
50082135920228130693 5192173220238130000 66423220138190065

PAUTA: 10/09/2024

JULGADO: 24/09/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDACAO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCACAO EM
RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV. : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Processo adiado para a Sessão do dia 01/10/2024.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2155284 - MG (2024/0243837-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDAÇÃO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCAÇÃO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADOS : THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Cinge-se a controvérsia em definir se as fundações de direito privado têm legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais manteve a decisão do Juízo de primeiro grau que deferiu o processamento da recuperação judicial da FUNDAÇÃO COMUNITÁRIA TRICORDIANA DE EDUCAÇÃO (FUNDAÇÃO), mantenedora da Universidade do Vale do Rio Verde (UNINCOR) e do Colégio Universitário de Aplicação da Unincor – Professor Dr. José Maria Ferreira Maciel (COLÉGIO DE APLICAÇÃO UNINCOR), *por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, no âmbito da educação, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado* (e-STJ, fl. 34.253).

O relator, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, deu provimento ao recurso especial interposto pelo SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS (SINDICATO) para declarar a ilegitimidade da FUNDAÇÃO para o pedido de recuperação judicial, por entender que (i) as fundações de direito privado não figuram entre os legitimados para ajuizar o pedido de recuperação judicial uma vez que não são sociedades empresárias, conforme exige o art. 1º da Lei nº 11.101/2005; (ii) as fundações são beneficiadas pela imunidade tributária; e (iii) o deferimento da recuperação judicial às fundações afetaria a segurança jurídica.

Pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia.

No âmbito constitucional, o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, da CF), sendo direito básico a liberdade da ordem econômica (art. 170, parágrafo único da CF).

A norma constitucional permite aos agentes econômicos organizarem os fatores de produção, em atividade lícita, sem que se submetam a restrições irrazoáveis do legislador ordinário. A Lei nº 11.101/2005, apenas excluiu os agentes econômicos elencados no art. 2º:

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

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.

O direito fundamental da liberdade econômica foi consagrado com a promulgação da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado. O objetivo da nova lei foi reduzir a burocracia nas atividades econômicas e facilitar a abertura e o funcionamento de empresas.

Entre os princípios que norteiam o disposto nesta lei, estabeleceu o seu art. 2º:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

O art. 62 do Código Civil dispõe que *para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

A fundação somente poderá ser constituída para um fim de interesse público ou social, como assistência social, cultura, educação, dentre outros elencados no parágrafo único do art. 62. Assim, o elemento caracterizador da fundação é a solidariedade humana.

É uma pessoa jurídica, assim como as sociedades civis e associações.

O fato de as fundações não distribuírem lucro entre os seus membros não significa que elas estejam impossibilitadas de exercer atividade econômica.

Aliás, pelo contrário, assim como ocorre com as associações, apenas significa que o lucro obtido será utilizado em benefício da fundação, do ente coletivo, e não de seus membros individualmente:

[...] nas associações a finalidade não é a obtenção do lucro individual para os associados, consistente na obrigatoriedade e partilha dos resultados entre eles. A atividade da pessoa jurídica é voltada exclusivamente para ela e não para o benefício de seus integrantes, sendo, contudo, pertinente afirmar que a realização do objeto possa lhes proporcionar vantagens extrapatrimoniais ou patrimoniais indiretas.

É nesta seara que não se pode fugir ao fato de muitas associações, na prática, realizarem uma empresa em sentido econômico com a particularidade que os resultados dela serão aplicados na própria pessoa jurídica, por opção manifestada pelos associados ao escolherem a forma jurídica em tela. Portanto, as expressões "fim econômico" e "não econômico" não são sinônimas, respectivamente, de "atividade econômica" e "atividade não econômica". Na verdade, as expressões relacionam-se aos fins da entidade, notadamente em se tratando de sociedade empresária, à maximização da empresa em proveito dos seus membros.

(ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Recuperação Judicial de Associações. In Associações – Constituição, Fundamentos e Perspectivas. Org. Ana Frazão, Oksandro Gonçalves e Uinie Caminha. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017, pág. 156 – sem destaque no original)

A diferença entre sociedade e associação seria não a aferição de lucro e sim a forma de sua distribuição. Na associação havendo uma atividade econômica, leia-se com aferição de lucro, esse ocorre como atividade-meio, pois será obrigatoriamente revertido em prol da atividade fim da associação. Portanto, é correto afirmar que a associação tem atividade econômica, apesar de ser uma entidade sem fins econômicos.

Vale dizer, o lucro é meio e não fim. Para Carlos Roberto Gonçalves, a redação do retro transcrito art. 53, ao referir-se a "fins não econômicos", é imprópria, pois toda e qualquer associação pode exercer ou participar de atividades econômicas. O que deve ser vedado é que essas atividades tenham finalidade lucrativa.

(BORGES, Ana Luisa Porto. A recuperação judicial das associações – pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos – Uma análise sobre a possibilidade jurídica. Revista de Direito Empresarial. vol. 12. ano 3. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015, pág. 145 – sem destaque no original)

Na prática, algumas fundações ou associações civis sem fins lucrativos acabam se estruturando como verdadeiras empresas do ponto de vista econômico, em que, apesar de não distribuírem o lucro entre os sócios, exercem atividade econômica organizada para a produção e/ou a circulação de bens ou serviços, com crescimento patrimonial a ser revertido em prol da própria entidade e da manutenção de todas as benesses sociais às quais está vinculada.

A função precípua da recuperação judicial é *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* (art. 47 da Lei nº 11.101/2005).

O princípio da preservação da empresa está atrelado à função social da propriedade, princípio constitucional previsto no art. 5º, XXIII, da CF: *a propriedade atenderá a sua função social*, o que está repetido no art. 170, III, da CF.

A preservação da empresa e a sua função social são dois princípios basilares do Direito Empresarial, sendo o destinatário da regra do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 o julgador, a quem compete dizer o direito aplicável à espécie.

Os princípios desempenham uma função particularmente importante quando são invocados como argumentos no sentido da existência de um direito ou obrigação em um caso concreto em que não haja uma regra jurídica que claramente o determine (PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. A função dos princípios do direito recuperacional e falimentar brasileiro. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pág. 969).

Assim, os princípios explicitamente mencionados na Lei nº 11.101/2005 servirão de fundamento para que o julgador decida os processos de recuperação judicial, especialmente, as questões não reguladas pela legislação de regência.

O instituto da recuperação judicial busca proteger não os sócios ou a sociedade empresária, mas sim a atividade econômica, ou seja, a preservação da atividade, do empreendimento.

A importância de recuperar uma empresa decorre dos malefícios do seu encerramento, com a consequente redução de postos de trabalho, desabastecimento de produtos e serviços e diminuição na arrecadação de impostos, podendo gerar sérios problemas para economia local, regional ou, até mesmo nacional.

O art. 170, III, da Constituição Federal, que traça os princípios gerais da atividade econômica, estabelece que a ordem econômica *tem por fim assegurar a todos existência digna, observado o princípio da função social da propriedade*.

A interpretação do texto legal deve ser feita de modo a obter uma tutela jurisdicional que se mostre adequada com a função social da propriedade.

Atender a função social não se limita à produção de riquezas, gerando empregos e distribuindo lucros, uma vez que tal ideia se insere numa *concepção de individualidade, e não de socialidade, matriz ideológica do atual Código Civil* (MARIANI, Irineu. Temas comerciais e empresariais. Porto Alegre: Ledur Serviços Editoriais Ltda., 2018, pág. 559).

A atual configuração da empresa, sob a ótica do capitalismo humanista,

como agente de inegável importância, já não admite mais a simples busca do lucro, dissociada de outros valores. Seu modelo anterior, fruto de uma visão hedonista, neoliberal e excludente, acabou ultrapassado e hoje, à luz do humanismo, interessando igualmente todos os seres humanos, rumo cada vez mais em direção a preservação da dignidade e da fraternidade.

As fundações, apesar de não distribuírem lucro entre os integrantes, exercem atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gerando empregos.

A Lei nº 11.101/2005, fortemente influenciada pelo modelo norte-americano, adotou a *teoria da bankruptcy by choice, em que a recuperação judicial não existe para atender interesse de credores ou de devedores. O objetivo do instituto é garantir a preservação dos benefícios econômicos e sociais que decorrem da atividade empresarial* (COSTA, Daniel Carnio. Direito Comercial. Edição 1, julho de 2018. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/recuperacao-judicial--procedimento_5b47f7f089854.pdf. Acesso em 24/04/2023).

A importante função social dos agentes econômicos, geradores de empregos e riquezas, norteia a busca pela preservação da atividade econômica com o uso de mecanismos que facilitem a retomada da situação financeira da empresa em crise.

Apesar de não ser sociedades empresárias, as fundações privadas possuem relevo econômico e social, promovendo a geração de empregos, rendas e benefícios econômicos e sociais, ostentando alta relevância social.

Desempenham, assim, atividade econômica/empresária, nos termos dos arts. 966 e 982 do CC/2002:

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

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Nesse contexto, embora as fundações não constem literalmente entre os agentes econômicos submetidos a recuperação judicial (art. 1º da Lei nº 11.101/2005), também não se encontram inseridas no rol daqueles excluídos da benesse legal (art. 2º), permitindo adotar-se interpretação que melhor atenda a função social do processo de soerguimento.

Como regra restritiva que é, não se afigura possível dar interpretação extensiva à regra do art. 2º da Lei nº 11.101/2005.

Por outro lado, não se desconhece que parte da doutrina se posiciona no

sentido da impossibilidade de se conceder a recuperação judicial às fundações e/ou associações:

Ao contrário do que ocorria nos primórdios da história do direito falimentar, nos dias atuais apenas "o empresário", quer sociedade empresária, quer empresário individual de responsabilidade limitada ou ilimitada, está submetido ao instituto da falência - e agora, da recuperação judicial e extrajudicial. Também submetida à presente lei está agora a chamada "empresa individual de responsabilidade limitada", a "Eireli", desde que exerça atividade empresária, criada pela Lei 12.411, de 11.07.2011, com a introdução do art. 980-A no CC/2002.

Da mesma forma e desde que exerça atividade empresária, submete-se a esta Lei a sociedade limitada que pode ser constituída por uma única pessoa, a chamada sociedade unipessoal, constante dos §§ 1º e 2º do art. 1.052 do CC/2002, incluídos pela Lei 13.874/2019, a chamada "Lei da Liberdade Econômica". Sociedades civis (que deixaram de existir a partir do Código Civil de 2002), sociedades simples (art. 997 e ss. Do CC/2002), pessoa natural, não empresário individual, associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, enfim, não empresários, não podem ter sua falência decretada ou sua recuperação deferida, pela letra da Lei.

(BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 15ª ed., 2ª tiragem, 2021, pág. 81)

[...]

Enquanto não houver ajuste legislativo, a medida idônea a mitigar as incertezas já comentadas parece ser a de exigir dos agentes econômicos não empresários que observem o quanto disposto nos artigos 971, caput e parágrafo único, e 984, ambos do CC. Isso porque o referido dispositivo legal atribui a determinados agentes a faculdade de escolherem se pretendem ou não se sujeitar ao mesmo regime jurídico do empresário para todos os efeitos, por equiparação, bastando, para esse último caso, que procedam à sua inscrição no registro competente. E, conseqüentemente, enquanto não exercerem essa faculdade, continuam a ter sua situação jurídica disciplinada pelas regras civis relativas à respectiva pessoa jurídica não empresarial.

(MAIA DA CUNHA, Fernando Antonio e DIAS, Maria Rita Rebello Pinho. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Ed. Contracorrente. 2022, pág. 74)

[...] há situação relevante que merece estudo próprio: a exclusão tácita de pessoas que não exercem atividade econômica ou que exercem atividade econômica sem natureza empresarial.

A LRF, ao determinar que o regime falimentar e recuperacional se aplica ao empresário e à sociedade empresária, por via transversa, excluiu tacitamente todo aquele que não se enquadra nesses conceitos, dentre eles, os que não exercem atividade econômica.

Estão nesse grupo as pessoas físicas que não exercem atividade econômica e as pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, quais seja, as associações, as fundações, os partidos políticos e as organizações religiosas.

Dessa forma, a crise desses agentes deve ser regulada pelo Código de Processo Civil, que em seu artigo 1.052, remete ao procedimento de Execução por quantia certa contra devedor insolvente, regulado pelos artigos 748 a 786-A, do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), em vigor nesta parte.

[...]

O art. 1.º estabelece que somente os empresários e sociedades empresárias podem se valer da recuperação. Estando a sociedade empresária ou o empresário em crise e havendo viabilidade da empresa o instituto a ser utilizado é o da recuperação judicial.

Como consequência, se não restar comprovada a qualidade pessoal (empresário/sociedade empresária) a lei não poderá ser aplicada ao caso concreto e se a empresa não for viável, deve ser objeto de falência. Além dos requisitos estabelecidos no art. 48 e incisos; o art. 51, V, obriga o devedor a apresentar, com a inicial, a certidão de regularidade no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores.

Tal entendimento é consolidado na doutrina brasileira. De fato, Waldo Fazzio Junior afirma que “a falência incide tanto sobre o empresário ou sociedade empresária regular, como também sobre o empresário de fato, mas a recuperação só alcança os que exercem a empresa conforme a lei. A recuperação é instituto decorrente de favor legal conferido pelo órgão judiciário aos que preenchem os requisitos postos no direito positivo”.

No mesmo sentido, Ricardo Negrão é categórico ao afirmar que a Lei de Recuperação e Falência aplica-se somente a quem exerce a empresa, isto é, ao empresário individual e à sociedade empresária.

Ainda, de forma mais específica e enfática, há doutrinadores que, de plano, afastam a incidência da recuperação judicial àqueles não empresários, como por exemplo, associações. Fábio Ulhoa Coelho é enfático ao dizer que “a associação não titula o direito a recuperação”.

Da mesma forma, Gladston Mamede assim se posiciona: “falência e recuperação judicial são procedimentos aplicáveis especificamente aos empresários (firma individual) e sociedades empresárias. Não se aplicam às pessoas naturais não registradas como empresários, às sociedades simples, (inclusive cooperativas), associações ou fundações; (...)”.

(BORGES, Ana Luisa Porto. A recuperação judicial das associações – pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos – Uma análise sobre a possibilidade jurídica. Revista de Direito Empresarial. vol. 12. ano 3. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015, págs. 149/150 – sem destaque no original)

Por seu turno, há autores que admitem a possibilidade de as fundações e/ou associações se submeterem ao processo de soerguimento uma vez que, apesar de não buscarem lucro, possuem finalidade econômica e desempenham atividades essenciais para a sociedade, gerando empregos, renda e benefícios econômicos e sociais, privilegiando-se os princípios da preservação da empresa e da sua função social:

O art. 1.º da Lei 11.101/2005 seria a “barreira jurídica” incontornável a aplicação do princípio da empresa?

No nosso entendimento a resposta é negativa.

As associações equiparadas às sociedades empresárias, ou seja, que demonstrem a presença das características da empresa nos termos do art. 966 do CC/2002 devem ser beneficiadas pela Lei 11.101/2005.

Primeiro porque a única efetiva diferença entre essas associações e as sociedades empresárias é a ausência da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Vale ressaltar, que em relação à questão da partilha do lucro, o lucro meio atende muito mais ao bem comum, não podendo nesse aspecto prevalecer o benefício à partilha dos resultados aos sócios, lucro fim.

Segundo a legislação de recuperação de empresa foi criada com o principal escopo de criar mecanismos jurídicos eficazes para que uma empresa em crise tenha condições de se recuperar – se viável – para que a paralisação de sua atividade não impacte a economia local, regional ou quiçá nacional.

Terceiro o princípio não está limitado pela norma jurídica, essa questão é pontual e deve ser relativizada, sendo analisado caso a caso – apesar de concordarmos que a aplicação dos princípios deve ser utilizada com parcimônia.

(BORGES, Ana Luisa Porto. A recuperação judicial das associações – pessoas jurídicas de direito privado com fins não econômicos – Uma análise sobre a possibilidade jurídica. Revista de Direito Empresarial. vol. 12. ano 3. p. 141-159. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015, págs. 156 – sem destaque no original)

Outra pessoa jurídica categoricamente excluída da submissão à insolvência empresarial é a associação, por lhe faltar o requisito de finalidade econômica, nos termos do art. 53 do Código Civil.

Parece-nos correta a disposição legal que impede o intuito de lucro nas associações. É possível que eventualmente nos deparemos com uma associação que tem perfil de verdadeira empresa, como se defrontou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao apreciar pedido de recuperação judicial da Casa de Portugal, proprietária de uma rede hospitalar. Em sua petição inicial afirmou que exercia atividade econômica em imóvel próprio, onde mantém uma unidade hospitalar, uma escola e um asilo. Alegou ser a inadimplência dos convênios médicos a causa do agravamento de sua situação econômico-financeira, estando em atraso com o pagamento dos funcionários e com as parcelas de empréstimos realizados. A decisão de primeiro grau enfrentou o objeto da associação, concluindo-o como ato de empresa, concedendo a recuperação judicial, mesmo tratando-se de uma associação. Sem ingressar no acerto da decisão, parece-nos, a todo evidente, o prenúncio de que a teoria da empresa, tal qual disposta no Código Civil, está deveras ultrapassada.

[...]

A classificação de entidades como simples (não empresárias) tem o condão de excluí-las do espectro do direito das empresas em dificuldades, não gozando do benefício da recuperação judicial, extrajudicial ou da falência. Os dois primeiros benefícios são de fácil constatação. O devedor tem o direito de buscar o apoio estatal, via poder judiciário, para que todos os credores sejam impedidos de perseguir seus créditos, por um período legal de cento e oitenta dias, para que possa elaborar um plano de reestruturação e soerguimento com, na prática, algum deságio e moratória do débito, o qual deverá ser aprovado na assembleia geral de credores. A falência, por seu turno, também é uma prerrogativa do empresário e da sociedade empresária.

O agente econômico honesto tem o direito de "jogar a toalha", pedindo socorro ao estado para o encerramento de suas atividades. Sem a falência, a única alternativa para o "fechamento das portas" é a liquidação e satisfação de todos os créditos o que é, por óbvio, impossível para quem se encontra em situação falimentar. Como cediço, o encerramento do processo de falência independe do adimplemento dos créditos, bastando-se identificar que todo o ativo foi realizado e o passivo saldado, nas forças da massa falida. Desta feita, numa inversão total de valores, uma pequena loja, com três empregados, que contribui com pequena quantia em impostos, terá sempre garantido o seu direito de postular a recuperação judicial ou extrajudicial, ou mesmo a falência. Já algumas atividades econômicas de alta relevância social, como as ora indigitadas, estarão afastadas do conceito de ato de empresa, alijadas do sistema de insolvência empresarial, o que poderia suscitar violação dos princípios constitucionais da livre concorrência e da função social da empresa, temas densos e desafiadores, que podem ser objeto de estudos futuros. Resta consignado, por ora, que a desigualdade e injustiça econômica é verificada no âmbito de incidência da lei 11.101/05, em decorrência da ultrapassada teoria da empresa.

(GUIMARÃES, Márcio Souza. A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldade. In: Temas de Direito da

Insolvência - Estudos em homenagem ao Professor Manoel Justino Bezerra Filho. Org. de Manoel Justino Bezerra Filho, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Ivo Waisberg. São Paulo: Editora IASP, 2017 págs. 703/706 – sem destaques no original)

[...] associações civis sem fins lucrativos podem exercer atividade econômica, conforme também preconizado no Enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, levando ao raciocínio lógico de que, se o registro não é elemento qualificador de atividade empresária e se atividade praticada por associações civis sem fins lucrativos pode ser econômica, não subsistem componentes que poderiam, ao menos em tese, diferenciar a espécie de atividade desempenhada por uma empresa e a associação civil com fins econômicos.

Frise-se que a Lei nº 11.101/2005 não tem o condão de recuperar a atividade "lucrativa" e sim a atividade viável, inclusive porque a atividade empresária em dificuldades econômico financeiras sequer está auferindo lucro, fato que inclusive é corroborado pela prática forense que demonstra que as empresas costumam requerer a recuperação judicial no momento em que já se encontram em situação de crise grave, não conseguindo realizar distribuição de lucro a seus sócios e acionistas desde muito tempo antes do ajuizamento da ação.

Ainda que não houvesse esse elemento de ordem prática, fato é que nenhum dispositivo na lei de regência pressupõe a preocupação da mesma com o lucro, mas, ao contrário, com a manutenção da fonte produtora.

Nesta esteira, tanto as empresas, quanto as associações civis com fins econômicos, fazem produzir e circular bens e serviços no mercado, e praticam exercício de atividade de forma profissional.

[...]

Ao analisar, portanto, mesmo que perfunctoriamente, apenas a

atividade praticada, sem levar em consideração outros elementos tais como a razão de a ASBI ter se constituído como associação civil em 1902 e porquê não ter se transformado formalmente em empresa (que

não devem importar para fins de concessão ou não da recuperação judicial), é inequívoco o caráter habitual e profissional da prestação de serviços educacionais exercida pela mesma durante todos estes anos, fazendo jus, portanto, a tutela da Lei nº 11.101/2005. (OLIVEIRA, Alexsandro Cruz de. A aplicação do instituto da recuperação judicial para associações com fins econômicos: estudo de caso da recuperação judicial do instituto Cândido Mendes. [Dissertação de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)]. São Paulo: 2021, págs. 105/110)

A Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), Lei nº 11.101/05, diante da situação de crise econômico-financeira de agentes econômicos como as associações civis sem fins lucrativos, amparadas legalmente ou por analogia, hermenêutica jurídica ou outra interpretação, há que se prezar pela preservação da empresa, da atividade econômica e pela relevância social.

[...]

É necessário balizar o que as associações dão de retorno de suas práticas para a sociedade como um todo, visto que geram empregos, possuem clientes, desempenham atividade econômica, produzem riqueza e consumo e são socialmente úteis, ou seja, esta seria a justificativa para a sua inclusão como beneficiária da recuperação judicial ou extrajudicial, prevalecendo aspectos substanciais e não apenas a formalidade.

Ademais, se a rigidez normativa afetar esses agentes econômicos, não os contemplando com o benefício dos mecanismos de superação de crise, como consequência haveriam inúmeras associações civis sem fins lucrativos sendo extintas.

Mediante tais considerações, visto o princípio da preservação da

empresa, se faz necessário o bom-senso desses agentes econômicos, a responsividade em relação à recuperação judicial na busca pela proteção e reerguimento da empresa por meio do deferimento dos benefícios elencados na Lei nº 11.101/05.

(SILVA, Joelma Araújo Rufino da e ALBUQUERQUE, Joseane Maria de A. R. Pessoa de. Recuperação Judicial de Associações Civis sem Fins Lucrativos: a Ampliação da Lei nº 11.101/05 sob a Ótica da Hermenêutica Jurídica. Revista Brasileira de Direito Comercial nº 41 – Jun-Jul/2021, págs. 81/82)

Atente-se para o fato de que o Direito Empresarial sempre se pautou pela criação de determinados institutos e mecanismos de proteção somente para os empresários, de acordo com a tradição do Direito Comercial que remonta ao seu surgimento, no aspecto subjetivo clássico, considerado como o “direito dos comerciantes”.

Em razão disso, há dualidade de procedimentos de insolvência do devedor, um específico para o comerciante, atualmente empresário (falência e recuperação judicial), e outro para o não comerciante (insolvência civil).

A Lei 11.101/2005 ainda apresenta resquícios da fase subjetivista do Direito Comercial ao deixar de incluir dentre os sujeitos da recuperação judicial os agentes

econômicos não empresários, apesar da importante função social por eles desempenhada.

Na legislação estrangeira essa dicotomia já foi superada, com a alteração das leis concursais de vários países para ampliar o rol de devedores sujeitos aos procedimentos preventivos à falência:

[...]

No âmbito do direito concursal francês (des difficultés des entreprises) não há restrição quanto à atividade exercida pelo devedor para pleitear sua recuperação judicial (redressement judiciaire) nem quanto a espécie de pessoa jurídica de direito privado, como se conclui pelo disposto nos arts. L631-1 e L631-2 do Code de Commerce [...]

Na Espanha, a Lei n. 22, de 9 de julho de 2003, instaurou um sistema unitário no tratamento da insolvência e dos acordos de pagamento com os credores, aplicável tanto às pessoas naturais quanto jurídicas, independentemente da qualidade de empresário.

[...]

Na Exposição de Motivos à Lei concursal espanhola fica nítida a necessidade de mudanças no tratamento legislativo da insolvência e do direito concursal, superando a dicotomia e dualidade de procedimentos para comerciantes e não comerciantes. Pela importância do documento e sua relação com o marco teórico adotado neste artigo, cabe a transcrição do seguinte trecho:

Esta ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que há merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente.

El arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia son defectos que derivan de la codificación española del

siglo XIX, estructurada sobre la base de la dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero también contribuye a aumentar esos defectos y a dificultar la correcta composición de sistema la multiplicidad de procedimientos concursales; así, junto a las clásicas instituciones de la quiebra y del concurso de

acreedores, para el tratamiento de la insolvencia de comerciantes y de no comerciantes, respectivamente, se introducen otras, preventivas o preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquéllas.

[...]

La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de

estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresários sometidos a un estatuto propio (llevar a cabo la obligación de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación. [grifos nossos]

Tal qual no direito concursal espanhol, em Portugal não há impedimento que as pessoas jurídicas de direito privado possam se submeter ao mesmo procedimento concursal e recuperatório que os comerciantes e sociedades comerciais. Em 2004, o Decreto-Lei n. 53, de 18 de março, aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE). No Título I - Disposições Introdutórias – é apresentada no art. 1º a finalidade do processo de insolvência.

1 - O processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

2 - Estando em situação económica difícil, ou em situação de insolvência meramente iminente, o devedor pode requerer ao tribunal a instauração de processo especial de revitalização, de acordo com o previsto nos artigos 17º-A a 17º-I.

O art. 2º enumera os sujeitos passivos do processo de insolvência e as entidades dele excluídas:

a) Quaisquer pessoas singulares ou colectivas; [grifo nosso]

[...]

Outro exemplo de legislação que foi atualizada para contemplar um procedimento uniforme de tratamento da insolvência é a lei alemã de 1999, o Insolvenzordnung (InsO). Logo na Seção 1 são apresentados os objetivos dos processos de insolvência: (i) servir à satisfação coletiva dos credores do devedor por meio da liquidação de seus bens e distribuição dos resultados, ou (ii) para conclusão de um acordo num plano de insolvência, especialmente com o fito de manter a empresa.

Aos devedores honestos deve ser concedida a oportunidade de alcançar a remissão de débitos residuais.

É na Seção 11 do InsO onde se encontra a possibilidade de utilização do processo de insolvência por qualquer pessoa natural ou jurídica [...]

(ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Recuperação Judicial de Associações. In Associações – Constituição, Fundamentos e Perspectivas. Org. Ana Frazão, Oksandro Gonçalves e Uinie Caminha. Rio de Janeiro: Ed. Processo. 2017, págs. 172/176)

O fato de a Lei nº 11.101/2005 ter deixado de incluir no rol de legitimados os não-empresários atuantes no mercado é objeto de crítica da doutrina:

[...] o Direito abriu espaço para a recuperação, judicial e extrajudicial, de agentes econômicos ameaçados de insolvência, harmonizando-se com a atual relevância social e política do mercado e, por consequência, de seus agentes, devendo o direito comercial extrapolar suas fronteiras tradicionais, atuando nas feições do mercado, indo além da mera disciplina da atuação dos agentes econômicos, não devendo, assim, restringir-se à regulação da atividade empresária. Mais que isso, deve atentar para questões afetas a não-empresários, também atuante no mercado.

Por isso, vale o risco da assertiva: as modernas legislações sobre o concurso de credores preveem a recuperação judicial e extrajudicial de devedores insolventes sem a estreiteza subjetiva adotada pelo legislador brasileiro.

[...]

Em outras palavras, a atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas em nosso país, ainda apresentando resquícios de uma fase subjetivista do direito comercial, não demonstrou preocupação com a manutenção da fonte produtiva de agentes econômicos não-empresários, dos empregos por eles mantidos, pela sua função social, dentre outros atributos que poderiam ser enumerados.

[...]

Não há como se negar a semelhante atuação (econômica) de associações, fundações, em determinados mercados, com suas concorrentes sociedades empresárias. Todas elas se socorrem do crédito. Ainda para sustentar a semelhança entre os empresários e os não-empresários agentes econômicos, todos eles podem estar inseridos no mesmo mercado relevante, para fins de aplicação da lei de concorrência.

(PROENÇA, José Marcelo Martins. Os Novos Horizontes do Direito Concursal: uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/2005. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano XLVIII. Nº 151/152. jan-dez.2009, págs. 56/59 – sem destaques no original)

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, em que pese entender não ser possível conceder a benesse da recuperação às fundações ou associações, reconhece que o Direito Empresarial está direcionado a evoluir para a teoria do agente econômico:

O pensamento jurídico evoluiu da teoria do ato de comércio para a teoria da empresa, adotada pelo atual Código Civil; discute-se que deve evoluir agora para a chamada teoria do agente econômico, o que levaria todo e qualquer exercente de atividade econômica a estar sob a égide desta Lei.

(BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 Comentada Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 15ª ed., 2ª tiragem, 2021, pág. 82 – sem destaque no original)

Embora na recente alteração implementada pela Lei nº 14.112/2020 o legislador tenha deixado de incluir as fundações, associações e sociedades civis, mas tenha contemplado produtores rurais sem registro na Junta Comercial, até há pouco tempo também não abarcados pela Lei nº 11.101/2005, bem como clubes de futebol

(com a inclusão do parágrafo único no art. 971 do CC/2002 pela Lei nº 14.193/2021, que equiparou as associações relacionadas com a atividade futebolística a atividade empresária), a interpretação analógica no presente caso se impõe, reforçada pelo princípio da preservação social da empresa e dos benefícios econômicos e sociais dela decorrentes.

A possibilidade das fundações se socorrerem do processo de soerguimento para manter suas atividades é uma necessidade que surgiu em decorrência do volume de prestação de serviços por elas implementados, gerando, por consequência, um volume maior de dívidas, afigurando-se insuficiente o modelo fundacional para amparar o modelo de atividade por elas exercido.

Assim como ocorreu com os clubes de futebol, que não podem mais ser considerados como mera atividade social ou esportiva, diante dos valores geridos com passes de jogadores, patrocínios, direitos de imagem e exploração de marca, as fundações que evoluíram na prestação de serviços, exercendo inegável função social ao atender inúmeros cidadãos, não podem ser consideradas meras entidades filantrópicas.

O modelo associativo, antes predominante em todo o território nacional, não mais permite a recuperação financeira dos clubes de futebol, salvo em raríssimas exceções, como acontece com os tradicionais clubes espanhóis Real Madrid e Barcelona (FILARDI, Hugo, CASTRO, Juliana e MACHADO, Rafael Orazem Ramos. Recuperação judicial de times de futebol e a SAF. In <https://www.migalhas.com.br/depeso/357425/recuperacao-judicial-de-times-de-futebol-e-a-saf>, acesso aos 2/5/2023).

Nada impede que os benefícios conferidos aos empresários sejam estendidos às fundações ou associações que exercem relevante atividade econômica.

A socialização da perda é um dos benefícios legais ao empresário, por meio da falência e da recuperação judicial, de modo a garantir incentivo para que esse empresário continue a empreender e arriscar o seu capital (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Manual de Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva Educação, 2002, p. 60).

Se a atividade exercida aumenta a quantidade de empregos e disponibiliza um serviço de qualidade acessível ao consumidor, implementando efeitos benéficos na sociedade, não há que se afastar de imediato o pedido de recuperação judicial formulado por fundações ou associações cujo plano será submetido aos credores. Diante dos mecanismos oferecidos pela lei, caberá a eles aprovar ou não o plano, bem como lhes caberá a análise da viabilidade econômico-financeira do soerguimento da instituição.

Feitas tais considerações, diante da ausência de proibição legal expressa, não se afigura existir óbice a uma interpretação extensiva do art. 1º da Lei nº 11.101/2005, a fim de preservar a atividade econômica e a função social exercida pelas fundações.

O Superior Tribunal de Justiça não fechou os olhos para a realidade social e econômica envolvendo as entidades filantrópicas e promoveu um reposicionamento do Direito Empresarial, retirando o foco do empresário e direcionando-o para a atividade empresarial.

Em 2008 esta Corte admitiu a recuperação judicial de associação civil ao analisar o pedido foi formulado por uma entidade hospitalar, a Casa de Portugal:

[...]

Duas ponderações me parecem indispensáveis para apreciação do pedido.

Em primeiro lugar, é de ser destacada a função social da recorrente, entidade que mantém um hospital, um asilo e um colégio, havendo notícia nos autos de que emprega por volta de seiscentas pessoas, disponibiliza à sociedade carioca mais de cem leitos, possui duzentos e setenta alunos matriculados, além de recolher impostos anualmente no montante de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais).

Ademais, o plano de recuperação está em pleno andamento, inclusive com o cumprimento de suas etapas iniciais, asseverando o magistrado de primeiro grau, verbis:

"...no pouco tempo desde o deferimento do processamento da recuperação judicial, em 14.06.2006 (fls. 1026), cuja decisão foi publicada em 07.08.2006 (fls. 1489), a recuperanda já apresenta considerável incremento de suas receitas, mais do que quintuplicadas. A projeção do fluxo de caixa apresentada no plano de recuperação a fls. 1599 está sendo praticamente alcançada, conforme atesta o documento de fls. 2800, demonstrando total viabilidade da atividade econômica exercida, com a superação da crise econômico-financeira."

Nesta conformidade, lembrando ainda que a finalidade maior da recuperação judicial é a preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, creio deva ser aplicada a teoria do fato consumado à espécie, sob pena de extinção da recorrente, entidade fundada há quase oitenta anos.

[...]

Cabe realçar, também, agora com apoio na doutrina abalizada do Prof. ARNOLD WALD, que a caracterização de empresa reside no "exercício de uma atividade econômica ... que tenha por fim a criação ou circulação de riquezas, bens ou serviços", estando a ideia de empresa "relacionada com o princípio de economicidade, ou seja com o desenvolvimento de uma atividade capaz de cobrir os próprios custos, ainda que não existam finalidades lucrativas" - fls. 365.

A recorrente, quando da interposição do recurso e não havendo motivo para duvidar de sua afirmativa, contava com leitos ocupados no Hospital Comendador Gomes Lopes e alunos no Colégio Sagres, além de outras atividades, todas elas, ainda segundo a recorrente, remuneradas.

Ante o exposto, conheço do recurso em parte e, nessa extensão, dou-lhe provimento para que prossiga a recuperação judicial da Casa de Portugal.

(REsp nº 1.004.910/RJ, relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, j. 18/3/2008, DJe de 4/8/2008 – sem destaques no original)

Em julgado recente, a Quarta Turma do STJ, ao analisar agravo interno em tutela provisória, permitiu o prosseguimento provisório da recuperação judicial do Grupo Educação Metodista, revogando decisão monocrática que impedia o procedimento.

O órgão colegiado entendeu que as associações civis sem fins lucrativos com finalidade e atividades econômicas detêm legitimidade para requerer recuperação judicial. Confira-se a ementa do precedente:

AGRAVO INTERNO. TUTELA PROVISÓRIA NO RECURSO ESPECIAL. CONTRACAUTELA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES CÍVIS SEM FINS LUCRATIVOS. FUMAÇA DO BOM DIREITO RECONHECIDA. PERICULUM IN MORA CARACTERIZADO. PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL AUTORIZADO. CESSÃO DE CRÉDITO. TRAVAS BANCÁRIAS. CRÉDITO NÃO SUJEITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA ESSENCIALIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO DOS RECEBÍVEIS COMO BEM DE CAPITAL. PROSSEGUIMENTO DAS EXECUÇÕES. CASO CONCRETO.

1. Para a concessão de liminar conferindo efeito suspensivo a recurso especial, é necessária a demonstração do periculum in mora - que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que, quando do provimento final, não tenha mais eficácia o pleito deduzido em juízo -, assim como a caracterização do fumus boni iuris - ou seja, que haja a plausibilidade do direito alegado, a probabilidade de provimento do recurso.

2. No âmbito de tutela provisória e, portanto, ainda em juízo precário, reconhece-se que há plausibilidade do direito alegado: legitimidade ativa para apresentar pedido de recuperação judicial das associações civis sem fins lucrativos que tenham finalidade e exerçam atividade econômica.

3. Na espécie, o risco de lesão grave e de difícil reparação também se encontra patente, conforme a descrição da situação emergencial efetivada pelo Administrador Judicial.

4. No entanto, a pretensão recursal não se mostrou plausível em relação à necessidade de suspensão das travas bancárias, já que, nos termos da atual jurisprudência do STJ, os direitos creditórios (chamados de "recebíveis") utilizados pela instituição financeira para amortização e/ou liquidação do saldo devedor da "operação garantida" não se submetem à recuperação judicial.

5. Agravo interno parcialmente provido.

(AgInt no TP nº 3.654/RS, relator Ministro RAUL ARAÚJO, relator para acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 15/3/2022, DJe de 8/4/2022 – sem destaque no original)

Nesse contexto, a possibilidade de conceder a benesse da recuperação judicial não deve se ater a natureza jurídica do agente, e sim ao impacto da atividade por ele empreendida e a sua função social.

Com efeito, apesar de não possuir registro mercantil, exerce atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, sendo responsável pela geração direta e indireta de empregos e tributos. A FUNDAÇÃO desempenha, portanto, inequívoca atividade empresária, a teor do que

dispõem os artigos 966 e 982 do Código Civil.

Conforme precedentes desta Corte Superior, não é a inscrição no registro de empresas que confere a qualidade empresária àquela atividade:

Conforme já difundido na doutrina e consolidado nos Enunciados n. 198 e 199 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, "a inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário". Além disso, "a inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização".

(AgInt no TP nº 3.654/RS, relator Ministro RAUL ARAÚJO, relator para acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. 15/3/2022, DJe de 8/4/2022 – sem destaque no original)

[...] a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não promove a constituição do empresário, tampouco é definidor, por si, da incidência do regime jurídico empresarial. Possui, sim, o condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, conferindo-lhe status de regularidade.

(REsp 1.811.953/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, j. 6/10/2020, DJe 15/10/2020 – sem destaque no original)

Como se observa na norma, não há exigência formal para que se reconheça determinada pessoa física ou jurídica como empresário. Não se exige que realize o prévio arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial. Assim, o registro não tem natureza constitutiva (exceção para o empresário rural), mas simplesmente declaratória.

(REsp 1.478.001/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. 10/11/2015, DJe 19/11/2015 – sem destaque no original)

Em suma, apesar de não se enquadrar formalmente no conceito de empresa, é possível adotar uma interpretação teleológica fundada nos princípios da preservação da empresa e da sua função social para admitir a extensão da benesse do processo recuperacional às fundações que exerçam atividade econômica de relevante interesse social.

Afinal, todo capital pode e deve ser humanista.

Nessas condições, ousou divergir do voto do relator, Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Deixo de majorar os honorários advocatícios com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, porque este recurso é oriundo de acórdão proferido por ocasião do julgamento de agravo de instrumento, sem fixação de honorários sucumbenciais.

É o meu voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2155284 - MG (2024/0243837-1)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDAÇÃO COMUNITÁRIA TRICORDIANA DE EDUCAÇÃO EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADOS : THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

VOTO-VISTA

Cuida-se de recurso especial interposto por SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional.

Ação: recuperação judicial de FUNDAÇÃO COMUNITÁRIA TRICORDIANA DE EDUCAÇÃO.

Decisão: deferiu o pedido de processamento da recuperação judicial.

Acórdão recorrido: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente, conforme ementa a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTO DEFERIDO PELO JUÍZO PRIMEVO – REFORMA – IMPOSSIBILIDADE – LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA PELA JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO. Por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, no âmbito da educação, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, a agravante é, nos termos do entendimento jurisprudencial atualmente dominante, parte legítima para requer recuperação judicial.

(e-STJ fl. 34253)

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: invoca a existência de dissídio jurisprudencial e alega violação dos artigos 1º e 51, V, da Lei 11.101/05. Defende, em síntese, a impossibilidade de agentes econômicos não empresariais, como a fundação recorrida, beneficiar-se do instituto da recuperação judicial.

Voto do Ministro Relator: dá provimento ao recurso especial, para declarar a ilegitimidade da recorrida para o pedido de recuperação judicial.

Na sessão do dia 10/9/2024, pedi, em conjunto com o e. Min. Moura Ribeiro, vista dos autos para melhor exame das questões controvertidas.

REVISADOS OS FATOS, PASSA-SE AO VOTO.

Relembro que a questão a ser solucionada neste julgamento consiste em definir se as fundações de direito privado têm legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.

1. DO ARTIGO 1º DA LEI 11.101/05.

1. Consoante expressamente disposto no art. 1º da Lei 11.101/05, a recuperação judicial é instituto do qual se podem beneficiar, tão somente, **o empresário e a sociedade empresária:**

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

2. Assim, por exclusão, qualquer outro ente que não se enquadre no conceito de empresário ou sociedade empresária (como as fundações de direito privado, hipótese dos autos) não possui legitimidade para ajuizar pedido de recuperação judicial.

3. Vale lembrar que o Código Civil de 2002, encampando a **teoria da empresa**, passou a definir que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de

serviços (art. 966) e, por sua vez, sociedade empresária é aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967).

4. A doutrina de ARNALDO RIZZARDO esclarece que, para a **teoria da empresa**, o que caracteriza o empresário como tal é a forma pela qual ele explora sua atividade: “se o sujeito atuar com **profissionalismo, visando ao lucro** (atividade econômica) e **organizando os fatores de produção** (atividade organizada), **será considerado um empresário, submetendo-se a certas normas que somente a ele serão aplicadas, como a Lei de Falência e Recuperação de Empresas**” (Direito de Empresa. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, ed. eletrônica, p. 7, sem destaque no original).

5. As fundações de direito privado (hipótese dos autos), por outro lado, são pessoas jurídicas, instituídas por particulares e regidas por estatuto próprio, cujo substrato personalizado é um patrimônio afetado a um fim específico (art. 62 do CC). São, portanto, um acervo de bens com destinação própria a que a lei atribui personalidade jurídica.

6. Diferentemente das sociedades empresárias, as fundações não surgem “de uma aglomeração orgânica de pessoas naturais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 310, ed. eletrônica), de modo que não possuem membros – sócios ou associados –, contando, tão somente, com gestores ou administradores do patrimônio afetado ao fim a que elas servem.

7. As fundações, dada sua natureza jurídica, estão **impedidas de possuir finalidade lucrativa** – ao contrário do que ocorre com as sociedades empresárias –, de modo que **não podem**, ainda que possuam resultado financeiro positivo, **distribuir lucros ou dividendos**.

8. Disso se conclui que, mesmo que a fundação desempenhe papel de agente econômico – atuando com profissionalismo e organizando os fatores de produção – jamais será classificada como sociedade empresária, pois não é possível que proceda à distribuição de lucro.

9. O empresário individual e a sociedade empresária,

portanto, são os sujeitos que delimitam o âmbito de incidência dos institutos jurídicos disciplinados pela Lei 11.101/05: recuperação judicial, extrajudicial e falência.

10. A existência de **regra específica** acerca da legitimidade dos sujeitos passíveis de se submeter à recuperação judicial, cumpre ressaltar, **impede que se cogite do uso da analogia** para o enfrentamento da questão objeto deste recurso especial.

2. DO ARTIGO 2º DA LEI 11.101/05.

11. O art. 2º da LFRE, por sua vez, elenca determinados entes que estão **excluídos** do âmbito de incidência da lei:

Art. 2º Esta Lei **não se aplica** a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

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.

12. A leitura do texto legal revela que as fundações de direito privado não foram excluídas, expressamente, pela norma precitada, o que poderia sugerir que não caberia ao intérprete alargar a restrição da norma.

13. Eventual conclusão nesse sentido, todavia, se revelaria absolutamente equivocada.

14. Isso porque somente é possível que se exclua dos efeitos de um dispositivo legal aquilo que, em princípio, já estava ou poderia estar nele incluído. **Como as fundações estão excluídas do procedimento recuperacional diretamente pela norma do art. 1º da LFRE (pois não são sociedades empresárias), se afiguraria redundante relacioná-las, novamente, no artigo subsequente.**

15. A respeito da temática, confira-se a lição de JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA:

Verifica-se, portanto, com clareza solar, que o legislador prescreveu como susceptíveis aos efeitos da Lei de Recuperação de

Empresas e Falência apenas os empresários (individuais ou sociais), com exceção daqueles enumerados no artigo 2º (empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, etc).

Não se deve entender, contudo, que estão excluídas da submissão à nova Legislação apenas as pessoas enumeradas no art. 2º, uma vez que o art. 1º estabelece uma limitação de sua incidência ao disciplinar "a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária". **Estão excluídos, portanto, da nova Legislação, além dos empresários enumerados no art. 2º, todos os que não sejam empresários** (sociedades simples, cooperativas, associações, etc.).

(MACHADO, Rubens Approbato (coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 55, sem destaque no original.)

16. O que a norma do art. 2º da LFRE estabelece, de fato, é que as pessoas jurídicas ali listadas, **mesmo quando constituídas sob a forma de sociedades empresárias**, não podem pedir recuperação judicial. Ou, na dicção de MARLON TOMAZETTE, **"certas pessoas, embora sejam empresárias, não são sujeitas integralmente à Lei n. 11.101/2005"** (Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas, v. 3. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 21, ed. eletrônica, sem destaque no original).

17. De se destacar, por oportuno, que a doutrina entende haver justificavas plausíveis para as sociedades integrantes do rol do art. 2º da LFRE terem obtido tratamento específico e destacado por parte do legislador: o interesse público correlato, a importância estratégica das atividades para a economia e as peculiaridades de seu funcionamento. Conforme explica NEWTON DE LUCCA, cada espécie listada no inc. II do artigo precitado possui regulação própria em leis especiais, que contêm disposições particulares para o enfrentamento de dificuldades financeiras, tais como: (i) Lei 6.024/74, Decreto-Lei 2.321/87 e Decreto-Lei 1.477/76 (instituições financeiras e cooperativas de crédito); (ii) Lei 5.768/71 (consórcios); (iii) Leis Complementares 108/01 e 109/01 e Lei 9.656/98 (entidades de previdência complementar); (iv) Lei 9.656/98 e Lei 9.961/00 (operadoras de planos de saúde); (v) Decreto-Lei 73/66 e Decreto 60.459/67 (seguradoras); e (vi) Decreto-Lei 261/67 e Decreto Lei 73/66 (sociedades de capitalização) (*in*: DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.) Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências. São

Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 89/92).

18. De todo modo, a despeito dos motivos que levaram o legislador a elencar tais sociedades no rol do art. 2º da LFRE, o que se pode concluir é que este dispositivo não veicula norma apta a autorizar as fundações de direito privado – ou qualquer outra sociedade não-empresária – a ajuizarem pedido de recuperação judicial.

3. DA INEQUÍVOCA INTENÇÃO DO LEGISLADOR.

19. Antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já havia proposta legislativa no sentido de que todas as pessoas jurídicas e físicas que exercessem atividade econômica pudessem ajuizar pedido de recuperação judicial.

20. Conforme lembrado pela doutrina, “[...] em uma das várias versões recebidas pelo Projeto da nova Lei de Falências e Recuperações, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, antes do Código de 2002, o art. 1.º vinha assim redigido: “Esta lei institui e regula a recuperação e liquidação judicial das pessoas jurídicas e físicas que exercem atividade econômica em nome próprio e de forma organizada. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica: I – aos agricultores que explorem propriedade rural unifamiliar; II – as sociedades civis de trabalho e aos que prestem serviços ou exerçam atividade profissional autônoma de forma individual ou organizada preponderantemente com trabalho próprio e com membros da família” (*in*: Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005. Coordenação: Francisco Satiro de Souza Junior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 92).

21. Tal disposição, no entanto, **não foi aprovada** pelo Legislativo.

22. Posteriormente, quando da apreciação, pelo Senado Federal, do Projeto de Lei 4.458/20 (que deu origem à Lei 14.112/20), foi sugerido por meio da Emenda n. 64 que, além do empresário e da sociedade empresária, pudessem ser beneficiados pela recuperação judicial também as cooperativas, as associações e as fundações (Diário do Senado Federal n. 171, p. 202, 26/11/20).

23. A Emenda em questão foi **rejeitada**, ao argumento de que

“prejudica os mesmos devedores que visa beneficiar, vez que os devedores de natureza civil não podem sofrer falência mesmo quando estão inadimplentes com seus credores, por não estarem submetidos à Lei nº 11.101, de 2005. Eventual inclusão deles no sistema empresarial, como prevê a Emenda, irá levar muitos deles à falência, com danos irreversíveis para seu patrimônio e imagem profissional” (Diário do Senado Federal n. 171, p. 241, 26/11/2020).

24. Pode-se concluir, portanto, sem dar margem à interpretação diversa, que **a intenção do legislador, clara e expressamente, foi a de excluir qualquer ente não-empresário, ainda que no exercício de atividade econômica, dos efeitos da Lei 11.101/05.**

25. E, não sendo verificada qualquer dissonância entre os efeitos produzidos pela interpretação literal dos dispositivos legais em questão (arts. 1º e 2º da LFRE) e a intenção do legislador, não incumbe ao julgador interpretar finalística ou teleologicamente as normas aplicáveis à espécie.

4. DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

26. O art. 47 da Lei 11.101/05 instituiu o que se passou a denominar de **princípio da preservação da empresa**. Eis o teor da norma:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do **devedor**, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da **empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

27. Como se percebe, o objetivo da recuperação judicial, declarado pelo legislador, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor.

28. E a expressão **devedor**, para todos os efeitos, segundo dispõe expressamente o art. 1º da LFRE, **refere-se unicamente ao empresário e à sociedade empresária** (“Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”).

29. Por outro lado, a **empresa**, expressão que consta da parte final do dispositivo legal precitado, deve ser compreendida, nos termos do art. 966 do Código Civil, como **a atividade econômica** – organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços – **exercida pelo empresário ou pela sociedade empresária**.

30. Do que até aqui foi exposto, já se pode antever que o princípio da preservação da empresa, positivado no artigo precitado, não tem aplicabilidade a outros sujeitos senão àqueles para os quais foi especificamente direcionado: o empresário e a sociedade empresária.

31. Ainda que assim não fosse, há de se sublinhar – acerca do princípio da preservação da empresa – que, havendo **regra expressa** na mesma lei no sentido de delimitar os sujeitos legitimados a ajuizar pedido de recuperação judicial (art. 1º da LFRE), não se afiguraria tecnicamente preciso que a solução da controvérsia perpassasse por uma análise baseada em juízo de **ponderação** de normas.

32. Quanto ao ponto, esta Terceira Turma já teve a oportunidade de consignar que, **“quando a estipulação do princípio não advém de legislação editada com o fim de dispor sobre normas gerais, mas do mesmo plano normativo que a regra, a regra deve prevalecer sobre o princípio**, salvo se houver declaração de inconstitucionalidade que lhe retire eficácia” (REsp 1.279.525/PA, DJe 13/3/2013, sem destaque no original). Merece atenção a seguinte passagem do acórdão:

A regra, especialmente quando clara, direta, a respeito da qual não parem dúvidas sobre o comportamento pretendido, apresenta-se como resultado da ponderação do legislador a respeito dos aspectos relevantes que podem surgir no conflito entre interesses regulados, editada que foi justamente para evitar, no momento da aplicação da norma, o ressurgimento da controvérsia que foi antes dirimida pelo legislador.

33. No particular, portanto, como se está diante de normas (regra e princípio) veiculadas no mesmo diploma legal (art. 1º e art. 47 da Lei 11.101/05), ou seja, normas de idêntico nível hierárquico, **o recurso interpretativo da**

ponderação não se revela adequado para resolução da controvérsia.

34. Ademais, é interessante anotar que a **função social**, elemento cuja promoção é destacada pelo princípio da preservação da empresa, não pode ser dissociado da **finalidade lucrativa** da atividade desempenhada pelo empresário e pela sociedade empresária.

35. SCALZILLI, SPINELLI E TELLECHEA ressaltam que “**A função da empresa revela-se com o exercício de uma atividade lucrativa**”. E esclarecem:

A função da empresa revela-se com o exercício de uma atividade lucrativa. Isso porque, ao perseguir o lucro, ela produz ou coloca ao alcance das pessoas a maior parte dos bens e serviços consumidos. Ao explorar a sua atividade, promove interações econômicas com outras empresas, movimentando a economia; compra, vende, paga salários e tributos, ajudando no desenvolvimento da comunidade em que está inserida; cria e, ao seu modo, distribui riqueza. É exatamente assim que a empresa cumpre função social.

Interessante é que a empresa cumpre a sua função social não querendo fazê-lo- ou, ao menos, não objetivando isso -, mas como um efeito colateral benéfico do exercício da sua atividade e da perseguição do lucro; um efeito que os economistas chamam de "externalidade positiva".

(SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; e TELLECHEA, Rodrigo. Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 4ª ed. São Paulo: Almedina, 2023, pp. 153/154, sem destaque no original.)

36. Destarte, como as fundações são impedidas de exercer atividades com o objetivo de lucro, o princípio da preservação da empresa, alicerçado na função social que esta desempenha, não comporta extensão, também sob o viés ora examinado, a agentes econômicos não empresariais.

5. DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DO DEVEDOR NO REGISTRO DE EMPRESAS.

37. Não se pode olvidar que o art. 51, V, da Lei 11.101/05 exige, como **requisito** para o deferimento do processamento da recuperação judicial, que o devedor instrua seu pedido com a **certidão** de regularidade de sua inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis.

38. No que concerne ao tema, este Tribunal Superior já se manifestou, quando reconheceu a possibilidade de o produtor rural pleitear recuperação

judicial, que **a prévia inscrição na Junta Comercial constitui requisito imprescindível** para formulação do pedido. A tese firmada na oportunidade de julgamento do REsp 1.905.573/MT, submetido ao rito dos repetitivos, foi a seguinte: "Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro".

39. No sentido da necessidade de **comprovação da qualidade de empresário** como **requisito** ao deferimento do benefício legal, confira-se precedente desta Corte:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TRIBUNAL CONCLUIU QUE A PARTE PLEITEANTE É UMA ASSOCIAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REQUERER A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NATUREZA JURÍDICA BASEADA NOS ELEMENTOS FÁTICOS E PROBATÓRIOS DOS AUTOS. REEXAME DAS PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. "O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento" (REsp 1.193.115/MT, Rel. p/ acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/08/2013, DJe de 07/10/2013).

2. No caso, o Tribunal Estadual, com arrimo nas provas dos autos, consignou que a ora agravante possui natureza jurídica de associação e, portanto, não preenche os requisitos para pleitear a recuperação judicial. A pretensão de alterar tal entendimento, considerando as circunstâncias do caso concreto, demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AglInt no AREsp n. 658.531/RJ, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/3/2021, DJe de 7/4/2021.)

40. Vale transcrever, por pertinente à espécie, excerto do voto do e. Min. Relator do acórdão mencionado:

Como consignado, o art. 1º da Lei 11.101/2005 prevê que a lei visa a disciplinar a falência e recuperação do empresário e das sociedades empresárias. Assim, **como requisito essencial do pedido de recuperação judicial, o art. 51, V, da Lei 11.101/2005 exige a apresentação de certidão de regularidade no Registro Público de Empresas. A associação, por seu turno, diante da impossibilidade de exercer atividade empresarial - nos**

termos do art. 966 do CC/2002, inclusive com divisão dos lucros -, não pode requerer sua recuperação judicial.

41. No mesmo sentido, o REsp 1.193.115/MT (Terceira Turma, DJe 7/10/2013).

42. E, como é cediço, estão vinculados obrigatoriamente a tal registro específico, a cargo das Juntas Comerciais, tão somente o empresário e a sociedade empresária (arts 967 e 1.150 do CC), de forma que, também por esse ângulo, verifica-se a impropriedade de qualquer ente constituído sob forma jurídica diversa da empresarial requerer o benefício da recuperação judicial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

43. É certo que o Direito, sobretudo no campo empresarial, deve se adaptar com agilidade às modificações impostas pelo dinamismo das relações jurídicas e pelas novas exigências que surgem no dia a dia da atividade negocial, sempre em constante evolução.

44. Todavia, a hipótese dos autos não versa sobre a necessidade de adaptação de institutos jurídicos pré-existentes a uma realidade originada da prática de novas atividades ou do uso de novas tecnologias.

45. De fato, a atividade de prestação de serviços educacionais desempenhada pelo ente mantido pela fundação recorrida não constitui um ramo de negócios surgido ou modificado substancialmente após a edição do atual Código Civil ou da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. A recorrida possui aproximadamente 60 anos de existência (e-STJ fl. 97) – e a instituição de ensino por ela mantida desempenha suas atividades desde a década de 1960 (e-STJ fl. 96).

46. Portanto, não se trata, aqui, de se proceder à adaptação de um regramento específico, que de alguma forma possa ser considerado ultrapassado pela dinâmica das relações sociais, a situações jurídicas não vislumbradas na legislação então vigente quando de seu surgimento. Não houve alterações significativas nas relações jurídicas das instituições de ensino, após a entrada em vigor da Lei 11.101/05, que justifiquem que se confirmem às fundações

mantenedoras benefícios que o legislador optou por não lhes conceder.

47. Outrossim, mesmo que se repute necessário, como defendem muitos doutrinadores de renome, atualizar o regramento empresarial então vigente, no sentido de substituir a **teoria da empresa** (hoje adotada pelo ordenamento jurídico) por uma **teoria do agente econômico** (o que levaria todo e qualquer exercente de atividade econômica a estar sob a égide do regramento hoje destinado exclusivamente ao empresário e à sociedade empresária), penso que tal modificação, sobretudo diante de sua profundidade e de seu alcance – haja vista a necessidade de alteração não somente da Lei 11.101/05, mas de todo arcabouço legal correlato, que encontra sua gênese no Código Civil –, deva ocorrer, somente, após amplo debate com a sociedade na arena constitucionalmente reservada para esse fim, o Poder Legislativo.

48. Não se afigura razoável que mudanças dessa envergadura – e **contra legem** – partam da iniciativa do Poder Judiciário no julgamento de casos concretos, sob risco de, não se atentando profundamente às possíveis consequências jurídicas, econômicas e sociais decorrentes, acabem por gerar insegurança e instabilidade.

49. Conforme salientado em artigo publicado pelo Prof. HAROLDO VERÇOSA (*et al.*),

[...] certeza e segurança jurídica são dois pilares fundamentais para o Direito Empresarial. Os agentes econômicos dependem de regras claras, que sejam aplicadas de forma previsível e uniforme pelo Poder Judiciário, para que possam calcular seus riscos e tomar suas decisões econômicas. Nesse sentido, não nos parece prudente que os institutos da falência e da recuperação judicial sejam aplicados a associações-empresas simplesmente com base em interpretação extensiva do art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas, causando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Isso traria muita instabilidade ao sistema. Parece-nos recomendável, portanto, que a Lei de Recuperação de Empresas seja modificada para prever claramente a aplicabilidade (ou não) dos institutos da falência e da recuperação judicial a outros agentes econômicos que tenham atividade empresária, mesmo que não se enquadrem como sociedades empresárias. Sem que haja tal mudança, as interpretações extensivas podem gerar insegurança jurídica no mercado, em especial junto aos financiadores no mercado de crédito, o que pode em última instância elevar o custo de capital para as entidades do terceiro setor.” (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; COSTA, Mariana; e SPERCEL, Thiago. Associações sem fins lucrativos podem falir e pedir recuperação judicial? O recente

50. Vale lembrar, também, que, muito embora o STJ tenha conferido certo temperamento a algumas regras da Lei 11.101/05 no período imediatamente subsequente à sua entrada em vigor (com fundamento, sobretudo, na aplicação do princípio da preservação da empresa), o que se observa hoje em dia é que, depois da edição da Lei 14.112/20, aquela orientação jurisprudencial flexibilizadora foi modificada, passando esta Corte a confirmar a aplicação da literalidade das disposições da legislação recuperacional, conforme fica claro da análise dos seguintes julgados:

(i) CC 181.190/AC (Segunda Seção, DJe 7/12/2021), onde se decidiu que, de acordo com o texto expresso da norma do art. 6º, § 7º-B, da LFRE, compete ao juízo da recuperação judicial, quando houver constrição patrimonial no âmbito de execução fiscal movida contra a recuperanda, tão somente determinar a substituição de atos que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial;

(ii) REsp 2.053.240/SP (Terceira Turma, DJe 19/10/2023), em cujo julgamento se decidiu pela obrigatoriedade de apresentação das certidões de regularidade fiscal pelo devedor, conforme exigido pelo art. 57 da LFRE, como condição à concessão da recuperação judicial;

(iii) CC 196.846/RN (Segunda Seção, DJe 25/4/2024), oportunidade em que se autorizou a continuidade da tramitação das execuções individuais de créditos extraconcursais contra a recuperanda após o período de blindagem patrimonial estabelecido pelo art. 6º § 4º, da LFRE; e

(iv) CC 199.496/CE (Segunda Seção, DJe 17/9/2024), no qual foi firmada a tese de que, exaurido o período de blindagem patrimonial e não tendo o juízo da recuperação determinado sua prorrogação ou a subsistência de seus efeitos, as execuções individuais de crédito concursal podem prosseguir, não mais subsistindo competência do juízo recuperacional.

51. Diante disso, eventual entendimento em sentido contrário ao defendido neste voto representaria trilhar caminho diverso daquele que vem se revelando como a tendência atual da jurisprudência deste Tribunal Superior.

52. Por derradeiro, releva consignar que permitir às entidades sem fins lucrativos que recebam o mesmo tratamento conferido legalmente apenas a sociedades empresárias equivaleria a autorizar sua sujeição a um regime jurídico de dupla benesse (evidentemente anticompetitivo): por um lado, desfrutariam dos benefícios inerentes à sua forma social (imunidade e isenção tributária, conforme previsto no art. 150, VI, 'c', da CF, na Lei 9.532/97 e na MP 2.158-35/2001) e, por outro, também daqueles concernentes às sociedades empresárias (mesmo não tendo os ônus correlatos), como a recuperação judicial.

53. Em verdade, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não falta à fundação, para que possa ser classificada como ente empresarial, apenas a "partilha, entre si, dos resultados" (CC 981), mas, também – e principalmente –, arcar com os mesmos ônus financeiros e econômicos dos empresários e das sociedades empresárias atuantes no mesmo segmento de atividade.

7. DISPOSITIVO.

Forte nessas razões, a partir da fundamentação retro exposta, acompanho a conclusão do voto do e. Min. Relator, no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso especial, para reconhecer a ilegitimidade da recorrida para a recuperação judicial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2024/0243837-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 2.155.284 / MG

Números Origem: 00066423220138190065 00116220820175030023 05192173220238130000
10000230486110001 10000230486110002 10000230486110003
10000230486110004 10000230486110005 116220820175030023
50082135920228130693 5192173220238130000 66423220138190065

PAUTA: 10/09/2024

JULGADO: 01/10/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSNIR BELICE

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SINDICATO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : RODRIGO VALENTE MOTA - MG092234
RECORRIDO : FUNDACAO COMUNITARIA TRICORDIANA DE EDUCACAO EM
RECUPERACAO JUDICIAL
ADVOGADOS : MARCELLO IGNÁCIO PINHEIRO DE MACEDO - RJ065541
URI DE SOUSA WAINBERG - SP477794
THIAGO MACHADO ARAUJO - RJ221819
INTERES. : PAOLI BALBINO & BALBINO ADMINISTRACAO JUDICIAL LTDA
ADVOGADO : OTAVIO DE PAOLI BALBINO DE ALMEIDA LIMA - MG123643
SOC. de ADV. : PAOLI BALBINO & BARROS SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Empresas - Recuperação judicial e Falência

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, inaugurando a divergência, a Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrichi e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.