

Recuperação judicial e atividade não empresária

1. Introdução

Entre tantos pontos que têm sido discutidos habitualmente, este é um tema que, embora não tão atual, permanece extremamente controvertido, com grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Em uma perspectiva histórica, se verifica que Bento de Faria¹ dissecou quais eram os países que faziam o uso da distinção entre empresários e não empresários. Este é um critério atualmente adotado para separar quem tem acesso aos procedimentos de recuperação e de falência em contraposição ao sistema de insolvência². Os relatos indicam uma divisão entre três modelos: anglo-saxônico, germânico e francês.

Os modelos anglo-saxônico e germânico possuem caráter ampliativo, por não distinguir, para estes fins, as atividades como empresárias ou não empresárias, ao passo que o modelo francês é restritivo por fazer a mencionada distinção, sendo que neste a falência e a concordata são institutos exclusivamente mercantis³. O Brasil, tributário do modelo francês, segue uma corrente que à época já era minoritária, uma vez que não eram tantos países da cultura ocidental que faziam essa distinção entre comerciantes e não comerciantes.

Muito embora o modelo francês tenha sido abandonado pela maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive pela França⁴, nosso país segue utilizando tal modelo restritivo. Nos Estados Unidos, de tradição diversa, por exemplo, o Chapter 11 (*Bankruptcy Code*) admite a aplicação para todos os negócios, incluindo pessoas físicas⁵. O Brasil remanesce numa tradição que faz muito pouco sentido, não parece natural e historicamente, nas mais variadas legislações⁶, não tem sido tradicional.

São muitos os reflexos que resultam da distinção entre empresários e não empresários. No entanto, o que se tem observado, a partir de casos de ampla repercussão, é um importante movimento por parte da doutrina e também da jurisprudência em admitir os mecanismos de reestruturação, previstos na lei 11.101/05, para atividades que, originalmente, não se enquadravam como

¹ FARIA, Bento de. **Direito Comercial IV: falência e concordatas**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., 1947, t. 1, p. 27-33.

² O critério de dicotomia entre empresários e não empresários também leva a outros efeitos, como algumas distinções tributárias e no campo do direito das obrigações, assuntos que não são objeto de análise neste texto.

³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 3. ed. Vol. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. pp. 123/124.

⁴ O que pode ser vislumbrado no Art. L631-2, do *Code de Commerce* francês: “La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé.”

⁵ Conforme se observa nas disposições do *Chapter 1, General Provisions* (§§ 101 – 112), Title 11 - *Bankruptcy*.

⁶ Nesse sentido, verifica-se em países como Alemanha, Argentina, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Índia, Inglaterra, Itália, México, Portugal e Rússia.

empresárias ou que possuem registro como atividade empresária há menos de dois anos⁷. Nesse sentido, merecem destaque a recuperação judicial de produtores rurais⁸, de cooperativas⁹ e também de associações, tal como da AELBRA (mantenedora da ULBRA) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM)¹⁰.

2. Recuperação Judicial como instrumento de solução da crise

Acredita-se que o plano de fundo dessa questão está na noção de que a recuperação judicial seria uma espécie de "*favor legal*". Embora essa expressão já fosse usada em leis brasileiras anteriores, como por exemplo o decreto 5.746/19¹¹, e se tenha o Brasil como um grande reduto na restrição de legitimação subjetiva para concordatas, hoje recuperação judicial, o fato é que ocorreu um aguçamento dessa ideia justamente com o decreto-lei 7.661/45. Neste decreto-lei, verifica-se efetivamente a ideia de um "*favor legal*", de um benefício que era concedido ao devedor comerciante, porque a lei, naquela oportunidade, por razões muito particulares, colocou o poder da concordata nas mãos do juiz¹². Credores foram afastados do poder de decisão e, portanto, surgiu aquilo que a doutrina denominou de "*concordata-sentença*". Credores foram alijados de deliberações e o procedimento era tratado como um pedido do devedor que o juiz acolhia com grandes restrições. Já que era um favor legal, naquela

⁷ Além da controvérsia já existente em razão da dicotomia, outra discussão se insere. Parte da doutrina e da jurisprudência compreendeu que a redação do art. 48 da lei 11.101/2005 exigia que a atividade fosse registrada e empresária há dois anos. Esta posição mais restritiva está em franco declínio. Com efeito, o art. 48 diz que pode postular recuperação judicial "o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos", sem mencionar que o registro tenha que existir há dois anos (o Art. 51, V, exige apenas a existência do registro) e também sem mencionar que a atividade precisa estar caracterizada como empresária há dois anos (o Art. 1º apenas indica que a lei será aplicável a empresários ou sociedades empresárias, sem fixar prazo para tal). Erasmo Valladão esclarece que a lei criou diversos pequenos incentivos para que se faça o registro, devendo ser considerado o indicativo de registro como um estímulo neste sentido (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. A sociedade em comum: uma mal compreendida inovação do Código Civil 2002. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**: São Paulo, v. 52, n. ja ago. 2013, p. 32-61). Ademais, o prazo de 2 anos de exercício de atividade (que também não é comum nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que normalmente não fixam qualquer prazo para que se possa pedir recuperação judicial) tem a finalidade de evitar pedidos de recuperação judicial de atividades que enfrentem crise semanas ou poucos meses após o seu início, fundado na ideia de que negócios em estágio inicial naturalmente possuem maior risco de insucesso (assim aponta estudo estatístico desenvolvido pelo SEBRAE, disponível em: https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/SP/Pesquisas/10_anos_mortalidade_relatorio_completo.pdf).

⁸ Sobre recuperação judicial de produtor rural ver mais em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/299468/recuperacao-judicial-do-produtor-rural>

⁹ No que se refere a possibilidade de recuperação judicial de cooperativas: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320592/as-cooperativas-e-o-instituto-da-recuperacao%20judicialo>

¹⁰ Importante pontuar a distinção entre o caso envolvendo a Recuperação Judicial do Instituto Cândido Mendes e a Recuperação Judicial da AELBRA (mantenedora da ULBRA). No segundo caso houve a transformação da associação para sociedade anônima, através da realização de registro antes da propositura do pedido. Sobre o tema envolvendo a Recuperação Judicial da AELBRA: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317131/recuperacao-judicial-da-aelbra-caso-ulbra>

¹¹ Conforme art. 149, §2º, 2º do decreto 5.746/1929.

¹² Para aprofundar: ESTEVEZ, André Fernandes. A assembleia-geral de credores no Direito brasileiro: razões para a criação da concordata-sentença no decreto-lei n.º 7661/1945. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 20, p. 11-24, 2014. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfol20.pdf>

época ampliaram as restrições subjetivas, indicando, por exemplo, a necessidade de prazo mínimo de 5 anos entre um procedimento recuperatório e outro¹³, que atualmente nós temos, mas era algo já previsto naquele decreto, 7.661/1945, e que justamente foi um alargamento dos prazos e das regras anteriores porque antes não existia essa concepção de forma marcada.

O modelo que existiu no Brasil, com exceção do Decreto de 1945, foi o da concordata como grande acordo entre credores e devedor, similar em diversos aspectos ao modelo criado no Império romano, e da mesma forma nos mais variados países, salvo um ou outro exemplo, como uma lei do século XIX na Itália¹⁴, que gerou a nada habitual restrição do modelo denominado "*concordata-sentença*".

Quando se retorna ao modelo concordatário tradicional, depois de 60 anos distante da tradição de acordo entre credores e devedor, retoma-se na figura de instrumento para a solução da crise da empresa, com a concepção de preservação da atividade¹⁵ como mecanismo de preservação de valores¹⁶, em benefício dos próprios credores. Assim, as alterações advindas da lei 11.101/05 modificaram a lógica implementada pelo decreto-lei 7.661/45, ao passo que o poder de decisão volta para os credores. Com efeito, a nova lei acaba por retomar a tradição, estabelecendo através do Plano de Recuperação Judicial e da Assembleia Geral de Credores sistemáticas para a realização de um acordo entre credores e devedor¹⁷ e, portanto, fornecendo mecanismos para a solução da crise e equalização do passivo.

A corrente que sustenta a manutenção do modelo restritivo e, conseqüentemente, a impossibilidade do aumento da legitimação subjetiva para procedimentos recuperatórios, utiliza-se fundamentalmente de argumentos baseados na ótica de se

¹³ Estendido para 5 anos o prazo entre procedimentos concordatários apenas nas Leis de 1929, 1945 e 2005. Leis anteriores não fixavam prazo ou limitavam em até 3 anos.

¹⁴ No *Codice Di Commercio* de 1882 não existia a concordata preventiva, mas um sistema de "moratória" com regras similares à concordata-sentença.

¹⁵ Observe-se que a preservação é da atividade, não do sócio ou administrador. A lei prevê mecanismos para evitar possíveis ilícitos danosos à atividade empresária, inclusive com possibilidade de afastamento de administradores (Art. 64 da lei 11.101/2005).

¹⁶No mesmo sentido são os estudos do Banco Mundial dos anos 90 (reeditados em 2016), disponível em <http://pubdocs.worldbank.org/en/919511468425523509/ICR-Principles-Insolvency-Creditor-Debtor-Regimes-2016.pdf>; Além disso, observa-se que para Deborah Kirschbaum "é possível identificar o "valor" de uma determinada relação contratual com o montante relativo às prestações objeto do contrato, mas essa representação é muitas vezes infrutífera ao se pretender explicitar a relação entre o contrato e o valor da empresa e, em última análise, justificar a existência desta. Mais representativa da realidade econômica da empresa é a percepção quanto à correlação entre valores dos elementos patrimoniais, e que a base para determinação do valor de um ativo é função de sua capacidade de geração de riqueza futura. Daí a sabedoria convencional segundo a qual a empresa vale mais em funcionamento do que liquidada em frações de ativos desagregados. A diferença entre as perspectivas corresponde no campo da avaliação de empresas, grosso modo, à distinção entre a avaliação pelo custo dos ativos e uma metodologia que considere o desempenho futuro esperado". (KIRSCHBAUM, Deborah. Cláusula resolutiva expressa por insolvência nos contratos empresariais: uma análise econômico-jurídica. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, jan. 2006, p. 40); Ainda, para Francisco Satiro, em parecer sobre o Caso Terra Forte (processo número 1001471-18.2019.8.26.0568), antes existia a concordada como um favor legal e atualmente (através do instituto da recuperação judicial) um instrumento para a preservação da empresa.

¹⁷ Observada a possibilidade de aprovação de plano de recuperação judicial sem Assembleia Geral de Credores, como ocorre na inexistência de objeções.

tratar de benefício legal¹⁸ com prejuízo aos credores¹⁹. Contudo, seguir tal posição significa ignorar os fundamentos teóricos e a mudança de paradigma operada pela lei 11.101/05 que, através do instituto da recuperação judicial, tem como objetivo principal o saneamento da crise econômico-financeira, mediante a reorganização da atividade, manutenção da empresa e preservação de sua função social (art. 47 da LREF), estando sua efetividade vinculada, essencialmente, a um acordo entre credores e devedor.

3. Principais aspectos jurídicos do problema na lei 11.101/05

A possibilidade de ampliar a legitimação para procedimentos recuperatórios, depende, principalmente, da forma interpretativa de dois artigos da lei 11.101/05. Veja-se que o art. 1º da referida lei prevê que “esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”. Ademais, o art. 48 dispõe que: “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos”.

Dentro desta perspectiva, a partir de uma leitura conjunta de tais artigos, alguns autores defendem que a atividade regular depende da comprovação do registro de atividade empresária por no mínimo dois anos. Contudo, não parece ser essa a correta interpretação. Erasmo Valladão²⁰ esclarece que a atividade empresária não decorre do registro, embora a lei disponha sobre incentivos dados para que se queira o registro. Isto é, existem estímulos legais para o registro como, por exemplo, a utilização dos livros contábeis como instrumento de prova²¹, possibilidade de pedir recuperação judicial. Em síntese, “no intuito de fazer com que as sociedades, sobretudo as empresárias, se registrem, a lei prevê uma série de sanções indiretas para que isso venha a ocorrer”²².

Embora se reconheça a existência de estímulos legais para o registro, não se trata de requisito previsto no art. 48 da lei 11.101/05. Para fins de elucidação da discussão,

¹⁸ Há outros argumentos que consideram a natureza do registro (declaratória ou constitutiva), o eventual regime jurídico da época da contratação, com possível efeito surpresa ao credor, entre outros aspectos. Cada um destes argumentos enfrenta contra-argumentos extremamente importantes e que não serão analisados aqui em razão da delimitação deste texto.

¹⁹ Este tipo de observação ocorre, por exemplo, no texto de Haroldo Verçosa e Rachel Sztajn ao considerar que: “Essa tese terraplanista procura justificar o favorecimento dos que atuam no agronegócio sem a condição formal de empresário rural, fruto da autonomia privada, no momento em que o navio ameaça soçobrar pela vinda de uma recuperação judicial, chegando-lhes a água pelos joelhos. Daí eles se jogam no barco salva-vidas, que havia sido previsto tão somente para os passageiros empresários, como previsto na legislação especial”. O desenho dado parece permitir uma visão em que se escolhe entre o adimplemento ou a recuperação judicial, enquanto que a ausência de mecanismos não levará a outro efeito (<https://www.migalhas.com.br/depeso/299473/os-terraplanistas-do-direito-mercantil>).

²⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

²¹ Mesmo que a prova seja auxiliar e não definitiva, podendo contribuir para demonstrar o adimplemento de obrigações.

²² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 144.

observam-se os argumentos contrários à recuperação judicial do produtor rural, quando reconhecida a atividade regular, mesmo que o registro tenha ocorrido em período inferior aos dois anos. Nesse sentido, conforme já defendido por Haroldo Verçosa e Rachel Sztajn²³: “o credor (especialmente Instituições Bancárias) ao conceder o crédito não considera a possibilidade do devedor requerer pedido de recuperação judicial e, portanto, apesar de ser uma atividade equiparada a empresária, que seja aplicado como um direito adquirido, o regime anterior de insolvência”. No entanto, seguindo a próxima etapa deste raciocínio, observa-se que se eventualmente a atividade sofrer derrocada, estaremos diante de dois regimes distintos e simultâneos: a) créditos anteriores ao registro seriam submetidos ao regime de insolvência; b) créditos posteriores estariam submetidos ao regime de falência.

Dentro da lógica atual não se imagina como possível que ao mesmo tempo tenhamos dois concursos universais de credores sobre o mesmo patrimônio e, portanto, o raciocínio é apenas impossível²⁴.

Veja-se que isso não significa que a tese dependa apenas do que está previsto na lei 11.101/05, embora pareça muito clara e autorizativa para o pedido de recuperação judicial de atividades recentemente empresárias ou registradas. Este argumento apenas serve como norte para indicar porque todos os demais argumentos restritivos estariam impedidos por ofensa à congruência de sistemas concursais.

Diga-se de passagem, o mesmo nexos do produtor rural pode ser utilizado no caso da AELBRA, (mantenedora da ULBRA), que exerceu por 40 anos atividade como associação e depois, à véspera da recuperação, se transformou em sociedade anônima para propor a recuperação judicial. Não parece possível a dissociação dos modelos e dos seus fundamentos.

4. Considerações finais

Em decorrência da pandemia, alguns especialistas preveem que 2020 será o pior ano em décadas do ponto de vista econômico²⁵ ressaltando para o grande número de pedidos de falência em cascata. O medo da enxurrada de casos de insolvências e do desemprego em massa, decorrentes das medidas impostas para conter o contágio do novo coronavírus, estão entre as principais razões pelas quais os governos europeus estão subsidiando empresas em larga escala. Conforme prometeu Peter Altmaier, ministro da Economia da Alemanha, “nenhuma empresa saudável deve falir por causa da pandemia”, quando anunciou a criação de linhas de crédito estendidas,

²³ Artigo disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/299473/os-terraplanistas-do-direito-mercantil>

²⁴ Nesse sentido, para Francisco Satiro “ambos os casos me parecem completamente equivocados, mormente por criarem duas esferas obrigacionais e patrimoniais em uma mesma pessoa, o que é inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro”, conforme constou no parecer sobre o Caso Terra Forte (processo número 1001471-18.2019.8.26.0568).

²⁵ Neste momento, há estudos que indicam projeção de queda de PIB em aproximadamente 8% e que o prejuízo econômico será superior à crise de 1929. O contexto indica que existe forte convulsão de uma série de atividades, com sérios impactos sociais.

garantias de liquidez e subsídios para empresas em 750 bilhões de euros. No final de março, o governo alemão suspendeu a obrigação das empresas insolventes de declarar falência até o final de setembro (e talvez até março de 2021) - desde que pudessem provar que seus problemas foram causados pela covid-19. A França, a Espanha e outros países europeus introduziram isenções similares. Contudo, tanto na perspectiva europeia como na americana, já é esperado que o socorro financeiro não será capaz de salvar todos os negócios, especialmente os menores, de forma que apontam como meio de solução a reestruturação empresarial²⁶.

No Brasil, a perspectiva é ainda mais preocupante. Muito embora tenham sido apresentadas e votadas diversas medidas de caráter emergencial para o enfrentamento da crise²⁷, em destaque o PL 1.397/20²⁸, o qual prevê um sistema de *prevenção da insolvência* a ser aplicado aos agentes econômicos²⁹, o fato é que até o momento nenhuma dessas medidas restou aprovada. Ademais, a atual redação do PL 1.397/20 indica que o sistema de prevenção à insolvência poderá ser utilizado para atividades não empresárias. Mas ainda se mantém a dicotomia para atribuir-se, formalmente, mecanismos de recuperação judicial e extrajudicial apenas para empresários e sociedades empresárias. Assim, a reestruturação, através da recuperação judicial, é com toda a certeza de grande valia para evitar a enxurrada de quebras, embora mereça importantes ajustes.

No que diz respeito especificamente às atividades não empresárias, não obstante a necessidade de modificação da lei 11.101/05, a fim de ampliar a abrangência dos legitimados para procedimentos recuperatórios e falimentares, é possível, conforme já exposto, a utilização do Instituto recuperacional por atividades que, pelo menos originalmente, não eram registradas como empresárias, embora se verifique uma controvérsia muito grande, tanto doutrinária como jurisprudencial. As dificuldades apontadas para não aplicação da reorganização de cooperativas, associações, fundações, produtores rurais não registrados são desnecessárias. Deve-se aproveitar o momento de discussões legislativas como uma oportunidade para quebrar uma tradição que não faz nenhum sentido seguirmos.

***André Fernandes Estevez** é professor adjunto de Direito Empresarial na PUC/RS. Doutor em Direito Comercial pela USP. Sócio do escritório **Estevez Advogados**.

²⁶ Nesse sentido: <https://www.economist.com/business/2020/05/16/a-wave-of-bankruptcies-is-coming-in-europe> e <https://www.economist.com/business/2020/05/16/america-inc-faces-a-wave-of-bankruptcies>.

²⁷ Sobre a análise dos principais ajustes e regimes propostos para enfrentamento da crise: SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência**. Buqui: Porto Alegre, 2020.

²⁸ O PL 1397/2020 está atualmente aguardando apreciação pelo Senado Federal.

²⁹ De acordo com a previsão do art. 2º, 1º do PL 1397/20 “considera-se agente econômico a pessoa jurídica de direito privado, o empresário individual, o produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente suas atividades”.

***Caroline Pastro Klóss** é mestranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Sócia do escritório **Estevez Advogados**.