

EM DEFESA DA AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: PELA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS A OUTROS AGENTES PRIVADOS

IN DEFENSE OF THE EXTENSION OF THE FIELD OF
INCIDENCE OF BUSINESS LAW IN THE CONTEXT OF
THE NEW CORONAVIRUS PANDEMIC: FOR THE CONCESSION
OF THE COMPANY'S RECOVERY TO OTHER PRIVATE AGENTS

JORDANO SOARES AZEVEDO¹

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus provocou grave crise econômica mundial no ano de 2020, levando muitos agentes privados à falência. Nesse contexto caótico, veio à tona uma antiga questão: afinal, o benefício da recuperação de empresas, previstos na Lei 11.101/05 é exclusivo dos empresários? Na tentativa de solucionar esta situação-problema, a partir da hipótese de que o mecanismo de soerguimento deve ser estendido a outros agentes privados, o presente texto condensa pesquisa bibliográfica, mediante análise das fases do desenvolvimento histórico do Direito Empresarial, investigação dos elementos que caracterizam a figura do empresário, exame dos fundamentos constitucionais que dão suporte à hipótese formulada e, por fim, também analisa alguns precedentes judiciais importantes sobre o tema, o que se fez com o objetivo geral de oferecer soluções jurídicas para os agentes econômicos que foram profundamente afetados pela crise. Quanto aos resultados obtidos, verificou-se que há uma tendência, em sede jurisprudencial, de se autorizar o processamento de recuperações judiciais de agentes não empresários, confirmando a hipótese formulada na pesquisa.

Palavras-Chave: pandemia; crise; benefício; recuperação; empresas.

1 Pós-doutorando pelo PPGD da Puc/Minas, sob supervisão do Prof. Eduardo Goulart Pimenta. Doutor e Mestre em Direito Privado pela PucMinas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1930-6793>. E-mail: jordansoares@yahoo.com.br.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

AZEVEDO, Jordano Soares. Em defesa da ampliação do campo de incidência do direito empresarial no contexto da pandemia do novo coronavírus: pela concessão da recuperação de empresas a outros agentes privados. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 8-30, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.7973>.

ABSTRACT

A new coronavirus pandemic causes a serious global economic crisis in 2020, leading many private agents to bankruptcy. In this chaotic context, an old question arose: finally, the benefit of the recovery of companies, foreseen in Law 11.101/05, is exclusive of the entrepreneurs? In an attempt to solve this problem-situation, based on the hypothesis that the mechanism of uplift should be extended to other agents, this text condenses the bibliographic research, the analysis of the phases of the historical development of Corporate Law, the investigation of the elements that characterize a figure of the entrepreneur, examining the constitutional foundations that support the hypothesis formulated and, finally, it also analyzes some important judicial precedents on the subject, which was done with the general objective of offering legal solutions to the chemical agents that were affected by the crisis. As for the results obtained, it was found that there is a tendency, in the case of jurisprudence, to authorize the processing of judicial recoveries by non-business agents, confirming the hypothesis formulated in the research.

Keywords: *pandemic; crisis; benefit; recovery; companies.*

1. INTRODUÇÃO

A pandemia gerada pelo novo coronavírus, no ano de 2020, trouxe consequências nefastas para a economia mundial, como resultado da necessária política de imposição de regras de distanciamento social, definidas pelo governo da maioria dos países afetados. Com isso, muitos agentes econômicos foram à ruína ou então enfrentam grave crise que pode conduzi-los à falência.

Nesse cenário caótico, de consequências ainda imprevisíveis, espera-se que os juristas apresentem soluções para resolver o problema da situação de crise dos agentes econômicos, que são tão importantes para a sociedade, como fonte de produção de riquezas, geração de empregos e arrecadação de impostos.

O interessante é que algumas soluções resultam apenas de um esforço intelectual para a superação de velhos tabus, como o é aquele que restringe o benefício da recuperação de empresas apenas aos agentes econômicos qualificados formalmente como “empresários”, nos termos do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, o presente artigo propõe a possibilidade de concessão do benefício da recuperação judicial e extrajudicial a agentes econômicos não considerados formalmente como empresários, no Direito brasileiro, como solução para o enfrentamento da situação de crise gerada pelo COVID-19. Para tanto, realizou-se análise do histórico do Direito Empresarial, que tradicionalmente é dividido em três fases distintas (fase subjetiva clássica, fase objetiva e fase subjetiva moderna).

Como se verá ao longo do texto, essas três fases apresentaram critérios diferentes para a delimitação do campo de incidência das normas do Direito Empresarial, sendo que os momentos históricos que demarcaram a passagem de uma fase para a outra foram períodos conturbados da humanidade, marcados por revoluções, guerras, crise política, social e econômica.

Foi assim, por exemplo, quando a Revolução Francesa, de 1789, com seus ideais igualitários, determinou a extinção do regime de privilégios de classe, acabando com o sistema das corporações de ofício. E foi assim, também, que, em 1942, justamente no período da segunda

guerra-mundial, se desenvolveu na Itália a chamada teoria da empresa, que trouxe um critério mais flexível de enquadramento dos agentes econômicos no regime jurídico empresarial.

Assim, na construção deste texto, partiu-se do pressuposto de que são os momentos de profunda crise que estimulam o trabalho de redefinição do campo de incidência do Direito Empresarial, e daí surgiu o problema a ser investigado neste trabalho: Afinal, qual é a razão para não estender o benefício da recuperação de empresas a outros agentes privados não caracterizados formalmente como empresários, mas que desempenham importante função social na economia?

Tendo essa questão central como norte, o presente autor esforça-se para apresentar fundamentos que sustentam a possibilidade de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial a outros agentes econômicos, que se dedicam a atividades expressivas, de relevante valor social, como alguns produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas e sociedades simples.

Não se trata de propor a unificação do regime jurídico de insolvência a todos os devedores, indistintamente, pois tal proposta se mostra muito ambiciosa e perigosa, já que existe, no mercado, ampla variedade de agentes econômicos que vão desde pequenos empresários individuais, a instituições mais complexas como os bancos, empresas públicas, sociedades de economia mista, e grandes grupos econômicos.

Porém, investiga-se a possibilidade a necessidade de concessão de recuperação de empresas a certos agentes econômicos privados, como ocorreu recentemente no caso da Universidade Cândido Mendes (UCAM) e sua mantenedora, que tiveram seu pedido de recuperação judicial deferido pela 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Feita essa ressalva quanto à abordagem do tema, cabe esclarecer que o objetivo geral da pesquisa é demonstrar a importância da concessão do benefício da recuperação de empresas a alguns agentes econômicos, como solução jurídica para superação da situação de crise e preservação das fontes produtivas.

Já os objetivos específicos consistem em *i)* avaliar os critérios de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial, apresentados ao longo da história; *ii)* analisar se há algum fundamento constitucional que autorize a criação de um benefício legal exclusivo Aos empresários, ou se tal benefício pode ser estendido a outros agentes econômicos; *iii)* estudar algumas decisões judiciais relevantes sobre o tema objeto desta pesquisa, inclusive como fonte para a validação de alguns pressupostos e ideias defendidas ao longo do texto.

Sendo assim, para que tais objetivos fossem alcançados, o presente trabalho foi estruturado em cinco seções, sendo que o Capítulo 1 foi dedicado ao estudo dos critérios de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial ao longo dos anos.

Na sequência, o Capítulo 2 analisa quais são as pessoas legitimadas a pleitear o benefício da recuperação de empresas, para a doutrina majoritária e, em seguida, os Capítulos 3 e 4 trazem fundamentos que justificam a ampliação do rol de legitimados ao benefício legal, para além da figura tradicional do empresário ou da sociedade empresária.

Isso pode ser feito mediante a adequada análise dos elementos que caracterizam o conceito de empresário (Capítulo 3), tudo de acordo com os princípios constitucionais que justificam o tratamento isonômico entre os agentes econômicos privados (Capítulo 4).

Por fim, o Capítulo 5 foi dedicado ao estudo de alguns precedentes judiciais que trazem fundamentos que ratificam e validam algumas posições sustentadas no trabalho, e no derradeiro Capítulo 6, defende-se que a crise do COVID-19 é um momento histórico oportuno para se realizar a ampliação do campo de incidência do Direito Empresarial, para beneficiar agentes econômicos que necessitam de mecanismos voltados à superação da situação de crise.

2. O CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL

Nesta primeira seção, examinar-se-á quais foram os diferentes critérios utilizados ao longo da história do Direito Empresarial, para delimitação do campo de incidência das normas deste ramo específico da ciência jurídica.

O interessante é perceber que, em pelo menos dois momentos de grave crise econômica, política e social, experimentados pela humanidade, quais sejam, a Revolução Francesa, de 1789, e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os critérios de delimitação então vigentes foram objeto de alteração, nos respectivos períodos históricos, demarcando o início de nova fase histórica do Direito Empresarial.

Como se verá adiante, nesses dois momentos citados, o campo de aplicação das normas empresariais foi alargado, para abarcar outros agentes econômicos que até então estavam excluídos do regime jurídico empresarial antecedente.

Assim, este primeiro tópico será dedicado à análise da “fase subjetivista clássica” do então chamado Direito Comercial, que foi sucedida, a partir da Revolução Francesa, pela fase objetivista (teoria dos atos de comércio), que foi substituída, por sua vez, a partir de 1942, pela “fase subjetivista moderna” (teoria da empresa).

2.1 DA FASE SUBJETIVA CLÁSSICA À FASE SUBJETIVA MODERNA NO CONTEXTO HISTÓRICO GLOBAL

O Direito Empresarial surgiu, como ramo autônomo do Direito Privado, por volta dos séculos XI e XII, fruto do processo de reflorescimento comercial verificado na Europa, no contexto da Idade Média. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2011; WALD, 2013).

Assim, este novo ramo da ciência jurídica se desenvolveu a partir de regras marcadamente consuetudinárias, criadas pelos e para os comerciantes, no intuito de disciplinar as relações travadas entre esses agentes econômicos. E com o desenvolvimento de um ramo autônomo do Direito Privado, veio a necessidade de se delimitar qual era o “campo de incidência” das regras do então chamado “Direito Comercial”. Em outras palavras, o trabalho intelectual voltado à identificação do “campo de incidência” do Direito Comercial se destina a responder a seguinte pergunta: Afinal, “quem” está sujeito às regras do Direito Comercial?

Esta análise demanda o estudo de três fases distintas que se sucederam ao longo da história, sendo que, em cada uma delas, foi criado um critério distinto para se delimitar o campo de incidência do Direito Empresarial.

Na primeira fase, também conhecida como “fase subjetivista”, que surgiu no contexto da Idade Média (séculos XI e XII), o Direito Comercial da época se aplicava aos comerciantes devidamente matriculados nas corporações de ofício, que eram entidades responsáveis pela compilação das regras comerciais e aplicação dessas normas aos conflitos surgidos entre os comerciantes.

Assim, afirma-se que o Direito Comercial dessa época era criado pelos e para os comerciantes matriculados em tais instituições privadas, e é por isso que a fase recebeu o nome de “subjetivista”, já que o campo de aplicação da matéria era determinado em razão das qualidades do sujeito, quais sejam: mercadores devidamente matriculados em corporações de ofício.

Por isso é que se afirma que, na fase subjetivista, o Direito Comercial era marcado por duas características fundamentais: *i)* era um ramo “corporativista”/“oligopolizado”, uma vez que somente os mercadores matriculados nas corporações de ofícios estavam sujeitos ao Direito Comercial; e *ii)* era um ramo “assecuratório de privilégios” para uma classe específica, os mercadores medievais, que se submetiam ao regime jurídico comercial da época.

Contudo, esta fase subjetiva clássica foi superada ao final do século XVIII, em razão dos postulados defendidos pela Revolução Francesa de 1789. Como um dos grandes ideais desse movimento foi a igualdade, os revolucionários não aceitavam a concessão de privilégios de classe, tais como aqueles que eram concedidos aos mercadores matriculados nas corporações de ofício.

Essa pressão revolucionária exigiu que Napoleão Bonaparte apresentasse outro critério delimitador do campo de incidência das normas do “Direito Comercial”, e o resultado foi o seguinte: Com advento do Código Comercial Francês de 1807, o Direito Comercial passou a se aplicar indistintamente a qualquer comerciante que se dedicasse habitualmente à mercancia e praticasse os chamados “atos de comércio”.

Nesse sentido é o escólio de Fran Martins:

Mas a Revolução Francesa, adotando o lema de “liberdade, igualdade, fraternidade”, procurou abolir os privilégios de classes, todos equiparando perante a lei. Por isso, o Código de Comércio francês, cheio das ideias da Revolução, depois de declarar (art. 1º) que “*são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual*”, arrolou, nos arts. 632 e 633, uma série de atos comuns ao exercício do comércio e outros que seriam considerados comerciais porque a lei assim os reputava, não sendo necessário, portanto, para esses, que a pessoa que os praticasse fosse comerciante. (MARTINS, 2019, p. 54).

Também é oportuno transcrever as lições de Rocha Filho e Rocha a respeito do tema:

Chegamos a 1807 e o Direito Comercial passa a ser conhecido como a Disciplina dos Atos de comércio. É que, nesse ano, veio à luz o Código Napoleônico [...] que adotou, declaradamente, o conceito objetivista [...] E por que? Porque, não fosse assim, estaria negado o ideal de “igualdade de todos perante a lei”, da Revolução Francesa. Não fosse assim, continuaria existindo, em França, o privilégio de classe, já que os comerciantes teriam uma justiça própria, um direito próprio.² (ROCHA FILHO; ROCHA, 2017, p. 42).

2 Essa também é lição dada por Gonçalves Neto: “*Já sob os ideais da Revolução Francesa, a igualdade de todos perante a lei não tolerava a existência de um direito especial cuja esfera de aplicação fosse delimitada, exclusivamente, pela natureza e pela condição de certas pessoas; a liberdade de iniciativa impunha o reconhecimento de que todo cidadão podia dedicar-se a*”

É por isso, portanto, que o Código Comercial Francês de 1807 é apontado como marco temporal da chamada “Fase Objetiva”, pois, a partir desse momento, o critério delimitador do âmbito de incidência do Direito Comercial já era outro, ou seja, já não importava mais se o mercador estava matriculado em alguma corporação de ofício, mas sim se ele praticava algum ato objetivamente considerado pela lei como “ato de comércio”.

Este segundo critério foi modelado pela conhecida “teoria dos atos de comércio” que, apesar das suas falhas, influenciou a legislação de vários países, notadamente a legislação brasileira, como se verá adiante³.

Assim, observa-se que a denominada fase objetivista pôs fim ao corporativismo, que decorria do sistema de filiação obrigatória às Corporações de Ofício. Porém, o Direito Comercial da época continuou sendo um ramo assecuratório de privilégios de classe, pois desde então as regras mercantis se aplicavam somente àqueles que praticavam algum ato de comércio.

Contudo, a teoria dos atos de comércio começou a definir ao longo do século XIX, e com mais intensidade na primeira metade do século XX, pois o desenvolvimento tecnológico trouxe consigo o surgimento de outros tipos de atividades econômicas que não eram sequer concebidas quando a teoria dos atos de comércio foi pensada e elaborada⁴.

Foi então que, em 1942, veio a publicação do Código Civil italiano, que adotou novo critério delimitador do campo de incidência do Direito Comercial: a chamada “teoria da empresa”. A partir desse momento histórico, o campo de incidência do agora chamado “Direito Empresarial” já não era mais fixado a partir da prática de certos atos comerciais taxativamente previstos em lei, mas sim em função do “modo” pelo qual o agente econômico organiza sua atividade.

Como explicam Rocha Filho e Rocha, com a adoção da teoria da empresa,

[...] não mais será necessária, no Brasil, a investigação da teoria a eles pertinentes (teoria dos atos de comércio), vez que o problema não será identificar o gênero da atividade econômica praticada, mas, sim, a forma de seu desenvolvimento, de seu exercício; o modo, afinal, de exercer a atividade econômica, tal como exsurge de seus **artigos** 966 e 982. (ROCHA FILHO; ROCHA, 2017, p. 66)

O detalhe é que o código italiano de 1942 não define o que é empresa, mas sim o que é empresário, que é todo aquele que exerce atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltada à produção ou circulação de bens ou serviços. (GONÇALVES NETO, 2012).

A teoria da empresa marca, então, o surgimento da terceira fase histórica do Direito Empresarial, que é chamada por alguns como “fase subjetiva moderna” e, como se pode notar, a teoria de matriz italiana propõe um “terceiro critério delimitador do campo de incidência do

qualquer trabalho, ofício ou profissão (exercer o comércio) sem necessidade de nenhuma corporação ou poder real a autorizá-lo previamente. Em consequência, suprimiram-se as corporações e foi promulgado o Código de 1807 [...]” (GONÇALVES NETO, 2012, p. 55).

3 Vários outros países se inspiraram no Código Comercial francês, entre eles a Espanha (1829), Portugal (1833) e, mais tarde, o Brasil (1850). No caso brasileiro, por exemplo, houve adoção mitigada da teoria do ato de comércio, cujo conteúdo do art. 4º, exigia a matrícula do comerciante que fizesse da mercancia a profissão habitual. (DINIZ, 2019, p. 7).

4 “[...] o modelo da objetivação do ato de comércio como fator de qualificação e atribuição de status se perdeu na incerteza do conceito e no surgimento de novas práticas e relações comerciais e de prestação de serviços nem sempre alcançadas pela legislação, como, por exemplo, o setor agrícola, a mineração, as intermediações imobiliárias e a prestação de serviços. Novos negócios com base tecnológica ou realizados por pessoas – naturais e jurídicas – sem exata correspondência com o comerciante, tornaram frágil a opção legislativa.”. (DINIZ, 2019, p. 7).

direito comercial”, já que a condição de empresário, agora, é determinada muito em função do “modo” pelo qual o agente desenvolve a sua atividade, isto é, com intuito lucrativo, profissionalismo e organização.

E como dito no início da presente seção, a teoria da empresa proporciona ampliação do campo de aplicação do Direito Empresarial, vindo a alcançar alguns agentes que estavam excluídos deste regime jurídico⁵, pela teoria dos atos de comércio.

2.2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Comercial de 1850 foi claramente inspirado na codificação napoleônica do início do século XIX. Este código, juntamente com o Regulamento 737/1850 (art. 4º), deixa claro que o Brasil adotou a teoria dos atos de comércio, para delimitar o campo de aplicação do Direito Comercial no período do Império.

Porém, a teoria dos atos de comércio foi sendo gradativamente superada ao longo do século XX, pois a jurisprudência passou a reconhecer a condição de “comerciante” a agentes econômicos que praticavam certas atividades que não estavam previamente listadas no rol de atos de comércio, como os prestadores de serviço e imobiliárias.

O interessante, aqui, é perceber a importância da atividade jurisprudencial, pois o rol de atos de comércio já estava defasado e não acompanhou o desenvolvimento tecnológico, que trouxe a reboque ampla diversidade de atividades econômicas.

Porém, foi somente com o Código Civil de 2002 que o Brasil oficialmente se filiou à teoria da empresa, de matriz italiana. O artigo 966, *caput* e parágrafo único, da “codificação privada”, basicamente replica a orientação adotada pelo Código italiano (art. 2.082), e também conceitua o empresário (e não a empresa), como aquele que exerce atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltado à produção ou circulação de bens ou de serviços.

Esse artigo 966 é extremamente importante, pois ele anuncia os critérios pelos quais determinado agente econômico é considerado empresário, e isso leva a duas importantes questões: *i)* Quais seriam esses critérios e *ii)* Qual é a importância da identificação desses critérios para a delimitação do regime jurídico aplicável ao agente econômico em situação de crise?

Começando pela primeira questão, tem-se que, para ser considerado empresário à luz da teoria da empresa, o agente deve praticar uma atividade econômica, que significa o “intuito lucrativo” do negócio. Aqui, o que importa obviamente é o querer, e não o ter, já que o sucesso ou o fracasso do empreendimento dependerá de inúmeros fatores.

Esse primeiro critério (prática de atividade econômica) já seria, em tese, suficiente para excluir, do regime jurídico empresarial, determinados agentes que não desempenham atividade com o intuito lucrativo, como fundações privadas e associações civis.

5 Nesse sentido é a lição de Sérgio Campinho: “A atividade empresarial, fruto do exercício profissional da empresa, resultado da ordenação econômica do trabalho, tem seu campo de incidência ampliado, vindo a tocar aqueles que executam atividades de intermediação ou circulação, produção de bens e prestação de serviços em geral.”. (CAMPINHO, 2018, p. 36).

Isso tem enorme importância prática, já que algumas atividades expressivas na economia são desenvolvidas sob a roupagem das fundações e associações, como aquelas destinadas ao ensino superior, ao lazer, ao esporte etc. Por isso, logo mais adiante, no decorrer deste texto, será demonstrado que o termo “atividade econômica” deve ser interpretado de maneira mais ampla, como a busca por resultados positivos, que podem ser empregados dentro da própria atividade econômica em proveito da própria instituição.

O segundo critério é o profissionalismo, que exige que o agente explore a atividade com habitualidade⁶. Com esse critério, ficam de fora do regime jurídico empresarial algumas atividades praticadas esporadicamente/eventualmente, como aquelas voltadas à própria subsistência da pessoa.

Por fim, o critério da organização pressupõe que o empresário seja o articulador dos chamados fatores de produção. Nesse sentido, é ele, o empresário, que organiza o capital, a mão-de-obra, a tecnologia e os insumos empregados na atividade econômica⁷.

Enfim, visto quais são os critérios legais que caracterizam a figura do empresário, no Direito brasileiro, cabe analisar a segunda pergunta, acima formulada, que se refere à importância da análise desses fatores, para a delimitação do regime jurídico do agente econômico que está em situação de crise econômica.

A questão é relevantíssima porque a legislação brasileira apresenta regimes jurídicos de insolvência distintos, um para aquele que é considerado empresário, outro para devedores civis comuns, e outros regimes para alguns agentes específicos (empresas públicas, sociedades de economia mista e cooperativas, por exemplo), nos termos da legislação esparsa.

2.3 O REGIME JURÍDICO DOS DEVEDORES EM SITUAÇÃO DE CRISE NO DIREITO BRASILEIRO: CRÍTICAS

Nos termos da legislação brasileira, os empresários estão sujeitos ao regime jurídico definido pela Lei 11.101/05, que oferece dois remédios para a solução da situação de crise do devedor empresário, a saber: *i)* a recuperação judicial ou extrajudicial, como mecanismo de soerguimento, ou seja, de superação da situação de crise econômica de empresas viáveis, e *ii)* a falência, como antídoto residual, ou seja, um mecanismo destinado à liquidação e ao encerramento de empresas inviáveis (BRASIL, 2005).

Por outro lado, os devedores civis estão formalmente sujeitos a regimes de insolvência diversos, sendo que a maioria⁸ deles se submetem à disciplina do instituto da “insolvência civil”, também denominado “concurso de credores”, que é um mecanismo destinado à liquidação dos débitos do devedor civil⁹.

6 “[...] o empresário não negocia esporadicamente ou em atos isolados, mas desempenha, com perícia, frequente atividade de trocas econômicas, com caracterização de uma habitualidade que permite reconhecer uma categoria jurídica com direitos e obrigações que lhe são peculiares e decorrem justamente dessa frequência.”. (DINIZ, 2019, p. 73).

7 “[...] O empresário organiza os fatores de produção e os coloca em função da atividade que desempenha profissionalmente. Conforme já foi discutido [...], a organização é um fator econômico trazido para o conceito jurídico, de forma a indicar que o empresário reúne os fatores de produção e os concatena uns em função dos outros de modo a acabar produto ou gerar serviços.”. (DINIZ, 2019, p. 73).

8 Utilizou-se o termo “a maioria” porque outros devedores estão sujeitos a regimes de insolvência diversos. Assim, por exemplo, as cooperativas estão sujeitas ao regime definido pela Lei 5.764/71.

9 O instituto da insolvência civil está previsto nos artigos 748 e seguintes do CPC de 1973 e permanece vigente até hoje, por conta de uma regra transitória inserida no Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “Art. 1.052. Até a edição de

Nesse particular, vale colacionar as lições de Waldo Fazzio Júnior:

O legislador brasileiro optou pelo sistema que reserva a destinação da falência e das recuperações para os agentes econômicos contemplados no universo empresarial, deixando de lado os chamados agentes econômicos civis. Estes são pacientes da normação geral prevista no Código de Processo Civil. (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 20).

Como se vê, o regime jurídico de insolvência do devedor civil somente apresenta uma solução para a situação de crise: o concurso de credores, que é um instituto destinado ao encerramento das atividades.

O problema é que o decrépito instituto da insolvência civil é mecanismo praticamente não utilizado pelos credores, em razão de seus inconvenientes, dentre os quais está, por exemplo, a necessidade de o credor comprovar a insolvência real/econômica¹⁰ do devedor, como requisito para a declaração da insolvência¹¹.

Fora o inconveniente gerado por uma prova tão árdua, que exige a demonstração da escrituração do devedor e perícia técnica contábil, o credor ainda teria, após a declaração da insolvência, que habilitar seu crédito no concurso de credores, na classe respectiva.

Por outro lado, o mecanismo de insolvência aplicável aos devedores empresários é mais vantajoso em diversos aspectos¹². Não há espaço, aqui, para detalhar essas diferenças, mas vale advertir que o sistema adotado pela Lei 11.101/05 é o da “insolvência presumida”, eis que poderá ser decretada a falência do devedor diante das hipóteses previstas no artigo 94 da mencionada lei, que indicam provável situação de insolvência do devedor (BRASIL, 2005).

Assim, para o autor do presente texto, os inconvenientes e o desestímulo gerado pelo instituto da “insolvência civil”, bem como a inexistência de mecanismo destinado à superação da crise, para devedores civis, não caracterizados formalmente como empresários, implica em tratamento diferenciado e prejudicial a atividades extremamente importantes para a economia, que também merecem ser preservadas, pelo benefício que proporcionam à sociedade.

Sendo assim, defende-se a necessidade de aplicação do instituto da recuperação de empresas a alguns devedores civis que, embora formalmente constituídos sob a forma de fundações, ou associações civis, são atividades econômicas relevantes para a economia brasileira, por também serem importantes fontes de i) geração e manutenção de postos de trabalho; ii) de arrecadação de impostos e iii) e circulação de riquezas.

É o caso, por exemplo, dos produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, que são agentes que muitas vezes movimentam expressivo volume de recursos da economia, não havendo razão para não os favorecer com o mecanismo de soerguimento previsto na Lei 11.101/05 (BRASIL, 2005).

lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 .”. (BRASIL, 2015).

10 A insolvência econômica ou real pode ser descrita como a situação jurídica contabilmente apurada, em que o devedor apresenta mais débitos do que bens e direitos em seu patrimônio, daí falar-se em “patrimônio negativo”.

11 A exigência é feita pelo artigo 748 do CPC/73: “Art. 748. *Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.*”. (BRASIL, 1973).

12 Nesse particular, Theodoro Júnior já destaca alguns pontos positivos da falência em face do sistema de insolvência civil. Assim, dizia o citado processualista que: “Diversamente do que se passa com a falência, a sentença de declaração de insolvência não estipula um período suspeito, nem goza de eficácia retroativa e muito menos gera para os credores os remédios processuais revocatórios especiais de atos do insolvente [...]” (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 34).

3. OS LEGITIMADOS À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO SEGUNDO A CORRENTE MAJORITÁRIA

O artigo 1º da Lei 11.101/05 é categórico ao dispor que “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”. (BRASIL, 2005).

O dispositivo citado está profundamente conectado com a já examinada regra do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que conceitua o empresário como aquele agente que pratica atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltada à produção ou circulação de bens ou de serviços.

Na sequência, os incisos I e II do art. 2º demonstram que nem todo empresário está sujeito a Lei 11.101/05, pois esta lei não se aplica, por exemplo, às empresas públicas, às sociedades de economia mista, assim como não se aplica, pelo menos a princípio, a instituições financeiras, de capitalização, seguro, dentre outras congêneres (BRASIL, 2005).

Nessa mesma linha, o artigo 48 da Lei 11.101/05, que contempla os requisitos para o deferimento do processamento da recuperação judicial¹³, dispõe, em seu *caput*, que a benesse legal somente se aplica a devedores que exerçam regularmente sua atividade há mais de dois anos da data do pedido, e que preencham os demais requisitos apontados (BRASIL, 2005).

Uma análise superficial, baseada na relação entre os artigos supramencionados, poderia sugerir que a recuperação judicial e extrajudicial são benefícios exclusivamente reservados aos empresários, já que a “regularidade”, mencionada no *caput* do artigo 48, pressupõe *i*) que o devedor seja considerado um empresário (individual, EIRELI, ou sociedade), nos termos do artigo 966 do Código Civil, *ii*) que o mesmo tenha promovido a inscrição de seus atos constitutivos no registro empresarial, a cargo das Juntas Comerciais, *iii*) e que tenha, por fim, mais de dois anos de atividade.

Para a maioria dos autores, essa pelo menos foi a opção do legislador brasileiro:

O direito à recuperação judicial atende a *pressuposto material* de somente ser deferida a empresários, sociedades empresárias e EIRELI com atividade empresarial. Essa foi a opção do legislador brasileiro, que *restringiu às atividades empresariais* a concessão do benefício recuperacional. Ficam excluídas associações, fundações e cooperativas, além dos casos expressamente afastados pelo art. 2º da LREF: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. (DINIZ, 2019, p. 765).

Essa também é análise de Sérgio Campinho, segundo o qual “tradicionalmente, o sistema adotado pelo Direito Brasileiro, quando à sujeição ao procedimento falimentar, é o restritivo [...]” (CAMPINHO, 2018, p. 35).

13 Esses requisitos também devem ser observados no pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, como prevê o artigo 161 da Lei 11.101/05 (BRASIL, 2005).

Outro fundamento invocado para a concessão deste benefício legal somente aos empresários se deve ao fato de que a recuperação de empresas funciona como instrumento de “socialização de perdas”, concebido para compensar todos os benefícios proporcionados a sociedade pelas atividades econômicas bem-sucedidas, como explica Marcelo Sacramone:

Referidos benefícios legais são dispostos aos empresários em razão da atividade por eles desenvolvida. A atividade empresarial permite o desenvolvimento econômico nacional, o surgimento de novas tecnologias, o aumento da concorrência entre os fornecedores, a redução dos preços dos produtos disponibilizados aos consumidores e o aumento da quantidade de empregos oferecidos para a população. Sua consecução, entretanto, submete o empresário a grande risco de insucesso, seja em razão de inadequação à dinâmica do mercado, seja em virtude de eventual incorreção de decisão gerencial. Como o empreendimento, caso fosse próspero, provocaria efeitos benéficos a toda a coletividade, a Lei assegurou que, para a hipótese de a atividade empresarial não ter sido bem-sucedida, os efeitos maléficis deveriam também ser repartidos por todos. Essa socialização das perdas é um benefício legal ao empresário, por meio da falência e da recuperação, de modo a garantir incentivo para que esse empresário continue a empreender e a arriscar o seu capital. (SACRAMANE, 2018, p. 48).

Como se vê, o instituto da recuperação de empresas impõe aos credores privados o sacrifício de suportar as externalidades negativas¹⁴ provenientes da atividade empresarial em situação de crise (os riscos do insucesso econômico), como forma de compensar as externalidades positivas geradas pela empresa, como postos de trabalho/emprego, arrecadação de impostos e circulação de riquezas.

Neste trabalho, defende-se a ideia de que esses fundamentos também justificariam a concessão do benefício da recuperação de empresas a outros agentes econômicos que, embora não sejam formalmente considerados empresários, desenvolvem sua atividade com profissionalismo e organização, e que também cumprem importante função social.

Estes agentes seriam, por exemplo, produtores rurais não inscritos na Junta Comercial, cooperativas, algumas fundações e associações privadas, e algumas sociedades simples, que desenvolvem atividades de grande impacto social e econômico, há mais de dois anos, com intuito lucrativo, profissionalismo e organização.

4. UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA TEORIA DA EMPRESA

Como visto na primeira seção deste trabalho, a teoria da empresa, desenvolvida na Itália, na década de 30 e 40 do século passado, apresentou novo critério delimitador do campo de incidência das normas do Direito Empresarial. A partir de então, o campo de aplicação das normas empresariais não ficou mais preso à prática de certos atos taxativamente previstos em lei (teoria dos atos de comércio), mas sim ao modo pelo qual o agente desenvolve sua atividade.

14 “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva.”. (MANKIWI, 2005, p. 204).

Assim, não importa “quem” está praticando a atividade (fase subjetivista), assim como não interessa saber se o ato praticado está ou não previsto em lei (fase objetiva), mas sim, repita-se, interessa verificar o “modo” pelo qual a atividade é exercida (fase subjetiva moderna, teoria da empresa).

Ora, se a figura do agente econômico, ou seja, da pessoa que explora a atividade, por si só, não é mais relevante para a delimitação do campo de abrangência do Direito Empresarial, não é razoável pretender distinguir as atividades somente pela roupagem jurídica utilizada pelo agente.

Muitas vezes, uma atividade desenvolvida por um produtor rural, não inscrito na Junta Comercial, ou por uma cooperativa, uma fundação, ou ainda, uma associação, é tão ou mais relevante economicamente do que uma atividade desenvolvida por um simples empresário individual ou uma sociedade empresária.

Para ilustrar, basta ver a pujança dos valores movimentados nos grandes clubes de futebol brasileiros, que transacionam cifras bilionárias, recolhem impostos, geram grande número de empregos, isso sem falar na importância das demais atividades proporcionadas pelos produtores rurais, pelas cooperativas e demais pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, não parece correta a decisão que indefere o pleito de recuperação judicial a um dos agentes econômicos citados somente pelo fato da roupagem jurídica utilizada. É como se o juiz estivesse adotando o critério aplicável na idade média (fase subjetiva clássica) para delimitar o campo de aplicação empresarial, pois esta análise se prende à pessoa do agente, e não à atividade realmente executada por ele.

Sendo assim, propõe-se que o juiz, ao se deparar com pedido de recuperação judicial, ou de homologação de plano de recuperação extrajudicial, deve analisar cada um dos elementos que caracterizam a figura do empresário, mas com os olhos mais abertos, atento ao desenvolvimento econômico verificado nos últimos anos, desde o advento da teoria da empresa (1942), até os dias atuais.

Nesse trabalho intelectual a ser realizado, o elemento “atividade econômica” deve ser entendido de forma mais ampla, não apenas no sentido de busca pelo lucro, estritamente falando. Isso porque as fundações e associações, por exemplo, buscam resultados positivos, mas não distribuem esses resultados na forma de dividendos para seus membros.

O lucro, nesse sentido mais técnico e restrito, corresponde ao resultado positivo que é alcançado e compartilhado/distribuído entre os membros da pessoa jurídica, na forma de dividendos. Porém, não é esse o sentido de lucro que deve ser verificado, casuisticamente.

Para o autor deste trabalho, o conceito de “atividade econômica” e de “lucro” deve ser caracterizado como a busca por resultados positivos. Nesse sentido, toda a atividade que atrai e gera um volume expressivo de recursos deve ser entendida como atividade econômica, para efeito de sujeição do agente ao regime jurídico empresarial.

Fora essa questão do que se entende hoje por “atividade econômica”, os demais elementos que compõem o conceito de empresário (art. 966 do CC/02) também estão presentes em atividades desenvolvidas por outros agentes, como produtores rurais, cooperativas, fundações e associações, e sociedades simples.

Isso ocorre porque tais entidades também exploram sua atividade de modo profissional e com organização, não havendo qualquer traço que as diferencie de um empresário comum, registrado na Junta Comercial.

Portanto, a concessão do benefício da recuperação de empresas a outros agentes econômicos, como produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, também passa necessariamente pela análise dos elementos que caracterizam a figura do empresário, nos termos do artigo 966 do Código Civil.

E como a caracterização do empresário depende da análise do modo pelo qual ele exerce sua atividade, o que importa, para a concessão do benefício da recuperação de empresas (recuperação judicial ou extrajudicial), é análise da atividade em si, e não da roupagem jurídica adotada pelo agente.

A própria teoria da empresa, portanto, serve como fundamento para se invocar a concessão do mecanismo da recuperação de empresas a outros agentes econômicos não enquadrados formalmente no conceito de empresário.

5. O TRATAMENTO ISONÔMICO DOS AGENTES PRIVADOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Embora o artigo 1º da Lei 11.101/05 disponha que ela se aplica somente aos empresários, é possível extrair da própria Constituição de 1988 diversos fundamentos jurídicos para se sustentar a legitimidade de outros agentes econômicos privados para o pedido de recuperação judicial ou de homologação do plano de recuperação extrajudicial (BRASIL, 2005).

Em primeiro lugar, verifica-se que não há, no Título VII da CR/88, que trata da Ordem Econômica e Financeira, regra específica que cria um benefício legal, como a recuperação de empresas, a ser usufruído exclusivamente pelos empresários e pelas sociedades empresárias.

Impõe-se, com isso, observar o princípio da isonomia, radicado no *caput* do art. 5º da Constituição, de modo a oferecer o mesmo tratamento jurídico, pelo menos a algumas pessoas jurídicas de direito privado, que se dedicam a atividades de considerável repercussão econômica.

Ressalta-se inclusive que essa proposta de conferir um tratamento uniforme aos agentes privados já era feita por autores brasileiros desde a metade do século passado, como já alertava J. X. Carvalho de Mendonça. Para o autor citado, a “falência” não é um fato econômico exclusivo de uma atividade produtiva, mas de todo aquele que demanda crédito no mercado (MENDONÇA, 1963, p. 123).

Ainda segundo o citado comercialista, “o crédito não é privilégio do comerciante”, senão vejamos:

Injusta é [...] a diferença de tratamento dessas duas qualidades de credores [...] Como fato econômico, a falência não é fenômeno especial de determinada espécie de produção, mais da indústria comercial do que da manufatureira ou agrícola; ela, pondera o professor Rocco, pode verificar-se onde se usa o crédito [...] O crédito não constitui privilégio do comerciante. O

não comerciante recorre hoje frequentemente à especulação, ao crédito e a outras fontes de riqueza. A agricultura, por exemplo, não se pode desenvolver sem crédito, e aí estão diversas leis amparando o crédito agrícola. (MENDONÇA, 1963, p. 122-123).

Assim, se o que justificava a “cisão” do regime de insolvência, no passado, era a proteção do crédito e a confiança do mercado, em relação a atividades econômicas mais expressivas (CASTRO, 2009), hoje esse fundamento não mais se sustenta, pois, hoje, diversos agentes econômicos tomam crédito no mercado, sem qualquer distinção.

Para se ter uma ideia, o STJ, em recente decisão publicada no início de 2020, concedeu recuperação judicial a um produtor rural, inscrito há menos de 2 anos na Junta Comercial, que tinha contraído empréstimo de valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). (BRASIL, 2020).

Outro exemplo muito esclarecedor vem dos valores movimentados pelos tradicionais clubes de futebol brasileiros, que articulam transacionais milionárias, como foi a compra do jogador De Arrascaeta, pelo Clube de Regatas Flamengo, em 2019, pelo valor de R\$ 63,7 milhões de reais. (COM ARRASCAETA..., 2019).

Esses clubes, a sua maioria constituídos sob a forma de associações desportivas, acumulam dívidas extremamente elevadas, na casa dos R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), como é o caso do Cruzeiro Esporte Clube, por exemplo, conforme valores divulgados pela mídia no início deste ano. (DÍVIDA..., 2020).

Dessa forma, compartilha-se da ideia sustentada por Castro (2009, p. 72-74), segundo o qual “[...] não mais se justifica a necessidade de uma proteção especial dada à atual importância da atividade desenvolvida por sociedades não empresárias na economia, cuja insolvência também pode acarretar as mesmas repercussões originadas pelos empresários.”

Ilustre-se este ponto com o exemplo da Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM), que obtiveram recentemente o deferimento do processamento do seu pedido de recuperação judicial perante a 5ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro/RJ, não obstante estarem constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos:

As requerentes são contribuintes tributárias na ordem de quase 9 milhões de reais anuais, geradoras de quase 2 mil postos de trabalho e prestadoras de serviços educacionais a mais de 12 mil alunos (vide item 19 da inicial). Promovem e disseminam o conhecimento, caracterizando-se como autênticos agentes de transformação social. Não se afigura minimamente razoável aplicar dura e friamente a lei em detrimento à importância social e econômica das requerentes, sob pena de sepultar-se uma atividade econômica viável, que atende a anseios sociais. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 2020).

Ademais, o autor citado, Carlos Alberto Farracha de Castro, ainda apresenta outros importantes fundamentos, todos extraídos dos princípios que fundamentam a ordem econômica do país, quais sejam: o princípio da livre-iniciativa, a valorização do trabalho humano, a preservação do crédito e a manutenção das empresas (CASTRO, 2009, p. 76).

De fato, revela-se muito pertinente a menção de tais princípios, pois a aplicação da Lei 11.101/05 a outros agentes econômicos seria mais benéfico aos credores, devido às vanta-

gens proporcionadas pelo instituto da falência em comparação a outros regimes de insolvência, como o concurso de credores.

Da mesma forma, a concessão do benefício da recuperação de empresas a agentes privados como cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, é medida que satisfaz e valoriza o trabalho humano, devido à possibilidade de preservação/manutenção da “atividade”.

E ainda que os credores tenham que suportar um custo com isso, decorrente da aprovação de um plano de recuperação em condições “sacrificantes”, a medida poderia acabar preservando o seu crédito, pois se o devedor tiver a sua insolvência civil ou, conforme o caso, a liquidação decretada, possivelmente não teria ativo suficiente para o cumprimento de suas obrigações.

Assim, pode-se concluir que a Constituição de 1988 oferece diversos fundamentos para sustentar a proposta de unificação do regime de insolvência a todos os agentes privados, pelo menos aqueles que exercem atividades mais expressivas, com profissionalismo e organização.

6. A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA TAREFA DE DELIMITAR O CAMPO DE INCIDÊNCIA DAS NORMAS EMPRESARIAIS

Na primeira seção deste trabalho verificou-se que o Direito Empresarial surgiu, como ramo autônomo da ciência jurídica, no contexto da Idade Média, por volta dos séculos XI e XII, como fruto do reflorescimento comercial verificado no continente europeu, naquele período histórico.

Viu-se, ainda, que o Direito Empresarial surgiu com traços peculiares, na medida em que suas regras foram sendo criadas pelos costumes dos mercadores medievais da época, daí que este ramo veio a ser caracterizado pela presença de regras consuetudinárias, que decorrem do dinamismo das relações comerciais.

Essa característica informa que o Direito Empresarial caminha a passos largos, em velocidade muito superior ao desenvolvimento da legislação de certo e determinado país.

A própria legislação brasileira reconhece, até hoje, esse traço característico do Direito Empresarial, tanto é que a Lei 8.934/94 atribui às Juntas Comerciais a função de promover o assentamento de usos e práticas mercantis, na forma do art. 8º inciso VI, da mencionada lei. (BRASIL, 1994).

Ademais, a jurisprudência brasileira também sempre teve e tem um papel importante na tarefa de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial, a partir dessas características peculiares: o dinamismo e a presença de normas costumeiras.

Por exemplo, durante o tempo em que prevaleceu, no direito brasileiro, a teoria dos atos de comércio (de 1850 a 2002), o âmbito de aplicação do Direito Empresarial era definido em função de alguns atos taxativamente previstos em lei. Naquela época, as atividades que se dedicavam à venda de imóveis, ou à prestação de serviços, dentre outras, não eram conside-

radas formalmente pela lei como “atos comércio”. E se isso tinha alguma razão, no século XIX e durante a primeira metade do século XX, nada justificava a exclusão das atividades imobiliárias e prestação de serviços do rol legal taxativo, principalmente após a segunda metade do século XX, devido à importância que tais atividades alcançaram na economia brasileira.

Com base nesse reconhecimento, a jurisprudência reconheceu que as imobiliárias¹⁵ e as prestadoras de serviços¹⁶ exerciam atividades econômicas e que se sujeitavam ao Direito Comercial, muito antes da adoção formal da teoria da empresa.

Para este autor, as decisões citadas solucionaram corretamente o conflito, pois levaram em consideração o estágio de desenvolvimento do Direito Empresarial, em determinado período, e não se basearam no critério proposto pela vetusta teoria dos atos de comércio, que naquele momento já tinha sido superada em muitos outros países.

Assim, para o autor deste trabalho, o mesmo processo se verifica agora, com a questão de se atribuir o benefício da recuperação judicial ou extrajudicial a outros agentes econômicos, para além dos empresários, pois grande parte dos países já adaptou suas regras para unificar o regime jurídico de insolvência para qualquer tipo de devedor, seja ele civil ou empresário.

Nesse contexto, a jurisprudência já vem realizando papel relevante para a superação de mais um grande “tabu” na legislação brasileira, que se assenta na dicotomia entre devedores civis e empresários. Como se verá adiante, o Poder Judiciário vem reconhecendo a possibilidade de concessão da recuperação judicial a outros agentes econômicos.

6.1 A SITUAÇÃO ESPECÍFICA DOS PRODUTORES RURAIS

O produtor rural é agente econômico sujeito a um regime peculiar, nos termos do art. 961 e 984, ambos do Código Civil, pois ele não está obrigado a promover a inscrição de seus atos constitutivos no registro de empresas, mas se o fizer, será equiparado, para todos os fins, ao empresário ou à sociedade empresária.

O registro, portanto, não é uma “obrigação” imposta ao produtor rural, mas apenas uma faculdade, e se essa opção for eventualmente exercida, ele estará sujeito ao regime jurídico empresarial.

A despeito desse tratamento legal específico, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se deparou com a questão sobre se o produtor rural não inscrito na Junta Comercial faz jus ou não ao benefício da recuperação judicial.

No REsp. 1.193.115/MT, julgado no ano de 2013, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão por maioria de votos, entendeu que o produtor rural não inscrito previamente na Junta Comercial não faz jus ao benefício. Nesse recurso, o STJ se deparou com um caso em que o produtor rural formulou o pedido de recuperação judicial, e somente após o ajuizamento da ação, promoveu seu registro na Junta Comercial.

15 A 1ª Seção do STJ, no de 2000, já tinha decidido que as empresas edificadoras de imóveis estavam sujeitas ao pagamento de COFINS, porque praticavam negócios jurídicos de natureza mercantil, constituindo fato gerador para a incidência do tributo. (BRASIL, 2002).

16 A 1ª Turma do STJ, no ano de 2005, entendeu que a prestadora de serviço exercia atividade tipicamente comercial e por isso estava sujeita ao pagamento dos tributos. (BRASIL, 2005a).

Porém, a 3ª Turma, por maioria de votos, entendeu que o produtor rural não inscrito na Junta Comercial não está equiparado ao empresário, e por isso não lhe concedeu o benefício da recuperação judicial¹⁷.

O voto vencido neste acórdão foi o da lavra da ministra Nancy Andrigui, a qual expôs seus argumentos para defender a possibilidade de recuperação judicial ao produtor rural postulante. No caso, este produtor defendia que a prova da sua prévia inscrição, na qualidade de contribuinte, na Secretaria da Fazenda do Estado seria suficiente para que ele pudesse usufruir da benesse legal.

A ministra, por sua vez, trouxe pelo vários argumentos para justificar a concessão da recuperação judicial, mas o que interessa para este trabalho foi o seguinte:

v) o foco do aplicador do direito, no que se refere à questão discutida, deve estar voltada ao atendimento precípua das finalidades a que se destina a Lei 11.101/05 (art. 47), que é o de permitir a preservação de “atividades econômicas” viáveis, na forma do artigo 47 da LRE. (BRASIL, 2013)

Para este autor, o argumento apresentado pela ministra Nancy Andrigui é o principal, pois o grande objetivo do instituto da recuperação de empresas é proporcionar o soerguimento de “atividades econômicas viáveis”. Ou seja, não se trata de instituto criado para beneficiar certos e determinados agentes, em detrimento dos outros, isso pelo menos com base em uma leitura da questão à luz dos princípios constitucionais, como o da isonomia, e de outros princípios que fundamentam a ordem econômica, como o da livre-iniciativa, o da valorização do trabalho humano, o da proteção do crédito e o da preservação das atividades econômicas viáveis.

Porém, como visto, o voto da ministra foi vencido naquele caso.

Posteriormente, no ano de 2017, a questão foi suscitada novamente perante o STJ, em uma tentativa de submeter a matéria à sistemática dos recursos repetitivos, como se depreende da ProAfR no REsp 1.684.994/MT, decidida pela 2ª Seção do STJ. Contudo, este órgão fracionário entendeu que esta questão jurídica não poderia ser submetida à sistemática dos recursos repetitivos, por faltar precedentes sobre a matéria no âmbito do próprio STJ. (BRASIL, 2017).

Já mais recentemente, o STJ voltou a decidir outro caso que tratava de pedido de recuperação judicial por produtor rural. O caso foi decidido no final de 2019 e publicado em fevereiro de 2020, desta vez pela 4ª Turma do STJ, no REsp 1.800.032/MT, de relatoria do Min. Marco Buzzi.

Ao se examinar a ementa do acórdão, verifica-se que o STJ entendeu que o registro do produtor rural, por ser uma faculdade, opera efeitos retroativos (*ex tunc*), enquanto o do empresário comum, por ser uma obrigação, projeta seus efeitos para o futuro – “*ex nunc*” (BRASIL, 2020).

No caso, a 4ª Turma entendeu que um produtor de algodão, do Estado do Mato Grosso, poderia se valer do benefício da recuperação judicial, pois ele se inscreveu no Registro Público de Empresas antes do ajuizamento da recuperação judicial, sendo que o prazo de dois anos, exigido pelo caput do art. 48 da Lei 11.101/05, leva em conta o tempo de exercício da atividade, e não o tempo em que o produtor está registrado na Junta Comercial.

17 A ementa do julgado deixa bem claro qual foi a posição adotada pela 3ª Turma: “O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento.”. (BRASIL, 2013).

Porém, no entendimento do autor deste artigo, o STJ ainda continua preso a uma exigência burocrática, que impõe a prévia inscrição do produtor rural no registro empresarial, como condição para o exercício de direitos “em tese” conferidos somente aos empresários.

Porém, o foco de análise, como bem pontuado pela Ministra Nancy Andrigui no REsp. 1.193.115/MT, é outro. O exame do magistrado deve se ater ao “modo” pelo qual a atividade econômica é exercida, e não à roupagem ou ao *status* jurídico do agente.

Assim, não faz sentido exigir a prévia inscrição do produtor rural no registro empresarial, especialmente quando esse registro é realizado na véspera do ajuizamento da recuperação judicial. Nesse ponto, o STJ ainda parece estar vinculado ao critério subjetivo clássico de delimitação do campo de incidência do direito empresarial, vigente na Idade Média, que determinava a aplicação das regras mercantis somente àqueles que estivessem inscritos em corporações de ofício.

6.2 O CASO UCAM: UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

Finalmente, o presente trabalho se debruça na análise de decisão recente, proferida pelo juízo da 5ª vara empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo do nº 0093754-90.2020.8.19.0001, que deferiu processamento da recuperação judicial à Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI), a mais antiga instituição de ensino privado do país, fundada em 1902, e à Universidade Cândido Mendes (UCAM), em consolidação processual.

Referida decisão foi proferida no contexto da pandemia do COVID-19, que atingiu os quatro cantos do mundo, criando situação de grave crise econômica decorrente das políticas de imposição de regras de isolamento social. E como não poderia ser diferente, a crise provocada pelo novo coronavírus atingiu em cheio as atividades das autoras do pedido de recuperação judicial, que são instituições de ensino superior tradicionais no Brasil.

Assim, pelo que consta da sentença que deferiu o processamento da medida de soerguimento, as autoras mergulharam em grave crise econômica, ao contabilizarem dívidas de aproximadamente R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Ao se analisar os fundamentos utilizados pelo juízo recuperacional, verificou-se que o primeiro argumento invocado foi o artigo 8º do CPC, segundo o qual, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, “[...] atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (RIO DE JANEIRO, 2020).

Como segundo argumento, o juízo da 5ª Vara Empresarial consignou que a Lei 11.101/05, quando pretendeu excluir expressamente alguns devedores do seu âmbito de incidência, o fez expressamente, como prevê a já citada regra do artigo 2º (BRASIL, 2005).

Porém, o argumento mais sólido e convincente foi o terceiro fundamento invocado pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, que destacou a necessidade de interpretação sistemática dos artigos 1º e 2º com o princípio insculpido no artigo 47 da Lei 11.101/05:

É fundamental, ademais, cotejar a interpretação de tais normas (arts. 1º e 2º) com o princípio insculpido no art. 47 da LRF, o da preservação da empresa, que considera não a natureza formal da pessoa jurídica, mas a sua função econômica e social enquanto fonte produtora de riquezas. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 2).

O interessante é que este terceiro argumento foi desenvolvido a partir de premissas que foram apresentadas no decorrer deste trabalho, especialmente aquela ancorada no pressuposto de que o âmbito de aplicação do Direito Empresarial, a partir da teoria da empresa, é definido em função do “modo” pelo qual a atividade econômica é exercida:

[...] Daí que deve prevalecer o entendimento de que a feição empresarial da pessoa jurídica não fica adstrita à mera natureza jurídica do agente econômico. A atividade da ASBI pode não estar formalmente enquadrada como empresarial, mas trata-se, sem dúvida, de atividade que se adequa à definição do art. 47 da LRF. A vida comercial flutua nas águas das transformações sócio-econômicas, adaptando-se aos tempos. [...] O busílis não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade. Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes - ASBI – se apresente como associação civil, de fato, ela substancialmente desempenha verdadeira atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, pois realiza atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social. O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa, que se concentra não no tipo de ato mercantil praticado, mas no modo pelo qual a atividade econômica é exercida. [...] (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 3).

Daí em diante o juízo da 5ª Vara Empresarial começou a analisar, passo a passo, se as autoras do processo preenchiam os requisitos delineados pelo art. 966 do Código Civil, que caracterizam a figura do empresário, no Direito brasileiro. Ao empreender esta análise, o juízo recuperacional se convenceu de que o termo “atividade econômica” significa muito mais do que simplesmente a busca por resultados positivos, e a distribuição dos dividendos para os membros e associados.

Como bem pontuado pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial: “A aplicação do resultado nos fins da própria associação concretiza o conceito de agente econômico, justificando o seu enquadramento fático como sociedade empresária.”. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 4).

Enfim, boa parte dos fundamentos utilizados na sentença deste caso emblemático servem de apoio para a defesa da proposta apresentada neste texto acadêmico. De qualquer forma, o fato é que a decisão proferida pela 5ª vara empresarial não transitou em julgado, pois houve recurso contra ela, interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Assim, em breve o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) terá a oportunidade de decidir esta controvertida questão.

7. EM DEFESA DE UMA NOVA AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL, NO CONTEXTO DA CRISE GERADA PELO COVID-19

Na primeira seção deste trabalho verificou-se que o campo de aplicação das normas empresariais se ampliou justamente em períodos históricos conturbados, geradores de graves crises políticas, econômicas e sociais. Foi assim na Revolução Francesa, cujos ideais igualitários levaram à extinção do sistema corporativista, o que pôs fim ao sistema corporativista e oligopolizado da idade média, e permitiu que outros agentes econômicos pudessem se valer do regime empresarial, como fonte reguladora de suas relações e situações jurídicas.

Da mesma forma, a teoria da empresa, adotada na Itália no contexto da segunda grande guerra, também contribuiu para a ampliação do campo de abrangência do direito empresarial, ao apresentar um critério muito mais flexível de enquadramento de atividades que passaram a ser consideradas empresárias em razão do modo pelas quais elas são desenvolvidas.

Assim, a abertura do campo de aplicação do Direito Empresarial, nos momentos históricos mais críticos da humanidade, se justifica pela necessidade que os agentes econômicos têm de encontrar mecanismos legais mais eficientes de encerramento da sua atividade (falência) ou de superação do quadro de crise econômica (recuperação de empresas).

Ora, no contexto da Revolução Francesa, a burguesia incipiente reclamava um tratamento mais igualitário, com a defesa da extinção dos privilégios de classe. Por sua vez, a grave crise econômica deflagrada pela segunda-guerra mundial gerou a falência de muitas atividades, por isso houve a necessidade de se ampliar o raio de aplicação do Direito Empresarial, para alcançar aqueles que estavam à margem deste ramo jurídico.

Agora, a grave crise econômica instaurada pela pandemia do novo coronavírus instaura outro período histórico de profunda crise econômica, de proporções tão ou até mais impactantes do que aquelas geradas em 1914-1918, devido ao nível de conexão e interdependência que vincula as principais economias mundiais.

No atual cenário, os noticiários, a todo momento, informam a ocorrência de pedidos de falência ou de benefícios similares à recuperação judicial, no Brasil e no mundo, como ocorreu recentemente com a companhia aérea LATAM, nos E.U.A, que tenta reestruturar dívidas que alcançam cerca de US\$ 18 bilhões de dólares. (RIZÉRIO, 2020).

Ademais, recentemente o Governo Federal divulgou que mais de 7 mil empresas estão em recuperação judicial, no Brasil, em decorrência da crise gerada pelo COVID-19 (NADER, 2020), sendo que os meios de comunicação em geral estão fazendo verdadeiro alarde, com a projeção de que os pedidos de recuperação e falência baterão recordes históricos.

Diante desse quadro de crise, defende-se neste trabalho a necessidade de concessão do benefício de recuperação de empresas aos agentes econômicos não caracterizados formalmente como empresários, que desempenham atividades de grande repercussão econômica e que realizam importante função social, como foi o caso da UCAM, por exemplo, cuja recuperação judicial foi recentemente deferida pelo juízo da 5ª vara empresarial do Rio de Janeiro.

Nesse grupo também se incluem produtores rurais, ainda que não inscritos no registro empresarial, algumas fundações e associações privadas que se dedicam a atividades econo-

micamente expressivas, de relevante função social, como os clubes de futebol constituídos sob a forma de associações desportivas (clubes), assim como outras sociedades simples, que também foram diretamente afetadas pela crise do COVID-19.

O interessante é que a referida proposta está amparada por diversos fundamentos, como demonstrado neste trabalho, que se estruturam em torno de uma adequada compreensão dos elementos que caracterizam uma atividade econômica, à luz da teoria da empresa, tudo com base em uma leitura constitucionalizada do instituto da recuperação judicial e extrajudicial, a partir dos princípios da isonomia, livre-iniciativa, o valor social do trabalho, a proteção do crédito, a função social e a preservação das empresas.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que existem diversos fundamentos que permitem estender o benefício da recuperação judicial e extrajudicial a alguns agentes econômicos não caracterizados formalmente como empresários, mas que desempenham atividades extremamente importantes para a economia, como produtores rurais, cooperativas, fundações, associações e sociedades simples.

A própria teoria da empresa, como visto ao longo do texto, oferece toda a base para sustentar esta possibilidade, uma vez que tais agentes econômicos, ou pelo menos grande parte deles, exerce atividade econômica, com profissionalismo e organização, que se volta à produção ou circulação de serviços ao mercado.

Também não se pode esquecer que a Constituição da República de 1988 não estabelece distinção que justifique a concessão de um benefício legal a ser usufruído tão somente pelos empresários, de modo que a exclusão dos demais agentes privados do instituto da recuperação de empresas, previstos na Lei 11.101/05, contraria o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CR/88.

Além disso, verificou-se que a concessão da recuperação judicial ou extrajudicial aos demais agentes privados é providência que se harmoniza com os princípios que norteiam a ordem econômica, como a livre-iniciativa e o valor social do trabalho.

Finalmente, também é preciso considerar que a crise econômica gerada pelo coronavírus é outro fato importantíssimo, que também deve ser considerado para se avaliar a possibilidade de extensão do benefício da recuperação a outros agentes privados.

Não por acaso, foi justamente em períodos históricos conturbados, marcados por instabilidade econômica, política e social, que surgiram novos critérios de delimitação do campo de incidência das normas do Direito Empresarial, como ocorreu em 1789 e em 1942, por isso o contexto é oportuno para estender os mecanismos jurídicos de soerguimento a outros agentes privados, também merecedores de tutela.

REFERÊNCIAS

- BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/imprensa.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a Recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção). *REsp 110.962/MG*, Relator: Min. Milton Luiz Pereira, 12 de agosto de 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900952251&dt_publicacao=12/08/2002. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). *ProAfR no REsp 1.684.994*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701761378&dt_publicacao=05/12/2017. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Turma). *REsp 777.074/MG*, Relator: Min. José Delgado, 17 de novembro de 2005a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501420864&dt_publicacao=05/12/2005. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). *REsp 1.193.115/MT*, Relatora: Min. Nancy Andrigui, 20 de agosto de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000837244&dt_publicacao=07/10/2013. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). *REsp 1.800.032/MT*, Relator: Min. Marco Buzzi, Julgado em 05.11.2019, DJe 10.02.2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900504985&dt_publicacao=10/02/2020. Acesso em: 5 jun. 2020.
- CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do Direito Falimentar: à luz da lei de recuperação judicial e extrajudicial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- COM ARRASCAETA, Flamengo faz maior contratação da história do futebol brasileiro; veja top-10. *Globo Esporte*, 8 jan. 2019. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/com-arrascaeta-flamengo-faz-maior-contratacao-da-historia-do-futebol-brasileiro-veja-top-10.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2020.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.
- DÍVIDA do cruzeiro sobe para R\$ 800 milhões, e Conselho Gestor tenta reduzir custos. *Super Esportes*, 10 jan. 2020. Disponível em: https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/cruzeiro/2020/01/10/noticia_cruzeiro_3829463/divida-do-cruzeiro-sobe-para-r-800-milhoes-conselho-tenta-reduzir.shtml. Acesso em: 1 jun. 2020.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Comentários [...]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa, empresários e sociedades*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

MENDONÇA, J. X. C. de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

NADER, Danielle. Mais de sete mil empresas estão em recuperação judicial no país. *Contabeis*, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/43209/mais-de-7-mil-empresas-estao-em-recuperacao-judicial-no-pais/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001 – Recuperação Judicial de Associação Sociedade Brasileira de Instrução, Instituto Candido Mendes e Soplantel Planejamento e Assistência Técnica Especializada S/A – Relação De Credores Consolidada do Art. 7, §2º da Lei nº 11.101/2005. 5ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro/RJ. *PJERJ*, Rio de Janeiro, 2020.

RIZÉRIO, Lara. Recuperação judicial da Latam nos EUA: o que representa para o setor e o que esperar para Gol e Azul? *InfoMoney*, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/recuperacao-judicial-da-latam-nos-eua-o-que-representa-para-o-setor-e-o-que-esperar-para-gol-e-azul/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

ROCHA FILHO, José Maria; ROCHA, Gustavo Ribeiro. *Curso de Direito Comercial*. Teoria Geral da Empresa, Direito Societário e Títulos de Crédito. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Insolvência Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WALD, Arnold. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 05/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/06/2020
- Avaliação 1: 27/07/2020
- Avaliação 2: 16/08/2020
- Decisão editorial preliminar: 01/09/2020
- Retorno rodada de correções: 27/09/2020
- Decisão editorial/aprovado: 02/08/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2