



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 1.162, de 13/10/16, D.O.U. nº 198, de 14/10/2016
AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR - GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO S.A.

VICTOR HUGO RODRIGUES LUSTOSA

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À
ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS**

PALMAS-TO

2020

VICTOR HUGO RODRIGUES LUSTOSA

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À
ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS.**

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof(a). Paulo Benincá.

PALMAS- TO

2020

VICTOR HUGO RODRIGUES LUSTOSA

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À
ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS**

Trabalho de Curso em Direito apresentado
como requisito parcial da disciplina de
Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do
Curso de Direito do Centro Universitário
Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof(a). Paulo Benincá.

Aprovado (a) em : 10 / 12 / 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof*M.e. Paulo Benincá.

Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof*M.e. Sinvaldo Conceição Neves.

Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof* dout. Vinicius Pinheiro Marques.

Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas- TO

2020

Dedico este Trabalho a minha família por todo o apoio durante estes cinco anos, em especial a minha mãe Valdirene Rodrigues de Farias, e a minha Tia Valdenisa Rodrigues de Farias, por todo o carinho, compreensão, amor incondicional, e a educação que me foi fornecida, sem vocês eu não teria chegado até aqui.

Agradeço ao Meu Orientador Paulo Benincá, pela colaboração na escolha do tema deste trabalho, paciência e dedicação a todas as demandas apresentadas, Agradeço ainda meu Pai Sizenando Alves Lustosa, a minha madrastra Denilza Lustosa, e Ao meu Tio Alexandre Magno, pelo apoio e estímulo que possibilitou a realização desse trabalho.

“O conhecimento exige uma presença curiosa do sujeito em face do mundo. Requer uma ação transformadora sobre a realidade. Demanda uma busca constante. Implica em invenção e em reinvenção”.

Paulo Freire

RESUMO:

Através de pesquisa teórica fundamentada em levantamento teórico qualitativo, o presente trabalho busca apresentar a necessidade da equiparação da atividade exercida pelas Associações sem Fins Lucrativos à atividade empresarial, abordando o impacto social que o fechamento de uma destas Associações causa na sociedade, para que assim possa-se aplicar o Instituto da Recuperação Judicial as Associações sem Fins Lucrativos, protegendo a função social exercidas pelas associações, haja vista que atualmente estas encontram-se desprotegidas em momentos de crise, não possuindo quaisquer meios que as protejam da falência.

Palavras- Chave: Associações Sem Fins Lucrativos- Função Social- Recuperação Judicial.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO:	09
CAPITULO I: EMPRESA: DISPOSIÇÕES GERAIS E A TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1. Conceito de atividade empresarial.....	12
1.2. Atividade econômica da empresa.....	13
1.3. A empresa em estado de crise financeira.....	14
1.4. Instituto da recuperação judicial (lei nº: 11.101/2005):.....	15
1.5. Histórico.....	16
1.6. Análise da insolvência e da recuperação judicial.....	17
1.7. Da aplicabilidade da recuperação judicial.....	19
CAPITULO II: A EMPRESA COMO AGENTE TRANSFORMADOR NA SOCIEDADE:	23
2. A função social da empresa e a importância para aplicabilidade da Lei 11.101/2005.....	23
2.1. A preservação da empresa e do negócio jurídico.....	26
2.2. Projeto de lei nº: 10.220/2018.....	29
CAPITULO III: A ATIVIDADE EMPRESARIAL EXERCIDA PELAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS:	34
3.1. Posicionamento Jurisprudencial:.....	45
CONCLUSÃO:	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	50

INTRODUÇÃO:

A recuperação judicial é um procedimento específico do Direito Empresarial, estabelecido na lei 11.101/2005, que visa à facilitação da empresa devedora arcar com suas dívidas, proporcionando a esta um prazo para que consiga reerguer-se, superando a crise financeira que a acomete, e desta forma, garantindo os empregos gerados por sua atividade econômica, bem como garantindo o interesse dos credores, evitando que a empresa decrete falência.

O instituto da Recuperação Judicial é aplicável a pessoas jurídicas que cumpram os requisitos estabelecidos no art. 48 da referida lei, quais sejam: não ser falido, ou se já foi, que as obrigações oriundas desta falência já estejam sanadas, não ter obtido o benefício da Recuperação nos últimos 5 anos, não ter sido condenada ou ter como administrador ou sócio controlador qualquer pessoa condenada por crime falimentar.

Tal instituto não é aplicável a pessoas físicas, logo que a estas são aplicadas a lei de insolvência. A insolvência ocorre quando as dívidas da pessoa física, superam o valor de seu patrimônio, sendo a partir desse momento o devedor considerado insolvente, ou seja, encontra-se impossibilitado de arcar com suas dívidas.

A insolvência é confundida com o instituto de falência, porém mesmo sendo semelhantes, a falência somente se aplica a empresas e empresários, e a insolvência a pessoas físicas.

A pessoa jurídica goza do instituto da recuperação judicial, que é o processo que o devedor deverá apresentar ao Poder Judiciário um plano de reestruturação da empresa, que conterà o saldo devedor, bem como a forma com que a empresa pretende arcar com tais dívidas e continuar com suas atividades, assim preconiza o art. 51, da lei 11.101/2005.

Se aceito pelo Poder Judiciário, o plano de Recuperação Judicial deverá ser posto em prática em até 60 dias, e durante este período ficarão suspensas as demandas referentes aos débitos que esta possui.

Ocorre, porém que a presente lei não se refere em momento algum as associações sem fins lucrativos.

Tais entidades são importantes para a sociedade, haja vista que atuam na saúde, educação e organização social, dentre outros.

As associações sem fins lucrativos mesmo que forneçam serviços que geram impactos diretos na sociedade, criando empregos, e consequentemente movimentando a economia dos locais aonde atuam, não gozam do instituto da recuperação judicial.

Desta forma, ficam frágeis em períodos de crise, logo que são obrigadas a decretar falência de imediato, sem nenhuma forma de garantir a continuidade de suas atividades.

CAPITULO I: EMPRESA: DISPOSIÇÕES GERAIS E A TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO BRASILEIRO.

A primeira fase do Direito Comercial conhecida como subjetiva, adotava o conceito de que o Mercador deveria estar ligado a uma corporação mercantil, devendo este se subordinar as decisões tomadas pela corporação, para assim ser considerado um comerciante e gozar dos benefícios inerentes a esta categoria, quais sejam insolvência empresarial, presunção de veracidade da escrita contábil e acesso aos Tribunais do Comércio.

Nesse sentido Rubens Requião expõe que, nesta fase tem-se um período “estritamente subjetivista do direito comercial a serviço do comerciante, isto é, um direito corporativo, profissional, especial, autônomo, em relação ao direito territorial e civil, e consuetudinário”.

Após a dissolução das Associações Profissionais na França em 1791, pela Lei de Chapelier, o Direito Comercial teve que se reformular, passando então para a segunda fase.

A segunda fase foi marcada pela utilização da Teoria Francesa, denominada Teoria dos atos de comércio, que foi adotada no Código Comercial Brasileiro de 1850. Tal teoria estabelecia que o comércio era exercido por aqueles que compravam e vendiam bens de forma habitual e profissionalmente.

Neste diapasão:

“A teoria dos atos de comércio resume-se rigorosamente falando, a uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas”. (Fábio Ulhoa Coelho, 2003).

Por conceituar os atos de comércio de forma mais objetiva, tal teoria também foi conhecida como objetivista, com a aplicação desta teoria mais pessoas foram enquadradas como comerciantes, passando a gozar dos benefícios de tal caracterização.

Entretanto a Teoria Objetiva passou a ser muito criticada pela doutrina por não estabelecer claramente o que seriam os atos de comércio, ignorando assim atividades como a prestação de serviços, a agricultura, a pecuária e a negociação imobiliária.

Neste sentido:

O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles”. (Rubens Requião 1995).

O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta — uma enumeração casuística de atos de

comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao Direito Comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito de seu elemento fundamental, o ato de comércio”. (Alfredo de Assis Gonçalves Neto/2000. p. 47).

Diante as diversas críticas que recebeu ao longo dos anos de sua aplicabilidade, a Teoria dos Atos de Comércio, mostrou-se insuficiente para regular o Direito Comercial, dando espaço assim para o surgimento da Teoria Da empresa.

Em 1942 surge então na Itália a Teoria da Empresa, superando o conceito objetivo de comerciante que o identificava como sendo quem praticava atos de comércio.

Conforme mencionado anteriormente, a Teoria dos Atos de Comércio sofria diversas críticas por deixar de abranger várias atividades devido a sua dificuldade de estabelecer claramente quais eram os atos comerciais, já a Teoria da Empresa veio para tentar sanar estas lacunas deixadas.

Para a Teoria da Empresa todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou serviços está submetido à regulamentação do Direito Comercial.

Portanto para a teoria da empresa o importante é o motivo pelo qual a atividade empresarial é exercida.

Buscando sanar todas as lacunas deixadas pela Teoria Dos Atos de Comércio adotada pelo Código Civil de 1850, o Brasil começou a buscar novas inspirações, quando então se deparou com o Código Italiano de 1942, que Adotava a Teoria da Empresa.

Em 2002 então houve a positivação de um novo Código Civil no Brasil, que adotava como base a Teoria da Empresa, trazendo consigo a unificação do Direito Empresarial com o Direito Civil.

O novo Código Civil buscou não regulamentar somente os atos de comércio, mas também a produção, circulação e prestação de serviço de crédito.

1.1- CONCEITO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL:

O Código Civil Brasileiro não traz o conceito claro de Atividade Empresarial, sendo este intrínseco no conceito de empresário.

O Código Civil Brasileiro trata do Direito da Empresa de seu artigo 966, até o artigo 1.195, sendo estes artigos responsáveis por definir o conceito de empresário, as sociedades simples e empresarias, e o estabelecimento comercial.

O art. 966 do Código Civil dispõe claramente a definição de empresário:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Neste mesmo sentido Bulgarelli conceitua o empresário:

Titular da empresa, o seu sujeito, portanto, aquele que tem a iniciativa da criação da empresa e que a dirige, correndo o risco inerente à atividade empresarial (...), além das funções próprias do empresário (o risco, o direito ao lucro e o poder supremo) o seu dinamismo, uma espécie de força vital que emprestaria à empresa para seu surgimento e posterior crescimento (...) Juridicamente, o empresário é o sujeito de direito, o único, aliás, reconhecido pela lei, em termos de representação empresarial. (BULGARELLI, Waldírio. Tratado de Direito Empresarial, 1995.)

A empresa se concretiza na atividade empresarial exercida pelo empresário, sendo estas atreladas.

Maria Helena Diniz aduz que:

Toda atividade empresarial pressupõe o empresário como sujeito de direitos e obrigações e titular da empresa, detentor do poder de iniciativa e de decisão, pois cabe-lhe determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade, assumindo todos os riscos, ou seja, as vantagens e o prejuízo. (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 2006. p.755)

Portanto, com a interpretação do art. 966 do Código Civil Brasileiro, e do entendimento dos doutrinadores, nota-se que a atividade empresarial é atividade realizada de forma econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo esta exercida pelo empresário, que somente poderá ser considerado assim, se exercer tal atividade.

1.2 – A ATIVIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA:

A atividade Econômica da empresa apresenta-se como característica necessária para caracterização da empresa e do empresário, logo como visto anteriormente, a atividade empresarial deve ser realizada de forma econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Neste Mesmo sentido o Prof. Waldírio Bulgarelli definiu empresa como:

Atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens (in Tratado de Direito Empresarial, /1995 — p.100).

Entende-se comumente que atividade econômica de uma empresa trata-se da busca pelo lucro, logo que a rentabilidade é algo buscado pelos empresários.

Entretanto a Atividade Econômica da empresa não pode ser limitada somente a busca pela produção de receita, logo que o pagamento de salário a um trabalhador, o aluguel pago ao locador da sede do imóvel, o pagamento de fornecedores, também são atividades econômicas organizadas.

Sendo assim, a busca pelo lucro não é o único objetivo da empresa,

Neste sentido Alberto Asquini:

Verdade é que através da atividade do empresário, emprega-se trabalho e o capital, disponíveis no mercado e assim satisfeita a demanda de bens e serviços por parte do mercado. Mas, aos bens ou serviços fornecidos pelo empresário ao mercado, são incorporados não somente o trabalho de execução e os capitais empregado, mas também o trabalho organizado e criado pelo empresário. (Asquini, Alberto, Profili Dell Impresa in Revista dell Diritto Commerciale, 1943, V 41, I, pg. 11.)

Portanto, pode-se dizer que a atividade econômica da empresa trata-se de todos os procedimentos realizados pelo empresário em caráter de atividade empresarial, onde o mesmo emprega capital e gera trabalho.

1.3- A EMPRESA EM ESTADO DE CRISE FINANCEIRA:

O empresário encontra diversas dificuldades ao longo do exercício da atividade empresarial, sempre ficando sujeito a volatilidade do mercado, sendo diretamente prejudicado por qualquer movimentação que venha a provocar alterações na economia Local ou do País como um todo.

No Brasil estas crises econômicas são constantes, sempre influenciando o bem estar econômico das empresas que aqui estão sediadas, assim estas sempre estão sujeitas a passar por uma crise financeira, podendo inclusive encerrar suas atividades devido a tal crise.

A empresa pode entrar em crise financeira por fatores externos, como crise na economia, aumento de impostos, aumento de taxas de importação e exportação, criação de novos impostos e taxas, alta taxa de inadimplência de seus clientes, bem como poderá entrar em crise por fatores internos, tais como, ausência de capital, investimento alto sem retorno, baixa produtividade, má administração, confusão patrimonial, dentre outros.

A empresa enquanto encontra-se ativa gera receita para o estado, logo que esta arca com uma série de tributos, bem como gera empregos, e movimentando a economia local, exercendo portanto não somente uma função empresarial capitalista, mas também uma função social.

Ao entrar em um estado de crise financeira e risco eminente de fechamento, a empresa passa a não ter condições de arcar com suas despesas, causado assim um aumento na crise na economia como um todo, haja vista que o fechamento da mesma implicará na demissão de diversos funcionários, bem como ficará em débito com seus credores caso seu patrimônio não seja o suficiente para arcar com o total das dívidas, e ainda deixará de gerar receita ao Estado com os tributos pagos.

Diante as atividades sociais e empresariais exercidas pela a empresa, mostra-se necessário proteger a atividade da mesma, posto que seu fechamento e liquidação de bens para satisfação de seus credores não compensarão o abalo econômico e social que este fechamento causará.

Desta forma, observando a necessidade da criação de medidas para proteger o funcionamento da empresa, verificou-se que a decretação de concordata não atendia mais as necessidades sociais, posto que a manutenção da atividade empresarial passou a ser mais importante que a própria satisfação dos credores.

Neste mesmo sentido Luiz Fernando Valente:

O regime anterior de falências e concordatas, regulado pelo Decreto Lei nº 7.661, de 1945, apesar de ter sido um marco para a sua época, estando em plena consonância com os princípios econômicos e empresariais então em vigor, na ausência de adequações, já não era mais compatível com a dinâmica econômica atual, tampouco atendia os anseios inerentes a uma legislação falimentar moderna. (Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, 2005.pg. 41)

Visto que a decretação de falência e liquidação de seus bens para quitação de suas dívidas não atendiam mais as demandas sociais, o Estado se viu obrigado a buscar meios de manter a atividade empresarial, criando assim no ano de 2005 o instituto da Recuperação Judicial, estabelecido na lei nº: 11.101/2005.

Tal instituto veio como uma salvação para as empresas, apresentando para as mesmas alternativas de manter seu funcionamento, e reerguer-se, superando assim seu momento de crise, e preservando sua função social e econômica.

1.4- INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (Lei nº: 11.101/2005):

1.5- HISTÓRICO:

Anteriormente a Lei vigente no Brasil era a Lei de Concordata, que visava apenas a satisfação do direito do credor, não dando qualquer importância a necessidade da manutenção da atividade empresarial.

A concordata era estabelecida no Código Comercial de 1850, e foi criada como uma continuação da Moratória, instituto que era utilizado para aumentar o prazo da empresa devedora arcar com suas dívidas.

O instituto da concordata foi inicialmente aplicado no Brasil no art. 847 do Código Comercial de 1850, sendo aplicada somente na sua forma suspensiva, que estabelecia que a empresa quando encontrava-se em processo de falência na tentativa de dar continuidade a sua atividade, poderia requerer o prazo de 5 anos para buscar meios de pagar suas dívidas, ficando sob seu domínio os bens da empresa.

Em 1940 passou-se a ser aplicado a concordata preventiva, que permitia que a empresa antes de iniciar o processo de falência utilizar-se da concordata para tentar honrar suas dívidas, podendo esta ser feita judicialmente ou extrajudicialmente.

Entretanto em 1945 foi elaborado o decreto Lei nº: 7.661, que trouxe diversas alterações para adequar-se as necessidades da época, estabelecendo que a atendido os requisitos da concordata, a empresa poderia retomar suas atividades, evitando a falência.

O regime anterior de falências e concordatas era regulado pelo Decreto Lei nº: 7.661, de 1945, após algum tempo de utilização mostrou-se ineficiente, logo que não mais estava atendente aos anseios das empresas em estados de crise, nem mesmo aos interesses dos credores, haja vista que devido as lacunas nesta Lei, ocorreram diversas fraudes à credores, não havendo assim qualquer segurança jurídica para que fosse feita a recuperação da empresa.

Neste sentido:

O regime anterior de falências e concordatas, regulado pelo Decreto Lei nº 7.661, de 1945, apesar de ter sido um marco para a sua época, estando em plena consonância com os princípios econômicos e empresariais então em vigor, na ausência de adequações, já não era mais compatível com a dinâmica econômica atual, tampouco atendia os anseios inerentes a uma legislação falimentar moderna. (Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) -, 2005).

A lei de 1945 tinha um caráter extremamente patrimonialista, tendo como objetivo garantir somente a atividade econômica da empresa, analisando apenas sua capacidade

econômica de se reerguer, deixando assim que importantes empresas encerrassem suas atividades.

Neste contexto:

Várias eram as evidências da necessidade de uma reformulação ampla do arcabouço falimentar brasileiro, a começar pelo viés patrimonialista que norteava a legislação de 1945, ignorando a existência e importantes ativos, em especial, intangíveis, que pela ótica econômica atual se equiparam, ou mesmo são superiores aos ativos fixos (patrimoniais). (Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) 2005).

Visando a formulação de uma lei de falências sólida, que efetivamente atendesse aos interesses das empresas e dos credores, bem como o da sociedade, foi criando em 2005 o instituto da Recuperação, como uma alternativa para preservar a atividade da empresa, e sua função social e econômica.

A aprovação da nova Lei de Falências e Recuperação de empresas (Lei: 11.101/2005) constitui um marco na sociedade, haja vista que devido as suas formas de negociações permitidas entre credores e devedores, passou a buscar a manutenção da função social exercida pela empresa, garantindo assim que esta permaneça gerando lucro e empregos.

Neste diapasão:

A nova Lei cria dispositivos que estimulam a negociação entre devedor e credores, de forma a encontrar soluções de mercado para empresas em dificuldades financeiras. O objetivo central é viabilizar a continuidade dos negócios da empresa enquanto unidade produtiva, mantendo assim a sua capacidade de produção e de geração de empregos, oferecendo condições para que as empresas com viabilidade econômica encontrem os meios necessários para a sua recuperação, a partir de negociações com seus credores. (Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - 2005).

A lei 11.101/2005 estabeleceu claramente em seu art. 47, seus objetivos para continuidade da atividade empresarial:

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.

Portanto, após as diversas alterações dos Códigos Comerciais Brasileiros, foi na lei 11.101/2005 que foi encontrado o maior amparo aos interesses dos credores, dos devedores, e principalmente da sociedade.

1.6- ANÁLISE DA INSOLVÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

O instituto da insolvência civil é aplicável a pessoas físicas que suas dívidas superam o valor de seu patrimônio, sendo a partir desse momento consideradas insolventes, ou seja, encontram-se impossibilitados de arcar com suas dívidas.

A insolvência é confundida com o instituto de falência, porém mesmo sendo semelhantes, a falência somente se aplica a empresas e empresários, e a insolvência a pessoas físicas.

O Novo Código de Processo Civil não trouxe em seus artigos a tratativa do processo da insolvência, deixando a regulamentação da aplicação deste instituto como era estabelecido anteriormente no Código de Processo Civil de 1973.

A lei prevê duas espécies de insolvência, sendo estas na modalidade Real quando as dívidas excedem os bens, hipótese descrita no artigo 748 do CPC de 73; e na modalidade Presumida ou Ficta regida pelo artigo 750 do CPC de 73, quando o devedor não tem bens penhoráveis, não tem domicílio para ser cobrado, ou quanto tenta se desfazer do patrimônio para que o mesmo não seja alcançado.

A insolvência Civil só será decretada por meio de processo judicial, podendo este ser requerido pelo próprio devedor, por algum dos credores, ou ainda pelo espólio do devedor.

Iniciado o processo de falência, os credores serão cientificados para se habilitarem no processo, visando a garantia de seu crédito, apresentando seus títulos executivos judiciais e extrajudiciais como confirmação de existência de dívida de devedor, formando assim o concurso de credores.

Vale salienta que se o mesmo credor habilitado no concurso de credores na ação de insolvência, possuir ação de cobrança em processo de conhecimento pendente de trânsito em julgado, este não restará prejudicada e poderá prosseguir normalmente. Haja vista que a insolvência é voltada apenas para pagamento de dívida lastreada em título executivo judicial ou extrajudicial.

Ademais, dívidas fiscais com a Fazenda Pública não entram no pedido de insolvência, por força do art. 187 do CTN. Portanto, ao devedor que possuir contra si apenas execuções fiscais não será possível realizar o pedido de auto insolvência.

Portanto a insolvência civil tem por objetivo utilizar o patrimônio do devedor para arcar com todas suas dívidas, satisfazendo assim a necessidade dos credores.

O instituto da Recuperação Judicial por sua vez tem como intuito preservar a atividade empresarial exercida pela empresa, preservando assim sua função social e econômica.

A Recuperação Judicial é regulada pela lei 11.101/2005 e é aplicada somente as empresas com finalidades lucrativas, não sendo aplicada a empresa pública e sociedade de economia mista, 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.

Igualmente o Instituto da Insolvência Civil, a Recuperação judicial só poderá ser decretada por decisão judicial, devendo o devedor apresentar para a justiça e para o concurso de credores, seu plano para reerguer a empresa, demonstrando a capacidade de arcar com todas as suas dívidas após o prazo solicitado.

Uma peculiaridade do processo de recuperação judicial é que todas as ações e execuções contra a empresa ficam suspensas durante o prazo em que a empresa gozar do instituto para se recuperar totalmente, conforme art. 6º da Lei 11.101/2005:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Após iniciado o processo de Recuperação judicial, será nomeado um administrador judicial, que ficará responsável por analisar os livros contábeis e documentos comerciais e fiscais do devedor e os documentos que lhe forem apresentados pelos credores, para assim habilitar o crédito dos credores.

Portanto, mesmo diante todas as semelhanças entre os processos de insolvência civil e de Recuperação judicial, estes se diferenciam na forma de sua aplicabilidade, sendo que a insolvência é utilizado para as pessoas físicas e visa a satisfação dos direitos dos credores, utilizado o patrimônio o devedor para pagar suas dívidas, e a Recuperação Judicial utilizada para preservar a atividade empresarial, e sua função social e econômica.

1.7- A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

A aplicabilidade da recuperação Judicial é estabelecida no Art. 1º da Lei 11.101/2005, que aduz que: 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.

O art. 47 da referida Lei, determina que Recuperação Judicial destina-se exclusivamente às sociedades empresárias (e também ao empresário individual) em situação de crise econômico-financeira, que apresentam ao menos algum indício de possibilidade de superação desse estado, veja:

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.

Desta forma, o instituto da recuperação está totalmente ligado a um estado temporário da empresa, que terá por obrigação da própria lei superar a crise financeira, gozando de todos os benefícios deste instituto, visando a preservação de sua atividade.

Como demonstrado anteriormente neste trabalho, a recuperação judicial foi criada após um longo processo de evolução nos atos de comércio, sendo uma lei que busca garantir a manutenção da atividade empresarial, bem como fomentar sua função econômica e social, conforme a definição do art. 47 da lei 11.101/2005.

A aplicabilidade do instituto da recuperação judicial mostra-se vantajosa para todas as partes envolvidas, haja vista que com o prazo para se reerguer a empresa consegue satisfazer os direitos dos credores, gerando ainda renda para os mesmos ao continuar a utilizar seus serviços ou adquirindo seus produtos, já para o trabalhador, a manutenção do funcionamento da empresa implica na continuidade de seu trabalho, gerando assim renda para sua família, e ainda há vantagens para o próprio Estado, logo que a empresa em atividade gera receita para o município com os tributos pagos.

A empresa em estado de crise deverá buscar a justiça para solicitar a aplicabilidade deste instituto, para que assim possa gozar de seus benefícios.

Após iniciado o processo de recuperação, será nomeado um administrador judicial, que irá proceder com a análise dos livros contábeis para habilitar o crédito dos credores, e estes deverão apresentar em até 15 (quinze) dias suas reclamações a respeito de divergências nos créditos ou habilitar-se devidamente como credores, conforme art. 7º §1 da lei 11.101/2005.

O administrador judicial após analisar todos os documentos, e recebido todas as habilitações dos credores, irá proceder com a publicação do edital de credores no prazo de 45 (quarenta e cinco dias).

No prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da relação do edital de credores, o Comitê, qualquer credor, o devedor ou seus sócios ou o Ministério Público podem apresentar ao juiz impugnação contra a relação de credores, apontando a ausência de qualquer crédito ou manifestando-se contra a legitimidade, importância ou classificação de crédito relacionado, conforme art. 8º, da Lei 11.105/2005, de 09 de Fevereiro de 2005 (Brasil, 2005).

Habilitados todos os créditos dos credores, cria-se a Assembleia de Credores, que poderá criar um comitê de credores, sendo esta composta e organizada por credores nas seguintes categorias, 1) credores trabalhistas, 2) Créditos com garantia real, 3) os credores quirografários, com privilégios especiais, com privilégio geral ou subordinados, e 4) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

O instituto da recuperação judicial permite uma grande comunicação entre todas as partes envolvidas no processo, tendo como princípio a facilitação da negociação entre credores e devedores.

Desta forma, após concluída a formação da Assembleia de Credores, a empresa em estado de crise financeira deverá apresentar seu plano de recuperação econômica, devendo este plano ser aprovado por todas as classes credores.

Caso a Assembleia de credores não aprove a proposta de recuperação apresentada pela empresa, será decretado a falência da mesma, conforme art. 55 §4º da Lei 11.101/2005, de 09 de Fevereiro de 2005 (Brasil, 2005), evidenciando assim a intenção da lei de aproximar e fomentar a negociação entre credor e devedor.

Aprovado a concessão da Recuperação judicial para a empresa, serão suspensos o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, conforme art. 6º da Lei 11/101/2005, de 09 de Fevereiro de 2005 (Brasil, 2005). Esta suspensão dos prazos conhecida como stay period, tem como objetivo gerar um período de calma inicial para empresa, para que esta comece a aplicar o plano de recuperação econômica apresentado.

Porém esta suspensão das ações somente será válida pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, conforme § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005, evitando assim que empresas com intenções escusas utilizem-se deste instituto para tentar se eximir de arcar com suas dívidas.

Durante o período de 180 dias de suspensão das ações, a empresa deverá dar início ao plano de recuperação econômica, ficando sobre sua responsabilidade a administração dos bens da empresa para dar efetiva continuidade a atividade empresarial, devendo o comitê de credores, criado pela Assembleia fiscalizar a empresa durante este prazo, para verificar se o plano de recuperação apresentado e aprovado, está realmente sendo aplicado conforme a proposta.

Caso o comitê de credores verifique o descumprimento dos comandos legais ou do plano de recuperação econômica apresentado, ou mesmo se identificar a tentativa de fraudes aos credores, o Comitê pode sugerir a Assembleia Geral de Credores o afastamento do devedor do comando da empresa, ou poderá solicitar a falência da empresa também pode ser solicitada.

Neste contexto, Marcos de Barros Lisboa, na obra de Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas- São Paulo: Qyartier Latin, 2005), aduz que:

A nova Lei parte do entendimento de que o devedor é a pessoa mais indicada para dirigir a empresa durante a recuperação, pois é quem mais possui conhecimento a respeito dos métodos de produção, da área de atuação e do relacionamento com fornecedores e clientes. Mas para aprimorar a governança no gerenciamento da firma, o Comitê de Credores poderá fiscalizar diretamente a execução do plano, tendo acesso inclusive às contas e balanços da empresa. Caso sejam identificados indícios de descumprimento dos comandos legais ou do plano, ou mesmo de fraudes aos credores, o Comitê pode sugerir à Assembleia Geral de Credores o afastamento do devedor do comando da empresa. Em ambos os casos a falência da empresa também pode ser solicitada. (Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - -2005)

Utilizando-se desta participação e fiscalização do comitê de credores, a lei busca garantir que a empresa se empenhe a cumprir o plano de recuperação judicial apresentado.

A aplicação da recuperação judicial busca de todas as formas manter a empresa ativa, permitindo inclusive que as dívidas adquiridas pela empresa com fornecedores de bens e serviços durante o processo de recuperação judicial, sejam consideradas extra concursais, ou seja, estes créditos não se submeterão a ordem de credores, tendo preferência de pagamento, conforme artigos 67, e 87 da Lei 11.101/2005.

Tal medida tem por objetivo incentivar os fornecedores e trabalhadores a continuarem prestando serviços para as empresas, evitando assim o inter rompimento do processo produtivo da empresa em estado de crise, permitindo que esta possua todas as condições para se reerguer.

Ainda neste sentido de gerar benefícios para a aplicabilidade da recuperação judicial, a Fazenda Pública também apresenta sua contribuição para que a empresa se reerga.

Mesmo sendo o único credor a não participar da Assembleia Geral de Credores, e não se submete ao plano de recuperação judicial, o FISCO irá colaborar com a aplicabilidade do instituto mediante o fornecimento de parcelamento dos créditos tributários. Tais valores serão parcelados seguindo as normativas estabelecidas por cada ente federativo do Brasil, portanto fica a critério do Estado onde é feito o pedido de recuperação da empresa.

Os tributos representam grande parte das dívidas das empresas em estado de crise financeira, logo não seria eficaz a aplicabilidade do instituto da recuperação judicial se não abrangesse os valores referentes as dívidas tributárias.

Vale salientar que todos estes instrumentos econômicos presentes na aplicação da recuperação judicial, se justificam pela perspectiva de uma vantagem maior para os envolvidos no processo, do que seria obtido com a falência da empresa e a consequente liquidação imediata dos ativos existentes.

Portanto a aplicação da recuperação judicial deve ser incentivada para preservar a função social e econômica da empresa, devendo tal instituto ser aplicado somente aquelas empresas que demonstrem uma real perspectiva de melhora.

CAPITULO II: A EMPRESA COMO AGENTE TRANSFORMADOR NA SOCIEDADE:

2.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E IMPORTÂNCIA PARA A APLICABILIDADE DA LEI 11.101/2005:

O instituto da recuperação judicial, tem por objetivo, proporcionar um meio da sociedade empresarial proteger-se da falência, podendo apresentar caso seja viável, um plano de reestruturação, qual esta apresentará aos credores como irá se reerguer e assim pagar suas dívidas.

Conforme bem elucidado por Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa:

A doutrina econômica defende em geral que as empresas, cujo valor presente de caixa é positivo e apresentam perspectivas de pagamento de suas dívidas no futuro, têm, por conseguinte, condições concretas de recuperação. Por outro lado, a mesma doutrina defende que as empresas com fluxo de caixa negativo, mas cujo negócio demonstra viabilidade econômica, devem dispor de alternativas que permitam a continuidade do negócio, Marcos de Barros Lisboa, Otávio Ribeiro Damaso, Bruno Carazza dos Santos e Ana Carla Abrão Costa (A Racionalidade Econômica da Nova Lei de

Falências e Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente (coord.). 2005).

O instituto da recuperação judicial tem como princípio basilar a função social da empresa, visto que busca garantir a atividade sócio econômica desta.

No que tange a função social da empresa, de acordo com Paula A. Forgioni, “Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada” Paula A. Forgioni (2009).

Ricardo Lupion se posiciona no sentido de que “O funcionamento da empresa assume relevância social em um sistema econômico capitalista, dado o seu relevante papel como instrumento de transformação e realização dos interesses comunitários” Ricardo Lupion (2011).

Segundo Comparato:

[...] a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos. (COMPARATO, Fábio Konder. Revista de Direito Mercantil, n. 63, p. 76.)

O funcionamento de uma empresa está diretamente ligado ao sustento de diversas famílias, haja vista que segundo CHIARDIA:

Ao progresso e desenvolvimento alcançados pelo setor industrial, mostram que o direito à propriedade em consonância com a dignidade da pessoa humana, visa proporcionar bem estar, segurança, e qualidade de vida (CHIARDIA, 2013,P-407, 408).

A função social da empresa é tão importante e atrelada a atividade econômica, que o ordenamento jurídico Brasileiro, busca sempre ressaltá-la, tanto nos contratos empresariais, quanto na empresa em si.

Diante disso, “A Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (FONSECA, 1996, p. 83).

Assim, ao buscar a recuperação das empresas viáveis e a manutenção da geração de emprego e renda, a Lei 11.101/05 tutela a preservação da empresa e consequentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ensina Renata Albuquerque Lima:

A dignidade é, principalmente, uma condição de todo homem, que deve ser preservada pelo ordenamento jurídico e homologada pela ação conjunta do ente estatal. Assim, o princípio da preservação da empresa no âmbito da Lei no.

11.101/2005, tutela o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido que proporciona o acesso ao trabalho, sua permanência e uma adequada remuneração, proporcionando melhores condições de vida ao trabalhador e sua família. A falta de trabalho remunerado ou a sua perda, em virtude de uma falência, traz consequências negativas não só para o empregado, mas também a todo seu grupo familiar que dele dependa. Ensina Renata Albuquerque Lima (2013, p. 96):

O efetivo cumprimento da função social deverá ser perseguida por todos os atos empresariais, desde os contratos firmados, até o funcionamento da própria empresa.

A função social do contrato de sociedade e a da propriedade empresarial buscam a boa-fé objetiva do empresário (individual ou coletivo), a transparência negocial e a efetivação da justiça social, conforme estabelece os arts. 421 e 422 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Desta forma o CJF (conselho da justiça federal) em seu enunciado nº:26, entendeu que A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes. (Enunciado do CJF nº26, aprovado na I Jornada de Direito Comercial).

Neste sentido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 447):

“A cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa. (...) As várias vertentes constitucionais estão interligadas, de modo que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico, olvidando-se de sua função social.”

Assim, fica evidente que durante as atividades econômicas da empresa, o empresário e a empresa deverão agir em respeito à sociedade, trazendo somente benefícios para esta.

A empresa tem como função social, a criação e a circulação de bens e serviços, garantindo algum poder de compra para aqueles que dela dependem, influenciando diretamente no mercado, assim aduz MARIA HELENA DINIZ:

A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: lucro do empresário e da sociedade empresaria que assegura a sua sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão de obra qualificada; salário do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e de sua família; tributos, possibilitando a

consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado (2011, p.47-48).

A busca pelo lucro mesmo que sendo o maior objetivo da empresa, não é o único, logo que como demonstrado, esta deve cumprir uma função social específica, a qual, segundo Fábio Ulhoa Coelho, “estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores” COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

Portanto, a função social da empresa é um princípio inerente a própria atividade empresarial, não podendo esta existir sem gerar benefícios para a sociedade.

O princípio que norteia a Lei 11.101/2005, é o da preservação da empresa acima de tudo, haja vista que está diretamente ligado ao objetivo maior desta lei, qual seja proteger a empresa para que a coletividade seja preservada.

Desta forma, “com a superação da crise, busca-se a manutenção de empregos, respeito aos interesses dos credores, e a garantia da produção e circulação de bens e serviços (SZTAIN; SOUZA JÚNIOR; PITOMBO, 2007).

Com a preservação da empresa procura-se garantir a manutenção da ordem econômica nacional, conforme art. 170 da constituição federal. Caso não haja tal preservação não serão alcançados os objetivos da lei 11.101/2005, qual seja garantia da função social da empresa e o interesse dos credores.

Ademais, nem toda empresa poderá gozar do instituto da recuperação judicial, sendo o marco divisório de seleção das empresas beneficiadas por tal instituto, a sua viabilidade econômica, que é comparado a partir de parâmetros objetivos que, “mesmo não declarados de forma expressa, são os verdadeiros pressupostos da recuperação judicial” (COELHO, 2009).

As associações sem fins lucrativos, possuem grande viabilidade econômica, bem como uma função social indiscutível, estando assim totalmente incluídas nos critérios de admissibilidade do instituto da recuperação judicial.

2.2. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DO NEGÓCIO JURÍDICO:

Como mencionado anteriormente neste trabalho, a aplicabilidade do instituto da recuperação judicial mostra-se vantajoso para todas as partes, logo que com a manutenção da atividade empresarial, haverá a continuidade da empresa, e esta continuará a utilizar os

serviços dos credores, e ainda continuará a gerar empregos e receita para o estado, a preservação da atividade empresarial mostra-se importante para o bem da coletividade.

A necessidade da conservação dos negócios Jurídicos baseia-se na função social da empresa, já que elas criam e permitem a circulação de riqueza, propiciando acesso a bens e serviços que favorecem o desenvolvimento econômico e social da pessoa humana e, conseqüentemente, a sua dignidade, em conformidade assim com o princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido no art. 5º da CF/88.

A lei 11.101/2005, busca proteger a atividade empresarial da empresa em estado de crise, devido a todas as vantagens que esta trazem para sociedade, as empresas cujo valor presente do fluxo de caixa é positivo e apresentam perspectivas de pagamento de suas dívidas no futuro e têm, portanto, condições efetivas de recuperação, serão abrangidas por esta lei. Enquanto outras, com valor presente negativo, mas cujo negócio tem viabilidade econômica, devem dispor de alternativas como a aplicabilidade da recuperação judicial, que permitam a continuidade da atividade, preservando o valor de ativos tangíveis e intangíveis, todos os empregos gerados pela empresa, e a manutenção da função social e econômica desta, sob gestão mais eficiente.

Logo, é papel do sistema de insolvências criar condições que permitam uma recuperação efetiva da empresa viável, preservando assim o bem da coletividade, haja vista que o fechamento de uma empresa impacta diretamente na vida de diversas pessoas, tanto quanto credores, como trabalhadores e na situação econômica daqueles que dela dependem.

Ressalte-se que o princípio da preservação da empresa não foi criado por esta lei e nem por nenhuma outra. Tal princípio resulta de uma evolução, “sendo pormenorizado na medida em que o interesse da coletividade voltava-se para a preservação das empresas” (LIMA, 2013, p. 91).

O que deve ocorrer é justamente o contrário, a aplicação da Lei de Falências e Recuperação de Empresas é que deve ser pautada no princípio supramencionado. Frise-se que não se trata de preservação de qualquer empresa, mas sim na preservação da empresa viável. A viabilidade econômica da empresa é essencial para a mesma entre em recuperação judicial.

Assim para os casos em que a empresa tiver condições de se reerguer, foi desenvolvido o regime da Recuperação Judicial. Mas caso a continuidade do negócio seja inviável economicamente sob a gestão original ou seu encerramento inevitável, o novo regime

de Falências prevê regras e instrumentos para a liquidação da empresa e a alienação de seus ativos de maneira eficiente e rápida, evitando a sua deterioração.

Neste contexto Luiz Fernando Valente aduz em seu livro, *Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*- São Paulo: Qyartier Latin, de 2005.:

a legislação falimentar deve ter a flexibilidade necessária e os mecanismos de transparência condizentes para que devedor e credores cheguem a uma solução que seja a melhor possível para a sociedade: a continuidade da capacidade de geração de emprego e renda da empresa, seja sob controle do próprio devedor ou de outros agentes mais eficientes. Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) -2005).

A continuidade da empresa, e efetiva continuidade do negócio jurídico é sempre buscado pelo ordenamento jurídico Brasileiro.

Acerca do tema, tecem as seguintes lições o doutrinador Gladstom Mamede, em seu livro *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas* / Gladstom Mamede. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 122.

Uma das metanormas que orienta o Direito Empresarial, viu-se no primeiro volume desta coleção, é o princípio da preservação da empresa, cujos alicerces estão fincados no reconhecimento da sua função social. Por isso, a crise econômico-financeira da empresa é trada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado. Como se só não bastasse, a previsão de um regime jurídico para a recuperação da empresa decorre, igualmente, da percepção dos amplos riscos a que estão submetidas as atividades econômicas e seu amplo número de relações negociais, para além de sua exposição ao mercado e seus revezes constantes. Compreende-se, assim, o instituto jurídico da recuperação de empresa, disposto na Lei 11.101/05, sob duas formas: recuperação judicial e recuperação extrajudicial. O legislador reconhece que crises são inerentes à empresa, podendo resultar do processo de mundialização, do envelhecimento da estrutura produtiva material (maquinário, instrumental) ou imaterial (procedimentos de administração, logística etc.), entre outros fatores. Não se encaixa facilmente em análises maniqueístas (bom pagador ou mau pagador, honesto ou desonesto), embora haja situações em que seja fácil averiguar que a crise decorre da prática de atos ilícitos, Mamede, Gladstom, 2018, p. 122.)

Deste modo, para alcançar seu objetivo, que é a preservação da atividade empresarial, a Lei 11.101/2005, traz em sua composição diversos dispositivos que expõem essa finalidade. São exemplos os artigos 47, 75, 117, 118 etc. Estes artigos demonstram a preocupação do legislador com a continuidade da atividade empresarial:

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.

Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.

Art. 117. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê.

Art. 118. O administrador judicial, mediante autorização do Comitê, poderá dar cumprimento a contrato unilateral se esse fato reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

A busca pela proteção da continuidade da empresa e do negócio jurídico é buscado pelos regimes falimentares da maior parte dos países da Europa Ocidental e da América Latina que tendem a proteger mais o devedor, com largos incentivos para a continuidade da empresa. Tal opção se baseia na tutela dos empregados, pois esses seriam, em tese, os principais beneficiários em caso de manutenção das atividades da empresa e, assim, dos postos de trabalho.

A manutenção da atividade da empresa encontra-se atrelado ao efetivo cumprimento da função social da empresa.

Portanto, tem-se a repercussão econômico-social da empresa, tratada aqui como o um dos princípio da preservação da empresa, motivando assim a criação da Lei 11.101/2005, que visa dar continuidade a atividade empresarial e deve ser aplicada de acordo com os ditames do princípio mencionado.

Quando se despreza o princípio da preservação da empresa, está havendo um desprezo a busca pelo pleno emprego em um momento de alta taxa de desemprego conforme dados do próprio IBGE, da livre iniciativa, da livre concorrência, da busca pela redução das desigualdades sociais e regionais e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto a preservação da atividade empresarial é a continuidade de seus negócios jurídicos são objetivos a serem atingidos pelo instituto da recuperação judicial, sendo estes fundamentais para o cumprimento da função social da empresa.

2.3. PROJETO DE LEI N°: 10.220/2018:

Como elucidado anteriormente neste trabalho, a lei 11.101/2005 somente abrange as empresas com fins lucrativos em estado de crise.

Entretanto as associações sem fins lucrativos também exercem atividades empresariais equiparadas as das empresas com fins lucrativos, porém não possuem nenhum meio de proteger a continuidade de sua atividade empresarial e de sua função social.

Visando proteger as associações sem fins lucrativos, e adequar a lei de falência e Recuperação Judicial aos anseios da sociedade, foi criado o Projeto de Lei nº: 11.220 de 2018, que visa atualizar a legislação referente a recuperação judicial e falências.

A referida proposta ganhou o número PL 10.220/2018 e encontra-se aguardando à apreciação do Plenário.

Ainda não há um prazo para votação deste projeto de lei, logo que este ainda passará por diversas alterações ao longo de seu processo legislativo, haja vista que é um tema bastante complicado, e por este motivo o mesmo encontra-se em discussão desde 2018.

De todo modo, este trabalho busca apresentar algumas das mais importantes alterações contidas no projeto de lei. 10.220/2018. Trata-se, contudo, de proposta de reforma legislativa bastante extensa, que interfere em dezenas de dispositivos da lei 11.101/2005, razão pela qual, dados os limites deste trabalho, serão tratados as modificações mais importantes.

Logo em seu art. 2º, o projeto de lei. 10.220/2018, apresenta modificações importantes quanto a aplicabilidade da Lei, passando a estabelecer claramente os objetivos da proteção da função social da empresa e dos trabalhos gerados por esta, neste contexto:

“Art. 2º-A. A recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial têm os seguintes objetivos:

I - preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, dos ativos e dos recursos produtivos da empresa, incluídos aqueles considerados intangíveis;

II - viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira de devedor viável, a fim de permitir a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos direitos dos credores;

III - fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica;

IV - permitir a liquidação célere das empresas inviáveis com vistas à realocação eficiente de recursos na economia; e

V - preservar e estimular o mercado de crédito atual e futuro.” (NR)

Este artigo do projeto de Lei 10.220/2018, apresenta uma importante modificação, qual seja a alteração na aplicabilidade da recuperação judicial, apresentando que esta será aplicável a qualquer empresa que se encontre em estado de crise econômico financeira e que demonstre-se viável sua recuperação, visando assim proteger a função social das empresas.

Desta forma, passa-se a ser aplicável o instituto da Recuperação Judicial as Associações sem fins lucrativos que se encontrem em momento de crise financeira.

Este projeto de lei ainda traz consigo em seu art. 3º parágrafo único, a alteração competência para julgar a decretação da recuperação judicial e também a extrajudicial, com valores superiores a 300.000, (trezentos mil) ficando de responsabilidade do juízo da capital do Estado ou do Distrito Federal onde se localizar o principal estabelecimento da empresa em estado de crise financeira. O objetivo deste artigo é concentrar as recuperações judiciais de

maior repercussão em varas especializadas na matéria, porém existe um ponto negativo nesta concentração da competência para julgar os processos de recuperação judicial, sendo este o risco de se dificultar pela distância, o acesso dos credores.

Outro ponto importante deste projeto de lei é a alteração feita no chamado Stay Periodo, que de acordo com a lei 11.101/2005 em vigor, aduz que a suspensão de ações e execuções contra a empresa em recuperação judicial, assim como do curso da prescrição, conhecida como *Stay period*, é deflagrada pelo despacho liminar do juiz que admite o processamento da recuperação judicial, e estas ações contra a empresa ficarão suspensas por 180 dias, agora segundo o projeto de lei 10.220/2018, essa suspensão seria antecipada para o momento da apresentação do pedido de recuperação judicial. Em contrapartida, há previsão de que, caso o juiz identifique que o com má-fé no pedido de recuperação judicial, fará constar o fato da sentença, para que seja considerado em futuros pedidos, conforme determinado no art. 161-A, §1º ao §6º do projeto de lei 10.220/2018.

Vale salientar ainda que este projeto de lei não mais determina o prazo fixo de 180 dias de *stay period*, passando a se prever que a suspensão perdurará até o encerramento da recuperação judicial, conforme art. 6º do projeto de lei 10.220/2018.

Outro ponto importante modificado por este projeto, é a proibição de distribuição de lucros e dividendos, assim fica proibido que a pessoa jurídica em processo de recuperação judicial (ou falência) distribua lucros ou dividendos aos sócios e acionistas, conforme determinação da capítulo VI, sessão I, das disposições penais estabelecidas pela referida lei.

Ademais o projeto de lei 10.220/2019, aduz em seu art. 9º, § 10, que os créditos habilitados, de acordo com o projeto, serão atualizados do pedido de recuperação até a concessão do plano de recuperação judicial, pelo índice da caderneta de poupança. Da concessão em diante a atualização obedecerá ao disposto no plano aprovado. Esta alteração mostra-se mais vantajosa para os credores aceitarem a recuperação judicial da empresa, logo que na lei atual os créditos são congelados até a data da concessão da recuperação judicial.

O projeto de lei ainda trouxe alterações na escolha do administrador judicial, conforme art. 24, §5º, I, II, e III, do referido projeto de lei, a proposta atual busca estabelecer que uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, os interessados em exercer tal função deverão apresentar propostas em que indicarão o valor da remuneração, a forma e o prazo de pagamento, o escopo do trabalho e a sua avaliação sobre o grau de complexidade do trabalho e os cursos para o desempenho das funções de administrador judicial. O devedor e os credores poderão se manifestar sobre as propostas e, ao final, o juiz decidirá, fixando o valor

da remuneração do administrador judicial, que deverá ser pago pela empresa ou pela massa falida, conforme art. 25, da lei 10.220/2018.

Após a definição do administrador judicial, e formado a Assembleia de credores, conforme o determinado pela lei 11.101/2005, o referido projeto de lei contempla formas alternativas de deliberação pelos credores à assembleia presencial. Nesse sentido, o art. 39, §4º, I, II, e III, estabelecem que a deliberação da assembleia poderá ser substituída por termo de adesão firmado por tantos credores quantos satisfaçam o quórum de aprovação, por votação realizada por meio de sistema eletrônico ou, ainda, outro mecanismo reputado suficientemente seguro pelo juiz.

O projeto de lei 10.220/2018, ainda traz consigo em seu art. 39, §7º, I, II, e III, determinações a respeito do voto abusivo, que na recuperação judicial é a figura do voto de algum credor que será desconsiderado por ser realizado com abuso de direito.

O projeto estabelece em seu art. 39 §7º, I, II, III, que o voto será considerado abusivo quando o credor dele se valer para obter vantagem ilícita, ou para exclusivamente prejudicar devedor ou terceiro, ou quando este é exercido por conta, ordem ou no interesse total ou parcial de outro que não o próprio credor, ou quando o credor tiver ajustado com devedor ou terceiro, de maneira a se excluir dos efeitos das disposições do plano de recuperação judicial.

No projeto de lei 10.220/2018, torna-se possível a aplicabilidade da recuperação judicial sem a aprovação do devedor, conforme estabelecido no art. 56, § 5, assim uma vez encerrado o prazo legal sem que tenha sido realizada a assembleia geral de credores, de acordo com o projeto em análise, abre-se a possibilidade de se colocar em votação plano que não obtenha a expressa concordância do devedor, desde que: (i) conte com o apoio por escrito de credores que representem mais de um terço dos créditos totais sujeitos à recuperação e que tenham negociado de boa-fé; (ii) não impute obrigações novas aos sócios do devedor e (iii) não implique sacrifício do capital dos sócios do devedor maior do que aquele que decorreria da liquidação na falência. Esta possibilidade vai contra o estabelecido na legislação atual, onde é estabelecido que o plano é sempre submetido à assembleia pela empresa que busca a recuperação judicial, e toda e qualquer modificação de suas condições deve contar com concordância expressa do devedor.

Um ponto importante tratado para aplicabilidade da lei de recuperações judiciais e falências em vigor atualmente é o estabelecimento de quatro classes de credores: (I) titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; (II) titulares de créditos com garantia real; (III) titulares de créditos quirografários, com privilégio

especial, com privilégio geral ou subordinados e (IV) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. No projeto de lei 10.220/2018, essas classes são extintas, passando as classes a serem definidas conforme estabelecido pelo próprio plano de recuperação judicial,

A proposta ainda prevê ainda em seu art. 53 § 1º, que os credores de cada classe devem possuir interesses homogêneos, delineados em função da natureza ou da importância do crédito, ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e aprovado pelo juiz. Créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho, entretanto, não poderão ser alocados pelo plano em classes que envolvam créditos de outra natureza.

Ainda sobre a classe de credores e sobre a formação da Assembleia geral de credores ao contrário da legislação atual, que determina a realização da assembleia geral apenas se apresentada alguma objeção ao plano de recuperação judicial, de acordo com o projeto, esta audiência será sempre convocada. A assembleia deve se realizar em, no máximo, 120 dias (contra 150 dias da legislação vigente), contado da data do deferimento do processamento da recuperação judicial.

Além disso, caso deliberada a suspensão da assembleia, esta deverá ser encerrada em no máximo 90 dias, contado da data de sua instalação.

O projeto de lei 10.220/2019 em seu art. 49, § 8, traz uma importante regra sobre a proteção do patrimônio de afetação, o qual não se submete aos efeitos da recuperação judicial e obedecerá ao disposto em legislação específica, de forma a se manter separado e incomunicável em relação ao patrimônio geral da empresa sob regime de recuperação e aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos, até que seja formalizado o ato de desafetação.

O projeto ainda propõe em seu art. 53, uma alteração no prazo para apresentação do plano de recuperação judicial, aumentando de sessenta como é atualmente aplicado, para noventa dias, contado da data do deferimento do processamento da recuperação judicial.

A proposta legislativa em análise, por sua vez, estabelece no Capítulo VIII, que todos os prazos previstos na lei 11.101/2005, incluindo o prazo de apresentação do plano de recuperação judicial, serão computados em dias corridos, preservando-se, contudo, a contagem em dias úteis para os recursos interpostos na recuperação judicial, extrajudicial e falência.

Esta alteração visa sanar quaisquer dúvidas a respeito sobre a contagem do prazo, para que haja assim uma segurança jurídica maior, neste contexto:

Como disposições finais e transitórias, regidas pelo Capítulo VIII, este projeto estipula que aos procedimentos da Lei 11.101/2005 aplica-se, no que couber, o Código do Processo Civil e que todos os prazos previstos serão contados em dias corridos eliminando uma incerteza hoje presente na forma de contagem dos prazos (há entendimentos que defendem que os prazos sejam contados em dias úteis em consonância com a aplicação do CPC e outros que advogam usar dias corridos de acordo com a Lei 11.101/2005 na sua versão atual). Também dispõe que, resguardada a segurança jurídica, o juiz deverá, sempre que possível, autorizar meios de manifestação de vontade e comunicação processual mais eficientes que os previstos expressamente em lei. Projeto de Lei 10.220 de 2018, pg. 38.

Desta forma fica claro a intenção desta alteração na aplicabilidade da lei 11.101/2005, proposta pelo projeto de lei 10.220/2018.

Ainda a respeito da contagem de prazo, este projeto, estabelece que os prazos da lei 11.101/2005 devem ser computados em dias corridos. Ficando ressalvados os prazos recursais, assim como os prazos processuais previstos em outras leis, que continuarão a ser contados em dias úteis, conforme aplicação do CPC de 2015.

Além disso, a proposta legislativa em seu art. 189, §1º, II, aduz que caberá agravo de instrumento contra todas as decisões proferidas na recuperação judicial (assim como na recuperação extrajudicial e na falência), salvo se a lei 11.101/2005 regular a questão de forma diversa.

Portanto, resta evidenciado que este projeto de lei trouxe mudanças significativas em todo processo de aplicação da recuperação judicial, aumentando inclusive o rol de empresas que poderão gozar deste instituto.

Desta forma, o projeto de lei 10.220/2018, apresenta uma atualização da lei 11.101/2005, haja vista que atende mais aos anseios sociais, passando a valorizar não só a finalidade econômica, mas todo o impacto social que o fechamento desta causará na sociedade.

CAPITULO III: A ATIVIDADE EMPRESARIAL EXERCIDA PELAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS:

Antes de adentrar ao assunto da atividade empresarial exercida pela associação sem fins lucrativos, deve-se primeiro caracterizar o que são estas associações.

A associação sem fins lucrativos é uma instituição de natureza jurídica que tem o objetivo de realizar uma mudança social, não visando a arrecadação de receita, sendo todo o valor arrecadado destinadas exclusivamente ao patrimônio da própria instituição, não tendo assim a finalidade de gerar lucro.

A associação sem fins lucrativos é caracterizada pela união de diversas pessoas em prol de um único ideal, podendo este ser alterado pelos participantes em momento posterior, a ausência da finalidade lucrativa, ou seja, não existe a busca pelo lucro, e o reconhecimento de sua personalidade pelas autoridades competentes.

Já as sociedades empresárias buscam o lucro, uma vez que seu objetivo é a partilha do resultado de uma atividade de produção de bens ou serviços. Podendo assumir a forma empresária, caso exerçam atividade econômica organizada e estejam inscritas nas Comerciais. Uma sociedade devidamente registrada nesses termos dá origem a uma pessoa jurídica.

Para ser constituída uma associação sem fins lucrativos, deve haver a elaboração e discussão do projeto e Estatuto Social, uma Assembleia Geral de constituição da Associação, que será responsável pela leitura da proposta do estatuto anteriormente elaborado, para análise dos presentes. Cada artigo polêmico ou destacado pela Assembleia precisará ser discutido, alterado quando necessário, e aprovado. Ainda será necessário o registro do Estatuto e Ata da assembleia de constituição em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. A obtenção de inscrição na Receita Federal CNPJ, a inscrição na Secretaria da Fazenda - inscrição Estadual, o registro da entidade no INSS, e ainda o registro na Prefeitura Municipal.

Estes documentos são os necessários para a existência das associações, entretanto para o exercício de suas atividades, a associação necessitará de diversos outros documentos, tais como o registro nos órgãos estatais responsáveis pela área na qual a associação desenvolverá suas finalidades, cadastros municipais, estaduais e federais, que podem, inclusive, possibilitar à associação a solicitação de benefícios, como a isenção de alguns impostos.

As associações sem fins lucrativos atuam nas lacunas deixadas pelo estado e pelo serviço privado, agindo assim como um terceiro setor na sociedade.

Os setores da sociedade são divididos em três categorias, o primeiro setor consiste nas instituições públicas, que administram os serviços e bens públicos, e representam as ações do Estado.

O segundo setor é formado pelas empresas privadas, no qual os recursos são empregados em benefício próprio, com fins lucrativos.

Já o terceiro setor é formado por um amplo e diversificado conjunto de instituições como ONGs, fundações, associações comunitárias e entidades filantrópicas, que trabalham nas lacunas deixadas pelo Estado, sendo uma espécie de junção entre o público e o privado,

posto que utiliza o dinheiro privado para prestar serviços à sociedade, visando atender as necessidades da sociedade.

Neste contexto Marcondes Ghon:

o terceiro setor é um tipo de ‘Frankenstein’: grande, heterogêneo, construído de pedaços, desajeitado, com múltiplas facetas. É contraditório, pois inclui tanto entidades progressistas como conservadoras. Abrange programas e projetos sociais que objetivam tanto a emancipação dos setores populares e a construção de uma sociedade mais justa, igualitária, com justiça social, como programas meramente assistenciais, compensatórios, estruturados segundo ações estratégico-rationais, pautadas pela lógica de mercado. Um ponto em comum: todos falam em nome da cidadania.(...) O novo associativismo do terceiro setor tem estabelecido relações contraditórias com o ‘antigo’ associativismo advindo dos movimentos sociais populares (na maioria urbanos) dos anos 70 e 80. GOHN, Maria da Glória. Mídia, terceiro setor e MST: impacto sobre o futuro das cidades e do campo. Petrópolis, Vozes, 2000. **Citado in:** CARVALHO, Denise Gomide. Mulheres na coordenação de organizações do terceiro setor no município de São Paulo (1990-2000), SP: [s.n.], 2002, p. 44.

Neste mesmo contexto, Amauri Mascaro Nascimento aduz que:

[...] um terceiro setor abre caminho na sociedade: as atividades comunitárias, que vão desde os serviços sociais de atendimento à saúde, educação, pesquisa, artes, religião e advocacia até as organizações de serviços comunitários, que ajudam idosos, deficientes físicos, doentes, desamparados, desabrigados e indigentes, com voluntários que dão colaboração e assistência a creches e programas de reforço escolar, ampliam-se numa sociedade cujo problema de exclusão de uma grande parcela das pessoas é preocupante. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro.. 2011.)

Nas palavras de José Eduardo Sabo Paes, “o Terceiro Setor é como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente na sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.” (Sabo Paes, José Eduardo, 2013).

Fernandes (1997), reforça que:

Pode-se dizer que o “Terceiro Setor” é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil. Fernandes, 1995 e 1996 (apud FERNANDES, 1997, p.27).

Como demonstrado, um dos maiores objetivos de uma Organização do Terceiro Setor, é promover a integração social e, para a sua permanência, depende de apoios e parcerias de organizações públicas e privadas. As Organizações do Terceiro Setor englobam associações, fundações, instituições religiosas e Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Organizações Não Governamentais (ONG’s).

Assim, um dos aspectos centrais na comparação e diferenciação entre as organizações da associação e as sociedades empresárias é a questão da finalidade. Enquanto as empresas teriam como finalidade, por força de lei, o exercício da atividade econômica para maximização da distribuição dos lucros (art. 981 do Código Civil), as associações e fundações, também por lei, como já mencionado, são destinadas a uma finalidade social.

Neste contexto o art. 981 do C.C, e art. 53 do C.C:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

As associações e sociedades empresárias são tipos diferentes de pessoa jurídica e estão sujeitas a leis distintas em relação a várias questões. Uma delas é justamente a possibilidade de requerer uma recuperação judicial, com base na lei 11.101/05, coisa que as associações sem fins lucrativos não podem fazer, haja vista que não tem finalidade lucrativa.

A leitura do art. 1º e 2º da Lei de Recuperações judiciais e falências, aduz claramente que são aplicados os institutos da recuperação judicial, extrajudicial e da falência tão somente em benefício de empresários e sociedades empresárias. Nessa linha de raciocínio, as cooperativas, as fundações, as associações sem fins lucrativos e todos os outros agentes econômicos estariam excluídos das benesses trazidas pela legislação, não importando a atividade que exerçam.

Não há justificativa para não aplicabilidade do instituto da recuperação judicial a estas associações, posto que a falência desta irá gerar os mesmos impactos da falência de uma empresa convencional inscrita na Junta Comercial.

Vale salientar que a ausência de finalidade lucrativa não se confunde com a ausência de finalidade econômica, logo que a economicidade envolve a geração de riquezas para o desenvolvimento da própria associação, não sendo o argumento da ausência de finalidade lucrativa suficiente para denegar o pedido de recuperação judicial destas associações.

Conforme explicação de BUONOCORE, Vincenzo. *L'impresa*. Torino: “o método econômico não se contrapõe ao método lucrativo e a produção do lucro não se confunde com a destinação do lucro” (Giappichelli, 2002, p.88-89).

Entretanto o código Civil Brasileiro estabelece em seu art. 53 que:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

A leitura deste artigo causa confusão quanto a interpretação da finalidade econômica das associações sem fins lucrativos.

Para sanar tal confusão, há o Projeto de Lei nº 7.160, de 27/08/2002, de autoria do Dep. Ricardo Fiúza, que propõe nova redação ao art. 53 do Código Civil, substituindo a expressão “fins não econômicos” por “finalidade não lucrativa”. (BRASIL, Projeto de Lei nº 7.610, de 27 de agosto de 2002).

Tal modificação deixaria mais claro que as associações podem promover a geração de receita, desde que os resultados da operação não sejam apropriados de maneira privada e individual, sob o título de lucro, mas sim, aplicado integralmente em seus objetivos sociais, ou seja, os fins aos quais a entidade se destina.

Portanto entidade sem fins lucrativos pode e deve gerar receita, inclusive deve, e, se este superar as despesas, será convertido em projetos da própria associação. que pode contar com um fundo institucional destinado a tanto. O que a entidade não pode fazer é distribuir qualquer parcela de sua receita a título de lucro ou participação nos resultados a seus sócios.

Essas entidades poderiam assim ser vistas como associações com fins econômicos: embora estejam proibidas de distribuir lucros aos sócios, elas atuam como agentes econômicos que competem no mercado para gerar superávit financeiro e crescer seu patrimônio.

Ao contrário de déficit, um superávit ocorre quando a quantidade de um recurso fica acima do esperado. Do ponto de vista econômico, é quando o ganho foi maior do que o valor gasto, indicando um resultado positivo. Nas Associações, um superávit existe quando a entidade arrecada mais do que gasta, utilizando estes valores que compõem o lucro, para reinvestir nas ações da própria associação.

De conformidade com a atual redação do § 3º do artigo 12 da Lei nº 9.532/97 e do artigo 10 da Lei nº 9.718/98, que aduz que, considera-se entidade sem fins lucrativos as entidades que não apresentem superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais, neste contexto:

Art. 12. da Lei nº: 9.532/97: Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais

Art. 10. da Lei nº: 9718/94: Os dispositivos abaixo enumerados da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais." (NR)

A ausência de finalidade econômica não impede, e nem deve impedir, que as associações aprimorem as possibilidades de gerar receita, além das contribuições dos associados.

Neste diapasão, o reconhecimento das associações empresariais, e de todas as inúmeras consequências que podem surgir, representa um salto conceitual com relevantes consequências sociais.

Desta forma, não há nenhuma norma jurídica que proíba as associações sem fins lucrativos de realizarem atividades remuneradas e nada as impede de obter resultado positivo com estas atividades.

A questão da finalidade não econômica deve ser entendida como finalidade não lucrativa, haja vista que não há nenhum impedimento para que uma associação exerça atividade que lhe forneça meios financeiros, sem que, com isso, seja descaracterizada sua finalidade. Venosa aponta ainda que:

Uma agremiação esportiva ou social pode cobrar por serviços de locação de suas dependências para eventos; pode vender lembranças e uniformes; cobrar pelos serviços de fisioterapia; exames médicos etc. O que importa verificar é se não existe desvio de finalidade. (VENOSA, 2011, p. 269).

Assim, nada impede que as associações sem fins lucrativos exerçam profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de produtos ou serviços. É possível sustentar, portanto, a existência de uma associação empresária nos termos do art. 966 do Código Civil, neste contexto:

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

Portanto há uma equiparação das atividades exercidas pelas associações sem fins lucrativos as atividades empresariais exercidas pelas empresas, haja vista que estas também tem finalidade econômica.

Conceitual, está no art. 982 do Código Civil, que positivou da seguinte forma: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e, simples, as demais” (BRASIL, 2002).

O motivo pelo qual se traz que a regra dá-se aparentemente por uma exclusão e não por uma conceituação é apenas aparente por que uma pessoa jurídica devidamente revestida de personalidade jurídica e que não vai prestar serviços empresariais (o que hodiernamente passou a chamar-se Sociedade Simples), é, positivamente, a pessoa jurídica constituída para prestar os serviços descritos no referido art. 966 parágrafo único.

Nesse sentido, temos os ensinamentos de Gonçalves Neto:

Parece que há um objeto bem delimitado de sociedade empresária, consistente na atividade própria de empresário e que o da simples é definido por exclusão, abrangendo toda e qualquer outra atividade que não se enquadre no conceito de atividade empresária. Mas não é assim. Aparentemente residual, é o objeto da sociedade simples que se erige em fator determinante da distinção. Ou seja, para se saber se uma sociedade é empresária ou não, é preciso verificar se a atividade econômica a que se propõe não está excluída do conceito de empresário, segundo as ressalvas dos arts. 966, parágrafo único, e 971. Isso, em outros termos, significa ter por objeto atividade que não se inclua na profissão intelectual ou rurícola. Sendo assim, pode-se dizer, mais corretamente, que será empresária toda a sociedade que não tiver por objeto atividade que seja própria da sociedade simples. (GONÇALVES NETO, 2010, p. 128).

Essa equiparação as atividades empresariais exercidas pelas empresas com fins lucrativos, são de suma importância para as Associações sem fins lucrativos, logo que equiparado sua atividade, estas poderão gozar dos benefícios da Recuperação Judicial, podendo assim superar crises financeiras que venham a sofrer, preservando assim sua atividade e sua função social.

Ao realizar uma análise abrangente da legislação tributária, mais especificamente no artigo 14 do Código Tributário Nacional:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º⁵⁰ é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. (BRASIL, 1966).

Assim, observa-se que o próprio requisito da imunidade não está relacionado ao exercício de atividade econômica, mas, sim, à destinação dos recursos oriundos da atividade, podendo as associações se equipararem as empresas comuns e realizar atividades econômicas.

A equiparação das atividades empresariais exercidas pelas empresas e pelas associações sem fins lucrativos já ocorrem na legislação brasileira para fins de relação de trabalho, haja vista que de acordo com o art. 2º da CLT, neste diapasão:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Vale lembrar que qualquer empresa cumpre sua função social ao realizar o seu objeto, quando atende aos interesses difusos e coletivos de todos que são diretamente, ou indiretamente, afetados por sua atividade, incluindo-se, portanto, fatores como a criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, e contribuição para o desenvolvimento econômico.

A falência de uma destas associações irá atingir diretamente o mercado, logo que os empregos garantidos por sua atividade, serão perdidos, e consequentemente os empregados desta, irão cair na realidade do desemprego, passando a não possuir meios de prover sua própria subsistência, bem como de manter seu poder de consumo.

A realidade do Brasil no momento é de alta taxa de desemprego, que segundo o levantamento publicado em outubro de 2020 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia), gira entorno de 13,8 milhões desempregados.

Neste sentido, a falência de uma empresa modifica toda a estrutura social, independentemente da finalidade desta.

Entretanto, mesmo diante a este momento de crise econômica e desemprego em alta, a lei de Recuperações Judiciais, ainda exclui a possibilidade da aplicação deste benefício as associações sem fins lucrativos.

Ademais, como mencionado anteriormente neste trabalho, a ausência de finalidade lucrativa não se confunde com a ausência de economicidade, portanto deve-se haver uma equiparação das atividades empresarias de fato as atividades exercidas pelas associações sem

fins lucrativos, haja vista que estas geram trabalhos, e consequentemente movimentam a economia da localidade ao seu redor, e ainda gera receita para o estado.

A responsabilidade social corporativa, pode ser entendida como sendo um conjunto amplo de ações que beneficiam a sociedade e as corporações que são adotadas pelas empresas, observando a economia, educação, meio ambiente, saúde, transporte, moradia, atividade locais e governo, essas ações otimizam ou criam programas sociais, ocasionando benefício mútuo entre a empresa e a comunidade, melhorando a qualidade de vida dos funcionários, quando da sua atuação, da empresa e da própria população.

Se as associações sem fins lucrativos são equiparadas as empresas nas relações trabalhistas, e geram emprego e receita como as empresas normais, por que não fazer a equiparação da atividade empresarial, para que estas possam gozar do instituto da recuperação judicial?

Como ficaria a situação de alguns hospitais beneficentes, entidades de ensino sem finalidade lucrativa ou clubes de futebol que adotam a roupagem jurídica de associações sem fins lucrativos, mas na verdade são verdadeiras empresas do ponto de vista econômico?

Não se mostra racional a não aplicabilidade deste instituto para proteger as associações sem fins lucrativos em momentos de crise, haja vista que o prejuízo social causado pelo fechamento destas associações abalará toda uma coletividade.

A não aplicabilidade do instituto da Recuperação Judicial as associações sem fins lucrativos mostra-se um desmerecimento da função social que a empresa deve cumprir na sociedade, logo que a lei atualmente não abrange estas associações.

A função social, é para alguns sociólogos, a forma de retribuir a alguém por algo alcançado . Segundo CAMARGO (2001) “é a adoção e disseminação de valores, condutas e procedimentos positivos dos pontos de vista ético, social e ambiental. Implica estreitamento do vínculo das empresas com as comunidades”.

Com este desmerecimento da função social da empresa, Associações sem fins lucrativos ficam desamparadas em momentos de crise financeira, inibindo assim o surgimento de novas Associações que poderiam trazer benefícios para a sociedade.

A atividade empresarial exercida pela associação sem fins lucrativos cumpre a mesma função social de qualquer outra empresa, devendo portanto gozar de benefícios que a protejam da falência em momentos de crise financeira.

A atividade de uma associação pode não estar formalmente enquadrada como empresarial, mas pode equiparar-se, sem dúvida, de atividade que se adéqua à definição do art. 47 da Lei de recuperação judicial e falência, podendo sua atividade econômica impactar na economia e na sociedade em que se encontra envolvida, ou seja, a associação pode desempenhar atividade econômica que repercute jurídica e economicamente.

SABO PAES (apud CHAGAS, 2014), Aduz que: “o importante, no caso, é saber e identificar se o exercício de uma atividade empresarial pela fundação desnatura sua essência e se choca com o seu caráter altruísta, se sua atuação é legal e ética”.

Como demonstrado, a atividade empresarial exercida pelas associações, quando destinadas apenas a geração de novos recursos para serem aplicados na própria instituição, sem haver partilha entre os sócios, não desnatura a função e o objetivo desta Associação.

Assim, se a associação demonstrar que exerce atividade produtiva, e que esta deve ser preservada em razão de sua relevância econômica e social, o Poder Judiciário deve possibilitar a aplicação do instituto da recuperação judicial às associações, protegendo-as da insolvência civil e da extinção.

Vale salientar que durante todo o período em que será feito o processo de falência da Associação, os credores ficarão sem receber as verbas que estavam solicitando, os trabalhadores ficarão sem trabalho, e a sociedade ficará sem os serviços sociais prestados pela Associação falida, demonstrando assim que a decretação de falência não foi vantajosa para nenhuma das partes.

Estes prejuízos sociais e econômicos poderiam ter sido evitados caso houvesse a equiparação da atividade empresaria exercida pelas associações sem fins lucrativos, as exercidas por empresas normais, e consequentemente fosse aplicado o instituto da recuperação judicial a estas associações, fazendo que estas continuassem exercendo suas atividades, e consequentemente prestando seus serviços a sociedade, mantendo os empregos.

Portanto, a aplicabilidade do instituto da recuperação judicial as associações sem fins lucrativos, mostra-se o meio mais viável para garantir a atividade empresarial e o benefício social.

Diante do exposto, fica claro que as Associações sem fins lucrativos, exercem um importante papel na sociedade, mas possuem poucos recursos para sua manutenção, e para a grandeza da sua obra social.

As pessoas que vivem nessas organizações, ou utilizam serviços destas, sobrevivem com poucos recursos e por meio de algumas doações. A captação de recursos para essas organizações é difícil.

Mostra-se importante garantir a manutenção do funcionamento destas associações, sendo uma alternativa a aplicabilidade da Lei de Recuperações judiciais a estas associações.

A ampliação dos campos de atuação das associações para fomentar as possibilidades de efetividade econômica de tais entidades, mostra-se necessária. O entendimento de que o desenvolvimento de atividade empresarial pelas associações se fins lucrativos ocorre, e que estas geram riquezas independente de sua finalidade econômica, é necessário para proteger a atividade destas.

A exemplo, tem-se o julgamento da recuperação judicial da Associação Luterana do Brasil, instituição educacional sediada no Rio Grande do Sul, na apelação cível 5000461-37.2019.8.21.0008/RS, julgada em dezembro de 2019, onde reformada a sentença de primeiro grau que havia indeferido o pedido inicial de recuperação judicial a esta instituição sem fins lucrativos. Nesse precedente, foi reconhecida a atividade econômica de prestação de serviços e criação de riqueza, ainda que não haja finalidade lucrativa.

Entretanto há diversos precedentes de denegação da recuperação judicial de associações sem fins lucrativos, gerando assim uma insegurança jurídica quanto a aplicabilidade da lei 11.101/2005.

Não pode a lei ficar sujeita a esta insegurança jurídica, logo que que certeza e segurança jurídica são fundamentais para o Direito, haja vista que 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.

Nesse sentido, não pode falência e a recuperação judicial serem aplicados ou não as associações simplesmente com base em interpretação extensiva do art. 1º da Lei de 11.101/2005.

Como demonstrado anteriormente neste trabalho, existe no Brasil o projeto de Lei nº: 10.220/2018, que visa alterar a legislação de Recuperações Judiciais e Falências atualmente em vigor neste país. Neste projeto de lei há a alteração da aplicabilidade da Recuperação Judicial, estendendo esta a qualquer empresa viável que esteja dificuldades financeira,

independente de sua finalidade econômica, sanando assim qualquer possibilidade de insegurança jurídica.

3.1.POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL:

A jurisprudência é uma fonte do direito importantíssima, e dá força para alguns argumentos, gerando embasamento para outras demandas no mesmo sentido.

Desta forma, é necessário apresentar o posicionamento jurisprudencial sobre a questão levantada neste trabalho.

Neste diapasão:

APELAÇÃO CÍVEL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXERCÍCIO REGULAR DE ATIVIDADES COMERCIAIS HÁ MAIS DE DOIS ANOS. PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE LEGALIDADE ESTRITA. REALIDADE MATERIAL QUE INFIRMA A PRESENÇA SUPERIOR DO BIENIO EXIGIDO EM LEI. PREPONDERÂNCIA DOS PRINCÍPIOS ASSECURATÓRIOS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CRISE. MANUTENÇÃODA FONTE PRODUTORA, DO EMPREGO E DOS INTERESSES DOS CREDORES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. TRATA-SE DE PEDIDO DE PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AELBRA EDUCAÇÃO SUPERIOR – GRADUAÇÃO E POS-GRADUAÇÃO S.A., MANTENEDORA DA ULBRA – UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL, JULGADA EXTINTA NA ORIGEM, EM FACE DO NÃO PREENCHIMENTO DO PRESSUPOSTO LEGAL E PROCESSUAL DO EXERCÍCIO DE PELO MENOS DOIS (2) ANOS DO EXERCÍCIO DO COMÉRCIO. 2. A REALIDADE DA VIDA NÃO PODE SER SUBTRAÍDA NA CONSIDERAÇÃO DO ATO DE JULGAMENTO, MORMENTE QUANDO REVELADA NOS AUTOS DO PROCESSO. A AUTORA É A MANTENEDORA DA UNIVERSIDADE ULBRA, COM SEDE NA COMARCA DE CANOAS/RS, CONCEITUADA COMO A MAIOR INSTITUIÇÃO DE ENSINO DO ESTADO, MAS, POR SUA GRANDEZA, POSSUI UNIDADES DE ENSINO POR TODO O PAÍS. FOI FUNDADA COMO UNIVERSIDADE EM 1988, MAS JÁ EXISTIA, COMO INSTITUIÇÃO DE ENSINO, DESDE 1972. POSSUI RAMIFICAÇÕES EM VÁRIAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, TAIS COMO: RIO GRANDE DO SUL, RORAIMA, PARÁ, AMAZONAS, GOIÁS E TOCANTINS. ALÉM DISSO, CONTA COM MAIS DE 60.000 ALUNOS E UNIVERSITÁRIOS EM SUAS DIVERSAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO, SENDO 45.000 SOMENTE NO RIO GRANDE DO SUL E MANTÉM MAIS DE 4.000 EMPREGOS DIRETOS ENTRE FUNCIONÁRIOS E PROFESSORES NO ESTADO. CONTABILIZA O ENVOLVIMENTO DE MAIS DE 100.000 PESSOAS EM EMPREGOS PERIFÉRICOS E INDIRETOS, QUE DEPENDEM DIRETAMENTE DA ATIVIDADE DA INSTITUIÇÃO. HÁ ESTIMATIVA DE QUE MAIS DE 1.000.000 (UM MILHÃO) DE PESSOAS SEJAM BENEFICIADAS. PELO CONJUNTO DE SERVIÇOS PRESTADOS DIRETAMENTE PELA AUTORA NOS SERVIÇOS MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, PSICOLÓGICOS, VETERINÁRIOS, JURÍDICOS E SOCIAIS QUE PRESTA À POPULAÇÃO, EM ESPECIAL A MAIS CARENTE. ALÉM DISSO, SEM EMBARGO, NÃO POSSO DESCONSIDERAR A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS UNIVERSITÁRIOS NO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO E TAMBÉM OS SERVIÇOS PRESTADOS NO HOSPITAL VETERINÁRIO, EM ESPECIAL À POPULAÇÃO CARENTE DE RECURSOS. 3. OS DOCUMENTOS COMPROVAM, AINDA, QUE HOUE A TRANSFORMAÇÃO SOCIETÁRIA DA AUTORA, QUANDO PASSOU DE ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS PARA SOCIEDADE COMERCIAL (SOCIEDADE

ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO), EM OUT/2018, REGISTRADA NA JUNTA COMERCIAL EM ABR/2019. TODAVIA, NÃO É MENOS VERDADE, EIS A QUESTÃO, QUE A UNIVERSIDADE EXISTE COMO ASSOCIAÇÃO CIVIL DE CUNHO EDUCACIONAL HÁ QUASE MEIO SÉCULO ANTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO E, MAIS, SEMPRE EXERCEU A MESMA ATIVIDADE DE ENSINO E PESQUISA, ALÉM DE MANTER ATIVO O HOSPITAL DE CANOAS. EM OUT/2018, ATRAVÉS DE AGE HOUVE APENAS UMA MODIFICAÇÃO ESTATUTÁRIA, NADA ALÉM DISSO. LOGO, EM QUE PESE A MODIFICAÇÃO ESTATUTÁRIA, NÃO POSSO OLVIDAR QUE A NATUREZA DAS ATIVIDADES DA AUTORA SEMPRE, DURANTE TODA SUA EXISTÊNCIA, FOI VOLTADA PARA A EDUCAÇÃO E O ENSINO PRIVADO SITUAÇÃO QUE NÃO SE MODIFICOU APÓS A ALTERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. LOGO, NÃO ME PARECE CORRETO CONSIDERAR O LAPSO TEMPORAL PARA EFEITO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL APENAS O PERÍODO APÓS A MODIFICAÇÃO ESTATUTÁRIA E REGISTRO, QUANDO A REALIDADE DE FATO SEMPRE FOI A MESMA. ASSIM, ENTENDO COMO PREENCHIDO O PRESSUPOSTO TEMPORAL DO ART.48, “CAPUT” DA LEI FEDERAL N.11.101/2005 PARA O FIM DE DETERMINAR O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AUTORA. 4. AFORA ISSO, A SITUAÇÃO É ABSOLUTAMENTE EXCEPCIONAL E, NESSA CONDIÇÃO, DE EXCEPCIONALIDADE, É QUE DEVE SER EXAMINADA E JULGADA A DEMANDA. A CRISE FINANCEIRA E O SALDAMENTO DO PASSIVO, MANTENDO O PATRIMÔNIO E A REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL PASSAM INEXORAVELMENTE PELA VIABILIZAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AUTORA, SOB PENA DE EMPURRAR A INSTITUIÇÃO, QUE POSSUI PATRIMÔNIO ATIVO SUPERIOR AO PASSIVO, AO DRAMA SOCIAL DO PROCESSO DE FALÊNCIA, GERANDO CAOS SOCIAL E DILAPIDAÇÃO DO ACERVO COM A LIQUIDAÇÃO EXTREMAMENTE GRAVOSA, JOGANDO MILHARES DE FAMÍLIAS AO DESEMPREGO E PREJUDICANDO AINDA MAIS SEUS CREDORES COBRINDO DE INSEGURANÇA UMA RELAÇÃO QUE PODE SOERGUER E VOLTAR A PROSPERAR. DE ACORDO COM ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, "O ART.47 DA LEI DE FALÊNCIAS SERVE COMO UM NORTE A GUIAR A OPERACIONALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, SEMPRE COM VISTAS AO DESÍGNIO DO INSTITUTO, QUE 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" (RESP 1207117/MG, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, JULGADO EM 10/11/2015, DJE 25/11/2015). 5. SENTENÇA MODIFICADA E DETERMINADO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AUTORA, NOS TERMOS E FORMALIDADES LEGAIS EX VI DA LEI FEDERAL N.11.101/2005. 6. APELAÇÃO PROVIDA. APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000461-37.2019.8.21.0008/RS TIPO DE AÇÃO: Administração judicial RELATOR: Gab. Des. Niuwton Carpes da Silva APELANTE: ASSOCIACAO EDUCACIONAL LUTERANA DO BRASIL - AELBRA (AUTOR) APELADO: OS MESMOS. (GRIFO NOSSO).

O voto da eminente MINISTRA NANCY ANDRIGHI, no REsp. n.1.193.115/MT, destacou expressamente o ponto levantado por este trabalho, qual seja qual é a maior finalidade da recuperação judicial, in verbis:

“ Por derradeiro, é imprescindível reconhecer que o foco do aplicador do Direito, no que se refere à questão discutida, deve estar voltado ao atendimento precípua das finalidades a que se destina a Lei 11.101/05. Os princípios que orientaram a

elaboração e que devem direcionar a interpretação e a aplicação dessa lei objetivam garantir, antes de tudo, o atendimento dos escopos maiores do instituto da recuperação de empresas, tais como a manutenção do ente no sistema de produção e circulação de bens e serviços, o resguardo do direito dos credores e a preservação das relações de trabalho envolvidas, direta ou indiretamente na atividade. É o que se deduz do texto expresso da norma constante no art. 47 da LFRE. Sobre a matéria, aliás, valiosa a lição de Manoel Justino Bezerra Filho: “A Lei estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo 'a manutenção da fonte produtora', ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter o 'emprego dos trabalhadores'. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer o 'interesse dos credores'. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu. (Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada, 3ª ed., Editora RT, pp. 130/131).” Em suma, para as finalidades da LFRE, o primordial é que o empresário ou a sociedade empresária economicamente viáveis sejam mantidos em atividade, uma vez sopesados, obviamente, os benefícios, riscos e prejuízos a serem suportados por ela, por seus credores e pelos empregados. De fato, não se pode perder de vista os propósitos salutares que animaram o legislador e que fizeram da Lei 11.101/05 uma efetiva ferramenta em prol do soerguimento das entidades empresárias em crise econômico-financeira, atentando-se à preservação dos postos de trabalho e à continuidade da geração de riquezas.

Diante a jurisprudência apresentada, inclusive o julgamento do processo do pedido de recuperação judicial da própria Ulbra, resta demonstrado que em determinados casos as atividades realizadas pelas associações sem fins lucrativos podem ser equiparadas as atividades empresariais, devido a sua finalidade, não podendo serem equiparadas suas atividades somente no ato da mudança estatutária de associação sem fins lucrativos para empresa.

Com este entendimento, pode-se aplicar a maior função da Lei de Recuperação Judicial e Falências, qual seja a garantia da função social da empresa, haja vista que as Associações sem fins lucrativos passarão a gozar de todos os meios de se proteger nos momentos de crise financeira, garantido assim a manutenção da fonte produtora de empregos e dos diversos benefícios da sociedade, conforme mencionado no voto da ministra colecionada neste trabalho.

CONCLUSÃO:

Conclui-se pelo presente trabalho que as Associações sem fins lucrativos integram um setor relevante para a sociedade, qual seja o terceiro setor, e merecem ter sua atividade protegida.

A função social de uma empresa é um princípio basilar da recuperação judicial, devendo assim a aplicabilidade deste instituto ser estendida as associações sem fins lucrativos, sob risco de desnaturar o princípio da função social, logo que o fechamento de uma destas associações irá gerar os mesmos impactos sociais que o fechamento de uma empresa comum, devendo esta portanto gozar de todos os meios para proteger sua atividade nos momentos de crise.

Quanto a aplicabilidade da recuperação judicial, o presente trabalho demonstrou que a lei em vigor atual, gera uma insegurança jurídica quanto a aplicabilidade deste instituto, logo que em alguns precedentes este benefício é aplicado as associações sem fins lucrativos.

Ante o exposto, a legislação brasileira deve buscar meios de garantir a função social das empresas independentemente de sua finalidade lucrativa ou não, posto que estas agem em relevantes setores sociais, como educação e saúde, devendo estas poderem utilizar de todos os meios possíveis para a manutenção de sua atividade, e dos trabalhos de seus funcionários.

Portanto, mostra-se necessário a aprovação do Projeto de Lei nº: 10.220/2018, que busca atualizar a Lei de Recuperação judicial e falência, alterando inclusive sua aplicabilidade para todas as empresas viáveis que encontrem-se em momento de crise financeira.

Entretanto enquanto este projeto o projeto de Lei nº: 10.220/2018, o poder judiciário deve dar guarida as Associações sem fins Lucrativos, haja vista que foi demonstrado todo o impacto social que o fechamento de uma destas associações irá causar, não podendo justificar sua aplicabilidade somente na sua ausência de fim lucrativo, logo que como exposto não se confunde com a economicidade.

Portanto, as atividades exercidas pelas associações sem fins lucrativos devem ser equiparadas as empresariais, posto que como elucidado neste presente trabalho nada impede que as associações sem fins lucrativos possam exercer atividade típica de empresa, desde que esta utilize os provimentos de sua atividade apenas para aplicações nos objetivos da própria instituição.

Desta forma, conforme levantado pela juíza no julgamento do caso da ulbra colecionado neste trabalho, não se mostra correto considerar a aplicação da recuperação judicial somente quando a associação porventura venha a mudar seu estatuto para empresa, logo que a atividade exercida por esta sempre foi a mesma.

Ante o exposto, conclui-se que a não aplicabilidade do instituto da recuperação judicial as associações sem fins lucrativos irá gerar uma desnaturação do princípio Basilar da lei de Recuperação Judicial e Falência, qual seja a manutenção da função social da empresa, e esta desnaturação irá gerar um impacto negativo na sociedade, posto que diversos trabalhos serão perdidos e importantes serviços sociais deixarão de ser prestados. Ademais, restou demonstrado que não há justificativa para que as associações não gozem do instituto da recuperação judicial, logo que sua finalidade lucrativa não pode ser um impedimento, que venha a ser prejudicial a toda uma coletividade, haja vista que sua atividade pode ser equiparada a empresaria, devendo o judiciário conceder a recuperação judicial as associações sem fins lucrativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALBERTO, Asquini, Profili dell impresa, In Revista Del Diritto, Commerciale, 1943, v,41, I.
- Alvarenga, Darlan e Silveira, Daniel. Desemprego no Brasil atinge recorde de 14,4% no trimestre encerrado em agosto, diz IBGE. G1, 2020, disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/10/30/desemprego-no-brasil-sobe-para-144percent-em-agosto-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 09. Nov. de 2020.
- BUONOCORE, Vincenzo. L'impresa. Torino : Giappichelli, 2002, p.88-89.
- BRASIL. [Constituição (1988)].Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- Coelho, Fábio Ulhoa, Manual de direito comercial/ Fábio Ulhoa Coelho. – 17. Ed. Ver. E atual. De acordo com a nova lei de falências. – São Paulo: Saraiva 2006.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37
- COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, n. 63, p. 76.
- Diniz, Maria Helena, Revista jurídica IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, vol. 02, nº. 51, Curitiba, 2018. Disponível em: [www.mpsp.mp.br bibli_boletim > bibli_bol_2006](http://www.mpsp.mp.br/bibli_boletim/bibli_bol_2006). Acesso em 01. de Nov. De 2020.
- Faria Brito, Renato, A REORGANIZAÇÃO E A RECUPERAÇÃO DAS EMPRESAS EM CRISE: FUNDAMENTOS EDIFICANTES DA REFORMA FALIMENTAR. Disponível no Url: <http://www.saoluis.br/revistajuridica/arquivos/004.pdf>. Acesso no dia 08. out. 2020.
- FERNANDEZ, João Alberto da Costa Ganzo, A CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA: IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DE EMPRESA SOB A ÓTICA SISTÊMICA. Disponível no url: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/11/22>, 10. de Nov. De 2020.
- FILHO, Eujecio Coutrim Lima.Direito Comercial: da evolução histórica à moderna teoria da empresa.Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4339, 19 maio 2015. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/39132>. Acesso em: 12 out. 2020.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- GOHN, Maria da Glória. Mídia, terceiro setor e MST: impacto sobre o futuro das cidades e do campo. Petrópolis, Vozes, 2000. **Citado in:** CARVALHO, Denise Gomide. Mulheres na

coordenação de organizações do terceiro setor no município de São Paulo (1990-2000): construção de sujeitos coletivos e de propostas socioeducativas / Denise Gomide Carvalho. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação. – Campinas, SP: [s.n.], 2002, p. 44.

Goulart Pimenta, Eduardo, Recuperação Judicial de Empresas, Caracterização, Avanços e Limites. 2016.

Graça, Couto Gomes Ferreira, Bernardo, Recuperação Judicial e performance das empresas brasileiras, 2018 . Acesso dia 04/03/2020

JESUS, Gilberto Andrade de. O princípio da conservação dos negócios jurídicos: aplicações práticas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3665, 14 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24908>. Acesso em: 7 nov. 2020.

LUPION, Ricardo. Boa- fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Lei nº 11101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível na Internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm, acesso em 20/02/2020.

Mamede, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 122.

Mamede, Gladston, Direito empresarial brasileiro: direito societário sociedades simples e empresariais, volume 2/ Gladston Mamede. – 6. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas, volume 4. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

Megale, Mario da Silveira Filho, VISÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO DIREITO RECUPERACIONAL Disponível no
url:<http://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistafafibeonline/sumario16/30032011213207.pdf>, acesso no dia. 03. out. De 2020.

Melchor, Paulo, Consultor – Sebrae-SP, O que é associação sem fins lucrativos? Como constituir e como é

tributada?.Disponível:<https://www2.unifap.br/mariomendonca/files/2011/05/ASSOCIA%C3%87%C3%83O-SEM-FINS-LUCRATIVOS-INF.pdf>. Acesso em 10. de Nov. De 2020.

MENDES, Rodrigo Pereira, TERCEIRO SETOR: IDENTIFICANDO SUAS ORGANIZAÇÕES E PROPONDO UM NOVO UM CONCEITO, OAB – SÃO PAULO, disponível no url: <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/direito-terceiro-setor/artigos/terceiro-setor-identificando-suas-organizacoes-e-propondo-um-novo-um-conceito-dr.-rodrigo-mendes-pereira>. acesso em 09. out. de 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Negrão, Ricardo, Manual de direito comercial e de empresa, volume 1 / Ricardo Negrão. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. Direito empresarial: estudo unificado. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

Netto, Adyr Garcia Ferreira, Globalização, atividade empresarial e a segurança jurídica, <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11474/10208>, acesso em 07. Nov. 2020.

Paiva, Luiz Fernando Valente de (coord.) - Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas- São Paulo: Qyartier Latin, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social. 2. ed. Brasília Jurídica, 2000; citado por CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. Associação sócia de uma sociedade empresarial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4133, 25 out. 2014. Disponível em: . Acesso em: 01. nov. 2020.

Paes, Luz Fernando. Fundações Associações e Entidades de Interesse Social – 8 ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2013.

PENA, Rodolfo F. Alves. "Terceiro Setor"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilestola.uol.com.br/geografia/terceiro-setor.htm>. Acesso em 16 de novembro de 2020.

Prado Rocha, Caio, *Análise Da Aplicabilidade dos institutos da Falência e da Recuperação Judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2012. Acesso dia 06/04/2020.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES FILHO, Artur. Responsabilidade social das empresas no Brasil. *Revista brasileira de administração*, Brasília, v. 13, n. 42, p. 24-32, set., 2003

Trevisan Calza, Lana Paula, *A função Social da empresa como instrumento de efetivação do instituto da recuperação judicial*. 2014. Acesso dia 06/04/2020.