

**O VIÉS PRAGMATISTA DO DIREITO COMERCIAL: UM ESTUDO DE
PRECEDENTES ENVOLVENDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E A
RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS
LUCRATIVOS**

*THE PRAGMATIST BIAS OF CORPORATE LAW: A STUDY OF PRECEDENTS
INVOLVING JUDICIAL REORGANIZATION AND EXTRAJUDICIAL
REORGANIZATION OF NON-PROFIT ASSOCIATIONS*

*EL SESGO PRAGMATISTA DEL DERECHO MERCANTIL: ESTUDIO DE
ANTECEDENTES DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL Y REORGANIZACIÓN
EXTRAJUDICIAL DE ASOCIACIONES SIN FINES DE LUCRO*

Ivana Harter Albuquerque¹

RESUMO

Este artigo tem por objeto a análise das principais características do Direito Comercial e sua correlação com o método pragmatista. Para tanto, o trabalho analisa a ação dos tribunais em matéria comercial, notadamente no que se refere a casos de recuperação judicial de associações sem fins lucrativos. É que, nos termos da lei aplicável (Lei nº 11.101/2005), por não possuírem a qualificação de empresárias, essas entidades não poderiam utilizar-se de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial, que se prestam a solucionar o passivo apenas de sociedades empresárias. Contudo, atentando-se para a realidade econômica de determinadas associações e para as consequências que poderiam advir da impossibilidade de renegociação coletiva de seus débitos (nomeadamente o risco de falência dessas entidades de caráter social relevante, como hospitais e universidades), os Tribunais têm adotado viés pragmático para interpretar as disposições da Lei nº 11.101/2005 e autorizar o requerimento de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por essas entidades.

Palavras-chave: Direito Comercial; método pragmatista; recuperação judicial e recuperação extrajudicial de associações sem fins lucrativos.

ABSTRACT

This paper's subject is the analysis of the main characteristics of Commercial Law and its correlation with the pragmatist method. The paper will analyze the action of the Courts in commercial matters, notably with regard to cases of judicial reorganization of non-profit associations. Under the terms of the applicable law (Law nº 11.101/2005), since these entities do not have the qualification of business companies, could not use processes such as judicial and extrajudicial reorganization

¹ Advogada; Mestranda em Direito Comercial; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP; iharter@gc.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4960-246X>.

that lend themselves to solving the liabilities of business companies. However, considering the economic reality of certain associations and also to the consequences that could arise from the impossibility of judicially renegotiating their debts (such as the bankruptcy of relevant social entities such as hospitals and universities), the Courts have been adopting a pragmatic bias to interpret the provisions of Law n° 11.101/2005 and authorize the request for recovery judicial and extrajudicial by these entities.

Keywords: Corporate Law; pragmatism method; judicial and extrajudicial reorganization of non-profit associations.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar las principales características del Derecho Comercial y su correlación con el método pragmático. A tal fin, el trabajo analizará la actuación de los tribunales en materia mercantil, en particular en lo que se refiere a los casos de recuperación judicial de asociaciones sin ánimo de lucro. Es que, de acuerdo con la ley aplicable (Ley N° 11.101/2005), al no tener la calificación de empresarias, estas entidades no podrían utilizar procesos de recuperación judicial y extrajudicial que se presten a resolver los pasivos únicamente de empresas comerciales. Sin embargo, atendiendo a la realidad económica de determinadas asociaciones y también a las consecuencias que podrían derivarse de la imposibilidad de renegociar colectivamente sus deudas (a saber, el riesgo de quiebra de estas entidades de relevante carácter social, como hospitales y universidades), los tribunales han adoptado un sesgo pragmático para interpretar las disposiciones de la Ley n° 11.101/2005 y autorizar la solicitud de cobro judicial y extrajudicial por parte de estas entidades.

Palabras clave: ley comercial; método pragmático; saneamiento judicial y extrajudicial de asociaciones sin fines de lucro.

Data de submissão: 21/02/2023

Data de aceite: 16/03/2023

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei n° 11.101/2005 (“Lei de Recuperação Judicial e Falência” ou “LRF”) (BRASIL, 2005), a natureza jurídica da entidade/sociedade apta a utilizar-se da recuperação judicial e/ou extrajudicial tem sido condicionante para que ela possa ou não, através desses mecanismos, reestruturar seu passivo. Isso porque o art. 1° da LRF (BRASIL, 2005) prevê que apenas o empresário ou a sociedade empresária podem requerer recuperação judicial e/ou extrajudicial.

A qualidade de empresário, obtida com registro dos atos constitutivos na junta comercial competente, sempre foi impeditivo para que associações, fundações ou quaisquer pessoas jurídicas não empresárias gozassem da possibilidade de utilizar processos concursais para renegociação de suas dívidas. A realidade dos agentes econômicos, contudo, levou diversas associações e fundações a tentarem liquidar seus passivos através de recuperação judicial e/ou extrajudicial².

Nesse contexto, é possível notar um movimento dos Tribunais no sentido de adotar uma visão pragmatista, que decorre da compreensão do problema concreto em conjunto com a realidade social em que a associação está inserida. Sob essa perspectiva, há precedentes do próprio STJ e de outros tribunais reconhecendo a legitimidade da associação civil para ingressar com o pedido de recuperação judicial.

Nesse sentido, foram autorizados processos de reestruturação das seguintes associações e/ou fundações sem fins lucrativos: Universidade Cândido Mendes (RIO DE JANEIRO, 2020), Universidade Luterana do Brasil (RIO GRANDE DO SUL, 2019) e Hospital Casa Portugal, no Rio de Janeiro (BRASIL, 2008). O fundamento para admissão da possibilidade ou não de requerer recuperação judicial e/ou extrajudicial reside na natureza da atividade exercida pela entidade devedora.

O que se defende é que, se a atividade econômica é organizada, deve ser entendida como de natureza empresarial para fins de reestruturação do passivo. A natureza empresarial da atividade, portanto, deveria viabilizar a possibilidade de adoção de medidas para redução do endividamento de entidades, ainda que elas não possuam a qualificação de empresárias.

Em suma, atualmente, é possível que as associações sem fins lucrativos requeiram recuperação judicial e/ou extrajudicial desde que comprovem o exercício de atividade produtiva organizada, logo, de natureza empresária.

2 Recentemente, observa-se um movimento novo na economia. Diversas associações de finalidade desportiva (os clubes de futebol) têm requerido recuperação judicial e/ou extrajudicial. A justificativa mercadológica está na impossibilidade de preservação das atividades econômicas sem a adoção de processos de reestruturação que contem com os benefícios legais dispostos na Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Como demonstrado na análise de casos concretos a ser aprofundada ao longo deste trabalho, o Judiciário tem autorizado a possibilidade de utilização de processos de recuperação judicial e/ou extrajudicial por essas entidades com base em uma visão consequencialista acerca de possíveis quebras dos clubes de futebol. Em atenção a esse movimento do mercado, o legislador fez promulgar a Lei nº 14.193/2021, de 6 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021), conhecida como Lei das Sociedades Anônimas do Futebol, que autoriza a apresentação de pedidos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por clubes de futebol.

Este artigo tem por objetivo ofertar reflexões sobre o viés pragmático que vem sendo adotado pelos Tribunais para fundamentar essa possibilidade. Para tanto, busca-se realizar exame dos recentes casos concretos envolvendo a reestruturação do passivo de associações sem fins lucrativos e correlacioná-los às bases do pragmatismo. Ao final, pretende-se demonstrar que o Direito Comercial é de essência pragmatista e, por conseguinte, seus institutos merecem releitura pragmática.

2 A BASE PRAGMATISTA

O pragmatismo é um método filosófico que nasceu nos Estados Unidos em meados do século XIX. Seu precursor, Charles Sander Pierce, foi reconhecido como o maior defensor da lógica de seu tempo. Através de seus estudos, Pierce viabilizou a instituição de uma metodologia do pensamento cujas bases jurídicas residem na aplicação da Lei ao caso mediante a consideração das consequências da decisão e do contexto econômico, político e social em que ela é proferida (NÓBREGA, 2013).

É possível extrair da doutrina (PEIRCE, 1972; CAMARGO, 2009; REGO, 2009) as principais características do pragmatismo jurídico, que podem ser consideradas marcos teóricos para a compreensão acerca do emprego do pensamento pragmatista pelos Tribunais em matéria empresarial.

A primeira e mais citada característica é o antifundacionalismo. Trata-se da rejeição da aplicabilidade descontextualizada de postulados apriorísticos. Nas palavras da melhor doutrina:

[A]ceitar o método pragmatista – avaliar teorias por suas consequências – implica abandonar posições teóricas fixas, essências, quintessências. É, também, assumir postura crítica e experimental, bem próxima ao falibilismo e ao espírito do método científico: abertura a novas possibilidades, tentativa, erro, correção, autocorreção (MENDONÇA, 2018, p. 31).

O antifundacionalismo é característica que busca afastar uma forma de decidir que pode ser considerada perniciosa – e que, infelizmente, é adotada em larga medida pelos aplicadores do Direito –: a adoção de uma teoria mais palatável pelo julgador e sua posterior adaptação ao caso concreto, com adequação de

conceitos *a priori* em um processo de subsunção que não aplica, verdadeiramente, o Direito ao fato. Nesses termos, o pragmatismo jurídico propugna o conhecimento do problema para, então, conduzi-lo conforme as teses jurídicas verdadeiramente aplicáveis.

Outra característica conhecida do pragmatismo jurídico é o consequencialismo. Trata-se da análise dos efeitos futuros da decisão, isto é, de suas consequências e seus resultados. Sob essa perspectiva, a decisão deve pautar-se em seus potenciais reflexos futuros e sua influência sobre outros comportamentos de agentes envolvidos no problema.

Há, ainda, o contextualismo, característica que pode ser explicada pelo fato de que o juiz pragmatista deve considerar o contexto social, político, econômico, histórico e cultural na investigação do problema. Com a doutrina, defende-se que “[u]m pragmatista filosófico não crê em abstrações atemporais, se não por seu antifundacionalismo, então porque elas costumam se inserir num plano a-histórico, acima do tempo, do lugar e das circunstâncias pessoais e culturais” (MENDONÇA, 2018, p. 32).

Por fim, diz-se que o pragmatismo é interdisciplinar. Isso porque, ao ter em conta a realidade do problema, o método pragmatista recorre a diferentes áreas do conhecimento justamente porque entende que, assim, será possível verdadeiramente aplicar o Direito ao problema e antever, de forma mais apurada, as consequências da decisão. Para o Direito Comercial, um importante instrumental utilizado sob essa perspectiva reside nos estudos econômicos, área estudada por um dos grandes nomes do pragmatismo, inclusive jurídico, na contemporaneidade, Richard Posner (POSNER, 2012).

Esta é a base pragmatista: abandonar teorias destituídas de aplicabilidade prática, propugnar o verdadeiro estudo do problema e abordar as consequências na aplicação do Direito. Trata-se do escopo prioritário do Direito Comercial dos dias atuais e, notadamente, da metodologia aplicada para resolução de questões envolvendo admissibilidade de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial de associações sem fins lucrativos.

3 AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO COMERCIAL E SUA EVOLUÇÃO

O Direito Comercial encontra suas origens no século XII e surge de uma necessidade prática dos mercadores: garantir celeridade, segurança e confiabilidade nos negócios firmados por eles. Nesse aspecto, os institutos romanos de Direito Civil não mais socorriam os comerciantes, dado que as formalidades exigidas para formação do negócio jurídico prejudicavam o tráfico mercantil ao passo que não conferiam o grau de confiabilidade necessária à acomodação das expectativas econômicas das partes envolvidas.

O Direito Comercial já nasce, então, voltado para a realidade, para a prática dos mercadores. Os institutos (como os títulos de crédito) foram todos criados para, concomitantemente, resolverem problemas práticos e assegurarem o fluxo das relações futuras através da crença na formação de um ambiente seguro para as transações que estariam por vir. Pode-se dizer, assim, que o Direito Comercial adota, desde as origens, diversas das bases pragmatistas.

Como assevera a doutrina:

O direito comercial é uma dimensão da realidade, na qual se imiscuem fatos, regras exógenas e endógenas, o comportamento dos agentes econômicos e outros aspectos ligados a essa mesma realidade; nível de um todo complexo, da estrutura social global. Compõe-se e resulta de sua interação com os demais níveis desse todo, sendo 'sempre, fruto de uma determinada cultura' e de 'sua história' (FORGIONI, 2021, p. 15).

Detalhadamente, pode-se elucidar que o Direito Comercial brasileiro evoluiu do estudo dos atos de comércio, em que se analisavam a atividade de intermediação e seus requisitos jurídicos, para a percepção de que o objeto desse ramo específico estaria na empresa como entidade transformadora no processo produtivo.

Atualmente, compreende-se que a empresa não atua de forma isolada, razão pelo qual é preciso considerá-la no contexto do mercado, ambiente que justifica a existência da empresa a partir de sua interação com outros agentes econômicos (FORGIONI, 2021, p. 15).

À vista das considerações expostas, é possível afirmar que o Direito Comercial emprega método indutivo de análise, que perpassa pela consideração da

realidade econômica e pela apuração possível das consequências dos atos à luz do mercado de que a empresa participa.

A constatação levou a doutrina e a jurisprudência a adotarem postura que se utiliza das bases pragmatistas quando se trata de matéria comercial. A admissão de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por parte de entidades associativas é um caso de aplicação de viés pragmatista ao Direito Comercial.

4 O PRAGMATISMO EM MATÉRIA COMERCIAL: UMA ANÁLISE DOS CASOS DE RECUPERAÇÕES JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL DE ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

As recuperações judicial e extrajudicial tratam de processos concursais que objetivam a renegociação coletiva do passivo da empresa. Essa renegociação é conduzida pelo devedor, que apresenta seu plano de recuperação judicial³ ou extrajudicial, contendo as condições de pagamento da dívida.

Se obtida a aprovação da maioria qualificada dos credores da empresa (conforme quóruns dispostos no art. 45 da LRF) em relação às condições de pagamento e aos meios de soerguimento previstos no plano de recuperação judicial, a recuperação é concedida e a empresa terá um prazo de 2 anos para comprovar o cumprimento de suas obrigações. Caso comprovado o cumprimento das obrigações vencidas no período de dois anos e se adotadas medidas de reestruturação do passivo fiscal, a recuperação é encerrada (AYOUB, CAVALLI, 2013).

Ambos os processos recuperacionais, dada as suas especificidades, possuem regramentos próprios, destinados a atender aos principais objetivos da Lei de Recuperação e Falência: a preservação da empresa e o tratamento igualitário entre credores (conforme art. 47 da LRF⁴). Esses objetivos devem guiar todo o

3 A nova redação da Lei 11.101/2005 conforme alterada pela Lei 14.112/2020 possibilita aos credores a apresentação de sua própria versão do plano de recuperação judicial em determinadas hipóteses conforme previsto no art. 56, §4º da LRF (BRASIL, 2005).

4 Artigo 47 da LRF (BRASIL, 2005): A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

processo de recuperação e precisam ser constantemente adaptados conforme a lógica empresarial própria de cada setor.

Como antecipado na introdução deste trabalho, a Lei nº 11.101/2005, através de seu artigo 1º⁵, restringe o uso de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial a entidades que se qualifiquem como sociedades empresárias, ou seja, cujos atos constitutivos estejam registrados na junta comercial competente. Ocorre que há associações sem fins lucrativos que, embora não possuam qualificação formal de empresa, exercem atividade produtiva organizada, isto é, com caráter empresarial.

Considerando-se a análise concreta das atividades exercidas por essas associações e os impactos de eventual falência dessas entidades na sociedade (*i.e.*, perda do recolhimento de tributos, extinção de postos de trabalho, encerramento da entidade produtora de bens e serviços), os Tribunais vêm interpretando a restrição do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 para entender que, independentemente da qualificação de empresária, caso a associação comprove que pratica atos de natureza empresarial, poderá requerer a renegociação de suas dívidas através das medidas viabilizadas pela Lei nº 11.101/2005.

Um levantamento dos precedentes em que a utilização de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por associações sem fins lucrativos foi admitida revela um viés pragmático adotado pelos Tribunais ao considerarem a natureza dos institutos de Direito Comercial, bem como seu apego à realidade e às consequências para a economia.

Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão que apreciou a possibilidade de a Universidade Cândido Mendes, conhecida universidade particular no Rio de Janeiro, constituída através de uma associação sem fins lucrativos, requerer sua recuperação judicial:

Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, a toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. Como salientado pelos demandantes, em sua petição inicial, a concepção moderna da atividade empresarial se afasta do formalismo, da letra fria da Lei, para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes se apresente como

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

associação civil, formato que assumiu desde a sua formação, há mais de 100 anos, desempenha atividade empresária, ao teor do disposto no art. 966 do Código Civil, por realizar atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, atuando na área da Educação em nível superior, gerando empregos, bens culturais e arrecadação para o Estado, exercendo assim a sua função social. Destaque-se que a falta do registro na Junta Comercial não pode ser obstáculo para o deferimento da recuperação. O que está em debate é a qualidade de empresária da recorrente quando da apresentação do pedido de recuperação, e não a regularidade de seus atos constitutivos, os quais apenas refletem a forma de sua organização jurídica, que atendeu plenamente o que prescrevia a ordem jurídica no início do século XX (RIO DE JANEIRO, 2020).

Vê-se que, em linha com José Vicente Santos de Mendonça (2018), o pragmatismo no cotidiano jurídico aparece às escondidas (p. 31). Significa dizer, a decisão utiliza-se de parâmetros pragmatistas, mas não elege expressamente o método pragmático: em vez disso, utiliza-se de argumentação consequencialista, contextual e que não aplica soluções apriorísticas.

Nesses termos, conclui que uma associação sem fins lucrativos que exerce atividade produtiva organizada merece ter sua dívida renegociada com auxílio dos benefícios previstos na LRF (BRASIL, 2005) sob pena de importante entidade de fins educacionais (como é o caso da Universidade Cândido Mendes supramencionado) ser extirpada da sociedade em prejuízo de toda uma comunidade.

A abordagem pragmática também foi empregada no caso de recuperação judicial da Universidade Luterana do Brasil, apreciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Confira-se trecho do acórdão que reformou decisão de primeira instância para autorizar o processamento da recuperação judicial da instituição de ensino, ainda que formalizada como associação sem fins lucrativos:

É de sabença geral que a falência da empresa não interessa a quase ninguém, pois, senão todos, praticamente todos, perdem. Perde o empresário, perde a sociedade, perdem os empregados, perde o fisco, enfim, representa a falência completa da cadeia produtiva. Os que ganham são poucos, apenas aqueles que compram e assumem os ativos ainda valiosos da empresa e o fazem por valores normalmente irrisórios, daí advém o lucro e o ganho fácil, é a chamada rapinagem empresarial. De resto, sem dúvida, todos experimentam prejuízos, alguns mais outros menos, mas todos ficam ao desamparo. Por isso, tendo sempre presente que o remédio amargo da falência é indiscutivelmente o pior e mais gravoso, a Lei de Regência estabeleceu que o objetivo primário, fundamental e principal é a concessão da recuperação, que tem por escopo, objetivos bem definidos, quais sejam, in verbis: 1. Viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; 2. Permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos

trabalhadores e, ainda 3. Manter o interesse dos credores, com 4. A preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. **A preservação da empresa, sua função social e o estímulo à continuidade do engenho produtivo é o alvo mais nobre do instituto da recuperação judicial. E o que se vê dos autos, examinando o conjunto probatório, é que várias espécies de credores desejam e almejam a concessão da recuperação judicial da autora, pois percebem e entendem a importância social da Instituição de Ensino e a necessidade da manutenção dos empregos dos empregados e professores. [...] A devedora exercia inescindível atividade de ensino privado, de natureza empresária, tanto que arregimentou gigantesco patrimônio, superior a 2 bilhões de reais, situação já destacada no voto. Logo, como instituição de ensino privado, auferia lucro, modo inescindível. A situação de ter gozado de filantropia nada muda a essência do caráter empresarial.** [...] De conseguinte, levando em consideração os comemorativos do caso telado, voto no sentido de prover o recurso de apelação da autora e determinar o processamento da recuperação judicial da apelante, mormente porque presentes os pressupostos legais do art.51 e 52 da Lei de Regência. Deverá o juízo de origem prosseguir com as determinações do art.52 e segs., inclusive no tocante a nomeação do Administrador Judicial (RIO GRANDE DO SUL, 2019, grifos nossos).

Nesse caso, é possível constatar o emprego do contextualismo na medida em que a importância da entidade é utilizada como fundamento da admissão do regime de recuperação judicial. O Tribunal considerou o papel da associação em sua comunidade e o resultado prático da exploração da atividade empresarial por ela.

Há, ainda, caso recente de pedido de recuperação judicial pelo clube de futebol Figueirense Futebol Clube, que é também constituído sob a forma de associação sem fins lucrativos. O caso, por tratar-se do primeiro envolvendo uma entidade dedicada ao desporto, gerou repercussões na doutrina que destacam a importância de adoção de um viés consequencialista pelo Judiciário.

Com efeito, após decisão de primeira instância rejeitando a possibilidade de a associação futebolística requerer sua recuperação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou o entendimento do Juízo de primeira instância para reconhecer que, dada a análise da realidade concreta, se pode verificar que a entidade associativa exerce atividade de natureza empresarial, ainda que não qualificada como empresa, e que possui papel relevante na sociedade a conclamar sua proteção pelo Judiciário.

Confira-se trecho do precedente em questão:

o fato de o primeiro apelante [o clube de futebol] enquadrar-se como associação civil não lhe torna ilegítimo para pleitear a aplicação dos institutos previstos na Lei n. 11.101/2005, porquanto não excluído expressamente do âmbito de incidência da norma (art. 2º), equiparado às sociedades empresárias textualmente pela Lei Pelé e, notadamente, diante da sua reconhecida atividade desenvolvida em âmbito estadual e nacional desde 12/6/1921, passível de consubstanciar típico elemento de empresa (atividade econômica organizada) (SANTA CATARINA, 2021).

Confira-se a reação da doutrina especializada à decisão supramencionada:

A atividade empresarial exercida pelo Figueirense impacta e envolve diversos agentes, como funcionários, jogadores, torcedores, além da operação-futebol, que gera e permite trocas de ativos constantes. **Acredita-se, portanto, que ao afastar o mero formalismo legal, equiparando o time catarinense às sociedades empresárias, a decisão do Tribunal de Justiça Santa Catarina está de acordo com as premissas do consequencialismo jurídico, que considera que a escolha “não pode ser feita de forma individual, mas, sim, de forma coletiva, em que se impõem a coerência do julgador, em que se homenageie os princípios da boa-fé e da segurança jurídica”** (ALVES, COSTA, CECY, 2022, p. 796-797).

No referido caso [Recuperação Extrajudicial de Figueirense Futebol Clube e Figueirense Futebol Clube Ltda] a sentença veio no sentido de reconhecer, inicialmente, a existência de duas correntes doutrinárias divergentes acerca da temática, identificando uma como conservadora, positivista e literal que preconiza uma interpretação literal do dispositivo legislativo em oposição a uma denominada de principiológica/teleológica; a primeira defende a impossibilidade de associações sem fins lucrativos figurarem como atores que poderiam gozar dos institutos previstos na LREF, pois não se enquadrariam no conceito de sociedade empresária, ao passo que a segunda argumenta pela viabilidade da utilização dos institutos sob um fundamento axiológico de proteção à valores constitucionais. Após essa exposição, o juiz de primeira instância filia-se à primeira corrente, entendendo que as associações civis sem fins lucrativos não podem utilizar-se da recuperação judicial por não constituírem sociedade empresária.

Posteriormente, contudo, em sede de apelação, o TJSC posicionou na segunda corrente. O primeiro fundamento foi o de que, pelo art. 2º da LRF, “torna-se possível interpretar que, por não constar no rol de entes excluídos, as associações civis podem ser submetidas ao instituto da recuperação judicial ou falência, caso preenchidos os demais requisitos legais (art. 8º do CPC)”. O segundo destacou a interpretação teológica e sistemática, considerando os arts. 53 e 966 do CC, destacando o Enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa (ALVISI, AYOUB, 2022, p. 116).

Após a admissão do processo de recuperação judicial do Figueirense⁶, diversos outros casos foram apresentados aos Tribunais. Detalhadamente, até hoje, foram distribuídos sete procedimentos de recuperação por clubes de futebol. O reconhecimento da legitimidade ativa do clube de futebol no paradigmático caso do Figueirense Futebol Clube motivou os demais seis pedidos de recuperação de clubes de futebol, todos apresentados em 2022 e admitidos à luz de um viés pragmatista dos Tribunais⁷.

São eles: (i) Cruzeiro Esporte Clube (MINAS GERAIS, 2022); (ii) Coritiba Futebol Clube (PARANÁ, 2022); (iii) Paraná Clube (PARANÁ, 2022); (iv) Santa Cruz Futebol Clube (PERNAMBUCO, 2022); (v) Associação Chapecoense de Futebol (SANTA CATARINA, 2022); e (vi) SC Joinville Esporte Clube Julh (SANTA CATARINA, 2022).

À luz das considerações expostas, é possível entender que a aceitação de processos de recuperação judicial e/ou extrajudicial de associações sem fins lucrativos, apesar de a redação da Lei nº 11.101/2005, em seu artigo 1º, vedar a utilização dessas medidas por tais entidades, constitui-se como aplicação de um viés pragmatista ao Direito Comercial, notadamente porque as decisões a respeito do tema se utilizam de posições consequencialistas e contextuais para refutar determinados dogmas envolvendo a qualificação empresarial dessas entidades sociais.

⁶ Importante destacar que em 31 de janeiro de 2023, foi reformada a sentença que homologou o pedido de recuperação extrajudicial impositiva do Figueirense sob o fundamento de que determinado crédito não poderia ter sido utilizado para o cômputo da aprovação do plano de recuperação extrajudicial. Atualmente, aguarda-se o julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão que reformou a sentença de homologação do plano de recuperação extrajudicial. Esta circunstância, contudo, não altera as premissas abordadas neste trabalho, notadamente porque não foram modificadas as conclusões acerca da necessidade de admissão da utilização de processos de reestruturação por entidades futebolistas sem fins lucrativos (e de caráter não empresarial). SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC n. 5024222-97.2021.8.24.0023. Relator: Des. Torres Marques, 31 de janeiro de 2023.

⁷ Em 2023 foram apresentados mais quatro pedidos de recuperação judicial por clubes de futebol. São eles: (i) Clube Náutico Capibaribe (PERNAMBUCO, 2023); (ii) Sport Club do Recife (PERNAMBUCO, 2023); (iii) Guarani Futebol Clube (SÃO PAULO, 2023); (iv) Rio Branco Esporte Clube (SÃO PAULO, 2023). Contudo, nestes casos, não foi necessário adotar uma fundamentação profunda a respeito da necessidade de superar a vedação legal para adoção de processos de reestruturação judicial por entidades sem fins lucrativos dado que os Tribunais já incorporaram a previsão da Lei 14.193/2021 que estabeleceu a legitimidade do clube de futebol para requerer recuperação judicial.

5 A CORRELAÇÃO DA BASE PRAGMATISTA COM OS VETORES DO DIREITO COMERCIAL

Após identificar a presença do pensamento pragmatista em precedentes dos Tribunais envolvendo a admissão de processos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por entidades sem fins lucrativos, busca-se correlacionar as bases do pragmatismo com os principais postulados do Direito Comercial.

O intuito é viabilizar a compreensão do viés pragmatista desse ramo do Direito, que, voltado à proteção do fluxo de relações no mercado, não pode desprender-se (i) da consideração da realidade econômica e social, (ii) da evidente necessidade de uma percepção consequencialista, a qual deve nortear a interpretação das avenças em matéria empresarial, e (iii) do contextualismo, que deve servir de parâmetro à tomada de decisão a partir do conhecimento das especificidades do negócio em análise.

Nesse contexto, procura-se correlacionar as principais características do método pragmatista com os postulados da teoria geral do Direito Comercial, conforme exposto no Quadro 1:

Quadro 1 – Método Pragmático e Direito Comercial

(continua)

Principais características do Método Pragmático	Vetores do Direito Comercial
<p>Antifundacionalismo: rejeição da aplicabilidade descontextualizada de postulados apriorísticos.</p>	<p>As normas legais em matéria empresarial são aplicadas pelos Tribunais com a consideração das especificidades do caso concreto. É comum que se verifique uma atuação mais proativa do Judiciário em matéria empresarial. Em diversas searas, notadamente em casos de recuperação judicial e extrajudicial de empresas, os Tribunais vêm interpretando a legislação de modo a viabilizar soluções que, embora não conflitem com a Lei, não são por ela expressamente previstas. Exemplo: o caso tratado neste trabalho referente à autorização para que associações sem fins lucrativos requeiram recuperações judicial e extrajudicial apesar de não possuírem a qualificação de "empresárias".</p>
<p>Contextualismo: consideração do contexto social, político, econômico, histórico e cultural na investigação do problema.</p>	<p>A análise dos institutos de direito comercial realiza-se pela compreensão da realidade econômica e da prática do mercado, rejeitando-se a aplicação de soluções legais destituídas da consideração dos efeitos práticos sobre o funcionamento do sistema. A premissa também norteia a atuação do Judiciário em matéria empresarial que, em casos de recuperações judicial e extrajudicial, vem</p>

	<p>autorizando a adoção de medidas com o intuito de proteger as empresas de situações específicas de mercado. Exemplo: autorização para que empresas em recuperação judicial e extrajudicial participem de licitações ainda que não tenham capacidade de obter certidões negativas de débitos tributários, como é exigido pelos órgãos públicos para admitir determinado licitante.</p>
<p>Consequencialismo: análise dos efeitos futuros da decisão, isto é, de suas consequências e resultados.</p>	<p>A análise da matéria empresarial é primordialmente premida pelo consequencialismo. Os Tribunais vem entendendo pela admissão de processos de reestruturação da dívida de entidades não empresárias com fundamento nos impactos de potencial falência dessas entidades perante a sociedade.</p>
<p>Interdisciplinaridade: consideração de outros ramos do saber para auxiliar a percepção acerca dos efeitos da tomada de decisão e para melhor compreender a realidade que circunda o problema objeto de análise.</p>	<p>O Direito Comercial utiliza-se do instrumental econômico em larga medida para (i) compreender a melhor forma de regular determinados movimentos econômicos, (ii) regular comportamentos dos agentes econômicos, de acordo com os estímulos reconhecidos como eficientes pelos economistas e (iii) considerar os efeitos de determinados institutos jurídicos sobre o mercado⁸.</p>

8 A esse respeito, confirmam-se as lições da doutrina sobre a utilização do instrumental econômico pelo Direito Comercial: “Qualquer discussão sobre o método próprio ao direito mercantil há de partir da lição de Vivante que, em sua famosa defecção publicada na 5ª ed. do *Trattado di diritto commerciale*, destacou a importância do ‘espírito de indução e de observação’ para o desenvolvimento da matéria. [...] Ou seja, parte-se da *vida mercantil* para, sistematizando-a, elaborar *categorias jurídicas*. Portanto, não é sem razão que muitos de nossos antigos mestres, ao iniciarem suas obras ou cursos sobre direito mercantil, explanavam os conceitos econômicos necessários à sua absorção. A raiz da economia e do direito comercial brasileiros são inegavelmente comuns. Visconde de Cairu, primeiro comercialista, é também considerado nosso primeiro economista. Já se disse não existir propriamente relação entre economia e direito, pois, na realidade, ‘se imbricam e se integram para formar um único campo de estudo’. Com efeito, ‘[a] economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia’. Os estudos debruçam-se, assim, sobre a mesma realidade e, nessa medida, as matérias servem-se mutuamente. No entanto, a razão da repulsa que vários juristas nutrem pela utilização do método econômico não se mostra totalmente descabida. Forte corrente doutrinária, ligada à Escola de Chicago, prega que a economia (i.e., a eficiência econômica) deveria determinar o fim último do direito, orientando a interpretação/aplicação de suas regras e formatando seus princípios. O direito seria um ‘súdito submisso e dependente daquilo que a análise econômica oferece’. Opinião bastante espreada identifica a Análise Econômica do Direito com linha de pensamento que pugna por uma *teoria positiva do sistema jurídico a partir da perspectiva do paradigma do mercado e da eficiência econômica*. A ilusão de certeza e segurança trazida por essa vertente doutrinária faz com que muitos sejam aodadamente envolvidos por suas ideias. [...] Ignorar o aspecto político dessa Escola – *atendendo ao que ela própria insistentemente prega* – leva à instrumentalização do operador do direito na implementação da doutrina neoliberal. Não seria adequado ampliar aqui os comentários a respeito da Escola de Chicago e de seus desdobramentos. Bastar deixar vincado que a aplicação da *técnica* baseia-se sempre em prévia opção política, sendo impossível sua dissociação e perigosa a tentativa de empreendê-la. Esse legítimo repúdio à visão do direito como súdito da eficiência econômica não pode fechar as portas à utilização dos instrumentos desenvolvidos pela microeconomia na última década. Estamos todos dando-nos conta de que o estudo do mercado adquire importância nunca antes vista. Na busca de sua compreensão, os economistas, principalmente aqueles ligados à Nova Economia Institucional construíram *importante instrumental de análise do qual simplesmente não podemos deixar de lançar mão*. [...] A tradição do direito mercantil sempre pregou a indispensabilidade da observação do comportamento dos agentes econômicos, da sua prática. [...] *A compreensão da realidade é pressuposto do estudo comercialista*, por isso nossos clássicos nunca deixaram de empregar os ensinamentos dos economistas”. Fonte: FORGIONI, Paula. **A evolução do Direito Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 22-24, grifos do original.

Quadro 1 – Método Pragmático e Direito Comercial

(conclusão)

Principais características do Método Pragmático	Vetores do Direito Comercial
Instrumentalismo: consideração da instrumentalidade do Direito e de sua capacidade de modificação da realidade.	O Direito Comercial presta-se a efetivamente regular as interações entre empresas no mercado, de forma a ser instrumento de promoção de valores constitucionais, notadamente da liberdade econômica, da livre iniciativa e do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Fonte: Elaboração própria.

Como se vê, o Direito Comercial possui forte viés pragmatista. Com efeito, é possível concluir que esse ramo do Direito já nasceu vocacionado ao pragmatismo, uma vez que as bases pragmáticas são postulados necessários à compreensão de uma teoria geral do Direito Comercial. Não é aqui a sede para aprofundamentos, mas pode-se afirmar que esse viés pragmatista do Direito Comercial foi, muitas vezes, “esquecido” em benefício de interpretações formalistas e da aplicação de soluções *a priori* que não são só violam os princípios gerais em matéria comercial, mas acabam por prejudicar a efetiva regulação das relações entre empresas no mercado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se que a correlação das bases pragmatistas com os vetores empregados pelo Direito Comercial revela que esse ramo do Direito se utiliza de viés pragmatista como método de interpretação e aplicação da legislação específica aos casos concretos.

Nesses termos, o Direito Comercial presta-se a regular as relações entre empresas com a utilização de: a) instrumental econômico, sobretudo dos estudos da Nova Economia Institucional; b) método indutivo de análise a partir da percepção concreta dos problemas submetidos aos operadores do Direito; c) emprego de forte análise antifundacionista, dado que postulados apriorísticos são constantemente rechaçados em prol da aplicação da melhor solução para o problema; e d) uma argumentação consequencialista que considera os efeitos presentes e futuros da decisão, notadamente os efeitos econômicos.

Neste trabalho, foi possível constatar, através da análise de precedentes dos Tribunais envolvendo a admissão dos processos de recuperação judicial e de recuperação extrajudicial de associações não empresárias, que, apesar de a Lei nº 11.101/2005 vedar a utilização de recuperações judicial e extrajudicial por entidades qualificadas como não empresárias, como é o caso das associações sem fins lucrativos, aplica-se uma interpretação que considera a realidade dos negócios desenvolvidos por essas entidades como parâmetro para determinar se, à luz do caso concreto, é possível afirmar que a atividade desenvolvida pela associação/fundação é substancialmente empresarial.

Ademais, constatou-se que a aplicação literal do artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, que veda a adoção dos procedimentos mencionados por entidades sem caráter empresarial tem sido mitigada a partir de uma análise consequencialista, que afasta a vedação legal em prol da mitigação do risco de falência dessas entidades e da consequente percepção de que a subsunção literal da norma resultaria em prejuízos não só para a entidade como para toda uma comunidade a ela adjacente. Essas constatações revelam a presença do pensamento pragmatista em matéria de Direito Comercial.

A interpretação pragmatista que vem sendo adotada pelos Tribunais para admitir a utilização de pedido de recuperação judicial e/ou extrajudicial de associações sem fins lucrativos motivou uma procura dessas entidades pelo Judiciário, além de ter movimentado diversos setores da economia.

Nesses termos, tratou-se dos exemplos dos clubes de futebol: após decisão proferida no caso Figueirense, em 2021, que afastou as vedações legais para adoção do procedimento pelo clube de futebol de caráter não empresário, seis outros clubes de futebol recorreram aos Tribunais para renegociarem suas dívidas.

Em atenção a esse movimento do mercado, o legislador fez promulgar, em 6 de agosto de 2021, a Lei nº 14.193/2021, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas do Futebol, que autoriza a apresentação de pedidos de recuperação judicial e recuperação extrajudicial por clubes de futebol apesar da vedação legal preexistente.

Por fim, a análise de precedentes e sua correlação com as bases pragmatistas revela que o pensamento pragmático é utilizado “às escondidas”

(MENDONÇA, 2018). Em outras palavras, adota-se o pragmatismo, mas seus princípios e sua metodologia não são expostos na fundamentação da decisão. Sob essa perspectiva, o estudo e a divulgação apurada dos pensamentos pragmatistas, notadamente do pragmatismo jurídico e suas implicações para a interpretação e a aplicação do Direito, parecem ser providências que devem estar na ordem do dia de todo aplicador do Direito notadamente em matéria comercial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues; COSTA, Aron Vitor Fraiz; CECY, Mateus Dambiski. Reflexões jurídicas e econômicas da recuperação judicial dos clubes de futebol no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 8, n. 1, p. 775-801, 2022.

ALVISI, Edson; AYOUB, Luiz Roberto. Associações podem falir? Por uma hermenêutica do art. 2º da LREF que fortaleça a recuperação judicial. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, n. 31, p. 86-121, 2022.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14193.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp n. 1.004.910/RJ**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 18 de março de 2008.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado**. 5. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Íntegra do processo n. 5145674-43.2022.8.13.0024**. 1. Vara Empresarial da Comarca de Belo Horizonte. Juiz de Direito: Adilon Claver de Resende, 2022.

NÓBREGA, Flavianne. **Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito**. João Pessoa: Ideia, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Íntegra do processo n. 0001540-26.2022.8.16.0185**. 2. Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Juíza de Direito: Luciane Pereira Ramos, 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Íntegra do processo n. 0006994-84.2022.8.16.0185**. 1. Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Juíza de Direito Mariana Gluszcynski Fowler Gusso, 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Íntegra do processo n. 0014524-96.2022.8.17.2001**. Seção A da 9. Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Ailton Soares Pereira Lima, 2022.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Íntegra do processo n. 0011283-80.2023.8.17.2001**. 21ª Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Nehmias de Moura Tenório, 2023.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Íntegra do processo n. 0027755-59.2023.8.17.2001**. Seção B da 27ª Vara Cível da Capital. Juiz de Direito: Rafael de Menezes, 2023

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce**. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 71-92.

POSNER, Richard. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc in Altum Cadernos de Direito**, Recife, v. 1, n. 1, p. 21-57, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v1i1.157>. Acesso em: 05 abr. 2023.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AI n. 0031515-53.2020.8.19.0000**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Nagib Slaibi Filho, 2 de setembro de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **AC n. 5000461-37.2019.8.21.0008**. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Niwton Carpes Da Silva, 13 de dezembro de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **AC n. 5024222-97.2021.8.24.0023**. Relator: Des. Torres Marques, 18 de março de 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5001625-18.2022.8.24.0018**. 1. Vara Cível da Comarca de Chapecó. Juiz de Direito: Ederson Tortelli, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5024222-97.2021.8.24.0023**. Vara Regional de Rec. Judiciais, Falências e Concordatas da Comarca de Florianópolis. Juiz de Direito: Luiz Henrique Bonatelli, 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Íntegra do processo n. 5020747-54.2022.8.24.0038**. 4. Vara Cível da Comarca de Joinville. Juiz de Direito: Luis Paulo Dal Pont Lodetti, 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Íntegra do processo n. 1002774-26.2023.8.26.0019**. 2ª Vara Cível da Comarca de Americana. Juiz de Direito: Marcos Cosme Porto, 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Íntegra do processo n. 1010398-35.2023.8.26.0114**. 7ª Vara Cível da Comarca de Campinas. Juíza de Direito: Eliane Cassia da Cruz, 2023.