EMANUELLE URBANO MAFFIOLETTI

**O DIREITO CONCURSAL DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS E A LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Titular Newton de Lucca

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2010

EMANUELLE URBANO MAFFIOLETTI

O DIREITO CONCURSAL DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS E A LEI DE
RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA

Tese apresentada como
requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor
em Direito Comercial pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo,
sob a orientação do Prof.
Titular Dr. Newton de Lucca.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2010

FACULDADE DE DIREITO DA USP
DOUTORADO EM DIREITO COMERCIAL

A Tese “O direito concursal das sociedades cooperativas e a lei de recuperação de empresas e falência”, de autoria da candidata Emanuelle Urbano Maffioletti à obtenção do título de doutorado em direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), foi avaliada e aprovada pela Comissão Examinadora formada pelos professores:

São Paulo/SP, ____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Dr. Newton de Lucca
Presidente

Membro

Membro

Membro

Membro

Dedico este trabalho:

A minha mãe (Maria Helena) e ao meu tio Jailton

E também: àqueles que se preocupam com a construção de uma sociedade justa e igualitária; que acreditam em valores humanitários e solidários e na relevância de serem participativos, independentemente de ideologias, escolas, condição econômica-social, intelectualidade ou idade, simplesmente pela incessante prática do bem.

AGRADECIMENTOS

Completo mais uma importante etapa no processo evolutivo do conhecimento e mais um ciclo de esforço e sacrifícios, pessoais e para os que estão ao meu lado, incentivando e permitindo a realização deste objetivo. Mais uma vez, escoam palavras e gestos para agradecer pelo carinho, amor, apoio e pela paciência de meus pais, Jailton e Maria Helena. A minha família, especialmente meus avós, pela compreensão diante da ausência e pelo respeito.

Sou eternamente grata ao professor Newton de Lucca, pela oportunidade que me concedeu e pelo tempo que dedicou na orientação e no apoio aos meus projetos profissionais. E, ainda, àqueles que ajudaram na pesquisa exploratória, no direcionamento da tese e estágio de pesquisa na Espanha, como os Professores José Marcelo Martins Proença, Paulo F. C. Salles de Toledo, Francisco Satiro de Souza Júnior e Haroldo D. M. Verçosa.

A Deus, pela permissão e pelo apoio espiritual, facilitando os caminhos em favor da pesquisa, direcionando-me às pessoas certas e dispostas a colaborar. Assim, agradeço a minha querida professora Rosenite Alves de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, pela amizade, dedicação, pelo acolhimento, e orientação (em todos os sentidos); e também à professora Isabel Gemma Fajardo Garcia, da Universidade de Valência, que me recebeu para estágio de pesquisa e ajudou na elaboração e estruturação desta tese, pelo amparo profissional e pessoal, além de ter me incentivado ao estudo do cooperativismo e economia social. Posso dizer que a participação das duas foi fundamental à concretização deste trabalho, deixando seus afazeres profissionais e pessoais para *gratuitamente* contribuírem neste projeto.

A USP e ao Santander Banespa, por ter proporcionado o estágio de pesquisa durante seis meses na Espanha e também a participação na conferência internacional de Economia Social do CIRIEC, em Ostersund, Suécia, em 2009. Não poderia deixar de registrar esses benefícios, num país com restritas fontes de fomento à pesquisa.

Agradeço também à professora Maria Isabel Candelario Macias, da Universidade Carlos III de Madrid, pela dedicação, orientação e disponibilidade, estrutura da universidade. E também, à professora Luisa Rodrigues Grillo (Universidade Carlos III de Madrid), entre outros professores e amigos do Departamento de Direito Mercantil da Universidade de Valência, que me acolheram e me ajudaram durante a estância na Espanha.

Às queridas amigas Sheila Neder Cerezetti e Mônica Bulhões e Silva, que contribuíram bastante para o desenvolvimento da tese e amadurecimento das ideias. Esse agradecimento é extensivo a inúmeros outros amigos (Carol Elizabeth Conway, Fabiana Fantoni, Julliana Paolinelli Diniz, Adilson Gurgel, Antonella Bongarzoni, Esther da Fonseca Tinôco, Thais Theles, Vanessa Marti, Paola Rodas, Camilo Osório, Ana Paula Baptista e Patrícia Palacios), bem como aos colegas de escritório e à Universidade Presbiteriana Mackenzie, nas pessoas dos professores Ademar Pereira e Nuncio Teophilo Neto. Ademais, não poderia deixar de agradecer a Nouraide Fernandes de Queiroz, pela revisão de português, boa vontade e paciência, e a Vivianne Araripe de Alencar, pelas ajudas nas traduções.

Assim, cumpro a missão de externar formalmente os meus agradecimentos, apenas na forma escrita, pois espero ter a oportunidade de retribuir com ações a todos pela ajuda que me deram neste difícil momento de realização do doutorado e confecção da tese.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	14
 I. ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E NORMATIVA DO DIREITO CONCURSAL COM ENFOQUE NA SOCIEDADE COOPERATIVA.....	21
1. As reformas no direito concursal e a tendência à harmonização.	28
2. Elemento-chave da reforma do direito concursal: pressuposto subjetivo.....	41
2.1. O devedor como pressuposto subjetivo.....	45
2.2. Sobrevivência da especialidade no direito concursal.	50
3. O direito concursal brasileiro.	64
3.1. A Recuperação de empresas.	72
3.2. A falência.	80
3.3. A insolvência civil.	86
3.4. A disciplina concursal das sociedades não empresariais com enfoque para a disciplina jurídica aplicável à crise da sociedade cooperativa.	95
 II. A SOCIEDADE COOPERATIVA: NATUREZA JURÍDICA, PECULIARIDADES E A PROMOÇÃO DAS COOPERATIVAS.....	107
1. Apontamentos sobre a evolução legislativa e o regime societário da cooperativa no Brasil.	115
2. Peculiaridades da natureza da sociedade cooperativa: fim, objeto e organização da atividade econômica.	121
2.1. Finalidade da sociedade cooperativa.	125
2.2. O objeto social: a atividade cooperativa e organização empresarial.	131

2.2.a. Atividade econômica: noções sobre o regime econômico das cooperativas.	140
3. A sociedade cooperativa como empresa.	152
4. A sociedade cooperativa: empresa de economia social.	161
5. A orientação internacional de promoção das cooperativas e uma legislação não discriminatória.	168
5.1. A orientação internacional de promoção das cooperativas no Mercosul.	172
5.2. O tratamento jurídico da insolvência como política pública de fomento à cooperativa.	179
 III. A INADEQUAÇÃO DO REGIME JURÍDICO CONCURSAL DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO BRASIL.....	184
1. Inadequação do pressuposto subjetivo da LRF: agentes mercadológicos e a sociedade cooperativa.	192
2. A lacuna de formação da LRF e do direito concursal aplicável à cooperativa no Brasil.	208
3. Reforma legislativa do direito concursal e a natureza da sociedade cooperativa.	219
3.1. Responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais e a massa concursal.....	222
3.2. Variabilidade do capital social.....	228
3.3. Fundo de reserva obrigatório para a educação e formação cooperativa.	232
3.4. Massa de gestão econômica.	236
3.5. A inadequação do direito concursal e a necessidade de reforma legislativa.	248
CONCLUSÃO.....	259
BIBLIOGRAFIA.....	264

ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ACI	Aliança Cooperativa Internacional
CC	Código Civil
CCo	Código Comercial
CESE	Comitê de Economia Social Europeu
CPC	Código de Processo Civil
CNUDMI	Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CMN	Conselho Monetário Nacional
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
INSOL	International Bar Association, International Association of Insolvency Practitioners
LCB	Lei de Cooperativa Brasileira
LRF	Lei de Recuperação de Empresas e Falências

MIICA	Internacional Insolvency Co-operation Act
MP	Medida Provisória
ONGs	Organizações Não Governamentais
OSCIPs	Organizações Cíveis de Interesse Público
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
SFN	Sistema Financeiro Nacional
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UNCITRAL	United Nations Commission on International

RESUMO

A tese parte da análise jurídica do concurso das sociedades cooperativas para abordar as disciplinas concursais de insolvência civil, recuperação de empresas e falência, bem como as normas de liquidação aplicáveis às cooperativas no direito brasileiro e comparado. O direito concursal hodierno dispõe de mecanismos recuperativos em caso de crise financeira, e liquidatórios, com normas que primam pela eficiência dos institutos do direito concursal e pela continuação da atividade produtiva, com o fim de beneficiar o credor, devedor e a coletividade. Tende-se a adotar o princípio de unidade legal, de sistema e de disciplina, com pressuposto subjetivo unificado, abrangendo todos os devedores, inclusive as sociedades cooperativas, que quando organizadas como empresas são empresárias de economia social, com natureza jurídica e estrutura que beneficiam a coletividade. O Brasil não adota o princípio da unidade, nem reconhece as sociedades cooperativas como empresas, com a exclusão das cooperativas da lei de recuperação e falências, o que fere as orientações internacionais de incentivo e de tratamento não discriminatório às sociedades cooperativas e surge como mais um obstáculo ao seu desenvolvimento no Brasil. Este estudo teórico-descritivo subdivide-se em três capítulos: o primeiro aborda a doutrina e a normativa do direito concursal com enfoque na sociedade cooperativa, analisando a evolução do direito concursal, os pressupostos subjetivos e os institutos do direito concursal brasileiro, inclusive os aplicáveis às sociedades cooperativas; o segundo aprofunda o estudo da sociedade cooperativa como empresa de economia social para demonstrar a sua realidade econômica empresarial e as suas características estruturais, além de as orientações internacionais sobre a promoção da cooperativa; e o terceiro avalia a adequação do direito concursal das cooperativas no Brasil e formula proposições sobre a matéria. A relação teoria e prática tem como base as decisões judiciais existentes sobre a matéria.

Palavras-chave: Direito concursal comparado. Lei de Recuperação de empresas e falências. Pressuposto subjetivo. Insolvência civil. Liquidação. Cooperativa. Empresa de Economia social.

ABSTRACT

The thesis begins with the legal analysis of the bankruptcy of cooperative societies to address the legal types of bankruptcy – non-commercial entities insolvency system (*insolvência civil*), companies' recovery system and bankruptcy – and the liquidation rules applicable to cooperatives under Brazilian law and comparative law. The bankruptcy law nowadays has recovery mechanisms in cases of financial crisis and liquidation. It presents rules that aim at efficiency and at the continuity of the production, in order to benefit creditors, debtors and the community. There is a tendency to adopt the legal unit principle, the system principle and the discipline principle, with a unified subjective premise that covers all debtors, including cooperative societies. When organized as companies, these societies are social economy entrepreneurs, whose juridical nature and structure benefit the community. Brazil does not adopt the legal unit principle and does not recognize cooperative societies as companies, with the exception of the cooperatives covered by the recovery and bankruptcy law. This fact constitutes a disagreement in relation to international orientations of promotion and non-discriminatory treatment to cooperative societies and arises as an obstacle to the development of these societies in the country. The theoretical-descriptive study is divided into three chapters: the first one presents the doctrine and the rules related to bankruptcy law focusing the aspects of cooperative societies and analyzing the evolution, the subjective premises and the institutes of bankruptcy law, including those applicable to cooperative societies; the second chapter analyses the cooperative society as a social economy company and demonstrates its entrepreneur's economic reality, its structural characteristics and adds international orientations on the promotion of cooperatives; the third chapter evaluates the appropriateness of bankruptcy law related to cooperatives in Brazil and formulates propositions on the issue. The relation between theory and practice is demonstrated with judicial decisions on the matter.

Keywords: Comparative bankruptcy law. Companies' recovery and bankruptcy law. Subjective premise. Non-commercial entities insolvency system. Liquidation. Cooperative. Social economy company.

RIASSUNTO

La tesi parti dall'analisi giuridica del concorso delle società cooperative per l'abbordaggio delle discipline concorsuali dell'insolvenza civile, recupero di imprese e fallimento, ed anche le norme di liquidazione applicabili alle cooperative nel diritto brasiliano e comparato. Il diritto concorsale odierno dispone di meccanismi recuperativi nel caso di crisi finanziaria e liquidazione, con norme che prezzano l'efficienza degli istituti di diritto concorsale e la continuità dell'attività produttiva, con la finalità di favorire il creditore, debitore e la collettività. La tendenza è quella di adottare il principio dell'unità legale, di sistema e disciplina, con il presupposto soggettivo unificato che acclude tutti i debitori, incluse le società cooperative, che organizzate come ditte sono imprenditori di economia sociale, nel quale la natura giuridica e la struttura beneficiano la collettività. Il Brasile non ha adottato il principio dell'unità, nemmeno riconosce le società cooperative come imprese, escluso le cooperative di legge di recupero e fallimenti, andando contro le orientazioni internazionali di fomento e di rapporto non discriminatorio alle società cooperative e sorge come un ostacolo in più al loro sviluppo in Brasile. Lo studio teorico-descrittivo è diviso in tre capitoli: il primo tratta la dottrina e la normativa del diritto concorsale con enfasi nelle società cooperative, analizzando l'evoluzione del diritto concorsale, i presupposti soggettivi e gli istituti del diritto concorsale brasiliano, principalmente quelli applicabili alle società cooperative; il secondo, studia più a fondo la società cooperativa come ditta di economia sociale per dimostrare la sua realtà economica imprenditoriale e caratteristiche strutturali, così come le orientazioni internazionali a rispetto della promozione della cooperativa e il terzo valuta l'adeguazione del diritto concorsale delle cooperative in Brasile e stipula proposizioni sulla materia. Si verifica correlazione teorica e pratica, partendo dalle decisioni giudiziali esistenti sull'argomento.

Parole chiave: Diritto concorsuale comparato. Legge di imprese e fallimento. Presupposto soggettivo. Insolvenza civile. Liquidazione. Cooperativa. Impresa delle economia sociale.

RESUMEN

La tesis parte del análisis jurídico del concurso de las sociedades cooperativas para tratar de las leyes concursales de insolvencia civil, recuperación de empresas y quiebra, así como las normas de liquidación aplicables a las cooperativas en el derecho brasileño y en el derecho comparado. El derecho concursal actual dispone de mecanismos de recuperación en caso de crisis financiera y de liquidación, con normas que objetivan la eficiencia de los institutos del derecho concursal y la continuidad de la actividad productiva para el beneficio del acreedor, del deudor y de la colectividad. Existe la tendencia de se adoptar el principio de la unidad legal, de sistema y de la disciplina, con el presupuesto subjetivo unificado que incluye todos los deudores, incluso las sociedades cooperativas. Estas, cuando son organizadas como empresas, son empresarias de economía social cuya naturaleza jurídica y estructura benefician la colectividad. Brasil no adopta el principio de la unidad y tampoco reconoce las sociedades cooperativas como empresas, con la exclusión de las cooperativas de la ley de recuperación y falencia, hecho que hiere las orientaciones internacionales de fomento y de tratamiento no discriminatorio a las sociedades cooperativas y surge como un obstáculo a más al desarrollo de estas sociedades en el país. El estudio teórico-descriptivo se divide en tres capítulos: el primero trata de la doctrina y de la normativa del derecho concursal con foco en la sociedad cooperativa, analizando la evolución del derecho concursal, los presupuestos subjetivos y los institutos del derecho concursal brasileño, incluyendo aquellos aplicables a las sociedades cooperativas; el segundo profundiza el estudio de la sociedad cooperativa como empresa de economía social para demostrar su realidad económica empresarial y sus características estructurales, y añade las orientaciones internacionales sobre la promoción de la cooperativa; y el tercero evalúa la adecuación del derecho concursal de las cooperativas en Brasil y formula proposiciones a cerca de la materia. La relación teoría y práctica ocurre a partir de las decisiones judiciales existentes sobre la materia.

Palabras clave: Derecho concursal comparado. Ley de Recuperación de empresas y quiebra. Presupuesto subjetivo. Insolvencia Civil. Liquidación. Cooperativa. Empresa de Economía Social.

APRESENTAÇÃO

O cenário internacional do direito de insolvência foi substancialmente alterado nas últimas duas décadas. Aquele direito especial, com princípios e regras de caráter nitidamente processuais com o fim de liquidar o patrimônio do comerciante insolvente, pagar aos credores e penalizar o comerciante foi sendo modificado para incorporar outros valores, com uma série de reformas as quais consideraram os fatores que provocam as crises, os efeitos transfronteiriços das insolvências, os mecanismos adequados para tutelar as empresas em crise e os interesses da coletividade.

Essa onda de reformulações nos direitos concursais de vários países teve como contribuição a atuação da *International Bar Association*, *International Association of Insolvency Practitioners* (INSOL), do Banco Mundial, *United Nation Comition on International* (UNCITRAL), da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI), da União Europeia e de outros organismos internacionais, com a elaboração de leis modelos para insolvência de efeitos transfronteiriços, guias legislativos de incorporação ao direito interno, documentos de consultas, referentes a princípios e boas práticas em direito de insolvência, bem como a organização de colóquios e simpósios sobre a matéria. Valendo-se dessas orientações e das experiências de outras legislações mais avançadas, as legislações de diversos países foram revistas, a ponto de atualmente existir uma relativa harmonização em grande parte dos princípios e institutos nos diversos países.

Na busca da eficiência e de soluções das situações de insolvência para que possa satisfazer aos credores e tutelar o direito ao crédito, os direitos concursais têm se caracterizado por objetivos e princípios parecidos, embora respeitando as peculiaridades dos direitos materiais. Percebe-se que as legislações vêm combinando os meios que reputam adequados aos fins dos direitos concursais, priorizando: a continuidade da atividade empresarial do devedor e conseguinte preservação da empresa; a reorganização ou reestruturação empresarial; a prevenção da insolvência; e a elaboração de institutos de liquidação que buscam otimizar os ativos e a celeridade processual. Nessa perspectiva de elaboração de um direito concursal mais eficiente, em ordenamentos jurídicos como

Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Espanha, França, Inglaterra, Argentina, Peru, Chile, e também como orientação da União Europeia, consolida um modelo concursal unificado para o devedor independentemente de sua natureza.

Nada obstante essa tendência, a Itália e o Brasil não adotaram o princípio da unidade de disciplinas em seus direitos concursais. O sistema jurídico de insolvência italiano é marcado pela tradicional especialidade, com pressuposto subjetivo exclusivo para os devedores que sejam empresários e desenvolvam atividades comerciais, o que foi mantido na reforma realizada no direito de insolvência – no Decreto-Lei 267, de 16 de março de 1942, em virtude de uma série de medidas legislativas iniciadas em 2005, com o Decreto-Lei 35 e finalizada em 2007, com o Decreto-Lei 169.

O Brasil, particularmente, teve o tratamento jurídico de insolvência recentemente reformulado, com base no informe do Banco Mundial e na experiência de outros países estrangeiros. A Lei n. 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falências (LRF) valora a preservação da empresa, a maior participação dos credores nos processos de insolvência, a celeridade processual, a desjudicialização dos processos concursais e a otimização dos ativos do devedor em caso de falência, além de introduzir os processos de recuperação extrajudicial e judicial. No tocante ao pressuposto subjetivo, porém, restringiu o seu âmbito de aplicação aos empresários e às sociedades empresárias, excluindo as sociedades simples, as pessoas físicas e as instituições possuidoras de regime de liquidação próprio e procedimentos concursais específicos, como são exemplos as instituições financeiras, securitárias e os consórcios¹.

De acordo com a legislação brasileira, as sociedades cooperativas são sociedades com natureza jurídica própria, não sujeitas à falência, e equiparada às sociedades simples, o que significa dizer que são sociedades não-empresárias (art. 996, Código Civil, e art. 3º da Lei n. 5.764/1971 – Lei de Cooperativas Brasileira). Assim, estão excluídas desse sistema de recuperação judicial e falências, estando sujeitas ao antigo regime processual de

¹ Artigo 2º: “Esta lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública e 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 equiparada às anteriores.”

insolvência civil, previsto no Código de Processo Civil (CPC) e no Código Civil (CC); ou ainda ao de liquidação extrajudicial previsto na Lei de Cooperativas Brasileira (LCB) realizado por iniciativa do órgão executivo federal naquelas sociedades que não tenham condições operacionais, principalmente por constatada insolvência.

Demais disso, há controvérsias sobre o regime jurídico concursal aplicável às cooperativas. Nesse sentido, existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial entendendo que as sociedades cooperativas estão sujeitas ao regime específico de liquidação da LCB, e que o procedimento de liquidação extrajudicial teria sido extinto com as mudanças verificadas na Constituição Federal/1988 – com exclusão da intervenção estatal direta nos processos de constituição e desenvolvimento das sociedades cooperativas. Para tais casos, a solução que tem sido usada é a aplicação do processo de liquidação judicial.

Entretanto, na realidade econômica, muitas sociedades cooperativas organizam-se na forma de empresa para realizar o seu objeto social. Atuam no mercado e comprometem-se perante terceiros credores, em competição com outras sociedades empresárias, figurando como prestadora de produtos e serviços em atuação profissional no mercado na relação jurídica com os credores. Essa organização empresarial é, aliás, imprescindível para que as cooperativas desenvolvam a sua atividade cooperativa, pois necessitam realizar contratações com terceiros e organizar-se na forma de empresa com o fim de realizar o seu objeto social.

Ademais desse perfil econômico, vale lembrar que a sociedade cooperativa segue com os valores da autoajuda, responsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, com peculiaridades estruturais e em sua natureza, pois os sócios participam ativamente da execução da atividade econômica e o objetivo é vinculado à satisfação dos interesses destes. Possui princípios e identidade que vêm sendo perfilhada pela Aliança Cooperativa Internacional desde os Congressos de Paris (1937) e de Viena (1966), até a atual versão constante na Declaração de Identidade Cooperativa, resultante do Congresso de Manchester (1995). São, pois, princípios em vigor: adesão voluntária e aberta; gestão democrática por parte dos sócios (com um voto por pessoa); participação econômica dos sócios; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação, ou cooperação entre cooperativas; e interesse pela comunidade. Assim, é uma sociedade que

desempenha também função social, realizando os interesses internos de seus sócios (mútua), dos trabalhadores, da coletividade e do mercado.

A junção desses perfis (econômico e social), aliás, faz com que a cooperativa tenha uma natureza peculiar, revelada em sua finalidade e especificidade da atividade cooperativa, sendo considerada empresária social. A atividade social é desenvolvida sob gestão democrática e realizada pelos próprios sócios com o fim de atender aos seus interesses econômicos, sociais e culturais, sendo eles executores e usuários finais. E, a cooperativa atua em nome próprio, por conta dos sócios, para propiciar a prestação de bens ou serviços ao mercado, ou para adquirir do mercado os bens e serviços para os sócios, eliminando intermediários. A estrutura financeira também é particular, com regime jurídico e econômico próprio que prevê a formação de fundos obrigatórios não repartíveis, capital social variável do qual estão excluídos os bens e os recursos decorrentes dos atos cooperativos (intercâmbio de bens para os fins de cumprimento do objeto social).

Essas e outras peculiaridades estruturais são relevantes no estudo do concurso das cooperativas para elucidar a relevância do tratamento jurídico adequado, pois há questões específicas que surgem quando se conectam às disciplinas jurídicas de insolvência e da cooperativa.

Tendo em vista esse cenário, a importância das sociedades cooperativas para a coletividade, a sua organização empresarial e a tendência à formação de sociedades cooperativas de dimensão extraterritorial, a identidade da sociedade cooperativa e a importância de uma legislação adequada e favorável ao desenvolvimento dessas sociedades em cada país são questões cobradas no âmbito internacional e constitucional brasileiro.

A respeito disso, a Declaração da ACI sobre a identidade de cooperativa de 1995 reconhece a atividade econômica e a organização empresarial das cooperativas, com a existência de políticas de fomento nesse setor. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução 51/58, conclamou os governos a refletir sobre a conveniência de promover o desenvolvimento das cooperativas. O Secretário Geral em matéria de Promoção de Cooperativas da ONU também teve a iniciativa de encomendar um estudo para analisar a viabilidade da construção de lei modelo de organização

cooperativa e estimular os governos a incorporar o desenvolvimento cooperativo em suas políticas, em 1996. Os resultados desse estudo foram convertidos no Relatório sobre “Cooperativas em Desenvolvimento Social” 2001/68, com data de 14 de maio de 2001, ratificado pela Resolução 56/114 na reunião plenária da Assembleia Geral da ONU de 19 de dezembro de 2001. Demais disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em conferência realizada em 26 de junho de 2002, com a participação de cento e vinte três países e a ratificação de todos eles, inclusive do Brasil, reitera os princípios e valores da Declaração da ACI sobre a identidade de cooperativa de 1995 e conclama ações governamentais que fortaleçam o setor cooperativo. Entre tais ações, sugere a criação de um marco jurídico favorável às cooperativas, a sua natureza e a função, que contribuam ao fortalecimento do setor cooperativo e ao seu desenvolvimento como empresas autônomas e autogestionadas.

E no Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece a necessidade de legislações infraconstitucionais estimularem o cooperativismo e outras formas de associativismo (art. 146), embora a base legislativa infraconstitucional (LCB e CC) não reconheça a natureza econômica da cooperativa.

Esse cenário convida à reflexão sobre a necessidade de mudanças no regime legal brasileiro, de modo que a sociedade cooperativa possa atender ao papel primordial que desempenha no cenário econômico nacional e internacional, tanto nos países ricos quanto nos emergentes, com a previsão de um sistema jurídico concursal que atenda às demandas atuais das cooperativas, considerando a atualidade da relevância do caráter econômico de sua atividade.

Nessa perspectiva, será realizado o estudo do direito comparado com o objetivo de aportar experiências e soluções conferidas em relação às matérias envolvidas ao tema desta tese, sobretudo nas legislações da Espanha, Portugal, Itália e Argentina; e não de realizar um estudo comparativo entre cada um dos ordenamentos.

A eleição dos sistemas justifica-se, em relação à Espanha e a Portugal, por serem os primeiros países a reformularem a legislação de insolvência com base nas orientações do Regulamento 1.346/2000, da União Europeia, espelhando-se, ainda, no direito francês e

alemão, e, especialmente, porque os princípios e institutos adotam o pressuposto subjetivo unificado, de modo a abranger as sociedades cooperativas que incorporam um setor que desenvolve atividade empresarial, embora atribua os valores sociais e princípios da ACI. Na Espanha, em particular, o desenvolvimento do estudo do direito cooperativo reflete avanço na legislação e nos seus institutos, superando as controvérsias quanto à disciplina aplicável à quebra da cooperativa, caracterizando uma situação muito semelhante à do Brasil. Quanto ao direito italiano, que exerce influência no direito brasileiro, por este ter sido reformulado e mantida a especialidade – nada obstante isso, em virtude do tratamento que confere à sociedade cooperativa, aplica-se a disciplina de insolvência àquelas que exercerem atividade empresarial. Por fim, o direito concursal direito argentino destaca-se como exemplo de legislação na América Latina, que desde a década de 1990 unificou o pressuposto subjetivo, com a respectiva inclusão das cooperativas, setor com forte tradição econômica no país.

Ademais, com a abordagem do atual sistema jurídico de insolvência não pode deixar de considerar as contribuições dos estudos, relatórios e leis modelos formuladas por organismos e instituições internacionais, especialmente no que concerne ao pressuposto subjetivo e aos princípios do direito concursal.

Para tal fim, a presente pesquisa realizar-se-á dentro da metodologia teórico-descritiva, com base em pesquisa exploratória que inclui as correntes teóricas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, com a abordagem do concurso das sociedades cooperativas dentro do enfoque das disciplinas jurídicas concursais aplicáveis à matéria e do pressuposto subjetivo definido pela LRF. Portanto, o estudo estende-se aos institutos dos CC, do CPC, relativos à insolvência civil, e da LCB e, assim considerando, será desenvolvido com três enfoques principais, estruturados em partes.

O primeiro enfoque abordará os institutos concursais e a evolução da matéria sob a ótica dos interesses protegidos e da finalidade do direito concursal; as orientações do direito concursal moderno – caracterizado a partir das reformas ocorridas na década de 1990 e retratadas nos ordenamentos jurídicos reformados mais recentemente na Europa, aplicando as orientações do Regulamento 1.346/2000 da União Europeia; os principais sistemas concursais existentes, sob o ponto de vista do pressuposto subjetivo; o direito

concursal brasileiro, estudando a recente reformulação desse sistema, o seu pressuposto subjetivo, a manutenção da bipartição de disciplinas conforme o devedor, o procedimento de execução coletiva contra devedor insolvente; e, finalmente, a disciplina jurídica aplicável à insolvência da sociedade cooperativa prevista na LCB.

No segundo, estudar-se-á a natureza jurídica das sociedades cooperativas, suas especificidades e seu ratamento legislativo (LCB e CC), incluindo as matérias relacionadas à caracterização da sociedade cooperativa, a sua finalidade societária e aos elementos das teorias jurídicas. Todo esse procedimento, contrapondo-se aos elementos da organização empresarial e à caracterização da cooperativa como empresa de economia social, atendo-se, igualmente, à realidade econômica da empresa cooperativa.

Por fim, a partir desses dois ângulos, a terceira parte avaliará a adequação do direito brasileiro para o concurso das sociedades cooperativas, com a expectativa de evidenciar o papel da empresa cooperativa como agente atuante no mercado, ofertante de produtos e serviços e captadora de clientes; e identificar os fundamentos doutrinários e legislativos dos interesses envolvidos, incluindo as questões referentes à disciplina concursal e à aplicação dos princípios e das orientações internacionais da sociedade cooperativa, com subsídios advindos de experiências realizadas em outros ordenamentos nacionais e comunitários que possam vir a contribuir para o aprimoramento do regime jurídico brasileiro.

Espera-se que esses desenvolvimentos confirmem os argumentos técnicos e jurídicos dos organismos internacionais especializados que defendem a reformulação das legislações nacionais. Tal se afirma pela necessidade de previsões legislativas que atendam aos pressupostos da nova conjuntura global e atualiza os instrumentos legais relativos às cooperativas, com o reconhecimento de natureza e organização empresarial. E, desse modo, que a cooperativa possa atender as suas finalidades social e econômica, numa dinâmica mais democrática e também acessível às pessoas de todos os níveis econômicos-sociais, que têm dificuldades estruturais de inserção nos meios de produção.

I ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E NORMATIVA DO DIREITO CONCURSAL COM ENFOQUE NA SOCIEDADE COOPERATIVA

O crédito é elemento essencial à economia e ao tráfico mercantil, permitindo a expansão e a manutenção das atividades econômicas independentemente da existência de capital próprio. Nas atividades mercantis, as relações creditícias extrapolam a esfera individual da relação jurídica, firmada entre devedor e credor para alcançar terceiros, integrantes da cadeia mercadológica. Isto se deve ao tráfico mercantil, canal em que se entrelaçam os interesses dos agentes econômicos na contratação de produtos e serviços, originando diversos tipos de créditos, com significativo volume de operações em termos quantitativos e qualitativos.

A proteção jurídica ao crédito envolve as matérias relativas ao cumprimento das obrigações e às consequências de seu descumprimento para o tráfico mercantil, os credores e devedores, com potencial danoso para a cadeia mercadológica e para o sistema econômico. Além da confiança que move as relações creditícias (de origem latina, *credere* é confiar), o Estado ampara os credores em relação ao cumprimento das obrigações no tempo, na forma e nas circunstâncias que foram firmadas; bem como nas situações de impotência patrimonial do devedor em relação ao cumprimento da generalidade das obrigações². Com isso, resguarda-se ainda o patrimônio, indispensável à execução das atividades econômicas e tido como garantia dos credores.

Os mecanismos jurídicos de proteção ao crédito existem desde a Antiguidade, quando ainda se aplicavam rigorosas penalidades ao transgressor. No direito romano, a liquidação da dívida ocorria na forma de danos ao corpo do devedor, sua prisão ou escravidão, mediante a iniciativa do credor.³ Essa norma aos poucos foi perdendo a sua

² D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos – análisis exegético – análisis exegético*, 1ª ed., Buenos Aires, Errapar, 2008, pp. XVII a XXIII.

³ As penas variavam de acordo com o direito e a tradição de cada povo. Algumas leis concebiam penas corporais pelos compromissos assumidos, como a representada no corte em partes proporcionais à quantidade de credores prevista na Lei XII tábuas, de 451 a.C.; ou a pena prevista no Código de Hamurabi, que consistia na escravidão da mulher ou dos filhos do devedor pelo prazo máximo de três anos, ou mesmo a venda de algum deles para resgate da dívida. Demais disto, são exemplos as Leis de Manú e o direito hebraico, que permitiam, respectivamente: que o credor usasse meios violentos para receber o seu crédito e a prisão por dívidas. Para um histórico mais detalhado da matéria, ver M. J. BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de*

eficácia com o desenvolvimento de conceitos sobre a personalidade humana, propriedade individual e o patrimônio da pessoa, até que essa aplicação foi proibida pela *Lex Poetelia Papiria* em 428 antes de Cristo (a.C.). Após o que a execução individual para o pagamento da dívida passou a ser realizada com a intervenção do Estado, com a responsabilidade pessoal do devedor e apropriação do seu patrimônio como meio de pressão até que o pagamento fosse realizado.

Com a sedimentação do instituto da *execução patrimonial* para garantia do direito obrigacional, o poder público passa a reconhecer o direito de crédito e intervém com atos de natureza satisfativa sobre o patrimônio do devedor, realizados independentemente da vontade dele⁴. Posteriormente, verificou-se que quando havia um único devedor e vários credores, o inadimplemento era a causa de conflitos entre os interesses do devedor e de cada credor, pois todos eles buscavam atingir o melhor proveito da situação. Assim, o atraso no pagamento das dívidas gerava ações executivas individuais e descentralizadas, criando uma situação conflituosa e impossibilitando o pagamento a todos os credores. Ainda no Direito Romano, foi estruturado o processo de execução coletiva com o objetivo de satisfazer equitativamente os interesses dos credores.

O processo de execução coletiva tinha o caráter predominantemente sancionador e ocorria mediante a fiscalização de um juízo privativo, com a participação dos representantes dos credores na administração dos bens do devedor e do síndico na fase de verificação do crédito e de liquidação dos bens do devedor. Nessa época, a crise do devedor era vista como incapacidade para administração dos negócios, gerando o abalo ao crédito e à confiança da coletividade, em virtude do que merecia ser repreendido.

Além da execução coletiva, o Direito Romano previa algumas espécies de concessões prévias de moratória, o *moratorium* concedido pelo imperador ao devedor de

empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005, 4ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 33-5; e A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução*, Saraiva, São Paulo, 1952, pp. 12-4.

⁴ Nesse sentido e para maior conhecimento sobre a natureza jurídica do ato executivo, ver A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução*, cit. (nota 3 supra), pp. 15-24.

boa-fé, e o *moratorium conventionale* concedido pelos próprios credores; e de concordata, quando os credores dispensavam parte do crédito.⁵

Considerando os valores históricos e a evolução dos institutos de execução coletiva, moratória e concordata, esses institutos serviriam de subsídios para a elaboração das leis das nações mais civilizadas a partir do século XV e XVI. Os sistemas jurídicos vão se estruturando distintamente na regulação do conflito de interesses entre o devedor e os seus credores, formando direitos sobre bases distintas, em conformidade com as tradições legislativas e relações históricas entre os países.

A partir daquelas bases do processo de execução coletiva e da concordata criados para o *devedor* (independente da qualificação civil ou comercial), na Idade Média vão desenvolvendo-se os institutos do direito falimentar e delineando-se a formação de regras específicas para os comerciantes nas cidades italianas de economia eminentemente comercial como Genova, Florença, Milão e Veneza.⁶ Com isso, formam-se disciplinas jurídicas distintas para o devedor comum e comerciante, com destaque para o tratamento jurídico dedicado à falência dos comerciantes, inseridos nos corpos dos códigos comerciais na França – por intermédio da *Ordenança* de 1.673 (e mantido no *Code de Commerce* de 1.807) – e nos blocos jurídicos latinos.

No que diz respeito à falência, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA⁷ situa dois planos: o econômico e o jurídico. No plano econômico, “a falência é o efeito da função anormal do crédito” e designa a situação daquele que, tendo recebido uma prestação, não dispõe de valores realizáveis suficientes para satisfazer, no momento exato, a contraprestação a que se obrigou e, portanto, falta com o prometido; enquanto que, no jurídico é o conjunto de normas de direito material, processual e penal estabelecido em defesa do crédito.

⁵ D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético*, cit. (nota 2 supra), p. 2; e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, Vol. VII, 5ª ed., atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1954, p. 15.

⁶ Assim, durante o direito comunal italiano o instituto da falência era um processo de execução especial para os comerciantes, sendo suas sanções aplicáveis também as pessoas físicas que não fossem mercantis. Para maiores detalhes sobre o histórico do direito falimentar, ver T. M. VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1948, pp. 7-8, que afirma ser um instituto de natureza nitidamente comercial; e também: C. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, v. 1, 5ª ed., Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1922, pp. 323-351.

⁷ *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), pp. 7-18.

Já T. M. VALVERDE⁸ conceitua o instituto da falência como “o complexo de regras jurídicas, técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial, de ordem econômica, a falência”. E, logo complementa com o sentido jurídico, que seriam

[...] atos ou fatos que denotam, comumente, um desequilíbrio no patrimônio do devedor

Essas regras técnicas ou construtivas são uma criação da lei positiva e têm na norma geral de que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores o seu fundamento.

Elas procuram assegurar a execução da norma geral, fixando os princípios reguladores do novo estado jurídico e preestabelecendo os meios pelos quais se tornará realizável a garantia dos direitos dos credores.

Para tal fim, a falência foi fixando-se como processo de execução coletiva para os comerciantes insolventes, que se instaura para satisfazer os credores em condição de igualdade (*par conditio creditorum*), ante a incapacidade de adimplemento das obrigações. Assim se sedimenta o processo concursal – envolvendo interesses públicos e privados, conduzido por autoridade pública e baseado em normas formais e materiais e princípios próprios – pelo qual o Estado intervinha para garantir que os bens do devedor satisfizessem os débitos equitativamente e para penalizar o devedor, já que a insolvabilidade do mercador nos estatutos medievais era considerada um crime em si.⁹

E. RICCI¹⁰ pontua que institutos paralelos à falência desenvolvida na Itália intermediária se encontravam em diversos países europeus, até mesmo nos ordenamentos jurídicos de origem inglesa e norte-americana, que detinham um sistema jurídico comercial e concursal próprio distinto do adotado pelos latinos. Afinal, como instituto liquidatório que era, e instrumento destinado à liquidação do patrimônio do devedor e à distribuição do produto entre os credores, todos eles tinham como traço comum a aplicação do princípio

⁸ T. M. VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências – Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945*, cit. (nota 6 supra), pp. 12-3.

⁹ Vale o registro de F. K. COMPARATO, *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, p. 95, no sentido de que entre o século XVI e XVIII a decretação da quebra implicava no encarceramento do falido e a fuga era penalizada com o banimento, ou seja, o falido era excluído da esfera legal da comunidade e podia ser atingido, a si e seus bens, impunemente. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), pp. 13-5, complementa que já nas últimas épocas do direito romano, sobrevivente em paralelo às leis comerciais das comunas mais desenvolvidas, se o devedor infeliz de boa-fé entregasse aos credores a totalidade de bens teria a sua honra intacta e evitaria a detenção pessoal, libertando o devedor até a concorrência dos bens pessoais.

¹⁰ *Lezioni sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 1-4.

da responsabilidade patrimonial e a proteção ao interesse de cada classe de credores, seja fixando normas que assegurem a liquidação em valores elevados ou a celeridade processual.

Como atenuante do rigoroso processo sancionador falimentar, o direito concursal medieval previa ainda a concordata como favor legal de composição das dívidas para aqueles comerciantes que ainda tivessem condições financeiras de se manter no mercado, apenas necessitando de prorrogação de prazos e descontos. As primeiras subespécies previstas foram a de concordata suspensiva judicial – concedida no curso do processo falimentar evitando a liquidação – e a preventiva extrajudicial – usada em momento anterior à declaração de falência e fornecida pelos credores em unanimidade, com ausência de intervenção judicial. Depois, a partir do final do século XVIII, seria introduzida a concordata preventiva judicial em grande parte dos países, concedida pelos credores em maioria, previamente à decretação da falência, com posterior homologação judicial.¹¹

Esse modelo persistiu até o século XIX, sendo um direito concursal estruturado para o comerciante/empresário (e não o negócio/empresa) com o escopo de satisfazer os interesses dos credores, saneando as dívidas equitativamente com a liquidação dos ativos e passivos do devedor. Os traços de um processo falimentar punitivo aos devedores fracassados e como medida extrema, desconsiderando-se os seus interesses, vão sumindo no século seguinte, quando já se tem em conta a separação de empresário e empresa e a formação de um direito concursal da empresa.

No decorrer do século XX, as alterações dos modelos constitucionais econômicos liberais aliados à evolução dos mercados refletem mudanças nos princípios de política jurídica do direito concursal para se adequar à realidade social. J. PULGAR ESQUERRA¹² faz

¹¹ Ver J. PULGAR ESQUERRA, *La reforma del derecho concursal comparado y español – los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-5. E também J. PULGAR ESQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, la ley, 2005.

¹² J. PULGAR ESQUERRA, *La reforma del derecho concursal comparado y español – los nuevos institutos concursales y reorganizativos* cit. (nota 11 supra), pp. 31-5, observa ainda que essas mudanças ocorreram em intensidades diferentes conforme o país e a concepção política econômica, observando: “Poderia falar hoje de dois grandes modelos. Nos ordenamentos jurídicos de influência anglo-saxônica (Estados Unidos, Inglaterra e, mais matizadamente, na Alemanha) sobre a base de um marco constitucional-econômico que se interpreta essencialmente neoliberal, produz-se um trânsito do privatismo do século XIX a uma co-existência de interesses públicos e privados nas decisões em matéria concursal, apesar de não ser menos certo que tal coexistência de interesses se produz sobre a base de subordinação dos interesses públicos aos privados. Em

referência à *desprivatização* dos institutos concursais, no sentido de que as decisões sobre a liquidação ou preservação da empresa passam a considerar mais os interesses públicos do que outrora, a preservação da empresa e a sua viabilidade, sendo ainda que tal decisão deixa de ser de responsabilidade dos interesses privados afetados pela crise para envolver também órgãos públicos de acordo com os limites dos procedimentos concursais.

Tendo em vista que a falência e a concordata já não atendiam aos objetivos inicialmente traçados em lei, deixando de satisfazer aos interesses dos credores, e ainda com reflexos negativo na economia, novas bases do direito concursal foram delineando-se. Percebe-se que no direito concursal comparado a estrutura continua se apoiando nos institutos centrais, porém estes são redimensionados e assumem novos objetivos. Assim, parte-se da “falência” para instaurar a execução coletiva universal, liquidar os ativos e as dívidas com igualdade de condições entre os credores e sanear o mercado, retirando de circulação aquelas que efetivamente não sejam viáveis; e da “concordata” (ou nomenclatura diversa) como meio de reorganizar financeiramente a empresa e facilitar o cumprimento das obrigações. Em alguns ordenamentos jurídicos preveem-se também institutos de caráter reorganizativo, reservados às empresas com significação social maior em que o tratamento à crise demanda maior cautela em virtude da transcendência pública de seus efeitos. Para atender ao objetivo tradicional do direito concursal de proteção ao

contrapartida, os Ordenamentos jurídico latinos (França, Itália, Portugal), partem da base de interpretação do modelo constitucional-econômico que, de um lado, não subordina os poderes econômicos públicos às liberdades individuais e, de outro, parte de uma nova configuração destes, introduzindo em ocasiões uma subordinação de interesses privados envolvidos em situações de crise em relação aos interesses públicos e, por sua vez, um maior papel das instâncias públicas (judicial ou administrativo) nas decisões sobre a crise econômica.” [Tradução livre de: “Podría hablarse hoy de dos grandes modelos. En los Ordenamientos jurídicos del área de influencia anglosajona (*Estados Unidos, Inglaterra y, mas matizadamente, en Alemania*) sobre la base de un marco constitucional-económico que se interpreta básicamente en clave neoliberal, se produce un tránsito del privatismo del siglo XIX a una coexistencia de intereses públicos y privados en relación con la toma de decisiones en materia concursal, si bien no es menos cierto que tal coexistencia de intereses se produce sobre la base de la subordinación de los intereses públicos a los privados. Frente a ello, en los Ordenamientos jurídicos latinos (*Francia, Italia, Portugal*), sobre la base de una interpretación preponderante del modelo constitucional-económico que, de un lado, no subordina las potestades económicas públicas a las libertades individuales y, de otro parte de una nueva configuración de éstas, se introduce en ocasiones una subordinación de los intereses privados afectados en las situaciones de crisis respecto de los intereses públicos y, a la vez, una mayor protagonismo de las instancias públicas (jurisdiccionales o administrativas) en la toma de decisiones en torno a la solución de la crisis económica.”].

sistema creditício, os princípios e institutos são reformulados, perdendo o caráter exclusivamente *solutório* (satisfação dos credores) e *liquidatório*, e dando atenção à conservação da empresa.

Em função disso, nas últimas décadas, verificam-se que novos valores ocuparam o cenário do direito concursal com vistas à prevenção das crises econômico-financeiras das empresas e redução dos impactos negativos, disciplinando soluções previsíveis para que os empresários e devedores possam utilizá-las diante de circunstâncias de insolvências. Como será visto adiante, além da satisfação dos interesses dos credores (e solução patrimonial), os institutos passam a ter como escopos: a continuidade das empresas, com a preservação da sua atividade econômica e recuperação do empresário diante das circunstâncias de crises financeiras; o reconhecimento da função social da empresa e do interesse público que envolve os concursos; a proteção dos ativos do devedor; e a simplicidade e celeridade do processo de falência.

1 As reformas no direito concursal e a tendência à harmonização

O direito comercial possui raiz universal desde a sua formação, com o *ius mercatorium*, que regulamentava a atividade dos comerciantes em feiras e praças na Idade Média. Atualmente, com a globalização, formação de blocos regionais e ausência de limites territoriais para a expansão dos mercados, entre outros fundamentos de direito internacional privado, exigem-se que determinadas normas sejam fixadas, considerando certos padrões universais. Este é o caso das legislações concursais, que nas últimas duas décadas vêm sendo objeto de reformas sequenciais nos países europeus e latino-americanos para se adequarem às novas tendências.

Dentro desse contexto de um direito concursal composto por novas diretrizes principiológicas, as legislações norte-americana e francesa são tidas como referências na sistematização da matéria, respectivamente, com o Título 11 *United States Code* (*Bankruptcy Code*) – promulgado pelo *Bankruptcy Reform Act* e 1978 – e com a Lei n. 85-98 de 1985 (artigo L. 620-1 do *Ordenance*). Isto se deve ao enfoque atribuído aos seus institutos para a preservação da empresa e proteção dos interesses sociais envolvidos, com procedimentos que permitiam a reorganização patrimonial dos empresários em crise e a sua reinserção no mercado. E também pelos EUA terem adotado sistema conciliatório entre as vontades dos devedores e credores para estabelecer planos de recuperação, viabilizando o pagamento dos credores e a continuação da atividade empresarial.

Após séculos de vigência da legislação (o código era de 1877 e havia uma lei de 1973, que era a lei de concordata preventiva – *VersO – Vergleichsordnung*), a Alemanha publicou em 05 de outubro de 1994 a nova lei de insolvência *InsO – Insolvenzordnung* (com vigência em 1º de janeiro de 1999), que pela qualidade legislativa, vem exercendo influência nos outros ordenamentos jurídicos. Tal disciplina de insolvência adota como objetivo a satisfação coletiva dos credores, regendo um processo de entrada única e vários caminhos processuais em seu curso, que podem ser de reorganização para preservar a empresa ou falência; além da previsão de instituto de reorganização extrajudicial.¹³ O

¹³ Ver V. GONZALO LÓPEZ, *La reforma del derecho concursal alemán*, in *Revista de Derecho Mercantil* 215 (1995), pp. 211-221.

direito alemão atribui aos credores papel importante, exercido por assembleia-geral ou comissão de credores¹⁴.

Durante a década de 1990, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (“*United Nation Comition on International*” - UNCITRAL) começa a edificar o direito internacional de insolvência, propondo modelo a ser incorporado pelos direitos internos com vistas à cooperação entre os tribunais e as autoridades administrativas, bem como promover maior segurança jurídica para comerciantes e investidores, a administração equitativa e eficiente das insolvências transfronteiriças, a proteção aos bens dos devedores e a reorganização das empresas em crise financeira.¹⁵ Assim, os documentos normativos publicados são a Lei Modelo sobre insolvência transfronteiriça (Resolução A/52/158 de 15 de dezembro de 1997) e o Guia Legislativo sobre o Regime de Insolvência, aprovado na 37ª seção da UNCITRAL, celebrada em Nova York de 14 a 21 de junho de 2004 (Resolução A/59/40, de 2 de dezembro de 2004).

A Comissão recomenda que os Estados-Membros incorporem em seus ordenamentos internos critérios legislativos mínimos, majoritariamente adotados em sede de insolvência no marco de direito comparado, porém sem interferir na política legislativa de distintos países. O guia traz princípios gerais, critérios de interpretação e aplicação com vista aos modelos existentes no direito comparado, viabilizando a harmonização entre eles. São princípios sugeridos: a maximização dos bens que constituem a massa ativa do concurso e a finalidade de reduzir o passivo, com disciplina que proteja a massa ativa; o equilíbrio entre a reorganização e liquidação, de acordo com a possibilidade de recuperação do devedor; o *par conditio creditorum* entre grupos de créditos distintos; a garantia de soluções oportunas à insolvência por meio de medidas administrativas, judiciais ou convencionais; sistemas de conservação ou liquidação em caráter coletivo,

¹⁴ P. F. C. SALLES DE TOLEDO, *Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresas – LRE* in *Revista do advogado* 83 (2005), p. 100.

¹⁵ M. I. CANDELARIO MACIAS, *El derecho mercantil internacional – la insolvencia con elementos extranjeros*, in A. L. CALVO CARAVACA – S. AREDE LUDEÑA (Dir.), *Cuestiones actuales de derecho mercantil*, Madrid, Colex, 2005, p. 302, registra a contribuição que teve para a lei modelo a *Model International Co-operation Act* (“MIICA”) elaborada na década de 80 pela *International Bar Association*, pois os Estados observaram os seus princípios e quiseram incorporar aos seus direitos internos, apesar do caráter privado da organização e da norma. Assim, as Nações Unidas, com a colaboração da INSOL, elaborou a lei modelo adotando semelhante forma jurídica. Nesse sentido, ver: M. OLIVENCIA RUIZ, *UNCITRAL – hacia un Derecho mercantil uniforme en El Siglo XXI*, RDM 1993, p. 9 e ss.

impedindo atuações individuais dos credores e preservando o patrimônio do devedor; a transparência dos procedimentos de insolvência, facilitando aos credores e investidores o conhecimento da situação econômica/financeira do devedor; regras claras sobre o reconhecimento e a classificação de créditos, com tratamento especial aos créditos com garantia; e, finalmente, que se estabeleça um marco legal adequado regulatório da insolvência transfronteiriça, sugerindo a utilização das bases reitoras da Lei Modelo de 1997¹⁶.

Demais disso, outros organismos internacionais investiram em pesquisa, realização de seminários e elaboração de guias com princípios e diretrizes sobre mudanças no direito concursal, considerando o cenário das práticas relativas à insolvência na Europa e no mundo, as normas aplicáveis, a necessidade de apoiar o empresário (espírito empreendedor) e empresas em crise. É o caso do *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* do Banco Mundial¹⁷.

Esse guia do Banco Mundial parte da constatação de que os sistemas fiáveis de insolvência e de direitos dos credores são elementos-chave para o bom funcionamento dos mercados internos, para o fortalecimento do crédito e de investimentos, bem como para a redução dos riscos e custos decorrentes da instabilidade sistêmica, criando um quadro uniforme para avaliar a eficácia desses sistemas e orientar as escolhas políticas. A partir disso, recomenda que as legislações sejam construídas com base em objetivos que envolvem a maximização dos valores dos ativos da empresa; normas claras e transparentes que protegem os interesses dos credores e permitem a sua participação nos processos, o que poderá ser feito por meio do comitê de credores ou de assembleia-geral; processos

¹⁶ Para maiores detalhes ver: J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* cit. (nota 11 supra), pp. 124-125; M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea*, in M. I. C. MACÍAS – J. OVIEDO ALBÁN (Coord.), *Derecho mercantil contemporáneo*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pp. 427-82; J. CLIFT, *objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente – la guía legislativa de UNCINTRAL sobre el régimen de insolvencia* in *Revista de Derecho Mercantil* 207 (1.993), pp. 19-40; J. ISRAEL, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

¹⁷ Vale a pena a citação ao trabalho *Insol International (International Federal of Insolvency Professionals)*, que elaborou o *Statement of principles for a global approach to multi-creditor*, em 2000, atuando em colaboração com o Banco Mundial e UNCINTRAL, entre outros organismos internacionais. São oito princípios elaborados para auxiliar na coordenação dos trabalhos de insolvência e na relação de cooperação entre credor e devedor. Para mais detalhes, ver: INTERNATIONAL FEDERATION OF INSOLVENCY PROFESSIONALS – INSOL INTERNATIONAL, *Statement of principles for a global approach to multi-creditor workouts*, London, [s.n.], oct./2000, Disponível [on-line] in: www.insol.org, [12 abr. 2007].

judiciais e extrajudiciais de reorganização e reestruturação financeira, estabelecidos em equilíbrio com a liquidação; e mecanismos de cobrança e processos de liquidação eficientes, confiáveis e previsíveis¹⁸. Os princípios contemplam, ainda, a existência de acordos informais de negociação, com código de condutas estabelecido pelas instituições financeiras, e a criação de juízos especializados na matéria¹⁹.

Na Europa, a partir da iniciativa da República Federal da Alemanha e da República Federal da Finlândia, foi publicado o Regulamento, da então Comunidade Europeia (CE), n. 1.346 do Conselho, de 29 de maio de 2000 – com conteúdo baseado nos pareceres do Parlamento Europeu (de 20 de março de 2000) e do Comitê Econômico e Social –, que tem por objeto o direito aplicável às insolvências de efeitos transfronteiriços nos países membros.²⁰ Esse Regulamento possui aplicação vinculante e diretamente aplicável aos Estados-Membros e leva em conta as consequências das atividades empresariais desenvolvidas além dos limites territoriais do país de origem, bem como a importância de normas comuns e uniformes de direito internacional privado concursal comunitário que assegurem a efetividade e eficácia dos procedimentos de insolvência para garantir a igualdade entre os credores e reforçar a segurança do comércio comunitário. Regula a competência para a abertura dos processos de insolvência e suas decisões, com disposições relativas ao reconhecimento dessas decisões nos Estados-Membros, envolvidos no respectivo processo, e o direito aplicável. Enfim, coordenando as medidas processuais

¹⁸ Detalhadamente, os objetivos são: a integração nos sistemas jurídico e comercial; a maximização do valor dos ativos da empresa, com opção de reorganização; o equilíbrio cuidadoso entre liquidação e reorganização; o tratamento equitativo dos credores em situações semelhantes; a resolução oportuna, eficiente e imparcial das insolvências; a prevenção ao desmembramento prematuro dos bens do devedor pelos diferentes credores; processos transparentes; o reconhecimento dos direitos dos credores, com normas claras e fases processuais previsíveis; a criação de um quadro para as insolvências internacionais, com o reconhecimento dos trâmites estrangeiros; a liquidação rápida e eficiente das empresas que não sejam viáveis; a prioridade da venda dos ativos globais; o estabelecimento de processos formais e informais de salvamento da empresa; a reabilitação deve permitir o acesso rápido e fácil ao processo; permitir a negociação dos planos e que a decisão da maioria dos credores em favor de um plano vincule todos os outros credores (mediante proteção adequada); e a supervisão dos procedimentos para assegurar que o processo não esteja sujeito a qualquer tipo de abuso.

¹⁹ Ver P. F. C. SALLES DE TOLEDO, *Recuperação judicial, a principal inovação da lei de recuperação de empresas – LRE* cit. (nota 14 supra), p. 101-102.

²⁰ Para ver outras questões relativas ao direito concursal internacional ver: M. I. CANDELARIO MACÍAS, *La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea* cit (nota 16 supra), pp. 427-82; A. L. CALVO CARAVACA – J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el reglamento 1345/2000*, in M. I. CANDELARIO MACÍAS – J. OVIEDO ALBÁN (Coord.), *Derecho mercantil contemporáneo* M. I. C. MACÍAS – J. OVIEDO ALBÁN (Coord.), *Derecho mercantil contemporáneo*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pp. 482-534.

sobre o patrimônio do devedor insolvente nos trâmites concursais, evitando a dilapidação do patrimônio e o tratamento jurídico diferenciado entre credores.²¹

A partir de 2001, a Comissão das Comunidades Europeias baseou-se nas conclusões do *Seminário sobre insucesso empresarial*, realizado em Noordwijk em maio de 2001, e nos resultados publicados no estudo sobre as implicações legais e sociais da insolvência,²² no guia como *Ajudar as empresas a ultrapassarem as dificuldades financeiras* e no *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*, do Banco Mundial, para sensibilizar os organismos internacionais e os Estados-Membros na adoção de políticas públicas de apoio aos empresários em crise financeira. Dessa forma, desenvolveu trabalho no sentido de divulgar as boas práticas adotadas por determinados Estados-Membros e de alertar sobre a necessidade de soluções legislativas previsíveis e sólidas, com mecanismos extrajudiciais e judiciais que auxiliem os empresários a buscar apoio para superar a crise financeira, ou a reiniciar as suas atividades empresariais em caso de falência.

A Comissão trabalha com a ideia de superar o estigma que existe contra o empresário falido (ranço do sistema punitivo que existia outrora), estimulando o mercado, os empresários e os credores, que se sentem confortáveis com as possibilidades conciliatórias e preventivas à crise.²³

²¹ O direito comunitário europeu de insolvência é formado também pelas Diretivas 2001/17/CE, de 19 de março, relativa ao saneamento e liquidação das companhias de seguro, e 2001/24/CE, de 4 de abril de 2001, destinada ao saneamento e liquidação das instituições de crédito.

²² Para que se tenha uma idéia da extensão do trabalho, nesse período a Comissão instituiu um grupo de trabalho composto por peritos dos Estados-Membros com o objetivo de estabelecer avaliações comparativas e diretrizes para implementar alterações em matéria de “Reestruturação, falências e recomeço de atividade”. Ver: COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório final do procedimento Best sobre “Reestruturação, falências e recomeço de actividade”*. Bruxelas, Outono de 2003. Disponível [on-line] in: http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/index.htm, [06 abr. 2007].

²³ Essas iniciativas foram demonstradas nos relatórios sobre a implementação da Carta Européia das Pequenas Empresas. Cf.: COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Européia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 11 fev. 2004 COM (2004) 64 final; COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Européia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 21 jan. 2003 COM (2003) 21 final; COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Européia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 6 fev. 2002 COM (2002) 68 final; e COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades

M. I. CANDELÁRIO MACIAS²⁴ verificou a existência de uma série de tendências que se apresentavam como denominador comum nas legislações examinadas, a partir do estudo do direito comparado nos principais países da Europa, em momento preliminar à edição do Regulamento (CE) n. 1.346. Pode-se dizer que antes dessa norma, tais tendências já se verificavam em determinado nível; depois – com as manifestações de caráter integracionista, no âmbito supranacional, as orientações da Comissão da União Europeia e os estudos de direito comparado – acentuou-se a proximidade entre os princípios e institutos formadores dos sistemas jurídicos de origem latina, ressalvadas as devidas proporções no tangente à uniformização dos direitos concursais.

A Espanha foi o primeiro país da União Europeia a alterar a legislação de insolvência para se adaptar aos termos do Regulamento (CE) n. 1.346, com influência também da Lei Modelo da UNCITRAL. Partindo de um sistema obsoleto e deficiente, caracterizado pela multiplicidade de leis (entre outras, a *Ley de Suspensión de Pagos* de 1.922, *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 e *Código de Comercio* de 1885), dualidade de procedimentos (*suspensión de pagos* e *quiebra*) e de disciplinas, a legislação espanhola chegou a um processo de insolvência mais moderno e simplificado com o objetivo de satisfazer os credores, disciplinado por uma única norma legal: a Lei n. 22, de 27 de junho de 2003, cujas previsões complementam-se com a LO 8/2003; ampliou o pressuposto subjetivo para abranger qualquer pessoa física e jurídica insolvente e adotou um único processo concursal (*concurso de acreedores*) com procedimentos flexíveis, adequados à

Européias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Europeia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 7 mar. 2001, COM (2001), 122 final.

²⁴ *Il diritto concorsuale*, Padova, Cedam, 2001, p. 187. A autora analisou as legislações concursais da Alemanha, Bélgica, França, Inglaterra, Itália, Portugal e Espanha e a Convenção de Bruxelas de 23 de novembro de 1995. A autora chega a tal conclusão, considerando a seguinte sistemática e resultados: o método (com tendência à unidade de procedimentos, a despeito de alguns países terem mantido a multiplicidade); a finalidade (conservação, liquidação ou prevenção como meios para satisfação dos credores); os pressupostos subjetivo (amplo) e objetivo (estado de insolvência, com parâmetros diferentes para identificar a reversibilidade e irreversibilidade); os órgãos (órgão jurisdicional especializado, um administrador, liquidante ou interventor como órgão independente que auxilia o juízo e a assembléia de credores); e, entre outros pontos, procedimentos e técnicas contempladas, que embora múltiplos, são traçados dentro de uma certa perspectiva, como em todos eles há disciplina para a administração do patrimônio, tratamento e informação de credores, funcionamento das ações revocatórias, delimitação da massa, plano de recuperação, concordata ou administração e liquidação. O interesse em retratar os resultados do referido estudo diz respeito à demonstração da tendência harmonizante a padrões existentes nos ordenamentos jurídicos europeus no início do ano 2000, o que não quer dizer que se esteja afirmando a existência de completa uniformidade entre os princípios, institutos e procedimentos de cada uma das legislações em relação a tais critérios.

situação financeira do devedor. Ou seja, de acordo com o nível da crise, o devedor e os credores, o processo seguirá o rumo do *convenio*, um tipo de acordo que poderá consistir no plano de pagamento das dívidas com descontos e prorrogação dos vencimentos, além de outras formas de reorganização, ou do processo de *liquidación*. Com esse sistema, o legislador quis alcançar a satisfação dos diversos grupos de credores (trabalhadores, com garantias e da administração pública), por meio de instrumentos que permitem a preservação da empresa, a ainda assumiu o desafio de atrair os devedores em crise à solução concursal, com a intervenção estatal oportuna.²⁵

Recentemente, o *Real Decreto-Ley 3/2009*, de 27 de março, entrou em vigor como política de reação do governo espanhol às circunstâncias da crise global, integrada na política econômica e empregatícia para fortalecer a competitividade no modelo produtivo, os mecanismos de manutenção da atividade empresarial e a segurança jurídica das operações comerciais. O decreto-lei afetou diretamente as normas que incidem sobre a atividade empresarial, dentre as quais a regulação setorial concursal, antecipando-se aos efeitos da crise e adequando as normas para fortalecer o refinanciamento das empresas que possam atravessar as dificuldades financeiras; assegurar o cumprimento dos acordos financeiros, celebrados com autonomia de vontade entre as partes; agilizar os processos; reduzir os custos de tramitação; melhorar a posição jurídica dos trabalhadores das empresas concursadas; e assegurar o cumprimento dos acordos financeiros celebrados num contexto de autonomia de vontades.

O direito português já havia passado por uma alteração com o Decreto-Lei n. 132, de 23 de abril de 1993 – Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), com o escopo de substituir o processo de falência e adotar uma nova orientação legislativa apoiada na função social da empresa e recuperação das empresas em crise para evitar os prejuízos sociais. Esse código regulou os instrumentos de recuperação para as empresas (a concordata, o acordo de credores, a reestruturação e a gestão controlada) e a falência para as irrecuperáveis, por intermédio de processo judicial pelo qual incumbia ao tribunal aferir a regularidade de atuação das partes e a defesa dos

²⁵ Ver J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* cit. (nota 11 supra), pp. 124-5; e também I. VILLORIA RIVERA (COORD.), *Dossier práctico Francis Lefebvre – Reforma concursal*, Madrid, 2003, pp.15-31.

respectivos interesses. Com a herança do insucesso prático do CPEREF, que não teria servido nem para reorganizar as empresas nem propiciar a recuperação dos créditos, a matéria foi novamente reformada pelo Decreto-Lei n. 53/2004, que aprovou o novo *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* (CIRE), pouco depois alterado e republicado pelos DL n. 200/2004, de 18.8, e 282/2007, de 7.08²⁶.

O CIRE retoma a visão teleológica de proteção aos credores do CPEREF, porém supera a distinção dicotômica de recuperação e falências para estabelecer um único processo de insolvência com modulação progressiva (um processo e várias fases de acordo com a condição financeira do devedor), com ênfase à celeridade eficiência processual e aos modos de liquidação dos bens e pagamentos aos credores. Outras grandes inovações são representadas na superação da divisão entre os empresários e não empresários, na abrangência da regulamentação processual e substantiva da falência (com a retirada da previsão do Código de Processo Civil) e na conjugação em um mesmo diploma da insolvência das empresas e dos consumidores²⁷.

O direito de insolvência francês foi modificado na sequência, entrando em vigor em 1º de janeiro de 2006 com a lei de salvamento das empresas (Lei n. 2005-845, de 26 de julho de 2005 e Decreto de aplicação n. 2005-1677, de 28 de dezembro de 2005). Com o intuito de aperfeiçoar o sistema das empresas em crise, renovou os institutos e princípios estabelecidos pelas leis de 1º de março de 1984 e de 25 de janeiro de 1985 para torná-los mais eficazes às demandas dos empresários, privilegiando o objetivo econômico de salvar a empresa, manter a atividade e o emprego, e reflexamente satisfazer aos interesses dos credores.²⁸ O legislador manteve procedimentos anteriores, como o saneamento e a

²⁶ Além do CIRE, importa mencionar a legislação complementar: DL n.º 54/2004, que regula as sociedades de administradores da insolvência; L. n.º 32/2004, de 22.7, que estabelece o estatuto do administrador da insolvência; DL n.º 201/2004, de 18 de agosto, que disciplina o processo de conciliação para celebração de acordo de recuperação da empresa em situação de insolvência e os seus credores; e Port. n.º 1039/2004, de 13 de agosto, que aprovou modelos de anexos ao plano de pagamentos.

²⁷ Ver: L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência e da recuperação de empresas – anotado*, 4 ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 5-6; e M. J. A. PUPO CORREIA, *Direito comercial – direito da empresa*, 9 ed. rev. e actual., Lisboa, Forum, 2005, pp. 383-96; e N. LUCCA in N. LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 55-60.

²⁸ Adaptando-se à demanda das empresas em crise, essa lei se caracteriza por ser inovadora, liberal e pragmática. Inovadora por priorizar a antecipação do empresário para que tenha um maior êxito na preservação da empresa; liberal porque a pessoa responsável pela empresa pode eleger entre os diversos procedimentos e pragmática porque tem como objetivo a continuidade da atividade empresarial, in G.

liquidação judicial, e incorporou melhoras necessárias, adotando uma multiplicidade de procedimentos de conciliação e salvamento para remediar as dificuldades financeiras, inclusive coordenando com o direito de sociedades. Estimula a participação de credores na conciliação e a adoção de medidas preventivas à crise, atacando o estigma que existe em relação aos devedores falidos de forma a abranger empresas, profissionais autônomos, comerciante e pessoas jurídicas de direito privado, com reforma substancial no direito das empresas em crise.

Depois de quase seis décadas de regência do *Decreto legge 16 marzo 1942, n. 267*, o direito italiano finalmente foi alterado, tendo em vista as críticas decorrentes da inatualidade e ineficiência de seus institutos (liquidação baseada na expropriação forçada de processo civil e concordata para o devedor honesto e desafortunado), com processos custosos e danosos aos interesses dos credores, das empresas e da coletividade.²⁹ A reforma foi implementada em fases distintas pelo *Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35* (convertido com modificações na *Legge 14 maggio 2005, n. 80*), *Decreto legge 9 gennaio 2006, n. 5*; e, por fim, o *Decreto legge 12 settembre 2007, n. 169*, mantendo-se a tradição da estrutura de múltiplos processos, incluindo procedimentos judiciais e administrativos de liquidação, concordata e acordos de reestruturação de dívidas, de acordo com o estado de insolvência ou de crise do devedor.³⁰ Predominam as ideias de que a gestão de crise da empresa é distribuída entre os sujeitos envolvidos, com maior participação dos credores, e de que o objetivo principal é a tutela à reestruturação da empresa, apesar de o legislador italiano não ter se preocupado com a formação de um direito de prevenção como o francês.

VELASCO, *La reforma francesa del derecho de las empresas en dificultades in Anuario de Derecho Concursal* 9(2006), pp. 261-265. E também: F. PEROCHON, *El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas, in Anuario de derecho concursal* 10 (2007), pp. 79-97.

²⁹ A. BONSIGNORI, *L'inaltuità del fallimento in Il diritto fallimentare delle società commerciali* 6 (1999), pp. 1.081- 85.

³⁰ Atualmente, são procedimentos de insolvência previstos no sistema de insolvência italiano, considerando o Decreto-lei 1942 (com as modificações) e os Decretos-leis 8 julho de 1999, n° 270, e 23 de dezembro de 2003, n° 347: falência (*fallimento*), concordata preventiva (*concordato preventivo*), concordata suspensiva (*concordato*), liquidação coatá administrativa (*liquidazione coatta amministrativa*), concordatas sujeitas à liquidação *coatta* administrativa e acordo de reestruturação de dívidas (*accordi di ristrutturazioni dei debiti*); regime de administração extraordinária para grandes empresas insolventes (*l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*); e administração extraordinária para empresas de relevantes dimensões (*l'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni*). A *liquidazione coatta amministrativa* consiste em um procedimento preponderantemente administrativo, cujo interesse público pede a intervenção do Estado em determinado processo de quebra, estando sujeita a disciplina própria a ser publicada em situações especiais previstas em leis extravagantes.

Apesar da tentativa de se adequar ao moderno direito de insolvência, a ausência de uma reforma substancial nesse ordenamento é questionada pela doutrina, diante da manutenção de alguns institutos e de algumas normas do direito anterior, gerando uma complexidade e dificuldade de aplicação desse direito³¹.

Além das reformas nesses países europeus, efetuada dentro dessa compreensão de integração regional e de necessidade de adequação às novas necessidades mercadológicas, na América Latina, também houve reformas nas legislações concursais com o aproveitamento de alguns desses parâmetros internacionais e a aproximação aos elementos-chaves característicos das legislações. Apesar de essa reforma ter ocorrido em vários países, a presente análise terá como norte a Argentina e o Brasil.

A legislação concursal argentina vem passando por sucessivas reformas nos últimos anos, sendo considerada avançada em comparação a outras na América Latina. A Lei n. 19.551 de 1972 marcou a evolução desse ordenamento, que se apoiava na teoria de empresa, no princípio da continuidade da empresa e da unidade do sistema concursal. Além disso, a lei tinha por finalidade a ampliação da proteção ao crédito, ao comércio, ao devedor de boa-fé e às relações trabalhistas; e conservar a empresa e estimular a adoção de soluções preventivas. Depois, alguns ajustes foram feitos pela Lei n. 22.917, de 1983, aprimorando a disciplina da continuação para permitir a preservação da empresa, regulando os acordos preventivos (judicial e extrajudicial) estabelecendo como pressupostos: objetivo, o estado de cessação de pagamentos; e subjetivo, o devedor, com unicidade de disciplinas concursais.³² Por fim, entrou em vigor a Lei n. 24.522, de 1995, que seria alterada em 2002 (pelas leis n. 25.563 e nº 25.589), e em 2006 (Lei nº 26.086), em obediência à tradicional inquietude do legislador argentino rumo à eficiência do direito concursal e ao fortalecimento da tutela ao crédito. Esse sistema manteve a base geral traçada pelas leis anteriores, porém trouxe novidades com o fim de fortalecer a proteção aos interesses dos credores e prevenir as crises. Assim, redirecionou o princípio de

³¹A respeito do tema, ver prefácio de U. ÁPICE-S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti*, Torino, G. Giappichelli, 2008. E, para maiores informações sobre a reforma do direito italiano: A. J. ROJO FERNANDES-RÍO, *La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español - un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española*, in *Anuário de Derecho Concursal* 10 (2007), pp. 315-341.

³²Cf. D. J. GRAZIABILE, D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. 5-15.

manutenção das empresas para que só sejam continuadas as empresas viáveis economicamente; aumentou o poder de participação nos procedimentos judiciais; e estabeleceu normas para os procedimentos de concurso preventivo e a falência.³³

Por fim, o Brasil também alterou a legislação falimentar tradicional (Decreto-Lei 7.661, de 21.06.1945) com a entrada em vigor da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (LRF). Estabelece o sistema jurídico dual com institutos de recuperação de empresa (recuperação judicial e extrajudicial) e falências, com princípios e normas que priorizam a continuação das atividades econômicas das empresas viáveis – com procedimentos que garantem a participação de credores e as negociações diretas entre devedor e credor; e a liquidação das empresas falidas, seguindo os princípios de celeridade e economia processual, da valorização dos ativos e da preferência por venda em bloco.

Todas essas reformas refletem na construção de um novo modelo de direito concursal, embora cada legislação mantenha as suas peculiaridades de acordo com o contexto político, social, econômico e jurídico. Entretanto, é possível identificar nas legislações concursais determinados elementos-chave revelados: (a) na unificação das legislações materiais e processuais; (b) na simplificação do processo de insolvência – sendo ainda que países como Espanha e Portugal unificaram tais processos com opções de saneamento da crise, ou liquidação do ativo, em conformidade com o estado econômico/financeiro da empresa; (c) na ampliação dos pressupostos subjetivos e até mesmo com a abrangência de todos os devedores, independentemente da natureza civil ou comercial; e (d) na desprocessualização dos sistemas jurídicos de insolvência, privilegiando os processos concursais em leis específicas e o acordo privado entre as partes.

É nítida a preocupação em estabelecer os institutos com procedimentos céleres, simplificados e eficientes, considerando os objetivos dos credores, devedores e da empresa, com a valorização de seus ativos. Predomina-se, assim, o princípio da flexibilidade processual, agilidade e simplicidade, pelo qual há um único processo de insolvência flexível, com várias soluções de acordo com o estado econômico/financeiro do devedor. É

³³ Cf. D. J. GRAZIABILE, D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. 5-15. E N. LUCCA in N. LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à Nova Lei de Recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005* cit. (nota 27 supra), pp. 40-5.

regido, pois, por um único direito concursal elaborado para o devedor em crise, com o escopo que o processo seja solucionado de forma rápida e econômica.

Isto impacta diretamente em orientações adotada em muitos dos países vistos que priorizam os princípios da *unidade legal* – uma só lei sobre insolvência, regulando aspectos materiais e processuais, com exceção à matéria que exigir tratamento específico; *de disciplina* – com uma única disciplina jurídica aplicável a todos os tipos de devedores; e *sistemática ou de procedimento* – com um único procedimento com vários desmembramentos (vias) de acordo com as circunstâncias financeiras do devedor, caminhando preferencialmente, e nessa ordem, dos institutos de reestruturação para a liquidação, com flexibilidade para abranger o máximo de situações fáticas.

E, finalmente, não se poderia falar do cenário do direito concursal contemporâneo sem se referir a um dos elementos fundamentais: o princípio da continuidade da atividade empresarial ou profissional³⁴ do devedor. Não há mais guarida para o direito concursal como sancionador do comerciante ou empresário, especialmente se a empresa é viável financeiramente e se tem condições de reerguer-se ou preservar-se em funcionamento, ainda que sob a gestão ou propriedade de um terceiro ou de outro empresário. A ideia é diminuir os prejuízos sociais ocasionados pela crise e pela paralisação das atividades de uma empresa que poderia ser recuperada, seja para o devedor, para os funcionários, fornecedores, clientes ou mesmo para a coletividade. Esse princípio se encontra em grande parte das legislações concursais e, embora assuma feições distintas, fundamenta a previsão de mecanismos próprios para a recuperação da empresa em crise ou para soluções em face da liquidação da empresa.³⁵

Assim sendo, hoje é possível referir-se à relativa identidade do direito concursal, partindo do pressuposto de que nos ordenamentos jurídicos distintos encontram-se determinados parâmetros, ou seja, o tratamento sintonizado de determinados elementos-

³⁴ E. BELTRÁN (Dir.) – A. BELÉN CAMPUZANO – R. SEBASTIÁN – J. TORUERO (Coord.), *Esquemas de derecho concursal*, Tomo XXI, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

³⁵ M. I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale* cit. (nota 24 supra), pp. 190-200, entende que a preservação da empresa é um instrumento para se obter melhor satisfação dos credores. A autora descreve as correntes teóricas existentes em relação à finalidade assumida nas legislações, categorizando entre aquela originariamente adotada no direito espanhol em que se primava pela salvaguarda dos direitos dos credores; a originária do direito francês, de cunho social de conservação do núcleo jurídico; e, enfim, a terceira corrente, de tradição germânica, que busca o equilíbrio entre o objetivo de liquidação e conservação.

chaves. Essa previsibilidade é alcançada graças à influência das orientações da Uncitral, Banco Mundial, Comissões da União Europeia e de outros organismos internacionais, que já partiam de uma mesma linha valorativa, a par dos modelos sugeridos pelos estudos do direito concursal comparado. Em virtude da contribuição de organismos internacionais públicos e privados, dos governos e da sociedade, no sentido de priorizar a reforma legislativa, portanto, há uma maior integração entre os distintos grupos de direitos concursais.

2 Elemento-chave da reforma do direito concursal: pressuposto subjetivo

Como visto, um dos fundamentos prevalecentes no estudo do direito concursal comparado é o princípio da unidade de disciplinas. Isto implica no estabelecimento de uma única disciplina jurídica concursal, com normas e procedimentos flexíveis e critérios subjetivos amplos, ou seja, pessoas físicas, jurídicas ou entidades com autonomia patrimonial, em conformidade com a legislação de cada ordenamento jurídico.

Esse modelo é originário das legislações anglo-saxônicas e alemã, onde foi originariamente implementado e até hoje se mantém.³⁶ Nelas, há apenas uma disciplina concursal, com vários tipos de procedimentos para as pessoas coletivas ou singulares, ainda que essas últimas não exerçam atividade empresarial, como é o caso do consumidor. Ao longo dos anos, como se verá nos próximos capítulos, esse sistema foi sendo observado e elogiado pelos estudiosos dos países latinos, inconformados com a opção legislativa do direito concursal especial, até que passou a ser prioridade na política legislativa que reformulou os direitos concursais nos últimos anos. Hoje, a amplitude do pressuposto subjetivo já representa a corrente majoritária do direito concursal.

Nesse sentido, as recomendações da Uncitral aderem à amplitude do pressuposto subjetivo, pois, volta-se para o devedor como sendo pessoa jurídica ou natural que exerça atividade econômica.³⁷ Também o Banco Mundial conclama o fácil acesso dos devedores aos processos de insolvência e que sejam classificados como devedores todas as empresas (com exceção das instituições financeiras) no nono princípio do *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems*.³⁸

³⁶ Atualmente são regidos pela: legislação norte-americana de 1978 (*Bankruptcy Code*); lei de insolvência alemã de 1994 (*InsO – Insolvenzordnung*); e, no Reino Unido, dada a complexidade das normas do sistema concursal, pelo *Insolvency Act 1986*, *Insolvency Act 2000* e, enfim, *Enterprise Act 2002*.

³⁷ Nesse sentido ver: UNITED NATION COMITON ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Legislative guide on insolvency Law*, United Nation Publications, New York, 2005, pp. 15-6.

³⁸ Cf. WORLD BANK, *Principles for effective insolvency and creditor rights system*, 2005, Disponível [online] *in* <http://www.worldbank.org/ifa/IPG%20-%20Revised%20Pples%20FINAL%20%5B21%20Dec%202005%5D.pdf>, [03 abr. 2007].

O Regulamento n. 1.346/2000, do Conselho da União Europeia, por sua vez, adota o princípio da unidade de disciplinas,³⁹ com abrangência a todos os processos de insolvência dos Estados-Membros independentemente de o devedor ser uma pessoa singular ou jurídica, comerciante ou não. Com isto, orienta que os Estados-Membros adotem esse modelo de pressuposto subjetivo, com o fito de aproximar os direitos concursais e facilitar a disciplina dos concursos entre fronteiras.

A Espanha, na reforma de sua legislação concursal, seguiu a orientação da União Europeia, ampliando o pressuposto subjetivo.⁴⁰ Curioso observar que a origem histórica da legislação espanhola registra o concurso de credores para devedores civis e comerciantes, introduzido pelo *Código de las Siete Partidas* e, assim, manteve-se até o século XVII, quando Francisco Salgado Somoza publicou a famosa obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem* e marcou a história do direito processual concursal, cuja influência chegou até a Alemanha. Em meados do século XVIII, a legislação foi alterada para estabelecer a distinção entre os devedores civis e comerciantes, com as Ordenanças de Bilbao, confirmada por Felipe V, em 1737, e mantida na *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 1855.⁴¹ E com a recente reforma, a Espanha voltou às origens, superando a dualidade de processos de execução coletiva, estabelecida em função do caráter mercantil ou civil do devedor, que era um dos pontos mais criticados da sua legislação anterior, para implementar um único processo concursal que abrangesse

³⁹ Considerando 9 – “O presente regulamento é aplicável aos processos insolvência, independentemente de o devedor ser pessoa singular ou colectiva, um comerciante ou um não comerciante. Os processos de insolvência a que se aplica o presente regulamento estão enumerados nos anexos. Os processos de insolvência relativos a empresas de seguros, institui de crédito e empresas de investimentos imperativas de detentoras de fundos ou títulos por conta de terceiros e as empresas colectivas de investimento devem ficar excluídas do seu âmbito de aplicação. Essas empresas não devem ficar abrangidas pelo presente regulamento por estarem sujeitas a um regime específico e dado que, em certa medida, as autoridades nacionais de fiscalização determinável por terceiros, dispõem de extensos poderes de intervenção.”

⁴⁰ “Artículo 1. Presupuesto subjetivo. 1. la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura e simplemente. 3. no podrá ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.” [Tradução livre de: “Artigo 1. Pressuposto subjetivo. 1. A declaração do concurso procederá a respeito de qualquer devedor, seja pessoa natural ou jurídica. 2. O concurso de herança poderá ser declarado, se não houver sido aceitado pura e simplesmente. 3. Não poderá ser declarado o concurso das entidades que integram a organização territorial do estado, os organismos públicos e demais entes de direito público.”]. Também estão excluídas as entidades de crédito, empresas de serviços de investimento e entidade securitárias.

⁴¹ Ver A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução* cit. (nota 3 supra), pp. 174-5.

qualquer pessoa física e jurídica, inclusive as heranças jacentes, considerando as empresas e atividades empresariais para fixar a disciplina.

O direito português também implementou o pressuposto subjetivo unificado.⁴² Nessa perspectiva o CIRE adotou um elenco aberto de sujeitos passivos à insolvência, partindo do critério de autonomia patrimonial, e não de personalidade jurídica.⁴³ São sujeitos passíveis de insolvência as sociedades comerciais e outras pessoas coletivas ainda em processo de constituição; o estabelecimento individual de responsabilidade limitada; as associações sem personalidade jurídica; e qualquer outra entidade que tenha patrimônio autônomo.

Excluem-se as pessoas coletivas públicas e entidades públicas não-empresariais; empresas de seguro; instituição de crédito e financeiras, cujos regimes especiais sejam incompatíveis com as normas de insolvência.⁴⁴ Vale salientar que o pressuposto subjetivo do direito concursal português havia sido recentemente modificado pelo CPEREF (Decreto-Lei n. 132/93, de 23 de abril), que havia alterado o tradicional sistema de

⁴² E também o direito francês, que apesar de não ser um dos ordenamentos jurídicos selecionados para o estudo do direito comparado na presente tese, vale a pena mencionar, uma vez que é um dos berços do direito concursal especial. Em sua reforma, abandonou esse modelo e estabeleceu como devedor as empresas, os profissionais autônomos, o comerciante e as pessoas jurídicas de direito privado, reformulando substancialmente o direito concursal. Veja: “Art. L. 620-2. - *La procédure de sauvegarde est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, 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.*” [Tradução livre: “Art. L. 620-2. - O processo concursal é aplicável a todo comerciante, qualquer pessoa matriculada nos órgãos de comércio, a qualquer agricultor, a qualquer pessoa física que exerça uma atividade profissional independente, incluindo serviços profissionais liberais sujeitos a um estatuto legal ou regulamentar cujo título é protegido, e a qualquer pessoa jurídica de direito privado.”].

⁴³ Para mais informações ver: M. I. CANDELARIO MACÍAS – L. RODRIGUÉZ GRILLO, *Comentarios al código de la insolvencia y de la recuperación de empresas de Portugal* (Decreto-ley n.53/2004, de 18 de marzo), in *Derecho de los negocios* 169 (2004), pp. 15-22; e L. M. T. MENEZES LEITÃO, *Código de insolvência e da recuperação de empresas* cit. (nota 27 supra), pp. 13-4; e J. LABAREDA, *O novo código da insolvência e da recuperação de empresas – alguns aspectos mais controvertidos*, Lisboa, Almedina, 2004.

⁴⁴ Artigo 2º: “Podem ser objecto de processo de insolvência: a) Qualquer pessoas singulares ou colectivas; b) A herança jacente; c) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais; d) As sociedades civis; e) As sociedades comerciais e as sociedades civis sob forma comercial até à data do registro definitivo do contrato pelo qual se constituem; f) As cooperativas, antes do registro da sua constituição; g) O estabelecimento individual de responsabilidade limitada; h) Quaisquer outros patrimónios autônomos. 2. Exceptuam-se do disposto no número anterior: a) As pessoas colectivas públicas e as entidades empresariais; b) As empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo, na medida em que a sujeição a processo de insolvência seja incompatível com os regimes especiais previstos para tais entidades.”

insolvência, bipartido entre comerciantes e não- comerciantes, previstos no Código de Processo Civil, para regulamentar os problemas de saneamento e falências das empresas que estivessem insolventes ou em situação econômica difícil.

Essa tendência chegou a América Latina. Na Argentina, o princípio da unidade de disciplinas foi adotado desde a Lei n. 22.917, de 1983, estabelecendo sujeitos concursáveis os comerciantes e os não-comerciantes. Posteriormente, a Lei n. 24.522, de 1995, não só manteve esses mesmos sujeitos, como inseriu as sociedades com participação estatal e o patrimônio do falecido⁴⁵.

Além desse modelo, sobrevive o direito concursal especial na Itália e no Brasil. Trata-se do modelo adotado pelos países que optaram pela disciplina concursal restrita para comerciantes ou empresários, com distinção de tratamento dos devedores civis⁴⁶.

⁴⁵ A atual redação da lei estabelece: “ARTÍCULO 2º - Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación. Se consideran comprendidos: 1) El patrimonio del fallecido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sucesores. 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.” [Tradução livre: “Artigo 2º - Podem ser declarados o concurso de pessoas de existência visíveis, as de existência ideal de caráter privado e àquelas sociedades que o Estado Nacional, Provincial ou Municipal seja parte, qualquer que seja a porcentagem de sua participação. Se consideram compreendidos: 1) O patrimônio do falecido, enquanto se mantenha separado do patrimônio de sucessores; 2) Os devedores domiciliados no estrangeiro no tocante aos bens existentes no país.”]. Além das pessoas excluídas neste artigo, salienta-se que a lei não se aplica às empresas securitárias, às administradoras de fundos de aposentadoria e pensão e instituições financeiras.

⁴⁶ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), p. 124, adota a classificação dos sistemas em *ampliativo* (modelo amplo) e *restritivo* (especial). Dentro do *ampliativo*, o autor subdividia ainda entre o grupo de países que na década de 1950 tinham uma regulamentação idêntica, com unidade de regras sobre a falência do comerciante e não comerciantes, como a Alemanha, Inglaterra, Escócia, Irlanda, Suíça, Holanda, Japão e os Estados Unidos; e grupo que adotava uma regulamentação paralela, isto é, dois regulamentos com paralelos tratamentos, sendo um para a ordem civil e outro para a ordem comercial, como é o caso da Espanha, Áustria, Suécia, Noruega, Rússia e Dinamarca. Já no *restritivo* considerava o estado de falência peculiar ao comerciante, sendo eles a França, Bélgica, Itália, Portugal, Romênia, Grécia, Grão Ducado de Luxemburgo e toda a América do Sul. DARIO J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), p. 13, menciona que em termos de direito comparado ainda prevalece três sistemas que se diferenciam em relação ao pressuposto subjetivo concursal. Em um deles, a legislação prescreve o processo concursal só para comerciantes, incluindo os sistemas que tiveram embrião no direito francês, como, por exemplo, o direito italiano. Em outro, há duas disciplinas concursais, uma para os comerciantes e outra para os civis, utilizado nos países escandinavos. Por último, a principal corrente de direito comparado, que são aquelas legislações que adotaram o exemplo do sistema anglo-saxão. Tendo em vista a evolução no sentido de uniformização dos sistemas que adotaram os pressupostos subjetivos amplos e os direitos eleitos para fins de estudo do direito concursal comparado, o presente trabalho se baseará na metodologia de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, dividindo em dois modelos para a análise do pressuposto subjetivo: o amplo (ou *ampliativo*) e o especial (*restritivo*).

2.1 O devedor como pressuposto subjetivo

A especialidade do direito concursal é herança do direito comercial, fixada desde o direito italiano da Idade Média que permaneceu até o direito moderno⁴⁷, apesar de ter se tornado alvo de críticas nos ordenamentos jurídicos que mantiveram esse modelo restritivo. A sugestão era a adoção de uma só disciplina concursal, estabelecida em lei própria com o pressuposto subjetivo amplo em torno da figura do devedor, consolidando-se a tendência unificadora dos sistemas concursais que eram considerados referências no direito comparado, em virtude de sua atualidade e qualidade legislativa.

Um dos principais argumentos favoráveis à adoção do modelo anglo-saxão e germânico foi a perda do caráter repressivo da falência, partindo-se das premissas de que as crises financeiras ou econômicas dependiam de circunstâncias externas que não significavam incapacidade do devedor comerciante e que se o administrador incorresse em condutas ilícitas ou fraudulentas aos interesses dos credores, sujeitar-se-ia a sanções específicas. Um dos desafios do legislador era, portanto, elaborar sistemas concursais atrativos ao devedor, com institutos que o auxiliassem a superar a crise e voltar ao mercado, combatendo o estigma contra o devedor insolvente na sociedade.

De outro lado, verificou-se que era importante a participação do credor nesse processo, e a flexibilidade de procedimentos para que se chegasse a soluções mais adequadas para a reestruturação das empresas, além do rígido modelo de concordata, até então visto como um favor legal aos comerciantes. Em virtude disso, não havia mais necessidade de manter um direito *falimentar* com as bases anteriores, surgindo outros institutos mais favoráveis aos devedores e credores na condução das crises financeiras e econômicas.

Diante dessas mudanças na lei concursal, quando a falência já não é uma medida extrema, com severidade inerente para penalizar os devedores que prejudicassem a

⁴⁷ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), p. 16.

coletividade de credores e o tráfico mercantil,⁴⁸ nem a concordata, como eficiente favor legal para os comerciantes, inclina-se à necessidade de reformulação.

Ademais, o direito comercial perdera o foco subjetivo de devedor comerciante, recebendo as mudanças mercadológicas rumo ao estabelecimento de uma disciplina jurídica empresarial, tomado pela teoria da empresa e por direito obrigacional que reunia as obrigações civis e comerciais. Isto impactou no direito concursal que se ocupara de novos centros de proteção, incorporando valores relacionados à complexa economia de mercado, à separação entre empresário e empresa, à atividade negocial e à função social da empresa, estimulando recursos preventivos de crise e conservativos do patrimônio da empresa para facilitar o processo de superação de crise. Assim, a amplitude existente na teoria da empresa reforçava a incompatibilidade com a manutenção de um direito concursal específico para os comerciantes.

Outra razão apontada para a mudança do modelo era a necessidade de simplificação dos processos concursais. Com tal desiderato, as legislações que adotaram esse pressuposto idealizaram um único processo para todos os devedores, dispondo de regras flexíveis para se adequarem às diversas características destes, considerando o fato de ser pessoa física ou jurídica; o regime de contabilidade e a publicidade dos registros; bem como questões relativas à administração de elementos patrimoniais complexos, incluindo a formação da massa concursal.

Outro motivo favorável à unificação do pressuposto diz respeito ao reconhecimento do concurso como instituição unitária em sua essência, ou seja, o objetivo é estabelecer o concurso para dar soluções mais justas às partes envolvidas, administrando o conflito de interesses instaurado, independentemente da condição *empresarial* do devedor.⁴⁹ Assim, considerou-se a identidade entre os diversos interesses envolvidos nas disciplinas concursais com o fim de proteger as relações creditícias, o patrimônio do devedor e o desenvolvimento da atividade econômica empresarial, independentemente das características internas do sujeito titular desse patrimônio.

⁴⁸ Ver J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *El presupuesto subjetivo en el derecho concursal* in J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE – F. VICENT CHULIÁ – I. G. FAJARDO GARCIA *et al.*, *Estudios sobre la ley concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 1.195-1.117.

⁴⁹ J. PULGAR ESQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* cit. (nota 11 supra), pp. 144-6.

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE,⁵⁰ na linha de raciocínio de justificar a opção da política legislativa espanhola, aponta estatística extraída durante a égide do regime concursal antigo, em que a grande maioria das insolvências era de sociedades comerciais, sendo os processos de insolvência de sociedades não-comerciais insignificantes, a ponto de não se justificar a manutenção de procedimentos próprios.

Ainda em etapa preliminar à reforma espanhola, um problema frequentemente encontrado na doutrina e jurisprudência dizia respeito às questões interpretativas das legislações e da tentativa de fraudá-las. Envolviam dúvidas na aplicação do conceito de comercialidade das atividades econômicas com características conflituosas (casas de poupança e fundação-empresa), sobre a norma aplicável à insolvência de sociedades civis que desenvolvessem atividades comerciais, ou ainda a respeito da disciplina que se aplicava após a perda da condição de comerciante (comerciante falecido ou retirado). No tocante às sociedades cooperativas havia a controvérsia sobre o seu enquadramento, se era sociedade civil ou comercial e a qual regime concursal submetia-se, considerando ainda as dificuldades interpretativas, geradas em função das leis das Comunidades Autônomas e a Estatal.⁵¹

⁵⁰ *El presupuesto subjetivo en el derecho concursal* Cit. (nota 48 supra). Ver também F. VICENT CHULIÁ, *El concurso de la persona jurídica* in J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE – F. VICENT CHULIÁ – I. G. FAJARDO GARCIA *et all.*, *Estudios sobre la ley concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 2.389 - 2.452.

⁵¹ Nesse sentido, I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas*, in J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE – F. VICENT CHULIÁ – I. G. FAJARDO GARCIA *et all.*, *Estudios sobre la ley concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo v, Madrid, Marcial Pons, pp. 5.234-7, se reporta ao tema e elucida, com base em opinião própria e de outros autores, ser lógico que as cooperativas se submetam ao processo concursal próprio de empresarios mercantis, como são a *suspensión de pagos* e a *quiebra*. De outro lado, veja a seguinte jurisprudência: “A questão que se reconduz é sobre a insolvência de cooperativas e a aplicação do procedimento geral de concurso de credores ou da falência. A aplicação de um ou outro dependerá, conforme previsto pela lei estadual, refere-se ao citado artigo 67-1.0 da Lei Valenciana, que pode ser considerada como devedor civil ou devedor comerciante. Segundo essa lei, há que se examinar se a cooperativa de habitação pode ser considerada como comerciante, pois, se assim não for, caberá classificá-la como devedora civil por exclusão. O artigo 1.0 do Código Comercial afirma que são comerciantes os que têm capacidade jurídica para se dedicar ao comércio e o fazem com habitualidade, além das empresas comerciais ou industriais constituídas com base nesse Código. É evidente que não cabe sujeitar a cooperativa em questão a essa hipótese. Em todo o caso, dos artigos 117, 123 e 124 (que mencionam as cooperativas) do Código Comercial, se deduz que o que é definitivo para enquadrar uma pessoa, cooperativa ou sociedade, como mercantil é a índole de sua atividade. O Artigo 2.0 da Lei Valenciana de 25 de Outubro de 1985 contém o conceito geral de cooperativa e o artigo 74 indica o objeto das cooperativas habitacionais, que é a busca, exclusivamente para seus sócios, de serviços ou construções complementares mediante a obtenção de recursos financeiros, a programação e a construção de habitações, seja por administração própria, seja por contratação com terceiros. Não pode dizer, portanto, que a atividade desenvolvida em uma cooperativa de habitação seja comparável com o exercício habitual do comércio e da indústria, nem muito menos que

Assim sendo, pode-se dizer que os fundamentos que apoiaram a política legislativa da reforma foram se edificando com base em muitos anos de estudos e conclusões sobre o modelo ideal de direito concursal, resumindo-se na perda do caráter repressivo da falência; na constatação de que a insolvência dos devedores não- comerciantes tinham efeitos tão devastadores quanto a dos comerciantes; na unificação dos núcleos de direito mercantil e civil – de atos de comércio para empresário e empresa; na identidade entre os interesses envolvidos nas disciplinas concursais; na tutela ao crédito e ao mercado; e na proteção à empresa, ao patrimônio e à atividade econômica, independentemente de quem seja o titular do patrimônio, ou da natureza do sujeito.⁵²

Com isso, todos os devedores passam a estar sujeitos à principal disciplina de insolvência e aos seus institutos de reorganização, recuperação e liquidação. Dá-se a tutela aos devedores que preencham os pressupostos objetivos, passando por circunstâncias de crise financeira ou econômica, independentemente de sua natureza societária, seja ela sociedade civil, comercial, empresária, não-empresária, cooperativa ou sociedade anônima.

consiste na execução de atos de comércio. A mesma conclusão é alcançada quando se examina as regras desta cooperativa.” [Tradução livre de: “*Sentencia A.T. Valencia, 3.m.1988 (RGD, 1988, pág. 3.986). “La cuestión se reconduce a si es de aplicación a la insolvencia definitiva de la cooperativa recurrente el procedimiento de acreedores o el de quiebra. La aplicación de uno u otro dependerá, conforme prevé la legislación estatal a la que se remite el citado artículo 67-1.0 de la Ley de la Generalidad Valenciana, de que se reputa a la Cooperativa deudora civil o deudora comerciante. Para ello hay que examinar si puede considerarse comerciante a la cooperativa de viviendas de que se trata, pues en caso de no ser así cabrá calificarla, por exclusión, como deudora civil. El artículo 1.0 del Código de comercio dice que son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, y las compañías mercantiles o industriales que se constituyeran con arreglo a dicho Código. Es evidente que no cabe comprender a la Cooperativa en este segundo supuesto. En todo caso, de los artículos 117, 123 e 124 (que mencionan las cooperativas) del Código de comercio se deduce que lo que en ultimo término decide la calificación mercantil de una sociedad es la naturaleza de su actividad. En definitiva, el criterio para calificar de comerciante a una persona, sociedad o cooperativa, es de índole de su actividad. El artículo 2.0 de la Ley de la Generalidad Valenciana de 25 de octubre de 1985 contiene el concepto de cooperativa en general y el artículo 74 indica el objeto de las cooperativas de viviendas, que es procurar, exclusivamente para sus socios de vivienda, servicios o edificaciones complementarias mediante la obtención de los recursos financieros, la programación y construcción de las viviendas, bien por administración propia, bien por contrata con terceros. No puede decirse, pues, que la actividad que debe desarrollar una cooperativa de viviendas sea equiparable al ejercicio habitual del comercio y de una industria, ni tampoco que consista en la ejecución de actos de comercio. A la misma conclusión se llega si se examina los estatutos de la cooperativa de que se trata”].*

⁵² Para maior aprofundamento, cf.: J. PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores* cit. (nota 11 supra), p. 146. E também: M. M. GLES LECUONA, *Artículo 1 – Presupuesto subjetivo*, in F. CORDON MORENO (Coord.), *Comentarios a la ley concursal*, Cit. (nota 27), pp. 76-78. I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.235-80.

O regime jurídico da sociedade apenas aparecerá para o direito concursal quando for para solucionar questões que saiam do âmbito de regramento dessa matéria e digam respeito ao tipo societário adotado, como é o caso da representação da sociedade (para conferir se o pedido de insolvência formulado pelos administradores foi aprovado em assembleia na forma exigida), da responsabilidade dos sócios (se é limitada ou não), dos bens que integram a sociedade etc. Entretanto, para os fins de sujeição à lei de insolvência, pouco importa se a cooperativa é sociedade ou entidade autônoma, comercial ou associação em Portugal; sociedade civil ou comercial na Espanha.

Em vista disso, os países que adotaram essa orientação partem de uma análise objetiva das principais características dos devedores e a proximidade de suas insolvências, além de outros objetivos institucionais, e procuraram elaborar leis de modo a cobrir as inúmeras situações e os interesses possíveis em uma só disciplina concursal. Assim, dependendo do nível de endividamento e das possibilidades de saneamento, os devedores que preencherem os requisitos da lei possuem em seu favor instrumentos re-organizativos e outros benefícios diretos e indiretos, como a manutenção no mercado, maior credibilidade ao solicitar crédito e igualdade de competição com outras empresas.

2.2 Sobrevivência da especialidade no direito concursal

O direito concursal, originado na baixa Idade Média da Itália, formando a raiz da *lex mercatoria* e a lei para os comerciantes, somado à influência do código napoleônico com a disciplina especial da falência, no código de comércio para os comerciantes, está refletido ainda hoje nas legislações da Itália e do Brasil. Esses países optaram por manter o *modelo restritivo*, estabelecendo disciplinas concursais com o pressuposto subjetivo em função do caráter mercantil/empresarial do devedor, embora já possuam a matéria de obrigações civil e comercial unificada no corpo do código civil; tenham adotado a teoria da empresa e os valores concernentes à função social da empresa; e tenham reformulado as suas legislações concursais recentemente para se adaptarem às orientações internacionais sobre os padrões atuais de direito concursal.

Os tradicionais motivos alegados para a restrição desenvolveram-se de diversos modos: a falência era uma medida de extrema gravidade, uma ingerência agressiva aos negócios e que não podia se justificar a não ser por uma razão maior; os devedores civis não precisavam de crédito e, portanto, não lhes era cabível a falência, uma vez que o escopo desta era a proteção ao crédito; se a falência fosse aplicada a todos os devedores, seria um meio cômodo e fácil de as pessoas sem escrúpulo solverem seus compromissos pela promessa de um fraco desempenho; os credores do devedor civil, sendo pouco numerosos e o seu crédito quase sempre real, encontravam recursos suficientes nos meios ordinários do processo para reaver o crédito; a impontualidade nas relações de ordem civil não seria tão prejudicial como as verificadas nas transações empresariais⁵³. Enfim, partindo dessa base para uma projeção mais atual e resumida: a especialidade do direito concursal repousa no fato de as crises dos comerciantes/empresários gerarem maior risco aos credores, ao mercado e ao sistema de crédito.

E essa raiz ainda mantém-se presente, como será estudado a seguir, apesar do trabalho da doutrina *reformista* em sentido contrário.

Nesse sentido, a disciplina estabelecida pelo artigo 1º, do Código Comercial Italiano, *r.d. 16 de marzo de 1942, n. 267*, trouxe alguns problemas interpretativos na

⁵³ Ver C. CASTEX FILHO, *Da extensibilidade da fallencia aos não commerciantes* in *RT* 829 (2004), pp. 741-53.

doutrina, ao estabelecer como pressuposto subjetivo da falência e concordata preventiva os *empresários comerciais*. Dentro da categoria, fixavam-se novos pressupostos, em função de critérios quantitativos (excluindo-se o pequeno empreendedor) ou da natureza do sujeito da atividade em referência (como era o caso dos entes públicos). Demais disso, excluam-se os sujeitos que tinham procedimentos concursais específicos como a *liquidazione coatta amministrativa* e *l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi* e os empreendedores agrícolas, os exercentes de atividades profissionais ou artísticas e aqueles que não exercitavam nenhuma atividade econômica (os insolventes civis).

Tal exclusão se justificava, em linhas gerais, na falta de alarme social e de periculosidade para a estabilidade do sistema econômico. Pontualmente, em relação ao pequeno empresário ou empresário agrícola, a exclusão se dava pela pouca repercussão social que a insolvência provocava em comparação à dos empresários comerciais, pois o volume de atividades desenvolvidas estava em grau de desenvolvimento suficiente para prejudicar o crédito, nem eram atividades que envolviam investimento de terceiros. Em relação aos profissionais liberais e artistas, não estavam sujeitos ao direito concursal como forma de consideração social e decoro que a sociedade dispensava a tais entes; e, quanto aos insolventes civis, pelo fato de não despertarem interesse do direito concursal, uma vez que o nível de endividamento econômico poderia ser sanado por instrumentos legislativos regulares de cobrança.

Mas a alteração do cenário econômico e da realidade social foi mais rápida do que o legislador se programou, e problemas interpretativos relacionados aos conceitos de pequeno empreendedor e empresários agrícolas tiveram que ser supridos pela doutrina e jurisprudência como meio de manter eficácia à norma⁵⁴. Finalmente, as alterações na matéria societária nos anos 2002 e 2003 (*Decretos legges* 61/2002 e 6/2003) e a pressão

⁵⁴ A despeito da previsão legislativa no sentido de que não se aplicava aos pequenos empresários, na prática eles não eram excluídos da falência, por que os limites objetivos fixados na lei para configurar o pequeno empresário (renda anual inferior ao mínimo e capital investido não superior a novecentas mil libras) foram declarados inconstitucionais e não havia outros parâmetros caracterizadores além da definição do código civil – o artigo 2.083 define os pequenos empreendedores os artesãos, os que cultivam fundos diretamente, os pequenos comerciantes e os que exercem uma atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio e dos componentes da família. Ver U. ÁPICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti* cit. (nota 31supra), p. 20.

exercida pela União Europeia implicaram na necessidade de reforma urgente da matéria concursal.

Durante o período em que se estruturava a reforma, um ponto apontado como crítico para a alteração era justamente o pressuposto subjetivo, que ainda se centrava na figura do empreendedor falido, numa concepção monista de empresa identificada na pessoa física do titular e em seu negócio individual.⁵⁵ Tendo como base o cenário interno e o internacional do direito concursal, o legislador redefiniu o pressuposto subjetivo e trabalhou com o escopo de simplificar os institutos e procedimentos, acreditando que um dos meios seria por meio da extensão dos sujeitos exonerados da lei concursal, adotando os conceitos de empresa comercial e diferenciando-a da pessoa física do devedor.

Com tal desiderato, a matéria sofreu ajustes durante as fases da reforma italiana, sendo a última correção feita pela intervenção do *Decreto Legge 12 settembre 2007, n. 169*, em atenção aos reclamos da doutrina e conscientes de que a excessiva restrição dos sujeitos concursáveis prejudicaria a coletividade de credores, o sistema econômico em geral e excluiria empreendedores de relevante dimensão e elevado nível de endividamento, suprimindo-lhes dos institutos e das sanções penais dos direito concursal⁵⁶.

Assim, o art. 1º da lei concursal estabelece como pressuposto subjetivo dos institutos de falência e concordata os empreendedores que exercem atividade comercial e que não sejam entes públicos, pois o concurso daqueles seria mais prejudicial à coletividade. O conceito de *empreendedores que exercem atividade comercial* é extraído do Código Civil Italiano, desse modo, considerando os que exercem atividade industrial, intermediária na circulação de bens, bancária e securitária, de transporte e atividade auxiliar, excluindo-se a atividade agrícola (art. 2.195)⁵⁷. Com isso, o ordenamento

⁵⁵ R. POGGI, *Prospettivi di riforma* in G. SCHIANO DI PEPE (Dir.), *Crisi dell'impresa e sanvanguardia dell'azienda*, Padova, CEDAM, 1995, p. 334-335.

⁵⁶ E. CAPUZZI, *Come è cambiato Il presupposto soggettivo del fallimento* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 83 (2008), pp. 551.

⁵⁷ Considere-se, ainda, que a disciplina em vigor estabelece como critério a fixação de limites econômicos que em conjunto excluem a falibilidade e as concordatas do empresário comercial. U. ÁPICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti* cit. (nota 31supra), pp. 19-25, esclarece que são três os pressupostos: patrimonial, pelo qual o empreendedor comercial deve ter possuído nos últimos três exercícios anteriores à data do requerimento de falência ou desde o início da atividade, se for de duração inferior àquela, um ativo patrimonial de montante anual não superior a trezentos mil euros; econômico, pelo qual o empreendedor comercial deverá ter realizado operações anuais com valor bruto de até duzentos mil

jurídico italiano recebe como sujeitos da falência e concordata os empreendedores comerciais, incluindo os pequenos empresários – que até então eram não-falíveis, e excluem os entes públicos, os empresários agrícolas, os sujeitos exercentes de atividades econômicas não reconhecidas como empresárias e os insolventes civis.

No acordo de *ristrutturazione dei debiti*, considerando que a lei apenas faz referência ao *devedor* que esteja em estado de crise e não define *devedor*, a doutrina tem interpretado que a submissão será avaliada pelo juiz, ao homologar o acordo, sustentando que seria empresa individual ou coletiva⁵⁸.

Na liquidação *coatta amministrativa*, os sujeitos são empresas indicadas em lei especial e nem sempre comerciais, em função do interesse público. É um instituto previsto desde o ano de 1888, com o fim de que determinados concursos sejam conduzidos pelo Estado, diluindo o prejuízo que representaria ao interesse público. Geralmente, aplica-se às empresas cujo Estado detém parte significativa no capital social ou aquelas em que a atividade econômica representa repercussão socioeconômica, sendo elas: as empresas de seguro, as sociedades cooperativas, os institutos para as casas populares, os consórcios obrigatórios, os institutos de créditos, as sociedades anônimas que sejam devedoras do poder público de um montante superior ao quádruplo do capital social, a sociedade de intermediação mobiliária, a sociedade de investimento a capital variável e a sociedade de fundos comuns de investimento⁵⁹.

euros, considerando-se como período os três exercícios antecedentes à data do pedido de falência ou do início da atividade se de duração inferior; e, por fim, o pressuposto subjetivo de endividamento, pelo qual o empreendedor comercial deve ter um montante de débito, ainda não vencido, não superior a quinhentos mil euros. Quanto a este último, o autor, observa que também não se declara a falência por origem de débito vencido e não pago no valor inferior a trezentos mil euros. Em outras palavras, a falência do empresário comerciante está condicionada ao atendimento de pressupostos econômicos mínimos, de modo que o pequeno empresário pode não atingir tais parâmetros. Observe-se ainda que a lei italiana possui uma pluralidade de procedimentos falimentares, de modo que o devedor pode não atingir o montante de dívidas para a falência, embora esteja em estado de crise e se submeta a um processo de reestruturação do débito ou de administração controlada, por exemplo.

⁵⁸ Isto vem gerando dúvidas e debates doutrinários. Partindo da função do instituto, um procedimento interpretado como um instrumento de gestão com acentuada intervenção das partes com o fim de se superar a crise da empresa, a doutrina sustenta que será destinado à empresa individual ou coletiva.

⁵⁹ Cf. U. ÁPICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti* cit. (nota 31supra), pp. 25-26; e E. RICCI, *Il fallimento nel quadro dei procedimenti dovuti a crisi de impresa*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 9-10.

Por fim, para l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e l'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni, os pressupostos subjetivos são empresas em estado de insolvência, sendo que os limites quantitativos que a caracterizam a diferenciam da Amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

EMILIO CAPUZZI⁶⁰ observa que essa restrição subjetiva recebeu muitas críticas, durante o período de elaboração do projeto de reforma. Paradoxalmente, apesar de um dos motivos da mudança do pressuposto ter sido a atualização da lei, o reconhecimento de novos sujeitos econômicos e a simplificação do processo concursal, a estrutura adotada não atendeu a tais reclamos. Isto porque deixou de fora sujeitos que exercem atividades empresariais, permanece com uma estrutura de vários procedimentos concursais e ainda pode provocar uma sobrecarga do poder judiciário em relação aos meios executórios individuais. Por fim, não só manteve a complexidade da disciplina concursal como uma disciplina especial incoerente em face dos novos sujeitos econômicos que poderiam ser tutelados pela lei.

Esse raciocínio seria complementado com a ideia de ser o novo direito concursal estruturado com princípios e institutos conservativos, tendentes a auxiliar a empresa em crise e manter a estrutura produtiva no mercado, servindo ainda como a ordinária e fisiológica solução para o mercado retirar o devedor insolvente e o patrimônio como riqueza imobilizada de campo. Ou seja, em face desse novo cenário do direito concursal – em substituição ao *sancionador do commerciante* –, permanece em aberto o motivo que levou o legislador italiano a restringir o direito concursal, ainda que, para tanto, trate desigualmente os sujeitos que interferem no cenário creditício, retirando importantes instrumentos de gestão de crise de empresários que poderiam ser considerado *devedores*⁶¹.

Por fim, considerando a proteção do direito concursal às empresas cujas crises tenham repercussão no mercado, a questão que se põe é até que ponto os limites de endividamento garantem a eficiência dos processos concursais para sanear a dívida, ainda

⁶⁰ *Come è cambiato Il presupposto soggettivo del fallimento in Il diritto fallimentare e delle società commerciali cit.* (nota 56 supra), pp. 538-5.

⁶¹ E. CAPUZZI, *Come è cambiato Il presupposto soggettivo del fallimento in Il diritto fallimentare e delle società commerciali cit.* (nota 56 supra), pp. 538-41.

que isso implique na exclusão de empresários, cujas dívidas estejam abaixo desses limites e na ausência de estabelecimento de procedimentos concursais para tais fins.

Aliás, cabe salientar, ainda, que atualmente é objeto de estudo no Ministério da Justiça italiano um desenho de lei que torne a falência um instituto aplicável também ao devedor civil e aos empreendedores que, por requisito de natureza ou dimensão, não estejam sujeitos ao procedimento na lei em vigor. O projeto propõe um mecanismo de liquidação para o patrimônio pessoal, bem como o perdão da dívida para esses devedores.⁶²

Como se vê, a Itália não acatou a orientação contida no Regulamento n. 1.346/2000 do Conselho da União Europeia quanto à ampliação do pressuposto subjetivo e da simplificação dos procedimentos concursais, o que não quer dizer que tal opção seja um ponto pacífico no país⁶³. O principal argumento para manter a tradição do direito é deixá-lo restrito aos agentes cujas insolvências afetem o trânsito do mercado, o que decorreria na simplicidade de suas normas, porém a razoabilidade do critério de endividamento adotado é posta em foco quando deixa sujeitos que desenvolvem atividades econômicas com contornos empresariais desamparado de um tratamento concursal no país. Tendo em vista esse contexto, deduz-se que essa disciplina jurídica teria nascido com lacunas, ao desconsiderar em sua completude o suporte fático dos sujeitos e os efeitos que isto poderá acarretar, comprometendo a realização de seus objetivos.

O direito brasileiro também vem sustentando essa raiz de especialidade, com uma disciplina seletiva. Apesar de nos primórdios de sua existência (séc. XVIII), com o instituto do *concursum creditorum* baseado no Direito Romano, o concurso ser um só para os devedores comerciantes e não-comerciantes, com a evolução do direito comercial italiano e francês e a relação histórica do Brasil com Portugal, a legislação brasileira sofreu

⁶² Cf. U. ÁPICE – S. MANCINELLI, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti* cit. (nota 31supra), pp. 19-25.

⁶³ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), p.128, menciona que na elaboração do Código Comercial Italiano anterior, a comissão organizadora do projeto reconheceu a vantagem da ampliação do conceito da falência a todos os devedores, mas achou-se sem poderes para propor a reforma porque o seu mandato se limitava à revisão da legislação comercial. Em 1894-1895 a comissão organizadora do projeto de concordata preventiva teria retomado a discussão e, embora houvesse defensores da falência civil, representada por Bolaffio, a maioria entendeu conveniente não reformar. Ao final, em 1903, novamente o governo teria sido convidado a iniciar sem demora os estudos para completar e apresentar projeto de lei que ampliasse a falência aos não comerciantes. Ou seja, é um ponto polêmico há de séculos e que, ao que parece, depende de força política para priorizar o tema e solucionar a questão.

influência desses ordenamentos. Assim, depois do Código Filipino e de outros alvarás que determinavam a aplicação do direito português⁶⁴, o *sistema restritivo* foi consagrado no Código Comercial de 1850, como vem se mantendo até os dias atuais.

Partindo da sistemática adotada na lei de falências anterior, cuja previsão era a sua aplicação aos *comerciantes* e às *sociedades comerciais*, a LRF estabelece como *devedor* o *empresário* ou *sociedade empresária* em estado de crise econômico-financeira (art. 1º), aplicando-se as disposições da lei aos sócios ilimitadamente responsáveis nos termos da lei societária correspondente (art. 190). Também estão inclusos empresários ou sociedades empresárias constituídas na forma de microempresa e empresa de pequeno porte, que possuem um regime diferenciado de recuperação judicial (art. 70 a 72 LRF). Assim, adotou a teoria da empresa e superou os núcleos *comerciante* e *ato de comércio*⁶⁵ para estabelecer o empresário e a sociedade empresária sujeitos da norma em compatibilidade com o Código Civil (CC)⁶⁶.

De acordo com o código civil, sociedade é o resultado do compromisso entre os sócios, que se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício da atividade econômica, mediante a partilha do resultado econômico entre si, com vistas à satisfação de suas necessidades (art. 981, CC). Essa sociedade será empresária se o objeto for o exercício de atividade inerente a empresário sujeito à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede (art. 982 e 967, CC), ou sociedade por ações, que assim será configurada independentemente do seu objeto (art. 982, *caput* e parágrafo único, CC). Finalmente, empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade

⁶⁴ A diversidade de tratamentos, assim, remonta à herança do direito português, com a reprodução da lei 8 de março de 1957, que limitava a falência aos comerciantes, no Código Filipino, livro V. Depois, o Alvará de 29 de julho de 1890 determina que seja aplicado no Brasil o Alvará Português 13 de novembro de 1756, que é considerado um marco legislativo e traça minuciosamente o processo de falência. Nesse sentido, ver A. BUZAID, *Do concurso de credores no Processo de Execução* cit. (nota 3 supra), p. 143.

⁶⁵ O Código Comercial de 1850 adotou a teoria dos atos de comércio e as suas normas eram aplicadas aos comerciantes que praticassem atos considerados de comércio (com relação publicada no Regulamento nº 737/1850), com habitualidade, profissionalismo e objetivando lucro. Essa classificação manteve-se até depois da revogação de tal Regulamento, porém com o passar dos anos, foi sendo construída a interpretação de que a comercialidade era auferida pela regular prática de tais atos em massa e a configuração de comerciante passou a ser feita em função da regular prática da atividade mercantil.

⁶⁶ P. F. C. SALLES DE TOLEDO, in P. F. C. SALLES DE TOLEDO e C. H. ABRAÃO (Coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência*, 2. Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 1-4, observa que a adoção a teoria da empresa não teria implicado em grande diferença do sistema falimentar anterior, que se dirigia ao comerciante, no sentido de que o artigo 2.037 do CC, determina a aplicação dessa norma (código civil) aos comerciantes, sociedades comerciais e às atividades mercantis.

econômica organizada de forma profissional, para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966, CC).

Como requisitos ou elementos distintivos do empresário e da sociedade empresária, H. M. D. VERÇOSA⁶⁷ destaca: o exercício de uma atividade como elemento unificador de toda a atividade; a natureza econômica dessa atividade, enquanto atividade criadora de riquezas, de bens e serviços; a organização da atividade, como intrínseca ao exercício de toda e qualquer atividade, apenas diferenciando o grau; o profissionalismo do exercício de tal atividade (elemento teleológico subjetivo), requerendo habitualidade, voluntariedade e consciência de comportamento, com a vontade do empresário destinada ao nascimento e exercício da atividade empresarial; e a finalidade da produção ou troca de bens ou serviços para o mercado (elemento objetivo).

A categoria geral reservada para as sociedades personificadas que *não sejam empresariais* é a de sociedades simples, distinguindo-se essencialmente em função do objeto social. Assim, com o regime adotado pelo código, se a atividade econômica não for caracterizada com traços empresariais a sociedade será simples⁶⁸. Além disso, o art. 966, CC, estabelece como inerentes às sociedades simples as atividades intelectuais (de natureza científica, literária ou artística) que não sejam profissionalmente organizadas a ponto de identificar o elemento da empresa em sua atividade, não sendo ela padronizada e direcionada a determinado segmento de mercado.⁶⁹

Por fim, ainda há duas observações a serem feitas sobre a sociedade simples. A primeira é que, diversamente das sociedades empresariais, elas serão registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. A segunda e última é a lei a qual estabelece que a

⁶⁷ H. M. D. VERÇOSA, *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, in L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 63-118. Ver também H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial – teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis – introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais*, v. 1, São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 118-146.

⁶⁸ Art. 982, CC: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 987); e simples as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa.”

⁶⁹ H. M. D. VERÇOSA, *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência* cit. (nota 67 supra), p. 66.

sociedade cooperativa será simples independentemente de seu objeto (parágrafo único, art. 982), excetuando-se aqui o critério caracterizador em função do objeto social.

Além das sociedades não empresariais (sociedades simples), estão expressamente excluídas da LRF a empresa pública e sociedade de economia mista e as entidades que possuem regimes jurídicos especiais de liquidação, como as instituições financeiras (incluindo a cooperativa de crédito) e as empresas de administração de consórcio; entidade de previdência complementar; sociedade operadora de plano de assistência à saúde; sociedade seguradora e de capitalização; e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores (art. 2º LRF)⁷⁰.

O projeto de lei que se converteu na LRF foi originariamente apresentado pelo Poder Executivo em 1993 (Projeto de Lei n. 4.376 – PL n. 4.376/1993), atendendo à necessidade de adequação e ampliação dos sujeitos da lei. Os sujeitos passivos eram as empresas que exercessem atividade econômica e fossem regidas pela lei comercial, as pessoas jurídicas de natureza civil que explorassem atividade econômica e o devedor individual que exercesse atividade em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado. Também se aplicava à empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades que explorassem atividade econômica. Excluía-se os pequenos comerciantes que fossem dispensados por lei da escrituração, os cultivadores direto da propriedade rural, os que prestassem serviços ou exercessem atividade profissional organizada, preponderantemente com o trabalho próprio e dos membros da família, os artesãos, profissionais liberais e as sociedades civis de trabalho.

Nada obstante isso, como recorrente em matéria de reforma legislativa no Brasil, o PL n. 4.376/1993 foi *costurado e recosturado* ao longo de sua tramitação no Congresso Nacional. Somente na Câmara dos Deputados, teve quatrocentos e oitenta e quatro emendas e cinco substitutivos durante dez anos de tramitação, com aprovação final da

⁷⁰ A exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista não é bem aceita pela doutrina e por parte dos legisladores brasileiros durante o processo legislativo da LRF. O inconformismo se fundamenta no artigo 173, §§ 1º e 3º da Constituição Federal, que lhes dedica o regime jurídico próprio das empresas privadas, não sendo justo excluí-las do âmbito subjetivo da lei. Para maior aprofundamento sobre a exclusão dessas sociedades e o regime aplicável, ver: H. M. D. VERÇOSA, *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência* cit. (nota 67 supra), pp. 100-103; e N. DE LUCCA in N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005* cit. (nota 27 supra), pp. 103-117.

Subemenda Substitutiva de Plenário apresentada pelo relator Deputado Osvaldo Biolchi pelo Plenário em sessão deliberativa de 15 de outubro de 2003.⁷¹ Ao longo desse processo legislativo, os sujeitos passivos foram alterados diversas vezes por emendas e nas alegações das propostas predominava o consenso sobre os seguintes critérios: a proteção dos sujeitos que exploravam atividade econômica e que integravam a cadeia mercadológica, o tratamento igualitário àqueles que se encontrassem nessa condição e a observância à Constituição Federal e outras leis que estabelecessem tratamentos especiais para os agentes que integravam determinados segmentos do mercado.

Mas, ao chegar na etapa de conclusão desse trâmite, o pressuposto subjetivo contido na última versão do congresso nacional (Submenda substitutiva às emendas de plenário ao substitutivo adotado pela Comissão Especial ao PL n. 4.376-B/1993 – PL n. 205, de 1995), era a sociedade empresária, sociedade simples, empresário e pessoa física que exercesse atividade econômica em nome próprio e de forma organizada; com exclusão: da sociedade cooperativa; do agricultor que explorasse propriedade rural para fins de subsistência familiar; do artesão; do prestador de serviços ou exercente de atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio ou dos membros da família, para fins de subsistência familiar; do profissional liberal e da sua sociedade civil de trabalho; da empresa pública e da sociedade de economia mista; e das instituições financeira pública e privada, da cooperativa de crédito, do consórcio, da sociedade de previdência privada, da sociedade operadora de plano de assistência à saúde, da sociedade seguradora, de capitalização e em outras entidades legalmente equiparadas às anteriores que estariam sujeitas à legislação própria de liquidação. Enfim, ante a quantidade de propostas, estudos e opiniões, os critérios foram se diluindo e já não se verificava uma uniformidade entre os sujeitos passivos.

Depois, com sujeição do PL n. 4.376 à apreciação e votação pelo Senado Federal, mais de cento e sessenta emendas foram propostas e cinquenta integradas ao texto, interferindo na estrutura e redação dos dispositivos. No que diz respeito ao tema em análise, o Senador Ramez Tebet relata que a propositura foi no sentido de redefinir o conceito de devedor para deixá-lo compatível com os conceitos estabelecidos pela lei nº

⁷¹ R. A. MACHADO (Coord.), *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresa – doutrina e prática – lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005*, 2 ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 375.

10.406/2002 (responsável pela reforma do Código Civil), delimitando-os como empresários e sociedades empresárias e excluindo as sociedades simples⁷². Isto porque o pressuposto subjetivo do projeto em revisão estava incompatível com o regime estabelecido pela legislação civil e poderia gerar confusão de interpretação, uma vez que o *caput* incluía sociedade simples como devedora e o parágrafo único excluía a grande maioria delas, a exemplo dos profissionais liberais e das sociedades formadas por profissionais liberais – qualificadas como sociedade simples e que estavam excluídas do âmbito de aplicação da lei na proposição do PL n° 205, de 1995. Assim, voltou-se a um sistema com restrição dos sujeitos passivos, com redação que se manteve até o final do processo legislativo e hoje está em vigor.

Registre-se ainda que depois da vigência da LRF, o Deputado Medeiros chegou a propor o Projeto de Lei n. 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005, na Câmara dos Deputados, com o objetivo de ampliar o pressuposto subjetivo da LRF para abranger as pessoas físicas e jurídicas, empresárias ou não. A proposta era alterar a LRF para abranger todos os devedores, adaptando os procedimentos para os novos sujeitos, tais como sociedades simples, associações, cooperativas e pessoas físicas não empresárias. Em sua justificativa, reforçada com um parecer de Humberto Teodoro Júnior, alegava-se a necessidade de suprimento da lacuna da LRF e a relevância de se aplicar os institutos dessa legislação a todos os devedores, ajustando as bases do direito brasileiro à tendência do direito comparado. Nada obstante isso, o projeto não seguiu adiante e foi arquivado em 22 de fevereiro de 2008, em função do término do ano legislativo e da renúncia do autor do projeto em janeiro de 2007, nos termos do art. 105 do Regimento Interno.

Como se verifica, a adoção do *modelo restritivo* no Brasil também não é ponto pacífico. Aliás, essa discussão é antiga e recorrente também na doutrina brasileira.

Localizam-se referências ao tema já na obra de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA⁷³. Analisando o regime jurídico aplicável à época (a legislação concursal era de 1908), o autor chamava a atenção para a ausência de um processo de falência para os devedores

⁷² R. A. MACHADO (Coord.), *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresa – doutrina e prática – lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005*, cit. (nota 71 supra), p. 396.

⁷³ *Tratado de direito comercial brasileiro*, cit. (nota 5 supra), pp. 118-131.

civis, o que lhes dava um tratamento diferenciado⁷⁴, e combatia os argumentos contrários existentes. Questionava o porquê da não aplicação do processo coletivo da falência na esfera civil, tendo em vista que havia a mesma necessidade, que o fim do instituto era garantir a todos os credores igual tratamento, manter privilegiada a função do crédito e prevenir a fraude do devedor que desejasse favorecer uns em prejuízo de outros. Negava os pressupostos teóricos contrários no sentido de que o devedor civil não especulava, nem necessitava de crédito (como era o caso do agricultor à época e os créditos agrícolas concedidos), e, mais ainda, assegurava que não era o fato de ter menos credores que impediria a elaboração da concordata e falência civil, pois não seria a quantidade de credores que garantiria a facilidade da liquidação.

Recorrendo ao suporte do direito comparado, em especial dos países que adotaram a corrente restritiva, o autor chega a afirmar que a tendência é a adoção dessa corrente, retornando ao tempo do direito romano, com um sistema de concurso creditório para comerciantes e não-comerciantes. Assim, garantir-se-ia justiça de tratamento para os devedores comerciais e civis, assentando no princípio afirmado da jurisprudência ocidental em “que os bens do devedor constituem garantia comum dos seus credores”. Porém, apesar de *jurídica e racionalmente* ser essa a tese vencedora, entendia-se que é uma medida a ser tomada com cautela em face da situação legislativa do momento⁷⁵.

T. M. VALVERDE⁷⁶ ao tratar da dualidade das disciplinas concursais no Brasil, também fazia alusão ao modelo dos ordenamentos anglo-saxões e alemão. Elogiava o modelo e opinava que apenas poderia visualizar a possibilidade de aplicá-lo no Brasil, se houvesse uma substancial modificação nas leis civis e comerciais. Assim, sustentava que a

⁷⁴ Nesse momento histórico, o devedor civil se sujeitava ao processo de execução comum e ao regramento do código penal para o crime de insolvência (ocultar ou alhear maliciosamente os bens, ou simular em fraude os credores legítimos – artigo 337), pois a lei civil não estabelecia uma organização para a defesa coletiva dos credores. Complementava o J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro* cit. (nota 5 supra), p. 121: “Assim, pois, enquanto a *falência* é uma instituição de direito, que oferece condições próprias para a sua existência, um processo coletivo de *unidade e concentração*, a *insolvência civil* não é mais do que um estado de fato, provocado pelas ações *individuais* dos credores. A *falência*, inspirada na idéia do coletivismo, procura manter a igualdade entre os credores que confiaram no devedor; a *insolvência* disso não cogita, não tem um sistema nem organização.”

⁷⁵ Os Estados tinham competência para legislar matéria de forma e o autor receava que ultrapassassem os limites atribuídos pela Constituição Federal e disciplinassem a parte processual, criando curadores fiscais, depositários e outros institutos para arrecadar dinheiro do credor e devedor.

⁷⁶ *Comentários à Lei de Falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945* cit. (nota 6 supra), pp.5-14.

unificação da insolvência civil com a comercial era adequada nos ordenamentos jurídicos que tinham a atividade econômica regulada por um direito obrigacional geral e recebiam princípios jurídicos e regras morais, ou profissionais, que orientassem o comportamento do devedor, como passava nos ordenamentos europeus. Defendia a adoção do pressuposto subjetivo amplo no Brasil, caso houvesse a reforma nos direitos comercial e civil.

Demais disso, entendia que a atividade individual já não provocava perturbações econômicas e as sociedades civis de fins econômicos eram cada vez mais raras, anteendo o alargamento da teoria de empresa e a aplicação de conceitos comerciais nas empresas civis. Elucidava a situação dos agricultores que se comportavam como comerciantes, cujas crises econômico-financeiras acarretavam consequências que poderiam ser mitigadas com os favores que o direito concursal concede aos devedores comerciantes: a solução fornecida para o conflito de interesses insaturado, a concordata preventiva ou a suspensiva da falência. Assim, entendia T. M. VALVERDE que os institutos do direito comercial e as suas regras flexíveis poderiam vir a contribuir para o crescimento das iniciativas do setor econômico, inclusive com a aplicação de um regime que facilitasse o ingresso da empresa civil, individual ou coletivamente explorada no campo do direito comercial.

Portanto, a doutrina combate a corrente *restritiva* desde o início do século passado⁷⁷, em defesa da igualdade de tratamentos entre os devedores civis e comerciais. Afinal, os devedores civis e comerciais foram assumindo feições parecidas que chegaram a se tornar irrelevantes à distinção entre eles para fins de sujeição da lei concursal. Sem contar que também precisam de crédito, aliás, têm mais dificuldades de obter crédito, movimentam a economia e também poderiam ser beneficiários de medidas como a concordata, ou melhor, de institutos preventivos e reestruturativos. Os credores, por outro ângulo, teriam mais garantias quanto ao recebimento do crédito, com a sujeição ao processo concursal, uma vez que a falência propicia uma execução organizada dos bens e fiscaliza a conduta do devedor, e as vantagens da concordata e/ou recuperação. Pela junção de todos os motivos apresentados no item anterior, com uma versão moderna dos motivos

⁷⁷ Ver: C. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale* cit. (nota 6 supra); C. CASTEX FILHO, *Da extensibilidade da fallencia aos não commerciantes* cit. (nota 53 supra), pp. 741-53. E ainda: T. ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale*, Giuffrè, Milão, 1962, pp. 308-309.

que levaram os ordenamentos a mudarem o seu modelo para o ampliativo, é de se questionar a razão da insistência no *modelo restritivo*.

Traçados esses aspectos gerais no que diz respeito às tendências do direito concursal comparado e ao modelo de pressuposto subjetivo, nos próximos capítulos será aprofundado o estudo do direito concursal brasileiro e de seus institutos.

3 O direito concursal brasileiro

O Brasil adotou o sistema restritivo e possui duas disciplinas jurídicas concursais, uma para o devedor civil e outra específica, elaborada para o comerciante/empresário. Apesar disso, esta última tem sido alvo de mais atenção da sociedade em virtude da relevância dos interesses tutelados para a economia, o que reflete no desenvolvimento da matéria em decorrência da contribuição da comunidade científica, das discussões judiciais e dos avanços legislativos.

Assim sendo, a disciplina específica teve significativo avanço com a inserção no código comercial (Lei n° 556, de 25 de junho de 1850), disciplinando a quebra (cessação de pagamentos) para o devedor comerciante, além da concordata e moratória. Depois, a matéria seguiu o tratamento restrito para os comerciantes em outras legislações supervenientes, inclusive no Decreto-Lei n. 7.661/1945⁷⁸, que regulamentava o direito concursal antes da LRF e esteve em vigor por mais de cinco décadas.

O direito concursal anterior tinha como principal instituto a falência, caracterizando-se por está centrado na figura do pequeno comerciante em nome individual e por priorizar a satisfação dos interesses dos credores e a liquidação do comerciante. Tendo em vista a época de elaboração da norma e a influência do ordenamento italiano, a disciplina primava pelo conteúdo processual e pela excessiva intervenção do judiciário, com procedimentos rígidos e que findavam sendo demorados, considerando os recursos protelatórios dos credores. Tudo isto gerava a demora no andamento do processo e das soluções relativas ao estado de insolvência, com a paralisação das atividades e o desgaste do ativo do devedor, que ficavam guardados enquanto o processo finalizava para ser alienado.

⁷⁸ M. R. PENTEADO, in F. SATIRO DE SOUSA JÚNIOR – A. S. A. M. PITOMBO, *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo*, 2 ed. rev., atual. e amp., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 61-5, sintetiza a evolução do instituto falimentar trazendo como marcos anteriores a esse Decreto algumas outras normas. Assim, cronologicamente, o Decreto n° 917, de 1890, responsável por inserir a impontualidade como fator determinante da falência e como meios de prevenção da falência os institutos do acordo extrajudicial com os credores (concordata preventiva ou extrajudicial), a cessão de bens e a concordata suspensiva. A Lei n° 859 (com regulamentação pelo Decreto n° 4.855, de 1903), responsável por instituir o *estado dos negócios e estado de falências*, com rol de atos caracterizadores da impontualidade e falência. E, antes do Decreto n° 7.661, de 1945, a Lei n° 2.024, de 1908, responsável por atribuir muita autonomia ao credor na organização falimentar.

O devedor não tinha amparo institucional para reagir à crise e tinha limitações na livre negociação de seus débitos, ficando à disposição da provocação dos credores e das decisões judiciais, sem que houvesse outras medidas para prevenir a falência que não fosse a concordata. A concordata, por sua vez, podia ser preventiva ou suspensiva e era o modelo legal pelo qual o devedor que preenchesse os requisitos legais obtinha em juízo a concessão para a dilação ou remissão dos créditos quirografários, independentemente da opinião dos credores.

Entretanto, a concordata não era um instrumento eficaz para sanear a crise financeira, pois abrangia apenas os créditos quirografários e tinha demasiados requisitos legais que impediam o cumprimento, sendo usado para postergar as dívidas e impedir a decretação da falência. Tudo isso, provocou a desvirtuação do instituto e o desenvolvimento de outras soluções extrajudiciais que eram proibidas pela legislação⁷⁹. Ou seja, nem a concordata funcionava, nem a falência, um *meio de cobrança* para os credores⁸⁰.

N. DE LUCCA⁸¹ demonstra a debilidade desse sistema por intermédio de seis motivos, os quais valem a pena ser mencionados para sintetizar os principais problemas do Decreto e elucidar o contexto que antecedia à reforma. O primeiro (i) reside no fato de o diploma não refletir as consequências sócio-econômicas provocadas pela segunda guerra mundial nas diversas economias do mundo, tendo em vista o momento histórico que foi elaborado, o que decorreria também (ii) na eleição do elemento subjetivo em torno do *devedor comerciante* em prejuízo de *empresário*. A lei não adotava reconhecia (iii) a distinção entre empresa e empresário, a noção de instituição social desenvolvida em torno da empresa, nem a sua função social com os múltiplos interesses a ser preservado, o que teria ocasionado consequências negativas para a empresa. Depois, (iv) lembra do enfoque processual atribuído à norma ao “regular a situação obrigacional entre devedores e

⁷⁹ A lei determinava que a forma de pagamento da concordata ocorresse em vinte e quatro meses, distribuído em quarenta por cento no primeiro ano e sessenta por cento até o final do prazo e exigia a comprovação de regularidade das obrigações tributárias.

⁸⁰ Ver P. PENALVA SANTOS, *Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial* in *Revista do advogado* 83 (2005), pp. 107-115; F. SATIRO DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), pp. 217-8.

⁸¹ In N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 24-5.

credores”, o que teria sufocado a realidade econômica a ponto de prejudicar a consecução da finalidade de realizar o direito dos credores; e (v) da finalidade liquidatório-solutória nitidamente contida da lei. Por fim, (vi) o autor aponta como falha o tratamento privilegiado atribuído ao fisco e o quanto isto interferia negativamente perante os demais credores, inclusive os de garantia real, no sentido de gerar insegurança para fornecer crédito.

Era notório que o direito concursal brasileiro já não era compatível com a realidade econômica e que a sociedade necessitava de um impulso para continuar no caminho do desenvolvimento. A doutrina já se manifestava há décadas pela reforma do sistema falimentar, afinal o Brasil precisava dar um salto e desvincular-se do dualismo perpetrado em suas legislações anteriores, que ora privilegiava *a proteção do interesse pessoal do devedor* ora *o interesse dos credores*. Assim, F. K. COMPARATO⁸² se posicionava sobre a matéria e alertava à importância que o legislador considerasse a realidade da empresa e os interesses envolvidos (empresários, empregados, sócios capitalistas, credores, fiscos, regiões e mercado em geral) para elaborar uma moderna legislação concursal, partindo dos imperativos *continuidade e permanência das empresas* por motivos de interesse social e econômico.

Considerando a ineficiência dessa disciplina para o pagamento dos créditos e como meio de re-estruturação para os empresários saírem da crise financeira, entre outros objetivos de política econômica e creditícia, a necessidade de mudança desse direito passou a ser prioritária também na esfera política. Partindo da experiência no direito comparado, foi se sedimentando a ideia de construção de uma disciplina jurídica para com os atuais pilares do direito concursal em substituição à antiga lei de falências, chegando-se à Lei de Recuperação de Empresas e Falências da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (LRF).

Depois de quase dez anos em tramitação, várias versões nos projetos de leis e discussões com os principais representantes da sociedade brasileira sobre o sistema proposto, a LRF finalmente entrou em vigor. Segundo o relator do projeto de lei na

⁸² *Aspectos jurídicos da macro-empresa* cit. (nota 9 supra), p. 102. Ver também P. F. C. S. TOLEDO, *A empresa em crise no direito francês e americano*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1987, pp.1-5.

Câmara dos Deputados, Osvaldo Anicetto Biolchi, a LRF não teria se inspirado especificamente em nenhuma outra legislação concursal, mas era resultado de uma situação de esgotamento da sociedade brasileira em reação à ineficiente e sexagenária legislação falimentar. Afinal, a legislação brasileira era uma das mais antigas do mundo sob o ponto de vista de prazo de vigência e de qualidade legislativa, o que contribuía para que os processos judiciais de falências demorassem doze anos tramitando⁸³.

Entretanto, com o acesso às informações e aos estudos de direito comparado, a participação de representantes da sociedade e a contribuição de qualificados estudiosos do direito com conhecimento do direito comparado, mais a consciência do legislativo sobre a influência dessa lei para a integração dos mercados, não há como desmerecer a importância que teve o direito comparado para a elaboração dessa legislação. Enfim, pode-se dizer que a legislação brasileira seguiu a tendência internacional de revisão dos fundamentos e institutos do direito concursal para se adequar às demandas econômicas e sociais, e que foi influenciada pelo direito comparado e trabalhos desenvolvidos pelos organismos internacionais, em especial o *Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems* do Banco Mundial.

Nesse contexto, a nova disciplina é preparada para o empresário e sociedade empresária e com distinção conceitual da empresa, valorando a responsabilidade social e a preservação das empresas no mercado, com mecanismos de reorganização e reestruturação financeira para os empresários que estejam em circunstâncias de crise financeira e que sejam saneáveis. O legislador suprime a concordata e implementa os novos institutos de *recuperação judicial* e *extrajudicial* da empresa, confiante de que tais institutos atendem melhor aos objetivos da coletividade, com a continuidade das atividades empresariais sob a administração do devedor, geração de produção e recursos para efetuar o pagamento dos débitos existentes.

Mais, o novo sistema destaca a continuidade da atividade empresarial como um dos princípios essenciais dos direito concursal, por presumir que assim está atendendo o interesse de todos os agentes envolvidos na crise do empresário e o princípio de função social da empresa, além de reforçar os espíritos de cooperação e solidariedade dos agentes

⁸³ O. A. BIOLCHI, *A nova lei de recuperação de empresas e falências* in *Revista do advogado* 83 (2005), p. 7.

envolvidos no processo recuperativo. Vale mencionar que a LRF traz previsão específica de um plano especial e *desburocratizado* para a recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte⁸⁴.

Dentro dessa mesma linha de raciocínio, a falência é mantida como processo liquidatório, com a utilidade de retirar do mercado as empresas improdutivas e manter apenas as viáveis economicamente. Vale salientar que os novos princípios também estão contidos no regramento desse instituto, conciliando a disciplina da execução coletiva com os novos objetivos de potencializar o valor dos ativos e preservar o funcionamento das bases produtivas.

Conjuntamente a isto, considera-se a importância da participação ativa dos devedores e dos credores no processo de superação da crise com relativa liberdade para fixar os acordos de recomposição de débitos e de reestruturação financeira, de acordo com a dimensão do plano recuperativo, e nos processos de falência. Dá-se abertura à atuação e fiscalização dos credores nos processos de recuperação judicial e falências, conferindo-lhes garantias mínimas a serem exercidas por intermédio dos órgãos: assembléia geral de credores e comitê de credores. Enquanto o primeiro é um órgão colegiado que, na recuperação judicial e na falência, manifesta a vontade coletiva da comunhão de credores⁸⁵, o último é instalado por opção dos credores e formado por representantes das principais classes de credores, com a função de acompanhar mais de perto a atividade da empresa em recuperação ou o desenvolvimento do processo de falência⁸⁶.

As mudanças de objetivos e a experiência do direito anterior chegam até a classificação dos créditos. O legislador estabelece graduação hierárquica entre credores para recebimento dos valores, considerando a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e

⁸⁴ Trata-se de um instituto específico previsto na seção V, dos artigos 70 a 72 da LRF, que permite que o microempresário ou empresário pequeno porte obtenha a dilação das dívidas quirografárias. Para maiores aprofundamentos sobre o tema, ver: P. PENALVA SANTOS, *Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial* cit. (nota 80 supra), p. 109; M. J. BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005 – comentários artigo por artigo* cit. (nota 3 supra), p. 189 e ss.; F. S. SOUZA JUNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), p. 314 e ss.; e P. F. C. SALLES TOLEDO – C. H. ABRÃO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), p. 203 e ss.

⁸⁵ E. V. A. N. FRANÇA, *Assembléia-geral de credores in Revista do Advogado* 8 (2005), pp. 42-3.

⁸⁶ P. F. C. SALLES TOLEDO – C. H. ABRÃO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), p. 71 e ss.

a movimentação do sistema de crédito, procura fornecer mais segurança aos prestamistas quanto ao retorno dos empréstimos feito aos devedores. A atual classificação segue à ordem prevista no artigo 83, LRF, a saber: 1- créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes do trabalho; 2- créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado; 3 - créditos tributários, independente de sua natureza e tempo de constituição, com exceção das multas tributárias; 4 - créditos com privilégio especial os definidos dessa forma na legislação codificada⁸⁷ e esparsa, civil e comercial, e aqueles que detenham o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; 5 - créditos com privilégio geral, que são os previstos no art. 965 do Código Civil⁸⁸, os créditos decorrentes do fornecimento de bens ou serviços durante a recuperação judicial (art. 67, LRF) e os que são definidos dessa forma em outras leis especiais, de naturezas civis e comerciais; 6 – créditos quirografários, incluindo-se os de natureza trabalhistas superior a cento e cinquenta salários mínimos e os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; 7 – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias e; 8 – créditos subordinados, sendo estes os previstos em lei em contratos, tais como as debêntures sem garantia real, os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatícios. Ademais, há os créditos extraconcursais, que

⁸⁷ Especialmente no art. 964, CC: “Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaías e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de alugueis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.”

⁸⁸ Art. 965, CC: “Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral.”

dizem respeito aos créditos adquiridos no curso dos procedimentos concursais e possuem preferência em relação aos constantes na classificação dos créditos concursais⁸⁹.

Demais disso, o legislador se preocupou em estabelecer normas claras e precisas relativas a seus institutos, normas procedimentais que contribuam à eficiência do processo, a par dos mecanismos que procuram garantir cautela, segurança jurídica e comprometimento dos sujeitos ativos e passivos no uso dos institutos. Complementariamente, o combate à fraude está implícito ao longo do texto normativo, com a previsão de: limite quantitativo mínimo para o requerimento de falência⁹⁰; na severidade dos crimes tipificados⁹¹; na consistência dos planos de recuperação⁹²; na expectativa de cumprimento do pactuado nos planos de recuperação sob pena de decretação de falência⁹³; na fiscalização dos credores realizada por intermédio do comitê de credores⁹⁴; e em pontuais previsões de atuação do Ministério Público⁹⁵.

⁸⁹ Previstos no art. 84, LRF, sendo eles: a remuneração do administrador judicial e de seus auxiliares, as obrigações trabalhistas e acidentárias por serviços prestados posteriormente à decretação da falência, as despesas com arrecadação, custas judiciais e todas as obrigações por negócios jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial ou após a decretação da falência e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência.

⁹⁰ Art. 94: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos na data do pedido da falência; [...]”.

⁹¹ A Lei descreve os tipos delitivos e define dos elementos constitutivos, bem como determina as sanções penais suficientes à justa reprovação da conduta. Segundo F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), pp. 536-37, por esse sistema delinea-se os bens jurídicos tutelados na norma, ao mesmo tempo em que retoma conceitos do direito penal e a regra da legalidade, o que impede que o preconceito existente contra o devedor falido predomine em detrimento da real apuração das infrações criminais. Os crimes são de ação pública incondicionada (artigo 184) e são tipificados nos artigos 168 a 178, variando desde fraudes a credores praticados antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar recuperação extrajudicial, à divulgação de informação falsa sobre o devedor em recuperação judicial, com o fim de levá-lo à falência; ou desvio, ocultação ou apropriação de bens; habilitação ilegal de crédito; e, entre outros, o exercício ilegal de atividade para o qual foi inabilitado ou incapacitado.

⁹² A Lei prevê requisitos para o plano, devendo conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados; a demonstração da viabilidade econômica; e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada (artigo 53).

⁹³ Art. 73, IV: “O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial: [...] IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 da lei”.

⁹⁴ Art. 27 da LRF: “O comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta lei: I- na recuperação judicial e na falência: a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial; b) zelar pelo bom andamento do processo pelo cumprimento da lei; c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores; d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados; e) requerer ao juiz a convocação da assembléia-geral de credores; f)

Por fim, antes de passar ao estudo específico dos institutos de recuperação e falência, vale registrar a adoção da orientação geral da desprocessualização dos institutos do direito concursal. A base do tradicional direito falimentar italiano, que elegia a falência como principal instituto e reforçava nas regras de natureza procedimentais, foi se modificando para inserir fundamentos econômicos-sociais e da organização da sociedade em legislação própria⁹⁶. Tendo em vista o dinamismo do mercado e as opções de reestruturação como interesses dos agentes econômicos e da coletividade, prioriza-se cada vez mais um direito concursal que trate também de princípios e normas de natureza material, considerando as necessidades sociais contemporâneas (dos empresários, mercado e coletividade). A norma é sistematizada com mais proximidade aos institutos de direito substantivo, atenuando a feição da disciplina de processo de execução coletiva, para complementá-la com matéria de fundo (institutos originários de outros ramos de direito, tratados de forma disseminada na legislação).

Eis algumas observações gerais sobre a reforma do direito concursal brasileiro *específico para empresários e sociedade empresárias*. Além dessa disciplina específica, há aquela destinada aos não comerciantes, que é denominada por insolvência civil. Após essa breve contextualização sobre a evolução e tendência do direito concursal comparado e brasileiro, seguir-se-á no estudo dos institutos concursais, com o objetivo de tratar dos institutos aplicáveis aos empresários, aos não empresários e, enfim, abordar o concurso aplicável à sociedade cooperativa no Brasil.

manifestar-se nas hipóteses previstas nesta lei; II – na recuperação judicial: fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação; b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial; c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.”

⁹⁵ Para leitura mais aprofundada Ver J. M. M. PROENÇA, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público*, in R. APPROBATO MACHADO (Coord.), *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresa – doutrina e prática – lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005*, 2 ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 51-77.

⁹⁶ Nesse sentido, ver: N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005 cit.* (nota 27 supra), p. 23.

3.1 A Recuperação de empresas

Nos últimos anos, verifica-se que credores e devedores têm desenvolvido novos métodos de negociações, com preferência para tratativas diretas e informais a processos judiciais de execução. Em paralelo, observa-se a crescente argumentação no sentido favorável à manutenção das empresas em funcionamento, tendo em vista que é uma fonte produtora e distribuidora de bens e serviços; geradora de empregos, riquezas e de impostos e que contribui para o progresso econômico e social do país. Sem contar os custos financeiros envolvidos para constituir e desenvolver uma nova empresa em substituição às dissolvidas, e o impacto social e econômico que a quebra da unidade produtiva opera no país e no mundo⁹⁷.

Nesse cenário, considerando a função social da empresa e os múltiplos interesses que gravitam em torno dela; na premissa de que é melhor conservar (as empresas viáveis) do que extingui-las; a LRF vem disciplinando institutos de recuperação de empresas que privilegiam o acordo entre as partes sobre os débitos e envolvem a reestruturação financeira da empresa, os quais poderão ocorrer na forma de recuperação extrajudicial ou judicial. Desse modo, é possível manter a fonte produtora e os empregos gerados em favor dos interesses dos agentes que estão direta e indiretamente relacionados com a empresa, como os trabalhadores, consumidores, fornecedores e outras espécies de contratantes, além do Estado, enquanto responsável pela arrecadação de tributos e regulador da atividade econômica⁹⁸.

Além da valorização da função social da empresa, dá-se atenção aos fundamentos constitucionais de dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV, da CF), além dos princípios da segurança jurídica e efetividade do direito. Esses valores constituem pano de fundo do instituto da recuperação de empresas, envolvendo o comportamento solidário dos agentes direta e indiretamente atingidos pela crise da empresa para cooperarem na consecução do fim imediato maior: a continuidade da fonte produtora. O fundamento ético da solidariedade é induzido pela

⁹⁷ Nesse sentido: P. PENALVA SANTOS, *Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial* cit. (nota 80 supra), p. 107. E, J. LOBO, in P. F. C. SALLES DE TOLEDO – C. H. ABRÃO, *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), p.158.

⁹⁸ W. BULGARELLI, *A reforma da lei de falências e concordata*, in RDM 85 (1992), p. 52.

legislação para que os credores e devedores atuem em busca de soluções equitativas, saindo da órbita do individualismo (de relações privadas e patrimoniais) rumo ao reconhecimento dos interesses públicos e coletivos que gravitam em torno da empresa e de suas relações com o mercado. O Estado intervém nos interesses privados para retomar essa dimensão valorativa, ponderando-os nos processos recuperativos para que os credores (inclusive o próprio Estado) e devedores abram mão de seus interesses egoísticos e se lembrem de bens maiores, do significado social que a empresa possui para a economia, para a estabilidade social, e das relações jurídicas⁹⁹.

Em prol da segurança jurídica e creditícia e efetividade do direito obrigacional, a recuperação das empresas surge como um instituto prioritário, uma solução para os devedores que possuem patrimônio em desequilíbrio e precisam aplicar métodos gerenciais reorganizativos para liquidar parte dos ativos e transformá-los em moeda, atacando a crise antes de chegar à completa impossibilidade salvação. Para tal fim, o pressuposto para a recuperação extrajudicial e judicial é a crise financeira.

Segundo P. PENALVA DOS SANTOS¹⁰⁰, a recuperação extrajudicial é um procedimento prévio à recuperação judicial, sendo cabível quando o empresário está em situação financeira compatível com a renegociação parcial das dívidas, envolvendo os credores de garantia real, quirografários ou subordinados. O devedor propõe diretamente a renegociação aos principais credores, que, em geral, consiste em uma proposta de remissão ou dilação das dívidas, realizada por um procedimento simples que tem por objetivo garantir aos credores as mesmas condições.

⁹⁹ J. LOBO, In P. F. C. SALLES DE TOLEDO – C. H. ABRÃO, *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), pp. 127-8.

¹⁰⁰ *Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial* cit. (nota 80 supra), pp. 110-115. Nesse mesmo sentido, L. F. VALENTE, *Da recuperação extrajudicial* in L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de recuperação de empresas* *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 568, por sua vez, opina que a recuperação extrajudicial será usada como um mecanismo de aceleração para as reestruturações financeiras. Ou seja, a recuperação extrajudicial será a forma inicial de composição com os credores, deixando a recuperação judicial como segunda hipótese quando a tentativa extrajudicial não for bem sucedida, por não ter sido obtido o percentual mínimo de adesão ao plano, ou por o perfil da dívida não ser adequado para a utilização da recuperação extrajudicial; ou por o devedor ter que pleitear o parcelamento de seus débitos tributários; o plano contemplar a alienação de ativos e haja interesse ou necessidade de evitar os riscos de sucessão por débitos tributários; e nos casos em que o plano inclua ajustes de natureza operacional que requeiram uma fiscalização mais adequada.

A lei prevê duas modalidades de recuperação extrajudicial. A primeira delas é simples e prescinde de maiores formalidades, correspondendo àquela pela qual o devedor negocia com os credores que eleger e estes voluntariamente aderem ao plano, sendo passível de homologação judicial. Nesta, as partes têm relativa liberdade quanto ao conteúdo, desde que não disponha sobre o vencimento antecipado da dívida, nem trate desigualmente os credores que não celebraram o acordo. A segunda caracteriza-se por ser imposta aos credores que não aderiram ao plano, mas que estão vinculados aos seus termos pelo fato de pertencer a mesma classe ou subclasse de credores. A lei prevê a extensão dos efeitos do plano homologado judicialmente a uma ou mais classe de credores ou grupo de credores sujeitos ao plano – dentro de uma mesma classe, com igualdade de condições de pagamento –, se o plano for aprovado por credores que representem mais de três quintos (sessenta por cento) da respectiva classe ou subclasse¹⁰¹.

Apesar de se tratar de uma recuperação extrajudicial, o legislador se preocupou em estipular normas que fixassem o procedimento de homologação judicial do plano, o que confere a natureza de título executivo judicial, mais transparência e publicidade ao seu conteúdo e mais segurança aos credores. Com isso, viabiliza-se a fiscalização do cumprimento da lei, dos requisitos subjetivos, objetivos e pressupostos procedimentais, além de oportunizar aos credores que tenham sido abrangidos pelo plano a possibilidade de impugná-lo.

Complementarmente ao estado de iliquidez, a LRF fixa pressupostos objetivos para a recuperação extrajudicial que seja passível de homologação judicial, sendo eles: não ser o devedor falido, ou, em caso positivo, que tenha as suas obrigações extintas; e que não tenha sido ou não tenha controlador ou administrador condenado por crime falimentar. Ademais, não pode haver recuperação extrajudicial se houver recuperação judicial pendente, nem concedida dentro de um prazo inferior a dois anos outra recuperação judicial ou extrajudicial.

Enfim, a recuperação extrajudicial consiste na possibilidade regulada pela lei de o devedor novar as dívidas com os credores, administrando as suas próprias dificuldades

¹⁰¹ Ver L. F. PAIVA VALENTE, *Da recuperação extrajudicial* in L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas* cit. (nota 100 supra), p. 571.

financeiras por meio de um procedimento legal seguro e menos oneroso, sem a necessidade de ter que recorrer a processos judiciais mais complexos. A LRF avançou consideravelmente, ao institucionalizar o acordo de origem extrajudicial, e, ainda, por reconhecer a legalidade de outras modalidades de acordos privados entre o credor e devedor, reforçando-se que esse comportamento não mais configura de uma situação de insolvência (art. 167, LRF).

O instituto da recuperação judicial, por sua vez, foi elaborado para tutelar as situações em que se fazem presentes os intuitos de sanear a crise financeira, salvá-la e reestruturá-la, pois a celebração de acordos para modificar as condições contratuais com selecionados credores já não solucionaria o problema do devedor. A necessidade do empresário aqui é elaborar um planejamento estratégico que lhe permita liquidar as dívidas com condições especiais e reerguer-se financeiramente, dentro de uma dinâmica gerencial própria que parte dos problemas específicos daquele devedor e se propõem a sua reorganização e recolocação no mercado. De outro lado, por envolver credores e metas mais profundas, misturam-se os interesses diversos, tendo o legislador que administrar a complexidade para reavivar o interesse social.

Nesse sentido, vale a pena transcrever a conceituação de J. LOBO¹⁰²:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembléia geral.

¹⁰² In P. F. C. SALLES DE TOLEDO – C. H. ABRÃO, *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), pp. 119-120.

Como se vê, a recuperação judicial é mais abrangente e complexa do que a extrajudicial, envolvendo a tutela de mais bens coletivos e credores. Nela, o devedor apresenta em juízo um plano de recuperação empresarial destinado aos seus credores, que, de acordo com ordem de classificação contida no plano, poderá envolver os detentores de créditos trabalhistas e decorrentes de acidentes de trabalho, os credores com direitos de garantias reais, com privilégio especial, geral e subordinado e quirografário¹⁰³.

Além da demonstração da situação de crise financeiro-econômica, a concessão da recuperação judicial depende do preenchimento dos seguintes pressupostos (48, I a IV, LRF): que o empresário individual, ou a sociedade empresária exerçam regularmente a atividade há mais de dois anos; que o empresário não seja falido, ou, se o foi, que as suas responsabilidades tenham sido extintas por sentença transitada em julgado; que não tenha obtido a concessão da recuperação judicial há menos de cinco anos, ou oito anos, no caso de plano especial, as microempresas e empresas de pequeno porte; e que não tenha sido condenada ou não tenha, como administrador ou sócio controlados, pessoa condenada a crime falimentar.

Após o pedido de processamento de recuperação judicial e deferimento por juiz, reconhece-se juridicamente o estado de crise econômico-financeira do devedor, e a recuperação é viabilizada pela elaboração de um plano pelo devedor. O devedor deverá demonstrar a situação financeiro-econômica da empresa e contemplar no plano o meio de reestruturação, juntamente com um laudo técnico econômico-financeiro de avaliação dos bens do ativo, os créditos abrangidos e a forma de pagamento. A consistência do plano é importante para demonstrar a potencialidade de suportar os objetivos da recuperação e a continuidade da atividade empresarial, com uma visão mais ampla, portanto, do que o pontual pagamento dos débitos.

No que diz respeito às opções de recuperação, a lei enumera algumas delas a exemplo da concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações

¹⁰³ Excetua: os credores as ações que demandem quantia ilíquida (incluindo as trabalhistas), os créditos decorrentes de contratos de garantia fiduciária de móveis ou imóveis, arrendamento mercantil, imóvel com compromisso de venda em contrato de incorporação imobiliária ou em venda com reserva de domínio e de adiantamento a contrato de câmbio para exportação; os credores por título gratuito; a União Federal, Estadual, Municípios e INSS; os credores por despesas realizadas para se habilitarem na recuperação, salvo as custas judiciais decorrentes de litígios com o devedor.

vencidas ou vincendas, da alteração do controle societário, da constituição de sociedade de credores, da venda parcial dos bens, do usufruto da empresa e da constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar os ativos do devedor em pagamento dos créditos (art. 50, LRF). Assim, os devedores podem estruturar a forma, ou as formas de recuperação, que melhor atendam ao seu perfil e sejam adequados as suas condições econômicas e sociais, pois o legislador deixou livre esse campo para a sua escolha. O importante é que seja plausível e demonstre aos credores a possibilidade de atingir os objetivos.

Importante mencionar a inovação legislativa no tocante à previsão de inexistência de sucessão tributária e trabalhista nas obrigações do devedor pelo adquirente, se no plano envolver a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor¹⁰⁴. Tal medida facilita a execução dos planos, uma vez que dá segurança ao adquirente, além de permitir a preservação da atividade produtiva e dos empregos.

O plano de recuperação judicial é submetido à apreciação e aprovação de todas as classes dos credores nele envolvidas, os quais poderão se manifestar sobre os termos do plano, propor alterações e objeções, deliberando-as em assembleia geral. Demais disso, o juiz poderá intervir no processo de avaliação do plano e conceder a recuperação se o plano de recuperação não for aprovado por todas as classes de credores, diante do preenchimento dos requisitos e critérios estabelecidos em lei¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A sucessão tributária se operará se houver relação jurídica entre o devedor ou sócio da sociedade devedora e o adquirente que demonstre fraude, como fé o caso de algum parentesco entre eles; ou se o adquirente for sócio da sociedade devedora ou controladora; ou, ainda, se o adquirente for identificado como agente ou contratante do devedor. Artigo 133, do Código Tributário Nacional.

¹⁰⁵ Para aprovação do plano, a LRF estabelece como quórum para os credores trabalhistas e detentores de créditos decorrentes de acidentes de trabalho, a maioria simples dos credores presentes no ato da votação, e para as demais classes, exige a maioria simples dos credores e que estes detenham mais da metade do valor total do crédito. Se uma classe rejeitar o plano, há a possibilidade de operar o *cram down*, conforme denominado nos EUA, conforme previsão dos §§ 1º e 2º, do artigo 58 da LRF. Os requisitos legais são: o quórum mínimo formado pelo voto favorável de credores representantes de mais da metade dos créditos presentes na assembléia, independentemente da classe; a aprovação de duas das três classes de credores, ou, caso existam apenas duas classes, a aprovação de uma delas; pelo voto favorável de mais de um terço dos credores da classe que houver rejeitado o plano; e a inexistência de tratamento desigual entre os credores da classe que houver rejeitado o plano. Para leitura mais aprofundada sobre o tema ver C. S. J. BATISTA - P. F. CAMPANA FILHO – R. Y. MIYAZAKI – S. C. N. CEREZETTI, *A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão – o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado pro todas as classes*, in RDM 143 (2006) pp. 202-242.

Ante a aprovação e homologação judicial do plano, a recuperação judicial será considerada concedida e o devedor deverá executá-lo, sob a sua responsabilidade e com o prazo máximo de dois anos para cumprir tais obrigações, sob pena de decretação de falência. A condução dessa fase é feita pelo devedor, que permanece na administração, salvo seja determinado o seu afastamento, embora tenha poderes limitados para alienar ou onerar bens ou direitos do ativo permanente sem ordem judicial.

A concessão da recuperação judicial gera vários efeitos aos credores e ao devedor, tais como: a suspensão do curso de todas as ações e execuções em face do devedor durante o período de cento e oitenta dias a contar do deferimento da recuperação judicial (art. 6º); a obrigatoriedade a todos os credores a ela sujeitos, incluindo os ausentes, que se abstiveram do direito de voto, e os dissidentes (art. 59); a novação dos créditos afetados no plano de recuperação judicial (art. 59); a possibilidade de o juiz homologar o plano, independente da unanimidade (art. 58, §§ 1 e 2); proibição do devedor de alienar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz; e o fato de as dívidas contraídas durante o processamento da recuperação judicial, com autorização judicial, pelo administrador ou comitê, serem extraconcursais.

O processo de recuperação judicial é formal, submetendo-se a mais regras processuais do que o extrajudicial. É coordenado pelo judiciário e conduzido pelo administrador judicial, pelos credores, por intermédio da assembleia geral de credores e pelo comitê de credores e devedor. O Ministério Público também atua no processo de recuperação judicial, sendo ouvido desde o início do processo até a sentença final, emitindo parecer, após analisar os termos da petição inicial dos documentos, e manifestar-se-á nos demais atos do processo.

Vale lembrar ainda que o juiz poderá decretar a falência durante o processo de recuperação judicial, diante de algumas hipóteses previstas na lei. As principais são: a rejeição do plano de recuperação judicial; não apresentação pelo devedor do plano de recuperação dentro do prazo legal (sessenta dias após o despacho que deferiu o processamento do pedido de recuperação) ou ausência de juntada dos documentos essenciais; se após a concessão da recuperação o devedor descumprir qualquer obrigação

assumida no plano de recuperação judicial ou por outra decisão que negue o pedido de recuperação judicial.

Trata-se, portanto, de um procedimento de maiores dimensões, que envolve interesses públicos diversos e é mais institucionalizado, com garantias processuais e intervenção estatal, tudo guiado pelos valores da função social das empresas e possibilidade de reerguimento.

Esses são alguns dos aspectos gerais dos institutos recuperativos previstos na LRF, aos quais não se poupam elogios por marcar a evolução da legislação brasileira no sentido de se aproximar dos valores sociais e econômicos e também das tendências internacionais. Com estes, amparou as empresas com suporte em dois níveis, a serem escolhidos pelo devedor de acordo com a formalidade, a intensidade da crise e a sua estratégia de conduzi-la, aliados ainda com flexibilidade de combinar com os credores o plano de reestruturação mais adequado, conduzindo a recuperação da crise antes de chegar à falência. Os benefícios desses institutos são diversos, em patamares econômico e social, direto e indireto, afinal tem a potencialidade de estimular os investimentos e a participação em sociedades empresárias, o crédito e conferir mais estabilidade às relações obrigacionais e patrimoniais, já que a crise não implicará necessariamente em quebra. Permite especialmente que o núcleo produtor permaneça ativo, com a geração de riquezas, produção e circulação de bens produtivos e continuidade das relações de emprego e contratuais.

3.2 A falência

No Brasil, a falência corresponde a um processo tradicionalmente previsto para o concurso dos devedores comerciantes, ou melhor, da sociedade empresária e dos empresários individuais. Um meio extraordinário de execução coletiva, realizado mediante a arrecadação e o rateio dos ativos do devedor para o pagamento em iguais condições às diversas classes de credores, na forma de um juízo universal e indivisível. A matéria é tratada como de ordem pública, dado que a solidez desse sistema é importante para as relações de crédito, a economia e a coletividade¹⁰⁶.

A falência é considerada medida extrema, a ser tomada apenas quando for comprovadamente infrutífera a possibilidade de recuperação. É adequada para as empresas que sejam inviáveis economicamente, ou melhor, desprovidas de recursos financeiros para pagar as dívidas vencidas *mais* com insuficiência de ativos e de perspectivas de ganhos necessários para reverter tal situação (em situação de concreta crise econômica). Exige o estado de insolvência, partindo de um conceito econômico de insuficiência patrimonial para um jurídico de incapacidade de satisfação das obrigações exigíveis ou de situações de risco iminente de impontualidade, em face da prática de determinados atos ou negócios jurídicos que consistem em presunções reveladoras da situação¹⁰⁷. Assim, o pressuposto objetivo da falência é a impontualidade do devedor, fato este que dará subsídios para a sentença declaratória de falência, pois o devedor dá sinais presumíveis de insolvência.

Segundo o art. 94, LRF, o estado de insolvência caracteriza-se pela ausência de pagamento da obrigação líquida constante em título executivo protestado no valor maior do que quarenta salários mínimos; ou diante da cobrança sem resultados, com a ausência de pagamento, de depósito ou nomeação de bens à penhora que sejam suficientes para garantir dentro do prazo legal. A par dessas hipóteses, o legislador elege determinadas situações

¹⁰⁶ M. PENTEADO, in F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo*, cit. (nota 78 supra), pp. 80-1. E J. TEIXEIRA GRANDE, *Considerações sobre os antecedentes legais da falência*, in L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de recuperação de empresas* *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 362-64.

¹⁰⁷ Nesse sentido, ver M. J. BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005 – comentários artigo por artigo* cit. (nota 3 supra), p. 199. E, ainda, W. FAZZIO JÚNIOR, *Nova lei de falência e recuperação de empresas*, 3 ed. rev. e ampl. por Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 190-91.

concretas que possam configurá-lo, delimitadas em função do comportamento potencialmente fraudulento devedor, no sentido de desfalcas os ativos, em prejuízo dos credores¹⁰⁸. É reconhecido juridicamente por uma sentença, a partir da confissão do próprio devedor ou do requerimento do credor, cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou inventariante, cotista ou acionista do devedor, na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade, diante da ocorrência e comprovação desses atos que caracterizem presunção de insolvência.

O estado de insolvência requer tratamento adequado aos devedores falidos, credores e à empresa (no sentido patrimonial), tendo sido edificado como instituto de execução concursal e específica para empresários liquidarem as dívidas de modo menos oneroso aos credores e a sua empresa, em respeito aos interesses sociais existentes. Em face de tais motivos, justificam-se os critérios para a sua configuração, englobando a existência dos pressupostos material subjetivo (existência de agente econômico), objetivo (presunção não elidida de insolvência) e formal (sentença de falência, com o reconhecimento do estado de insolvência)¹⁰⁹.

Afinal, por mais que se procure atenuar as características de falência como sanção, não é possível anular os impactos negativos que representam para o devedor, considerando-se o empresário, a sociedade empresária e os sócios ilimitadamente responsáveis na forma que a lei prescrever. Entre os efeitos de sua decretação, está a inabilitação do devedor falido para o exercício da atividade empresarial até a extinção de

¹⁰⁸ Art. 94: “Será decretada a falência do devedor que: I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos da data do pedido de falência; II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal; III- pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial: a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) realiza ou, por atos inequívocos, tentar realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não; c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo; d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor; e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar o seu passivo; f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento; g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.[...]”

¹⁰⁹ Cf. W. FAZZIO JÚNIOR, *Nova lei de falência e recuperação de empresas* Cit. (nota 43 supra), pp. 190-191.

suas obrigações e a perda do direito de administrar os seus bens ou deles dispor. Sem contar outras restrições, como a fixação de termo legal e exposição do devedor à investigação em torno dos negócios jurídicos celebrados mesmo antes da decretação da falência (dois anos antes), com o risco de serem declarados ineficazes aqueles considerados prejudiciais aos credores e de terem a conduta tipificada como crime¹¹⁰.

Em consequência do afastamento do devedor, nomeia-se um administrador judicial, nova figura em substituição ao síndico, concebido como um profissional, nomeado pelo juiz preferencialmente entre advogados, economistas, administradores de empresas ou contadores. Trata-se de um dos órgãos da administração do direito concursal e será responsável pela verificação do patrimônio do devedor, pela formação do quadro geral de credores, pela arrecadação de todos os bens (formação da massa falida) e pela realização do ativo e passivo. O administrador judicial atua com ampla responsabilidade, conduzindo a administração da massa de melhor forma para que se possa otimizar o patrimônio do devedor e pagar aos credores, sob a fiscalização do juiz e do comitê dos credores. Não poderá, outrossim, transigir sobre as obrigações e os direitos, nem conceder abatimentos de dívidas sem a prévia autorização judicial e oitiva do devedor e do comitê de credores (art. 22, § terceiro, LRF).

Vale salientar que o instituto da falência ganhou novos contornos com o advento da LRF, harmonizando-se com os princípios gerais da lei e com teoria da empresa. A finalidade de ser um processo puramente liquidatório é substituída pelo enfoque de que a falência também pode ser um meio de preservar e otimizar os valores dos ativos e a utilização produtiva dos bens, apreciando-se como entrada na massa, inclusive, os intangíveis da empresa¹¹¹. Com tal desiderato, posteriormente à arrecadação e avaliação dos bens do empresário, o legislador faculta ao administrador judicial e comitê de credores a decisão sobre a venda, arrendamento ou cessão de uso dos ativos, conforme lhes dê

¹¹⁰ O art. 129, LRF expressa uma série de atos unilaterais e negócios jurídicos celebrados antes da decretação da falência que são ineficazes em relação à massa. Para a Lei, independe do conhecimento do contratante quanto ao estado de crise econômico-financeira do devedor e quanto à intenção de fraudar credores, o que importa é preservar a massa em garantia aos interesses dos credores. E, em relação aos crimes, lembra-se que os tipos são amplos e abrange atos fraudulentos que resultam em prejuízo aos credores (Vide a nota 91, sobre crimes falimentares).

¹¹¹ Art. 75, LRF: “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Parágrafo único. O processo da falência atenderá aos princípios da celeridade e da economia processual.”

maior rendimento e seja menos onerosa para administrar, além de, até mesmo, permitir a eliminação gradual do estado de insolvência¹¹².

Dessa forma, opera-se a separação conceitual entre empresário e empresa, com o afastamento dos sócios sem prejuízo da continuidade da atividade econômica, o que ameniza os impactos negativos aos consumidores, funcionários e à coletividade. Ademais, tendo em vista a ideia de aproveitar os bens e a flexibilidade de continuar a exploração da empresa – nos sentidos objetivo (patrimonial) e funcional (atividade do empresário), em conformidade com as acepções de A. ASQUINI¹¹³ – por outros empresários, o legislador excluiu a sucessão de débitos de natureza fiscal, trabalhista ou acidentária para o adquirente dos bens.¹¹⁴ Assim, combate-se a tradição de que a falência implica no fim das atividades da empresa e dos bens, germinando a prática de administrar o complexo de bens para melhor aproveitamento em favor do devedor e dos credores.

Como essa gestão ocorre durante a tramitação do processo falimentar, o legislador tem em mente a importância de que os atos processuais desencadeiem-se com agilidade e objetividade, evitando-se a desvalorização dos bens e o entrave em torno das negociações relativas à massa. Por isso, elege como diretrizes a celeridade e a economia processual, representados, entre outras ações: na rápida solução aos ativos, com possibilidade de realizá-los antecipadamente, estabelecendo-se como prioridade a venda dos ativos em bloco, incluindo dos estabelecimentos empresariais, alienação de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente¹¹⁵; na racionalidade dos atos processuais; e na predominância dos trâmites formais essenciais ao regular e eficiente desenvolvimento do processo.

¹¹² C. H. ABRÃO in P. F. C. SALLES TOLEDO – C. H. ABRÃO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências* cit.(nota 66 supra), pp. 227.

¹¹³ Ver parte II, capítulo 3, sobre os perfis da empresa teorizados por A. Asquini.

¹¹⁴ Art. 141. “Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovidas sob qualquer das modalidades que trata este artigo: [...] II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidente de trabalho.”

¹¹⁵ Art. 140, LRF: “A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados. § 1º Se convier à realização do ativo, ou em razão da oportunidade, podem ser adotadas mais de uma forma de alienação; § 2º A realização do ativo terá início independentemente da formação do quadro-geral de credores; § 3º A alienação da empresa terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção, que poderá compreender a

Nesse particular, F. U. COELHO¹¹⁶ pontua alguns mecanismos adotados na nova lei para acelerar e racionalizar o processo de falências. Elas desmembram-se na limitação da participação do Ministério Público a alguns atos do processo; no fim do inquérito judicial; na nova disciplina para o processo de verificação dos créditos, que passa a ser um procedimento administrativo conduzido pelo administrador judicial e apenas é submetido a juízo quando envolve conflito entre as decisões do administrador judicial e os credores; limitação da ação revocatória aos atos subjetivamente ineficazes, com a possibilidade de o juiz declarar de ofício; limitações para o pedido de falências representadas pelo estabelecimento de um valor mínimo de crédito e um prazo maior para contestar ou depositar; e o término do instituto de verificação de conta como medida cautelar específica.

Acompanham o instituto falência, ainda, os princípios da universalidade do juízo falimentar, da força atrativa da falência e da paridade dos credores dentro de cada grupo. A decretação da falência implicará na suspensão dos processos de execução em curso, das prescrições e na prevenção do juízo competente, sendo todos os processos encaminhados para um único juízo, com exceção daqueles que tenham quantia ilíquida e dos trabalhistas, que seguem até a decisão final nos juízos especializados respectivos (art. 6º, LRF).

Os credores também possuem uma participação mais ativa no processo de falência, deliberando em assembleia geral sobre a constituição e a escolha dos membros do comitê de credores e a sua substituição, bem como sobre a adoção de outras modalidades de realização de ativos, entre outras matérias que possam afetar os seus interesses (art. 35, II, “a”, “b” e “c”, LRF).

Embora, nos termos da legislação societária, a falência seja uma causa dissolutória da sociedade empresarial¹¹⁷, a legislação falimentar estimula o retorno do empresário individual ou da sociedade empresária (e dos sócios ilimitadamente responsáveis) à atividade econômica e cadeia produtiva, após a declaração da extinção de suas dívidas¹¹⁸.

transferência de contratos específicos; § 4º Nas transmissões de bens alienados na forma deste artigo que dependam de registro público, a este servirá como título aquisitivo suficiente o mandado judicial respectivo.”

¹¹⁶ *Falências – principais alterações* in *Revista dos Advogados* 83 (2005), pp. 51-55.

¹¹⁷ Artigos 994, § 2º, 1.044, 1.051, I; e 1.087, do CC; Lei n. 6.604/1976, art. 206, II, “c”.

¹¹⁸ Que ocorrerá mediante o pagamento de todos os créditos; o pagamento de cinquenta por cento dos créditos quirografários depois de realizado todo o ativo; ou com o decurso do prazo de dez ou cinco anos

Diante de tais ponderações, vê-se que, na atualidade, o sistema da falência foi readaptado para conceber a realidade social e tratar dos efeitos da insolvência do empresário e da empresa. É estruturado com base na atividade econômica da unidade produtiva (empresa) e em toda a norma a preocupação do legislador de manter o padrão de princípios e diretrizes, preservando-se o conjunto de interesses heterogêneos, mediante uma fórmula conciliadora que envolve a salvaguarda dos interesses dos credores, a preservação do patrimônio da empresa, a liquidação das dívidas e, ainda que em menor proporção, os interesses do devedor. Eis alguns apontamentos gerais do instituto da falência atual, considerando, entretanto, que é impossível esgotar a análise do tema em face dos limites de um trabalho acadêmico e a extensão da matéria.

3.3 A insolvência civil

A disciplina geral de concurso de credores existente no ordenamento jurídico brasileiro é a insolvência civil, que consiste no estabelecimento de um concurso universal e divisório do patrimônio do devedor. Segundo A. BUZAID¹¹⁹, pode-se definir o concurso de credores como: “*o processo requerido pelo devedor ou pelo credor, destinado a satisfazer os créditos, mediante distribuição de dinheiro, ou adjudicação de bens, desde que estes não bastem ao pagamento dos credores.*”

Dentro dessa concepção de sistema geral que foi construído para os devedores que não se caracterizavam como comerciantes e não dispunham de bens suficientes para saldar os seus credores, tais normas não preveem especificamente quais os devedores que se submetem ao seu âmbito de aplicação, e a identificação dos sujeitos passivos vem sendo de forma residual. Assim, aqueles devedores que não preencherem o campo do pressuposto subjetivo da lei concursal especial, nem estiverem sujeitos ao regime previsto em legislação própria, estão sujeitos a essa disciplina. Enfim, preponderantemente, as sociedades simples e pessoas físicas que não sejam as empresárias.

Nada obstante isso, ao regular essa norma, o legislador tomou como paradigma os devedores civis, as pessoas físicas e sociedades civis (na época), e tal orientação é nítida em seu regramento. O objetivo, então, era estabelecer regras mínimas de organização para o concurso de credores para que o patrimônio remanescente do devedor fosse executado coletivamente pelos credores dentro de uma classificação traçada por lei para as preferências de pagamento dos créditos. A matéria está regulamentada no Código Civil e no Código de Processo Civil (CPC).

O CC em vigor dispõe sobre o tema nos artigos 955 a 965, em título X intitulado *Das preferências e privilégios creditórios*. Apesar da aprovação de novo diploma civil em 2002 (Lei n. 10.406), apenas uma reprodução dos artigos com adaptação naquilo que fora alterado em outros dispositivos da lei. Ou seja, o direito material do concurso civil foi elaborado para uma sociedade do início do século XX e isso também é nitidamente compreensível no tratamento dado para a matéria.

¹¹⁹ *Do concurso de credores no processo de execução*, cit. (nota 3 supra), p. 218.

O concurso processar-se-á em conformidade com o procedimento traçado no CPC para o processo de execução coletiva contra devedor insolvente¹²⁰, do art. 748 ao 786-A.

Como a preocupação principal é o patrimônio do devedor e a satisfação dos credores, evitando-se que haja desfalques ou execuções individuais em prejuízo da coletividade de credores, a disciplina de insolvência civil contém destacados traços procedimentais, pois o interesse maior é elaborar um processo de execução eficiente. Nessa condição, orienta-se pelos princípios que norteiam as ações de execução sobre a responsabilidade patrimonial do devedor e a formalidade processual: o devedor responderá pelo cumprimento das obrigações com os bens presentes e futuros (art. 591, CPC); o objetivo da execução ser a expropriação de bens do devedor para satisfação dos direitos dos credores (art. 646, CPC); e o fundamento do processo ser lastreado em título executivo, judicial ou extrajudicial (art. 580, CPC)¹²¹.

Desse modo, a insolvência civil é uma ação executiva ajuizada pelo credor ou pelo inventariante do espólio do devedor, com base o título executivo judicial ou extrajudicial, específica para o devedor que esteja insolvente. É importante reforçar que além do inadimplemento, requer a caracterização da situação de insolvência em que se encontra o devedor.

¹²⁰ Com a proclamação da independência do Brasil, a primeira norma processual que tratou do instituto de concurso de credores foi o Regulamento 737 de 1850 sob a denominação de “*concurso de preferências*”. Embora a norma tratasse de processo comercial, o Decreto 737 de 19 de setembro de 1980 determinou que fossem aplicadas ao processo, julgamento e execução das causas civis as disposições do Regulamento 737. Nessa norma, constava o regramento do concurso instaurado em juízo para o devedor comum que não tivesse bens para o pagamento de todos os credores; para o devedor que não fosse comerciante, pois este, se não evitasse o concurso em execução comercial, presumia-se falido; e para os credores que fosse a juízo antes de entregar ao exequente o preço da arrematação, ou antes de extraída e assinada a carta de adjudicação. Posteriormente, o instituto foi disciplinado pelos Decretos nº 848, de 1890, e 3.084, de 1898, que versavam sobre a organização da justiça federal, e depois por várias legislações estaduais, na forma de incidente de execução na sentença, até o advento do Código de Processo Civil Nacional, pelo Decreto nº 1.608, de 1939. Nesse código, a matéria ainda era disciplinada como incidente da ação de execução singular – não formava massa de bens sob gestão judicial, nem produzia a extinção das dívidas do insolvente –, e só veio se transformar em processo autônomo com o Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 5.869/1973). Para maior aprofundamento sobre a evolução histórica ver: A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução* cit. (nota 3 supra), pp. 137-143; e H. TEODORO JÚNIOR em justificativa do Projeto de Lei nº 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005 na Câmara dos Deputados, p. 10. Disponível [on line] in: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>, [01/01/2010].

¹²¹ H. TEODORO JÚNIOR, *Processo de execução e cumprimento da sentença*, 24 ed. rev., amp. e atual de acordo com as leis n 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 06.12.2006, São Paulo, Leud, 2007, p. 455.

A configuração do estado de insolvência verifica-se pela deficiência patrimonial do devedor. É definida em função do critério objetivo econômico do *estado de insolvabilidade*, quando as dívidas excedem à importância dos bens do devedor, e não da *insolvência*; da inaptidão econômica, e não meramente o não cumprimento da obrigação independentemente de a situação patrimonial, do devedor ser superavitária ou não¹²². Isto significa que o pressuposto objetivo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para o instituto de insolvência civil é a insolvência real do devedor, com o desequilíbrio econômico-financeiro da situação patrimonial e que tal circunstância deverá ser comprovada durante o curso do processo de execução.

Demais disso, o art. 750, CPC, sinaliza como situações que presumem a insolvência – ou seja, que denunciam o provável estado de insolvência do devedor: (i) o devedor não possuir outros bens livres e desembaraçados para nomear a penhora; ou (ii) o arresto dos bens do devedor¹²³. Com isto não significa que o legislador anulou o pressuposto *insolvência real do devedor* quando ocorrer tais hipóteses, mas apenas que essas servem de subsídios para fins de instauração do processo e que a insolvabilidade do devedor será posteriormente comprovada com a investigação da situação patrimonial concreta do devedor.

Em virtude dessa orientação, o processo de execução por quantia certa contra devedor civil insolvente desenvolve-se em duas fases distintas. A primeira é a cognitiva, destinando-se à verificação e comprovação do estado econômico do devedor para preenchimento das condições da ação de insolvência.

Nesse momento, o devedor poderá demonstrar que não está insolvente por meio dos embargos à execução. Tendo em vista a natureza executiva do processo, as matérias de

¹²² Tal critério é definido no CPC (art. 748) e no artigo 955 do CC. Ver A. ASSIS, *Manual do processo de execução Manual do processo de execução*, 8 ed. rev. atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 998-99.

¹²³ O arresto, por sua vez, terá lugar na forma dos incisos I, II e III, do artigo 813: “I - quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II - quando o devedor, que tem domicílio: a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III - quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, equivalentes às dívidas.”. Para maior informação na doutrina processual, Cf. C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 805-08.

defesa são restringidas pela lei, de modo que caberá demonstrar que a ausência de pagamento decorreu das causas previstas para embargo à execução de título executivo judicial ou extrajudicial¹²⁴; ou que o ativo é superior ao passivo. Demais disso, o devedor poderá realizar o depósito da importância do crédito requerido, ilidindo a decretação da insolvência, uma vez que o devedor demonstrou a sua solvência. Com o depósito, a lide deixará de versar sobre a insolvência e passará a ter por objeto a legitimidade das partes (sujeito ativo e o próprio devedor como sujeito passivo da ação) ou o valor do crédito, enfim, a relação creditícia em si¹²⁵. Dependendo da ordem das alegações, nesse momento, poderá haver audiência de instrução e julgamento a fim de comprovar as matérias de ordem fática.

Superada essa etapa, o juiz decretará a insolvência ou não, consoante a defesa do devedor ou o preenchimento dos requisitos legais. Com a declaração judicial da insolvabilidade do devedor, iniciam-se os efeitos decorrentes do concurso estabelecido, com a via atrativa do juízo concursal para todas as ações patrimoniais em tramitação contra o devedor insolvente, e a convocação de todos os credores do devedor, com exceção dos créditos fiscais¹²⁶. Trata-se da segunda fase, que será conduzida pelo administrador da massa sob a direção judicial, propondo-se à arrecadação de bens do devedor presentes e

¹²⁴ Art. 741. “Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II - inexigibilidade do título; III - ilegitimidade das partes; IV - cumulação indevida de execuções; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.”

Art. 742. “Será oferecida, juntamente com os embargos, a exceção de incompetência do juízo, bem como a de suspeição ou de impedimento do juiz.”

Art. 745. “Nos embargos, poderá o executado alegar: I - nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado; II - penhora incorreta ou avaliação errônea; III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621); V - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. § 1º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exequente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo. § 2º O exequente poderá, a qualquer tempo, ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.”

¹²⁵ Ver C. NEVES, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 277.

¹²⁶ Os créditos fiscais não se sujeitam aos juízos universais em virtude do artigo 187, CTN.

futuros e à adoção de medidas instrutórias destinadas à satisfação total ou parcial dos credores, com base no princípio *par conditio creditoris*.

No tocante aos efeitos da sentença declaratória de insolvência para o devedor, a lei prevê a interrupção da prescrição das obrigações que digam respeito à massa, o afastamento da gestão administrativa e financeira dos bens, o impedimento provisório da posse daqueles que integram a massa e a perda da capacidade processual para as ações de interesse patrimonial. Porém, isso não significa dizer que há uma perda total da capacidade ou personalidade do insolvente, pois ele mantém a aptidão para exercer os direitos não patrimoniais e patrimoniais que digam respeito aos bens não penhoráveis. Essa situação perdurará até a sentença extintiva da obrigação das dívidas do falido, que se dará no prazo de cinco anos contados da data de encerramento do processo de insolvência ou até a liquidação total da massa.

Também pode haver o requerimento de insolvência pelo próprio devedor, quando apresenta o estado de insolvência e demonstra a qualidade civil de devedor, a pluralidade de credores e o desequilíbrio patrimonial (art. 760, CPC). Nesse caso, a petição é uma confissão e exposição do balanço do ativo e passivo, pelo qual retrata a situação de insolvabilidade. Com base no histórico das dívidas, o juiz analisará se é caso de insolvência ou crise momentânea, a partir desses elementos, e decidirá a respeito da declaração de insolvência ou não.

Em todo o caso, seja no concurso necessário (requerido pelo credor) ou voluntário (requerido pelo devedor), o administrador será responsável pela verificação dos créditos, classificação dentro da ordem de preferências estabelecida pela lei civil e formação do quadro geral dos credores. Aliás, a ordem de preferência respeitará os credores titulares de garantia real ou com privilégio, sendo a hierarquia fixada na seguinte ordem: os créditos reais, com privilégio especial¹²⁷ e com privilegio geral¹²⁸ e ordinários. Por fim, os credores

¹²⁷ Art. 964, CC: “Têm privilégio especial: I - sobre a coisa arrecadada e liquidada, o credor de custas e despesas judiciais feitas com a arrecadação e liquidação; II - sobre a coisa salvada, o credor por despesas de salvamento; III - sobre a coisa beneficiada, o credor por benfeitorias necessárias ou úteis; IV - sobre os prédios rústicos ou urbanos, fábricas, oficinas, ou quaisquer outras construções, o credor de materiais, dinheiro, ou serviços para a sua edificação, reconstrução, ou melhoramento; V - sobre os frutos agrícolas, o credor por sementes, instrumentos e serviços à cultura, ou à colheita; VI - sobre as alfaías e utensílios de uso doméstico, nos prédios rústicos ou urbanos, o credor de aluguéis, quanto às prestações do ano corrente e do anterior; VII - sobre os exemplares da obra existente na massa do editor, o autor dela, ou seus legítimos

poderão impugnar os demais créditos e alegar as preferências, nulidade, simulação, fraude, ou falsidade das dívidas e contratos (art. 956, CC, e 768, CPC).

Nas ações de insolvência civil também existe a preocupação em tutelar o interesse social, uma vez que a decretação da insolvência tem eficácia *erga omnes* e atinge a credores que não figuram na relação processual inicial. Por tal motivo, e também em face dos efeitos da insolvência sobre o patrimônio do devedor, admite-se que o juiz desenvolva investigação inquisitória e não fique vinculado aos princípios comuns de ônus da prova para a solução do caso, requerendo a cautela necessária na averiguação do estado de insolvência do devedor¹²⁹.

A norma processual prevê, ainda, a possibilidade de o devedor negociar com os credores e evitar a liquidação total de seus bens depois da aprovação do quadro geral de credores. Nesse sentido, o art. 783, CPC, dispõe que o credor poderá apresentar aos credores, por intermédio do juiz, proposta de pagamento das dívidas e se não houver impugnação de qualquer credor no prazo legal, será tacitamente aprovada e homologada em sentença. Haverá a suspensão da execução coletiva e dos efeitos da sentença declaratória até o cumprimento do acordo. Entretanto, se o acordo não for cumprido, voltar-se-á para a execução coletiva¹³⁰.

Eis alguns apontamentos sobre o processo de execução coletiva contra o devedor insolvente. Definitivamente, uma disciplina elaborada para os devedores que não exercem

representantes, pelo crédito fundado contra aquele no contrato da edição; VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.”

¹²⁸ Art. 965, CC: “Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I - o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar; II - o crédito por custas judiciais, ou por despesas com a arrecadação e liquidação da massa; III - o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas; IV - o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; V - o crédito pelos gastos necessários à manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; VI - o crédito pelos impostos devidos à Fazenda Pública, no ano corrente e no anterior; VII - o crédito pelos salários dos empregados do serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida; VIII - os demais créditos de privilégio geral.”

¹²⁹ H. THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução e cumprimento da sentença* cit. (nota 121 supra), pp. 464.

¹³⁰ H. THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução e cumprimento da sentença* cit. (nota 121 supra), p. 486, refere-se a essa opção como um sucedâneo da concordata suspensiva prevista no extinto regime falimentar. Nada obstante a sua opinião, vale lembrar que este instituto é bem diferente da concordata, havendo mais liberdade para os termos dos acordos, embora sob o crivo judicial. Além disto, a concessão depende exclusivamente da vontade dos credores.

atividade econômica empresarial, mais ainda, para o devedor pessoa física, ainda que em prejuízo da sociedade não empresarial que possui algum nível de organização da atividade econômica. Tal conclusão é perceptível ao longo do texto normativo, quando, por exemplo, prevê-se a extensão da insolvência para o cônjuge¹³¹ ou o requerimento da autoinsolvência pelo espólio do devedor (art. 759), e em nenhum deles há qualquer sinal de preocupação com a paralisação da atividade econômica da sociedade ou o afastamento do devedor da condução dos negócios.

Parte-se, então, dessa premissa para a compreensão de que o estado de insolvência do devedor civil não possui os mesmos efeitos que a insolvência de uma empresa. Isso porque a quantidade de credores atingidos seria menor, a extensão dos efeitos seria distinta – especialmente por se considerar a funcionalidade da instituição empresa, e na insolvência civil inexistiria a preocupação de saneamento, pois a insolvência de um devedor civil não representaria o mesmo risco para o desenvolvimento das relações comerciais que o empresário.

Nesse sentido, M. R. PENTEADO¹³² observa que a diferença entre os institutos de recuperação e falências e insolvência civil é compatível com o tratamento requerido pelas relações empresariais, caracterizada pelo dinamismo e pelos reflexos da quebra no ambiente econômico. Assim, a insolvência civil não é regulada partindo das peculiaridades administrativas e financeiras do devedor comerciante (empresário). Prova disso é que o critério caracterizador da pontualidade é diferente, pois no âmbito empresarial o crédito é uma constante para a movimentação da empresa e nem a ausência de patrimônio suficiente para pagar a dívida quer dizer quebra.

Diante da comparação do atual tratamento do processo de execução coletiva com o existente antes da reforma do CPC de 1973 (Lei n. 5. 869) – quando o concurso de credores civis era um incidente em processo de execução, com um concurso privado que incidia sobre os bens penhorados sem a previsão de sentença declaratória e efeitos universais – percebe-se uma relativa evolução e aproximação da insolvência civil rumo à

¹³¹ O art. 749 prevê que se devedor for casado e o outro cônjuge assumir a responsabilidade pelas dívidas e não possuir bens próprios que bastem para o pagamento de todos os credores, poderá ser declarada a insolvência de ambos no mesmo processo.

¹³² Em F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo*, cit. (nota 78 supra), pp. 77-8.

falência da lei anterior em termos de estrutura, alcance e efeitos. Mais, é sabido que o concurso civil e a falência têm a mesma origem e dogmaticamente houve entre eles uma unidade¹³³. Nada obstante isto, os tratamentos legislativos foram estabelecidos em bases diferentes, na medida em que os sujeitos passivos das normas o eram, as pretensões das partes também e, conseqüentemente, os objetivos das normas. Afinal, o conceito de eficiência distinguia-se em cada disciplina na busca de tutelar os interesses dos sujeitos envolvidos e atingir os escopos traçados pelo legislador. E, se tal diferença já foi sentida sob a lei anterior, com a LRF o vazio é ainda maior, bastando analisar os princípios, objetivos e direcionamento dessa última norma.

O distanciamento entre as disciplinas é percebido nos mais diversos comandos, dentre os quais se destacam as hipóteses de extinção das obrigações das dívidas, na inexistência da tipificação de crimes para a insolvência civil, na ausência de previsão de período suspeito (termo legal), bem como de ação revocatória e institutos recuperativos¹³⁴.

¹³³ Ver A. BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução*, cit. (nota 3 supra), pp. 25-37.

¹³⁴ H. TEODORO JÚNIOR in justificativa do Projeto de Lei n. 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005 na Câmara dos Deputados cit. (nota 120 supra), p. 17-9, aponta sistematicamente: “Várias diferenças processuais ocorrem entre o processo de execução concursal do devedor empresário e do devedor civil. FÁBIO ULHOA COELHO destaca duas que qualifica como principais: a) No tocante à recuperação da empresa, imaginada pela Lei de Falências, como remédio capaz de evitar a liquidação total do empreendimento, permitindo o afastamento da falência, e ensejar a reorganização da atividade para cumprir, pelo menos em parte, suas obrigações, o devedor no juízo falencial pode organizar um plano de soerguimento de sua empresa que, inclusive com remissão parcial das dívidas, ou prorrogação dos vencimentos, pode ser aprovado pela maioria dos credores e homologado judicialmente, e obrigará a todos (Lei n. 11.101, arts. 49 e 58). O devedor não-empresário, por seu Lado, quando submetido à insolvência civil, somente pode evitar a excussão total de seu patrimônio e obter aprovação para um plano de pagamento semelhante ao da recuperação de empresa, se contar com a aprovação de todos os seus credores (CPC, art. 783); b) a segunda grande diferença localiza-se na extinção das obrigações. Para o devedor submetido à falência, dita extinção ocorrerá desde que se verifique rateio de mais de 50% do devido aos quirografários (Lei de Falências, art. 158, II). Para o insolvente civil, a extinção pressupõe pagamento integral de suas obrigações (CPC, art. 774). Apenas depois de cinco anos do encerramento do processo, é que as obrigações do devedor civil não pagas por inteiro se extinguirão por decadência (art. 778). Outras diferenças pontuais existem entre os dois sistemas de concurso universal, como o da disciplina penal aplicada ao falido (LF, arts. 168 a 1880, que não existe na regulamentação legal da insolvência regulada pelo CPC. O mesmo se passa com o termo legal, que o juiz fixa na sentença de decretação da falência, com eficácia retroativa, para efeito de revogação de atos nocivos aos direitos dos credores (LF, art. 99, II), medida que inexiste na insolvência civil. O requerimento da autofalência é um dever do empresário (LF, art. 105), enquanto o não empresário tem apenas a faculdade de provocar a auto-insolvência (CPC, art. 759). A falência, outrossim, pode ser impedida pelo pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, formulado preventivamente (LC, art. 52, III) ou na contestação ao pedido de falência (LC, art. 96, VII). No procedimento da insolvência civil a medida equivalente (que não passa de um acordo sobre a forma de pagamento das dívidas habilitadas no concurso) somente será cogitada, afinal, depois da aprovação do quadro geral dos credores (CPC, art. 783). Merece destaque, ainda, o papel de maior influência dos credores sobre o processo concursal falimentar, desempenhado pela Assembléia-Geral de Credores, e pelo Comitê de Credores (arts. 27 e 35), figuras inexistentes no concurso civil. Seja no concurso do devedor empresário (falência), seja no do devedor não-empresário (insolvência civil), o

Demais disso, vale salientar que a insolvência não é uma causa de dissolução da sociedade simples, expressamente prevista em lei – embora as partes possam pactuar em sentido contrário no contrato social.

Enfim, a insolvência civil é matéria eminentemente processual e tem como fim imediato a proteção aos credores e garantia de pagamento paritário das dívidas com base no patrimônio do devedor. Trata-se de um mecanismo processual elaborado para a liquidação das dívidas, pautando-se nas normas e nos princípios do direito civil e processo civil. É, portanto, frontalmente oposto à preservação da atividade econômica do devedor.

procedimento a observar é de natureza executiva e se destina, em última análise, à arrecadação de todo o ativo do insolvente para liquidá-lo, com distribuição do produto apurado entre os credores concorrentes. Há, porém, algumas diferenças básicas que distinguem a falência da insolvência civil, como v.g., a possibilidade de ser a falência impedida, previamente, pelo ajuizamento do pedido de recuperação da empresa, figura instituída pela nova Lei de Falências e que não existe, com a mesma função e igual dimensão, na insolvência regulada pelo Código de Processo Civil.”

3.4 A disciplina concursal das sociedades não empresariais com enfoque para a disciplina jurídica aplicável à crise da sociedade cooperativa

Nos capítulos anteriores, analisou-se os principais aspectos do direito concursal na Espanha, Portugal, Argentina, Itália e, especialmente, Brasil. Apesar de ter sido reformulado em 2005, este último não adotou o princípio da unidade, tendo sido mantidas as duas disciplinas e legislações, distribuídas de acordo com o pressuposto subjetivo da lei de recuperação judicial e falências, estruturada para o concurso dos empresários. Dessarte, diante de interpretação literal da lei, todas as sociedades não empresariais (simples) estão excluídas da disciplina de recuperação judicial e falências e sujeitas à insolvência civil.

No que diz respeito às sociedades cooperativas, a previsão de exclusão da falência opera-se desde a Lei n. 5.764/71¹³⁵ (LCB). Essa lei conceitua as cooperativas como “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituída para prestar serviços aos associados” (art. 3º) e as distingue das demais sociedades em função dos princípios e valores cooperativos. Dessa forma, o legislador reconheceu a natureza especial das cooperativas, com características próprias, registradas na junta comercial e excluídas da falência. Ademais, o novo código civil (com alteração de 2002) reformou parcialmente este artigo, uma vez que atribuiu o regime jurídico de sociedade simples às cooperativas.

Diante de tal panorama legislativo, as sociedades cooperativas estão excluídas do âmbito passivo de aplicação da LRF¹³⁶, em virtude da própria LCB e do regime jurídico de sociedade simples. Ademais, a disciplina jurídica das cooperativas contém mais uma particularidade que reside na regulamentação da LCB sobre o procedimento de dissolução e liquidação da sociedade cooperativa.

¹³⁵ Para mais detalhes, ver G. KRUEGER, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71*, in R. L. BECHO (Coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 96-119. Também W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*, 2. ed. rev. e atual, São Paulo, Renovar, 2000, p. 68 e ss.

¹³⁶ Neste sentido, ver P. F. C. SALLES DE TOLEDO, in P. F. C. SALLES DE TOLEDO – C. H. ABRÃO (Coords.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências* cit. (nota 66 supra), p. 4; M. J. BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005 – comentários artigo por artigo* (nota 3 supra), p. 55; F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), p. 110, e N. DE LUCCA, in N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO, *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005* cit. (nota 27 supra), pp. 72-96.

W. FRANKE¹³⁷ entende que a subtração das cooperativas ao regime falimentar foi uma forma de proteção do sistema cooperativista, pois aquele modelo de falência previsto na legislação anterior repercutia em grande dano material e moral sobre a população cooperativada. E, mais ainda, que o regime de liquidação voluntária tinha a vantagem de dar a oportunidade ao poder público de viabilizar as cooperativas que ainda oferecessem condições de recuperação. Pelo que se depreende de tais lições, os artifícios legais do legislador da LCB foram edificados sob fundamento de proteger as cooperativas no mercado.

Baseado nesse mesmo fundamento protetor do sistema cooperativista, encontram-se posicionamentos doutrinários¹³⁸ e jurisprudenciais¹³⁹ no sentido de que as sociedades cooperativas possuem procedimento liquidatório próprio, previsto em lei especial, o que faz com que este se sobreponha aos demais institutos concursais, inclusive a insolvência civil. Ou seja, segundo essa corrente, o concurso de credores das cooperativas se opera mediante a liquidação disciplinada no capítulo XI da LCB.

A respeito do procedimento de dissolução e liquidação, a lei descreve as hipóteses que subsidiam a dissolução de pleno direito da sociedade cooperativa¹⁴⁰, que poderá ser

¹³⁷ *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo*, São Paulo, 1973, pp. 148-9.

¹³⁸ Esse é a opinião de MAURO R. PENTEADO in F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), p. 110, para quem as cooperativas estão sujeitas à intervenção e à liquidação extrajudiciais, conforme definido na Política Nacional de Cooperativismo e regime jurídico de cooperativas da LCB.

¹³⁹ Ver: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. EXTINTO O FEITO POR INÉPCIA DA INICIAL. DECISÃO MANTIDA. É inepta a inicial que pretende, na realidade, a declaração de “insolvência civil”, vedada à Cooperativa. Não é possível estabelecer adequação de forma de pagamento em face da realidade da autora perante apenas um dos credores, que é o réu. Ausência de pressuposto processual. Correção do dispositivo sentencial. APELO DESPROVIDO.” (Apelação Cível 70018296301/2007, TJ/RS, Relatora Helena Ruppenthal Cunha). E: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - SOCIEDADE COOPERATIVA - DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - PREVISÃO DE DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO ESPECÍFICA - LEI Nº 5.764/71 - CARÊNCIA DE AÇÃO. Muito embora as sociedades cooperativas estejam definidas pela novel legislação CIVIL como sociedades simples, isto é, não empresárias, não se pode olvidar que elas também se subordinam à Lei nº 5.764/71, diploma específico que lhes regula o procedimento de dissolução (decisão de extinguir a sociedade) e liquidação (apuração dos créditos e pagamento dos débitos da sociedade dissolvida), daí por que não estão sujeitas à INSOLVÊNCIA CIVIL.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0081.07.006218-7/001, Pub. 07/03/2008 – TJ/MG. Rel. Des. Oswaldo Portes).

¹⁴⁰ Artigo 63: “As sociedades cooperativas se dissolvem de pleno direito: I – quando assim deliberar a Assembléia Geral, desde que os associados, totalizando o número mínimo exigido por esta lei, não se disponham a assegurar a sua continuidade; II – pelo decurso do prazo de duração; III – pela consecução dos objetivos predeterminados; IV – devido à alteração de sua forma jurídica; V – pela redução do número mínimo de associados ou do capital social mínimo se, até a Assembléia Geral subsequente, realizada em

voluntária ou judicial, esta última quando a dissolução resultar da iniciativa de qualquer sócio ou do órgão executivo federal. A liquidação seguirá à dissolução e será viabilizada judicialmente ou pelos próprios administradores sob a condução do liquidante, depois da audiência do respectivo órgão executivo federal, em conformidade com as normas traçadas na LCB. Assim, se a sociedade estiver impossibilitada de continuar (inciso I, artigo 63), ou tiver as suas atividades paralisadas por mais de cento e vinte dias (inciso VII, art. 63) – hipóteses que sugerem o estado de crise –, operar-se-á a dissolução de pleno direito e correspondente liquidação, com a arrecadação e alienação do ativo, e pagamento das dívidas.

Adiante, no art. 75, a LCB prevê a liquidação extrajudicial para as cooperativas que estejam insolventes, liquidação esta que deveria seguir procedimento traçado em legislação específica, muito embora até o momento inexista regulamentação correspondente. A LCB apenas estabelece algumas normas, mencionando que é um procedimento declarado pela iniciativa do órgão executivo federal, que designará um liquidante responsável ao constatar que a cooperativa está sem condições operacionais ou em quadro de insolvência. Ademais, expressa-se que a liquidação deveria ocorrer, preferencialmente, depois da intervenção na sociedade, dando ao interventor as prerrogativas e atribuições dos órgãos de administração, além dos poderes regulares para o desempenho de sua função¹⁴¹.

A LCB determina ainda que a liquidação implica na suspensão das ações judiciais contra a cooperativa em liquidação no prazo de um ano, a partir da assembléia que deliberou a liquidação ou da decisão do órgão executivo federal, prazo este que poderá ser prorrogado pelo mesmo período mediante decisão desse órgão. Ao final, o art. 77, inciso II, estabelece que para a venda de bens da cooperativa em liquidação serão aplicados os

prazo não inferior a 6 (seis) meses, eles não forem restabelecidos; VI – pelo cancelamento da autorização para funcionar; VII – pela paralisação de suas atividades por mais de 120 (cento e vinte) dias.”

¹⁴¹ Em termos de direito comparado, poder-se-ia fazer um paralelo com o instituto de liquidação *coatta amministrativa* italiano. Esse procedimento é regulado na lei concursal e em leis especiais, pelo qual o Estado intervém na economia para conduzir a liquidação de empresas que possuem relevante interesse público no setor da atividade e garantir a responsabilidade patrimonial quanto ao pagamento dos credores. Pode ser realizado por várias causas, dentre elas a crise da empresa. No contexto de cooperativas, esse instituto é reservado às cooperativas com entorno mais social (não empresariais) ou que são revestidas na forma de micro e pequenas empresas cooperativas. Para leitura aprofundada sobre a liquidação *coatta amministrativa*, ver E. RICCI, *Lezione sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 9-11.

artigos 117 e 118 do antigo decreto-lei falimentar, que tratavam da venda de bens da massa por leilão público ou por meio de propostas.

No entanto, o instituto de liquidação extrajudicial passou por uma grande reformulação com a Constituição Federal de 1988. Isto por que, foi coibida toda e qualquer forma de ingerência estatal nas cooperativas, entendendo-se que o Estado não poderá tolher o cooperativismo¹⁴². Em consequência, a LCB foi derogada nas partes dos dispositivos que previam a participação do órgão executivo federal e surgiram duas interpretações para o instituto da liquidação.

A uma, as cooperativas continuaram se submetendo à liquidação extrajudicial, sendo o processo conduzido por seus administradores, sócios e liquidante nomeado e, quando necessário, recorrem a medidas judiciais. Nesse caso, em face da ausência de legislação regulamentando a liquidação extrajudicial, as regras são elaboradas a cada liquidação com base nas diretrizes básicas fornecidas pela LCB e o resultado disto é que os processos tendem a se perder no tempo, com tendência ao não pagamento das dívidas e à fraude aos credores.

A dois, tem-se recorrido à liquidação judicial. Esse recurso vem sendo bem recepcionado por parte do judiciário a partir do entendimento que o regime de liquidação extrajudicial teria deixado de existir e o processo de liquidação judicial é a possibilidade mais cabível¹⁴³.

¹⁴² “Art. 5º, XVIII, CF – A criação de associações e, na forma da lei, a da cooperativa independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

¹⁴³ “COOPERATIVA – Liquidação extrajudicial - Intervenção de órgão público e sustação de ação judicial - Inadmissibilidade - inaplicabilidade do art. 65 da Lei 5.764/71 – Inteligência do art. 5o, XVIII, da CF - Art. 76, parágrafo único daquele diploma legal que não foi recepcionado pela atual Carta Magna. Ementa da redação: - Por força do texto constitucional não existe mais nenhum órgão público com poderes para autorizar o funcionamento, fiscalizar, controlar, intervir ou decretar a liquidação extrajudicial de cooperativas. Inviável, também, o cumprimento do parágrafo único do art. 76 da Lei 5.764/71, o geral previa a prorrogação do prazo de sustação das ações judiciais por mais 1 ano, não tendo sido recepcionado pela atual Carta Magna.” (RT 726/306). Ou, ainda: “Então, a pretensão da agravante está em dissonância com as conclusões do r. desp. agravado, pois liquidação judicial já existe com subsistência procedimental perante a autoridade competente e de acordo com os requisitos legais, e não se entevendo, na espécie, lesividade à agravante. Aliás, tal pretensão esbarraria em irremovível obstáculo, pois a Carta Magna vigente obsta a liquidação extrajudicial, impedindo a intervenção estatal no funcionamento e exploração da atividade econômica (CF. art. 5º, inc. XVIII), vedação esta que, ante a clareza das expressões constantes do texto constitucional, não faz exsurgir qualquer outra interpretação divergente. Ademais, a vedação supra comentada não se aplica apenas às cooperativas, como também às demais associações, razão por que se dá

Clássico e elucidativo é o caso da Cooperativa Agrícola de Cotia. Em 30 de setembro de 1994, os associados reunidos em assembléia geral decretaram a dissolução e liquidação extrajudicial da cooperativa, porém esse estado de liquidação viria a se postergar por cinco anos, sem que fossem apresentados o levantamento do inventário ou balanço geral do ativo e passivo, a prestação de contas dos atos dos liquidantes, a classificação dos créditos, nem que fosse realizada a venda dos bens do ativo. Mais, os credores tinham a informação inoficiosa sobre a locação de imóveis que integravam o passivo da cooperativa por prazos elásticos e valores ínfimos e da utilização do patrimônio social para as atividades produtivas dos liquidantes e funcionários. Os credores, então, ajuizaram a ação de liquidação judicial (Processo nº 1.680/99), com a pretensão de convolar a liquidação extrajudicial em judicial, distribuída para a 4ª Vara Cível de Mogi das Cruzes, Estado de São Paulo.

Assim sendo, foi deferido o pedido de liquidação judicial e nomeado liquidante para a cooperativa, que seria responsável pela realização de uma auditoria e de processo de liquidação, além da sustação das praças e dos leilões realizados em outros juízos. Tão logo começou a atuar, o liquidante constatou que inexistia a prática de qualquer ato relativo ao processo liquidatório nos arquivos da cooperativa e sugeriu que fosse convertida a liquidação extrajudicial em judicial, a instauração do concurso universal dos credores, a fixação do termo legal da insolvência e a arrecadação de todos os bens da cooperativa liquidanda, *já que havia a possibilidade de aplicação da lei de falências ao caso em apreço*.

Na sequência, o judiciário entendeu que a aplicação da lei falimentar à liquidação da cooperativa, conquanto a lei de falências, é especial na regulação da matéria no aspecto procedimental. Mais, reconhecia o cuidado que merecia o caso, uma vez que o processo veiculava aspecto social, intimamente ligado ao aspecto econômico e à liquidação, a exemplo da falência, era concebida como um fato econômico¹⁴⁴. Partindo do pressuposto teórico que o processo de liquidação extrajudicial deixou de existir com a Constituição Federal de 1988, mas que se matinha a necessidade da liquidação, a juíza entendeu que era

como correta a convicção judicante inserida na r. decisão agravada quanto a tal aspecto da inconformação.” (Agravado de instrumento nº 131.831.4/7, Relator Des. Munhoz Soares, TJ/SP).

¹⁴⁴ Dados obtidos de decisão proferida no processo n. 1.680/99, em 26 de setembro de 2000.

adequado o meio judicial para serem viabilizadas as medidas necessárias à arrecadação dos bens integrantes do patrimônio, da avaliação, alienação e do pagamento das dívidas da cooperativa, revestida pelo interesse público inerente a essa sociedade¹⁴⁵. E o processo de liquidação judicial segue em tramitação, a despeito de inúmeros conflitos de competência e recursos processuais. Durante o curso, as lacunas do procedimento vão sendo supridas pela aplicação analógica da lei de falências ou de insolvência civil.

Como reflexo da tradicional falta de conhecimento sobre o regime jurídico das cooperativas no Brasil¹⁴⁶, as decisões judiciais são distintas, prejudicando a segurança jurídica daqueles que necessitem de tutela judicial. Nesse sentido, persegue a divergência entre o regime jurídico aplicável às sociedades cooperativas e o regime supletivo aplicável à liquidação, se é o da LRF ou o de insolvência civil¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Veja a decisão do recurso de apelação cível n. 325.158.4/5-00, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Sérgio Gomes: “APELAÇÃO – COOPERATIVA – Transformação da liquidação extrajudicial em judicial – admissibilidade, tendo em conta que os liquidantes pretendiam perpetuá-la, com prazo indeterminado, com afronta ao art 76 da Lei 5764/71 - Além disso, foram comprovados atos ruinosos contrários aos interesses dos credores – No que se refere às normas a que se submete esta liquidação judicial, devem ser aplicadas as específicas (art. 63 a 78 da Lei 5764/71), bem como os arts. 655 a 674 do CPC de 1939, ainda em vigor – Nada obsta, entretanto, ao Julgador que, em determinadas situações, não havendo regra especial, aplique subsidiariamente alguns dispositivos da lei de quebras, inclusive, como entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos conflitos de competência argüidos pelos ex-funcionários desta cooperativa – Outrossim, não contraria o art. 657 do estatuto processual, a nomeação de liquidante de confiança do juízo – Julgam prejudicado um dos agravos retidos, não conhecem dos outros e dão provimento parcial aos apelos (voto 3472).”

¹⁴⁶ W. BULGARELLI, *Questões de direito societário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 149, já se referia às perplexidades iniciais dos doutrinadores, economistas e juristas quanto ao sistema cooperativista. Em trabalho recente sobre as sociedades cooperativas, A. J. L. U. COSTA – M. NODA – T. F. G. FIALHO, *Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado* in E. V. A. N. FRANÇA, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 551-94, analisam as principais jurisprudências existentes sobre as cooperativas e é evidente a falta de conhecimento de parte do judiciário a respeito do tema, corroborando-se a assertiva de W. Bulgarelli.

¹⁴⁷ Veja um exemplo de aplicação analógica da lei de falências: “LIQUIDAÇÃO JUDICIAL - CONCURSO UNIVERSAL DE CREDITORES - SUBMISSÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS - NECESSIDADE. A execução de crédito trabalhista deve ser feita no juízo em que se processa a liquidação de cooperativa, sendo necessária a sua habilitação ao juízo universal. Exegese do art. 23, caput, da Lei de Falência. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Mogi das Cruzes-SP, o Suscitante. (CC 28.996/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2000, DJ 12/06/2000 p. 64). Ou que não admite a aplicação da lei de falências: “TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COOPERATIVA. LIQUIDAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI DE FALÊNCIAS. JUROS MORATÓRIOS. DISPONIBILIZAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO NA ARREMATACÃO AO JUÍZO UNIVERSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. 1. É princípio assente que a lei especial convive com a outra da mesma natureza, porquanto a especificidade de seus dispositivos não ensejam incompatibilidade. 2. As obrigações tributárias principais acessórias não podem ser sujeitas à criação ou extinção via processo analógico (artigo 112 do CTN). 3. As sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não-empresária, devendo

A técnica de direito escolhida leva a crer que a intenção do legislador era criar um sistema próprio e eficiente de dissolução e liquidação. Dentro do contexto social de cooperativa com função caritativa, a política de cooperativismo era calcada na participação e intervenção dos órgãos governamentais (Conselho Nacional de Cooperativismo e seus órgãos), com atividades regulamentar, fiscalizatória e interventiva nas cooperativas. Assim, o governo participaria diretamente das dissoluções e liquidações judiciais e extrajudiciais, e assim haveria a retirada do mercado daquelas cooperativas que deveriam ser liquidadas, ou a reorganização financeira das que se encontrassem em situação de crise financeira. Mas, com as mudanças ocorridas em decorrência do mercado e das legislações, sobretudo pela Constituição Federal de 1988, e a ausência de regulamentação específica da liquidação extrajudicial, o objetivo de formar um eficiente sistema de liquidação extrajudicial para a insolvência eficiente teria ficado prejudicado. Assim, concorda-se com a opinião daqueles sobre o instituto que teria sido extinto por inaplicabilidade prática uma vez que não há mais o órgão executivo federal para instaurar e conduzi-lo.

Nada obstante isso, o processo de insolvência civil continua sendo aplicável às sociedades cooperativas, conforme previsão do art. 786 do CPC¹⁴⁸, apesar de ser disciplinado em lei geral e do enfoque que se tem dado ao sistema liquidatório. A rigor, entende-se, não havia empecilhos para a coexistência dos dois institutos no direito

prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei 5.764/71, que não prevê a exclusão da multa moratória pleiteada pela recorrente, nem a limitação dos juros moratórios, posteriores à data da liquidação judicial, à hipótese de existência de saldo positivo no ativo da sociedade. 4. A Lei de Falências vigente à época - Decreto-lei nº 7.661/45 - em seu art. 1º, considerava como sujeito passivo da falência o comerciante, assim como a atual Lei 11.101/05, que a revogou, atribui essa condição ao empresário e à sociedade empresária. No mesmo sentido, a norma insculpida no art. 982, § único c/c art.1093, do Código Civil de 2002, corroborando a natureza civil das referidas sociedades, razão pela qual não lhes são aplicáveis os preceitos legais da Lei de Quebras às cooperativas. 5. Deveras, o crédito da Fazenda Estadual não se sujeita a eventual concurso de credores ou habilitação em falência, concordata ou liquidação, posto consubstanciar crédito privilegiado, nos termos do art. 29 da Lei 6.830/80. (Precedentes: REsp 622406 / BA, 2ª Turma, DJ de 14/11/2005; REsp 738455 / BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 22/08/2005; REsp 757576 / PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25/05/2006). 6. A simples oposição de embargos de declaração, sem o efetivo debate, no tribunal de origem, acerca da matéria versada pelos dispositivos apontados pelo recorrente como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância especial. 7. Aplicação, in casu, dos enunciados sumulares n.º 282/STF e n.º 211/STJ, que assim dispõem: "Súmula 282/STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada" e "Súmula 211/STJ - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciada pelo tribunal a quo." 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 770.861/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 08/10/2007 p. 214)."

¹⁴⁸ O artigo prevê a aplicação da insolvência civil às sociedades civis, qualquer que seja a sua forma. A interpretação foi atualizada para sociedades não empresariais. Nesse sentido, ver H. THEODORO JÚNIOR, *Processo de execução e cumprimento da sentença* cit. (nota 121 supra), p. 486.

brasileiro, que possuem pressupostos e finalidades diferentes. Enquanto que a insolvência civil cobre as situações de insolvabilidade da cooperativa e pode ser requerida pelo próprio devedor ou credor, estabelecendo-se um processo judicial de execução coletiva; a dissolução e liquidação seriam institutos com fins dissolutório e liquidatório, iniciados a partir da iniciativa do devedor mediante a ocorrência de qualquer dos fundamentos legais dissolutórios, cuja previsão não se restringe às hipóteses de insolvência. Além do mais, a LCB não prevê qualquer exclusão ao processo de insolvência civil, o que poderia ter sido previsto quando aquela norma foi elaborada.

Dessa forma, diante da crise das cooperativas, seria mais razoável trabalhar com duas opções: ou recorrer à dissolução e liquidação, se preencher uma das hipóteses dissolutórias previstas na LCB, o que não inclui a liquidação extrajudicial; ou instaurar a insolvência civil, enquanto não se elabora uma nova lei sobre a matéria.

Este é o quadro jurídico que tutela as crises das cooperativas do Brasil, potencialmente prejudicial a sua credibilidade em face de seus credores, investidores e competidores. Isto toma especial relevância quando se confrontam as atividades econômicas que as cooperativas vêm exercendo e o seu papel no mercado, levando à reflexão sobre a razão de as cooperativas receberem um regime jurídico concursal diferenciado das demais empresas no direito brasileiro e que pode não corresponder a sua realidade econômica.

Tomando em conta essa questão, H. M. D. VERÇOSA¹⁴⁹ opina que, no sentido técnico jurídico, as cooperativas poderiam ser consideradas sociedades empresárias e que caberiam na definição de devedor da LRF. Tal interpretação fundamenta-se na natureza *sui generis* desse tipo societário, com objeto econômico próprio que serve para viabilizar as atividades de seus associados. Seria, em sua opinião, uma empresa no sentido econômico, revestida por um tipo societário especial e com regime jurídico próprio, a ponto de a lei e a jurisprudência lhe estenderem institutos próprios da sociedade empresária.

¹⁴⁹ In L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005* Cit. (nota 67 supra), pp. 108-10.

O tema é polêmico e está longe de ser bem resolvido. Aliás, durante a tramitação do projeto de lei da LRF (PL n. 4.376/1993) e as inúmeras alterações do pressuposto subjetivo, a cooperativa preenchia o pressuposto subjetivo das primeiras versões, pois, como será mais aprofundado a seguir, são pessoas jurídicas que exercem em nome próprio e de forma organizada atividade econômica, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado. Até 1999, com as emendas e substituições do sujeito passivo da lei, em relatório ao projeto e elaboração de substitutivo, reitera-se a sujeição das sociedades cooperativas, consolidado na 2ª Subemenda global às emendas ao plenário e ao substitutivo adotado pela Comissão especial do Projeto de Lei¹⁵⁰, prevendo “a recuperação e liquidação das sociedades comerciais e civis de fins econômicos, das sociedades cooperativas e das pessoas físicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada e com objetivo de lucro”. Porém, logo depois disso, a emenda 137 proposta pelo deputado Medeiros modificou substancialmente o tratamento, com a previsão de aplicação às sociedades empresárias e aos empresários, com a exclusão expressa da sociedade cooperativa. Essa proposição foi incorporada ao PL n. 4.376/1993 sem qualquer justificativa expressa em relação à sociedade cooperativa.

E o Senado Federal aprovou o mesmo texto proveniente da Câmara dos Deputados, com a diferença que retirou a exclusão expressa às cooperativas, o que não interferiu no pressuposto subjetivo da norma, tendo em vista a qualificação jurídica da natureza da sociedade cooperativa.

Em sentido contrário, O. A. BIOLCHI¹⁵¹ entende ser possível o enquadramento das sociedades cooperativas na LRF sensível à dificuldade do setor das cooperativas, especialmente as agropecuárias que passava por problemas climáticos e enfrentava fortes crises econômicas e financeiras, com base nas seguintes alegações:

Uma das alternativas que os produtores rurais possuem para fazer frente a tamanho poder econômico, e que têm utilizado amplamente, é a organização em sociedades cooperativas. Segundo dados da Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, de dezembro de 2003, as

¹⁵⁰ Diário Oficial da Câmara dos Deputados, Suplemento, 3 de Dezembro de 1999, pp. 00510.

¹⁵¹ *A nova lei de recuperação de empresas e falências* cit. (nota 83 supra), p.13.

cooperativas agrícolas eram 1.519 unidades, que agregavam 940.482 cooperados e eram responsáveis por 110.910 empregos. Havia, na mesma época, 5.256.960 pessoas indiretamente vinculadas ao setor. O objetivo da recuperação judicial, instrumento introduzido pela nova Lei de Recuperação de Empresas, é, conforme o artigo 47, “viabilizar a superação da situação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”. Nos 14 anos de discussão, muitas foram as versões dadas ao texto da nova lei.

Na versão aprovada pela Câmara dos Deputados em outubro de 2003, havia exclusão expressa das sociedades cooperativas. Porém, o senado retirou a vedação do texto, mantendo-a apenas em relação às cooperativas de crédito, pois estas têm fiscalização direta do Banco Central e, ao se inserirem no mercado financeiro, submetem-se a um regime jurídico especialíssimo no que diz respeito ao cumprimento de suas obrigações. Assim, entende-se que a aplicação da recuperação judicial às sociedades cooperativas é uma alternativa juridicamente possível, economicamente viável, historicamente adequada e, sobretudo, socialmente necessária.

Já M. J. BEZERRA FILHO¹⁵² defende ser incoerente permitir a aplicação da LRF à sociedade simples, pois o CC não estabelece dentre o rol das causas de dissolução das sociedades simples a falência (art. 1033), como o prevê para as sociedades empresárias (art. 1.044). Tendo em vista a interpretação sistêmica entre os dispositivos do CC e da LRF, essas normas não seriam harmônicas.

Tendo em vista essa perspectiva do direito aplicável às crises das cooperativas, percebe-se ainda que o assunto é controvertido, mas pouco priorizado no Congresso Nacional e na comunidade acadêmica jurídica, com escassas obras ou debates, a despeito da função nuclear que as cooperativas têm no modelo de desenvolvimento econômico sustentável e no cenário de crise financeira global.

Considerando essa perspectiva, questiona-se:

a) Diante da duplicidade de legislação e da unicidade de interesses e objetivos do sistema concursal, independentemente da natureza da sociedade, seja ela empresária ou cooperativa, a primeira questão que se coloca é: até que ponto a opção do legislador

¹⁵² *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005 – comentários artigo por artigo* (nota 3 supra), pp. 51-2.

brasileiro em manter a duplicidade de disciplinas jurídicas concursais, deixando de adotar a orientação predominante nos regimes jurídicos mais avançados, é coerente com os hodiernos objetivos do direito concursal?

b) A não aplicação da Lei de Recuperação e Falências às sociedades cooperativas será efetivamente prejudicial às cooperativas, uma vez que estas se organizam, na prática, na forma de empresa, concorrem diretamente com as empresas capitalistas, participam de grupos econômicos empresariais e possuem credores diversos, além de terem importante função social com a aplicação de princípios cooperativistas?

c) Porque não reconhecer a função social e a dimensão econômica das sociedades cooperativas na atual estrutura social e econômica do Brasil, como ocorre, por exemplo, na Itália e Espanha, reconhecendo a sua organização empresarial e dando a estas a proteção e o amparo amplo que lhe possibilitem benefícios na reorganização e aplicação de outros institutos concursais mais modernos face às crises que muitas vezes comprometem sua viabilidade social e econômica?

II A SOCIEDADE COOPERATIVA: NATUREZA JURÍDICA, PECULIARIDADES E A PROMOÇÃO DAS COOPERATIVAS

Os registros históricos da sociedade cooperativa remontam à Inglaterra, em 1844, como movimento da classe dos proletariados industriais *Pioneiros de Rochdale*, que se associaram para a venda de produtos alimentares como alternativa socioeconômica dos pequenos para obter expressão e sobreviver no mercado. Os objetivos anticapitalistas desse grupo marcaram as cooperativas como fenômeno econômico-social pelo qual os associados organizavam-se como próprios gestores e prestadores para obter ou fornecer bens e serviços em condições mais vantajosas para eles mesmos, do que se houvesse terceiro intermediário.

O cooperativismo surgiu na Europa Ocidental em virtude do extinto gregário em reação aos movimentos políticos, econômicos e sociais, especialmente à revolução industrial e francesa e foi difundindo-se aos poucos, conforme o avanço regional da unidade de produção capitalista, adequando-se ao contexto histórico e econômico do país. Assim, destacaram-se inicialmente as cooperativas de consumo na Inglaterra, de crédito e comerciantes agrícolas na Alemanha, na França as cooperativas sociais de trabalho e na Itália as cooperativas agrícolas, de artesões, profissionais e de pequenas e médias empresas.

A partir disso, o modelo cooperativista foi firmando-se, com contribuição da literatura como Charles Gide e seus seguidores, Fauquet (entre 1895 e 1914) e depois dos partidos políticos, organizações sindicais, culminando com a intervenção estatal. A participação estatal superou os limites do apoio ao movimento para o dirigismo, retardando o processo de reconhecimento de autonomia do cooperativismo. Finalmente, o princípio de liberdade de associação foi aplicado com mais força para permitir a criação e administração das cooperativas, de forma que a intervenção estatal se limitou aos fins regulatórios e as cooperativas foram reconhecidas como modelo societário próprio.

Na América Latina, as sociedades cooperativas se fortaleceram entre as décadas de 1950 e 1960, priorizadas pelas autoridades nacionais e agências internacionais de desenvolvimento, como políticas públicas com o fim de superar os problemas estruturais, de ocupação, trabalho, distribuição de renda, entre outros relacionados ao desenvolvimento econômico e social, especialmente nos setores primários (agropecuários e no âmbito de apoio ou crédito).¹⁵³ Nesse caso, o surgimento e a evolução do movimento cooperativista foram provocados pelo Estado, editando leis que criavam ambiente institucional com base em modelos de outros países, adaptados às necessidades econômicas e sociais da região, sem, contudo, ter uma experiência prévia dessa forma de sociedade. A intervenção estatal nas cooperativas marcou a evolução cooperativa nos países que tiveram essa origem, sendo o caso do Brasil e Paraguai.

Entretanto, na Argentina, no Uruguai e Chile, os imigrantes europeus organizaram-se na forma de cooperativas antes de previsão legislativa, e o movimento cooperativo se solidificou autonomamente. A Argentina, por exemplo, é considerado um dos países pioneiros em termos de experiência de sociedades cooperativas na América Latina, com a formação de cooperativas rurais por imigrantes desde o século XVIII. E também pela cooperativa *El hogar del empleado*, uma clássica referência que iniciou o seu trabalho como cooperativa de habitação e depois foi crescendo e abarcando outros objetivos, como o consumo e o crédito. Depois, o cooperativismo foi se sedimentando como movimento sólido nesse país, tendo surgido de um processo natural de constituição para depois ser inserido no ordenamento jurídico.

Dentro dessa perspectiva evolutiva, a difusão do modelo cooperativo foi ocorrendo ainda em conformidade com o surgimento de novos grupos capitalistas. Primeiro, com a ampliação para setores onde o contraste com a remuneração do capital era mais evidente, tais como edílio, de crédito e seguro mútuo. Em um segundo momento, os próprios empreendedores adotaram o modelo de cooperativa (empreendedores agrícolas, artesãos e pequenos empreendedores). E, por fim, as cooperativas como gestoras de grandes centros comerciais (supermercados), formando-se grupo para adquirir produtos e intermediar a

¹⁵³ Cf. J. M. MONTOLÍO, *Legislación cooperativa en America latina – situación, derecho comparado y proceso de armonización*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Seguridad Social, 1990, pp. 76-78.

distribuição para consumo.¹⁵⁴ E, assim, as cooperativas foram organizando as atividades cooperativas para competirem em livre jogo de competição com outras entidades capitalistas, profissionalizando-se e ampliando a prestação de produtos e serviços para terceiros.

Nesse contexto, a noção de cooperativa como forma de organização anticapitalista foi redimensionada para ser reconhecida como um tipo particular de sociedade sem fim lucrativo que desenvolve atividade econômica empresarial. De acordo com os ensinamentos de F. GALGANO – R. GENGHINI,¹⁵⁵ é traço característico da sociedade cooperativa a eliminação de intermediários, diminuindo os custos decorrentes em benefício dos sócios. Isto caracteriza a mutualidade das sociedades cooperativas, que envolve a organização dos sócios para realizar atividade econômica com aproveitamento próprio; e a solidariedade entre os sócios pressupõe a organização na forma de empresa para que essa unidade de produção ou de troca opere no mercado em competição com as empresas capitalistas.

A concepção de empresa cooperativa alastra-se na medida em que, cada vez mais, ela se estrutura profissionalmente para otimizar a atividade econômica e atingir o escopo social. Essa abordagem complementa a essência das cooperativas, pelas quais os sócios buscam aplicar modelos eficientes para garantir a realização própria¹⁵⁶ e seguem os princípios cooperativos e valores cooperativos¹⁵⁷ adotados pela Aliança Cooperativa Internacional (ACI), aprovados em Londres no ano de 1895, com base nos estatutos de *la*

¹⁵⁴ F. GALGANO – R. GENGHINI, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Le nuove società di capitali e cooperative*, 2ª edizione, tomo primo, volume ventinovesimo, Padova, Cedam, 2004, pp. 500-501.

¹⁵⁵ *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Le nuove società di capitali e cooperative* cit. (nota 154 supra), p. 503.

¹⁵⁶ D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, Vigo, Espanha, 2007, pp. 22-3.

¹⁵⁷ Os valores cooperativos são de auto-ajuda, responsabilidade pessoal, democracia, igualdade, equidade, solidariedade, e numa ética fundada na honestidade, na transparência, na responsabilidade social e no altruísmo. E os princípios cooperativos estabelecidos pelo movimento cooperativo internacional são: adesão voluntária e livre, gestão democrática exercida pelos membros, participação econômica dos membros, autonomia e independência, educação, formação e informação, intercooperação, e interesse pela comunidade. Para aprofundar leitura sobre os princípios ver: I. MACPHERSON, *Princípios cooperativos para o século XXI*, INSCOOP, Lisboa, 1996 (Coleção estudos); S. AKE BOOK, *Valores cooperativos num mundo de mudança*, INSCOOP, Lisboa, 1993.

*rochedale society of equitable pioneers*¹⁵⁸. Portanto, a cooperação e satisfação do interesse dos sócios são peculiares à estrutura, movendo a atividade econômica cooperativa com contornos próprios e diferentes das empresas capitalistas lucrativas, o que a impede de se tornar em um instrumento de *racionalização capitalista*.¹⁵⁹

A Declaração da ACI de 1995 (aprovada em Manchester) também reconhece essa concepção empresarial da cooperativa, conceituando-a como: “uma associação autônoma de pessoas que se uniram de forma voluntária para satisfazer as suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum mediante uma empresa de propriedade conjunta e de gestão democrática”. Demais disso, os organismos internacionais também partem da premissa da organização empresarial das cooperativas em suas normas, a exemplo da Recomendação 193, de 20 de junho de 2003 da OIT (Recomendação 193) e o Estatuto da Cooperativa Europeia. Aliás, tal influência percorre os vários ordenamentos jurídicos, embora o tratamento não seja uníssono¹⁶⁰, variando-se as matérias relacionadas à forma e natureza jurídica e ao regime econômico.

Depois de uma série de reformas, havidas a partir da década de 1990, hoje se verifica na Europa a busca por um modelo que procura conciliar as concepções sociais e econômicas da cooperativa: privilegiando-se a identidade da cooperativa e concebendo-lhe como uma empresária social, com instrumentos financeiros que lhe permitem concorrer no mercado¹⁶¹. Assim, há uma relativa superação daqueles modelos legislativos

¹⁵⁸ M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedade cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedade de garantía recíproca*, in G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.); M. OLIVENCIA – C. FERNÁNDEZ-NÓVOA – R. JIMÉNEZ DE PARGA (Direct.), *Tratado de Derecho Mercantil*, v. I, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 30.

¹⁵⁹ M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, v. I, 13ª ed., Madrid, Tecno, 2006, p. 625.

¹⁶⁰ Nesse sentido, G. JIMENEZ SANCHES, *Derecho mercantil*, 11ª ed., atual., Barcelona, Ariel, 2006, pp. 56-79, fala que o conceito de cooperativa conflui elementos variados de natureza jurídica e econômica, e também os suportes ideológicos iniciais do movimento cooperativo, como o socialismo utópico e a doutrina social da igreja católica.

¹⁶¹ Atualmente o enfoque à vertente empresarial da atividade econômica desenvolvida pela cooperativa é tão forte que se sustenta que não há cooperativa sem empresa econômica. Nesse sentido, ver D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), p. 43; e G. FAUQUET, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia*, Lisboa, Livros Horizontes, 1980, p. 56. Entretanto, há cooperativas que possuem um objetivo mais social ou cultural e que não necessitam de uma organização de uma atividade econômica na forma de empresa com tanta evidência. São disciplinadas como sociedades cooperativas, dotadas de menor complexidade na sua estrutura e organização, como é o caso das cooperativas sociais. Tendo em vista os objetivos dessas cooperativas, a pouca interferência que possui na economia e os impactos que a sua

exclusivamente sociais ou utilitaristas – enquanto que países como França, Itália, Espanha e Portugal compõem o grupo de países que adotavam uma concepção mais social do movimento cooperativista, baseando-se nos princípios da ACI e valorizando a figura humana em detrimento do capital; Alemanha, Holanda, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Suíça e Áustria assumiam uma concepção econômica ou utilitarista, pela qual a cooperativa servia para satisfazer economicamente os seus sócios.¹⁶²

Nesse sentido, a legislação e a doutrina espanhola reconhecem que a cooperativa visará à realização de atividade empresarial em favor de seus sócios, a princípio, embora também possa ser feita para terceiros¹⁶³. É um tipo de empresária social, sujeita a uma disciplina especial que considera os princípios cooperativos e a natureza da sociedade cooperativa¹⁶⁴. No Código Cooperativo Português, por sua vez, não consta expressamente em seu conceito como no ordenamento espanhol, embora reconheça que a cooperativa possa desenvolver qualquer atividade econômica, inclusive aquelas desenvolvidas por empresas¹⁶⁵. Considera as cooperativas como pessoas coletivas autônomas que se reúnem

insolvência traria para a sociedade, o presente estudo se dedicará mais à disciplina e análise da estrutura das empresas cooperativas, embora não deixe de considerar globalmente o regime jurídico da cooperativa em seus resultados.

¹⁶² M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), pp. 39-41, divide esse grupo entre os países que adotaram o modelo mutualista, como Itália e França; e o sociológico, que prevê a cooperativa para satisfazer os interesses econômicos, sociais e culturais dos próprios associados e da comunidade, adotados Portugal e na Espanha. Para R. DABORMIDA, *Le legislación cooperative nei paese della Comunità Europea*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 7-8 (1989), pp. 451-495, há quatro grupos: o economicista, concebido da mesma forma que a classificação anterior, o mutualista, o sociológico e, por fim, o neutro, que é o previsto na Grã-Bretanha e Irlanda. Para se aprofundar no tema: M. M. JARILLO – M. I. FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas*, 2 ed., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 70-1; F. V. CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, in SANCHEZ CALERO – M. ALBADALEJO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, tomo XX, v. 3, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 170.

¹⁶³ A Lei Geral de Cooperativa Espanhola (Ley 27/1999) e as leis autonômicas mantiveram os princípios e estrutura cooperativa e assumiram a empresarialidade desenvolvida pela sociedade cooperativa, pela qual os sócios satisfazem as suas necessidades e aspirações econômicas e sociais. Ver, nesse sentido: M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* cit. (nota 159 supra), pp. 624-26; e G. J. JIMENEZ SANCHES, *Leciones de derecho mercantil*, 11 ed., Madrid, Tecnos, 2006.

¹⁶⁴ F. SÁNCHEZ CALLERO – J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de derecho mercantil*, v. I, 29ª ed. rev., ampl. y puesta en día, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 301.

¹⁶⁵ Em Portugal, a sociedade cooperativa era considerada sociedade (que aí tem por fim repartir lucros entre os sócios) até a Lei nº 51/1996 (Código Cooperativo Português) em vigor, que lhe retirou a natureza jurídica de sociedades. As cooperativas atualmente são consideradas como sociedades equiparadas, ou seja, como pessoas coletivas autônomas, que visam ao exercício em comum de qualquer atividade econômica desde que seja em conformidade com os princípios cooperativos. Possuem base associativista, embora adquiram personalidade prelo registro comercial e lhe aplique subsidiariamente a lei de sociedades anônimas (artigo 9º). O artigo 7º disciplina a liberdade de atividade econômica da cooperativa, inclusive aquelas exercidas por

com base nos princípios cooperativos para satisfazer as necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais. Não são sociedades, mas podem ser empresárias.

Já o ordenamento jurídico italiano¹⁶⁶ prevê as cooperativas *como sociedade de capital variável com escopo mutualístico*, qualificando-as como: as de mutualidade prevalente (a mutualidade é essencial para o desenvolvimento do escopo social e realização do objeto social, com as atividades preponderantemente para os sócios) e as outras sociedades cooperativas – que possuem o regime mutualístico na base, porém menos acentuado; além das pequenas cooperativas e as sociais – estas com contorno mais social, tendo o escopo o interesse geral da comunidade, a promoção humana e integração social por meio da gestão de serviços sociosanitários e educativos e do desenvolvimento de atividades diversas, agrícolas, industriais, comerciais ou de serviços com o fim de promover a inserção ao mercado de trabalho. As normas procuram conciliar os princípios cooperativos e sociais com a liberalização ao regime econômico da cooperativa, trabalhando com a estrutura da cooperativa para atrair a solidez financeira e a possibilidade de financiamento externo da cooperativa¹⁶⁷.

Considerando essa concepção de reconhecimento jurídico da organização empresarial da cooperativa e da disciplina jurídica que considere os efeitos da empresa cooperativa e a sua relação jurídica com o mercado, as legislações dos países da América Latina estão atrasadas em relação à europeia. Vale salientar que a Lei Marco de Cooperativas para América Latina define as cooperativas como “associações de pessoas que se unem voluntariamente para satisfazer as suas necessidades econômicas, sociais e culturais comuns por meio de uma empresa de propriedade conjunta democraticamente

empresas privadas ou entidades de mesma natureza. Coíbe qualquer limitação ou obstáculo aplicável às cooperativas que exerçam atividades exercidas por empresas privadas, entidades da mesma natureza ou outras pessoas coletivas de direito privado sem fins lucrativos.

¹⁶⁶ A matéria é regida pelo Código Civil e leis especiais, tendo sido recentemente alteradas pela Lei 366/2001, 3.10 (com redação dada pelo Decreto Legislativo 6/2003, 17.1), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004 para promover a reforma orgânica da disciplina das sociedades de capitais e cooperativas.

¹⁶⁷ Sobre o tema, ver M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), p. 68-9; N. ABRIANI *et all.*, *Derecho italiano de sociedades – manual breve*, 1 teoria, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 559-75; M. FRASCARELLI, *Le società cooperative – aspetti civilistici, contabili e fiscali*, Milano, Fag, 2008, p. 21-31.

gestionada. São pessoas jurídicas privadas de interesse social”¹⁶⁸, bem como algumas legislações foram recentemente reformuladas e já incorporaram um modelo misto, mantendo os princípios clássicos das cooperativas, um sistema de regulação e supervisão próprio e mecanismos que estimulam a livre iniciativa e competição da cooperativa, reconhecida como empresa.

É o caso de países como Paraguai (Lei Geral 438 de 1994), Uruguai (Lei Geral 1.8407 de 2008) e Chile (Lei Geral 19.832 de 2003, Decreto-Lei 5 de 2004 e no Decreto Supremo 101 do Ministério da Economia de 2007). No Paraguai, a Lei Geral conceitua a cooperativa como associação voluntária de pessoas sobre a base e esforço próprio e a ajuda mútua, sendo uma empresa econômica e social sem fim de lucro, pautada os princípios cooperativos. Além disto, com base na previsão constitucional (Constituição de 1992) de fomento à empresa cooperativa, com garantais de liberdade de organização e associação, a lei prevê instrumentos financeiros e linhas de créditos. No Uruguai, há as cooperativas sociais e as que se organizam na forma empresarial. Essas últimas, sempre foram tratadas como empresas e o regime jurídico é caracterizado por reunir o modelo social (com princípios cooperativos) e o funcional, como a possibilidade de transformação se for conveniente para as cooperativas se manterem no mercado, instrumentos financeiros e possibilidade de se associar com terceiros. Enfim, o Chile, tem um recente marco jurídico, que procura inserir as cooperativas no contexto econômico, permitindo a adoção de livres estratégias empresariais para que elas possam progredir economicamente. Com isso, abriu a possibilidade de as cooperativas terem intuito de lucro, podendo-se distribuir o excedente aos associados de modo proporcional ao trabalho realizado ou ao capital fornecido, embora mantenha benefícios fiscais e um sistema de gestão democrática. A lei em referência aproximou a legislação cooperativa à de sociedades anônimas, que é aplicada supletivamente.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Art. 3º: “*Las cooperativas son asociaciones de personas que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta democráticamente gestionada. Son personas jurídicas privadas de interés social.*”

¹⁶⁹ Para maiores informações ver D. CRACOGNA (Coord.), *Regimén legal de las cooperativas en los países del MERCOSUR – Reunion Especializada de Cooperativas del MERCOSUR*, 3ª ed., actual. y ampl., Argentina, Serie Jurídica, 2009. Disponível [on line] in: <http://www.mercosur.coop/recm/spip.php?article511>, [11 set 2009].

Entretanto, o Brasil, assim como a Argentina, mantém tratamento legal mais conservador sobre as cooperativas, tratando-as em leis gerais da década de 1970 e caracterizando-as como sociedades (entidades) de natureza jurídica própria, com base nos princípios da ACI. Como se verá a seguir, na realidade econômica, as cooperativas organizam-se como empresas e a atividade econômica interfere na dinâmica do mercado, exercendo função social mais evidente do que as demais empresas em razão de suas peculiaridades estruturais. Com base nessa ideia, a doutrina argentina sustenta, inclusive, que é uma sociedade de natureza mercantil, pois as quotas sociais representam-se por ações, que são títulos preponderantemente mercantis; aplica-se o regime de concurso e quebras; estão sujeitas às regras de contabilidade semelhantes; e a cooperativa constitui-se para realizar atos de comércio, sendo essencialmente uma empresa com fins econômicos.

¹⁷⁰ Em relação ao Brasil, esse tema será aprofundado no próximo capítulo.

¹⁷⁰ J. A. GARRONE – M. E. C. SAMMARTINO, *Manual de derecho comercial*, 2 edición revisada, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Berrot, 1996, pp. 452-60.

1 Apontamentos sobre a evolução legislativa e o regime societário da cooperativa no Brasil

O cooperativismo surgiu no Brasil no período do Império vinculado ao associativismo rural, tendo uma evolução marcada por movimentos políticos, pela interferência do Estado e pelo objetivo de reconhecimento do modelo jurídico de sociedade cooperativa.

Ingressou no ordenamento jurídico pela Lei n. 1.637, de 1907,¹⁷¹ que previa a cooperativa como sociedade mercantil e de fins lucrativos, com estrutura semelhante às sociedades anônimas, apesar de já existir doutrina propagando a natureza jurídica própria da cooperativa. A constituição e o funcionamento das cooperativas ocorriam com mais liberdade, sem ingerência nem autorização estatal, e no período se verificou a constituição das primeiras cooperativas brasileiras¹⁷².

Já na década de 1930 vieram os programas públicos de incentivos fiscais, o ingresso de imigrantes europeus e japoneses e o fomento à agricultura, que impulsionariam o desenvolvimento das cooperativas no Brasil. Nesse período, o Decreto n. 22.239/32 surgiu como legislação especializada, tratando a cooperativa como sociedade de pessoas de natureza *sui generis*, livre constituição e funcionamento, sendo caracterizada pelos princípios e valores cooperativos copiados dos *Probos Pioneiros* aplicados à *Rochdale*.¹⁷³ Porém, esse decreto teve aplicação curta, sendo suspenso mais de uma vez por força de outras normas que estabeleciam programas públicos de cooperativismo vinculados ao sindicalismo ou a ações políticas diversas, até que surgiu a necessidade de reformulá-lo e fornecer mais segurança jurídica ao sistema cooperativista.¹⁷⁴

¹⁷¹ Antes disto, o Decreto 979 de 06 de janeiro de 1903 já fazia referência à cooperativa de consumo e produção como forma organizativa para sindicato.

¹⁷² W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), p. 64-5.

¹⁷³ A versão original dessa norma fazia referência à distribuição e ao recebimento de lucros em proporção ao capital social, o que se justifica em função à incompletude dos valores cooperativistas, o que seria feito posteriormente com a ocorrência do Congresso de Paris de 1937 da Organização Internacional de Cooperativas (“ACT”) e a revogação dessa previsão pelo Decreto-Lei 587/1938.

¹⁷⁴ Para mais detalhes sobre esse momento, W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), p. 66-7.

Nesse contexto, surgiu o Decreto-Lei n.59, de 21.11.1966 (regulamentado pelo Decreto, 60.597 de 19.4.1967), caracterizado pela excessiva intervenção estatal no cooperativismo e pela contribuição à disciplina jurídica do ato cooperativo e da relação entre cooperado e cooperativa – esta definida como sociedade de pessoas com forma jurídica própria, de natureza civil e sem fins lucrativos. Em paralelo, o cenário político brasileiro de ditadura militar reprimiu o cooperativismo, o que resultou na liquidação de muitas cooperativas e na ausência de desenvolvimento do setor. Diante do enfraquecimento desse regime, os representantes das cooperativas brasileiras reuniram-se com lideranças de movimentos internacionais em favor do cooperativismo na América Latina e formaram a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), formulando o anteprojeto da Lei 5.764/71 – Lei de Cooperativas Brasileira (LCB)¹⁷⁵.

A LCB demarcou outra etapa evolutiva no cooperativismo, influenciada pelo cenário político de intervenção estatal; social, de desconhecimento da realidade cooperativista brasileira; pela importância de delimitar o regime jurídico; e pela Recomendação 127 da OIT.¹⁷⁶ Assim, a norma disciplina detalhadamente os fundamentos, as características das cooperativas, a organização do sistema cooperativista, a operacionalidade e as relações sociais, sujeitando a constituição e o funcionamento da cooperativa à autorização prévia e ao acompanhamento governamental, respectivamente.

Define as cooperativas como sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica própria, de natureza civil, caracterizadas em face da: adesão voluntária, variabilidade do capital social, limitação do número de quota do capital para cada associado ou por critérios de proporcionalidade (se for o mais apropriado); inacessibilidade das quotas; singularidade dos votos; um voto por sócio; retorno das sobras líquidas proporcionalmente às operações realizadas; indivisibilidade dos fundos de reserva e assistência técnica, educacional e social; neutralidade política, religiosa, racial e social; prestação de assistência aos associados e aos empregados (ante a previsão estatutária); e área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestações de serviços (art. 4º, LCB).

¹⁷⁵ G. KRUEGER, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71* cit. (nota 135 supra), pp. 96-119.

¹⁷⁶ Essa Recomendação tem por objeto reforçar o papel das cooperativas nos países em desenvolvimento econômico, social e cultural da coletividade e nação.

Segundo W. BULGARELLI, a LCB contribuiu para o avanço da disciplina jurídica das cooperativas no Brasil, ao estabelecer: a disciplina das operações entre a cooperativa e terceiros; a possibilidade de participação em empresas não cooperativas; a área de admissão de associados e as operações conforme o estatuto; as normas relativas à cobertura de despesas operacionais das cooperativas; e a faculdade de as cooperativas centrais manterem associados individuais. Entretanto, pecou pelas imprecisões conceituais, ao manter o sentido ortodoxo das cooperativas em sua descrição conceitual e deixar de destacar o caráter humanitário da organização, os elementos econômicos, o caráter empresarial, o regime jurídico e os princípios basilares do cooperativismo.¹⁷⁷ O autor registra o equívoco incorrido pelo legislador, ao atribuir a natureza jurídica *própria e civil* às cooperativas, quando deveria ter se restringido à natureza jurídica própria da sociedade cooperativa. Considerando que as cooperativas têm um regime jurídico societário próprio, que não está sujeito às normas de direito comercial ou civil, e ainda que não estão sujeitas à falência, a impropriedade do legislador remete ao pouco conhecimento que se tem do cooperativismo.¹⁷⁸

Com essa sistemática, as cooperativas foram definidas como sociedades civis, o que não desconsiderou o regime jurídico societário estabelecido para as cooperativas na LCB. As características inerentes às cooperativas, assentadas a partir da relação *sócio-utente*, dos atos cooperativos de natureza institucional, do objeto social e da organização operacional, como será aprofundado adiante, justificam a elaboração de uma norma que lhe forneça uma forma jurídica apropriada e uma disciplina jurídica societária para a relação entre os sócios e a sociedade, a constituição e o funcionamento. A opção legislativa de ressaltar a natureza civil significa estabelecer certas consequências jurídicas específicas para as sociedades civis, como salienta W. FRANKE, como a não-sujeição à falência e à prescrição dos créditos da cooperativa nos prazos da lei civil, muito embora não exclua a aplicação das normas de direito comercial, tributário, trabalhista, entre outras, em relação às relações externas.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Nesse sentido, ver W. BULGARELLI, *Regime Jurídico das sociedades cooperativas*, São Paulo, Pioneira, 1965, p. 91.

¹⁷⁸ W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), pp. 79-80.

¹⁷⁹ W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 141-49.

Depois, a Constituição Federal de 1988 vem com normas-princípios que veiculam o apoio ao cooperativismo, a liberdade de associação independentemente da autorização estatal; o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo, às cooperativas dos garimpeiros e de crédito. Essas normas revogam as disposições contrárias da LCB e alteram o regime jurídico das cooperativas, interferindo nas disciplinas que prevejam atos de intervenção estatal em prol da livre associação e de funcionamento das cooperativas.

Além disso, o CC em vigor trouxe capítulo específico sobre as sociedades cooperativas no livro *direito de empresas* (artigos 1.093 ao 1.096), com normas que passaram a reger a matéria em conjunto com a LCB. A lei faz referência aos princípios cooperativistas e características do tipo societário, com mudanças pontuais e significativas (como a possibilidade de constituição sem capital social e a responsabilidade ilimitada),¹⁸⁰ porém não representou atualização da matéria. Apesar de ter entrado em vigor no século XXI, essa norma foi elaborada em projeto de 1969 (publicado em 1972), que representava outro período do cooperativismo e da economia e, portanto, possuía objetivos diversos.

O CC estabelece ainda que a sociedade cooperativa será sociedade simples e que as normas desse tipo societário serão aplicadas supletivamente. Com opção legislativa, as cooperativas deixam de ser sociedades civis¹⁸¹, como previsto na LCB. E também não serão classificadas como sociedades empresariais, independentemente do exercício da atividade econômica empresarial, de sua organização ou tamanho da sociedade cooperativa.

H. M. D. Verçosa¹⁸² critica a técnica legislativa adotada pelo CC, pois as sociedades cooperativas preenchem um tipo societário especial, de natureza jurídica *sui generis* e se submete às regras próprias. Se a sociedade cooperativa tem uma tipificação societária própria não tem sentido associá-la a outro tipo societário nem mesmo instituir a sociedade cooperativa como um subtipo de sociedade simples, tendo em vista que essas sociedades possuem tratamentos distintos. Em sua opinião, as cooperativas revestem-se da

¹⁸⁰ R. L. BECHÓ, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 5-6.

¹⁸¹ As sociedades civis deixaram de existir com a reforma do CC de 2002. As categorias gerais atuais são sociedades empresárias ou simples.

¹⁸² *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência* cit. (nota 67 supra), pp. 109-110.

condição de ente híbrido, “a meio caminho da sociedade empresária e civil”, e tanto é que está sujeita ao registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins (Lei 8.934/94, artigo 32, II, “a”) e está excluída da falência.

Concorda-se com a opinião do autor. Aliás, pelo histórico das cooperativas no Brasil percebe-se que o legislador resiste em reconhecer a natureza jurídica dessas sociedades, procurando enquadrá-la na classificação societária geral, de sociedade comercial ou civil; sociedade empresária ou simples. As sociedades cooperativas possuem características próprias que requerem uma disciplina jurídica especial, e é um tipo societário *per si*, sem precisar se enquadrar em outro tipo societário para que seja reconhecido no mundo jurídico. Assim, o legislador deveria se preocupar em identificar as características econômicas e defini-las juridicamente, com adequação a sua natureza institucional, estabelecendo um tratamento jurídico, ainda que supletivamente remeta a um regime jurídico supletivo dentre aqueles previstos para a classificação societária geral que mais se aproxime à sua disciplina societária (de simples ou empresária).

W. FRANKE¹⁸³ observa ainda que essa questão de qualificação da sociedade cooperativa em outros tipos de outra natureza (civis ou comerciais) decorre de um “problema de política jurídica, a qual se reveste de certa significação psicológica e social nos países em que o direito, para fins e metodologia científica ou didática, divide-se, teoricamente, em ramos autônomos (direito civil, direito comercial etc.).” A respeito da questão, conclui

[...] no que diz respeito à técnica do direito, o que realmente importa não é, tanto, qualificar as cooperativas, como civis ou (formalmente) mercantis, mas armá-las de uma estrutura jurídica e de uma mobilidade operacional que lhes permita viver e desenvolver-se, em termos competitivos, na economia do mercado, em que se defrontam com poderosas organizações capitalistas.

Observe-se ainda que mesmo com tanta imprecisão técnica e legislativa que desestimulam as cooperativas, enquanto organizações econômicas, as cooperativas vêm

¹⁸³ W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 148-49.

crescendo e exercendo a sua função social, organizando-se empresarialmente, ao buscar meios de tornarem-se mais eficientes e produtivas no mercado.¹⁸⁴ Essa acepção já é reconhecida na doutrina brasileira, que conceitua as cooperativas como organização empresarial e associação de pessoas com o escopo de usar os serviços da sociedade para obter a melhoria econômica. Singulariza a cooperativa: ser complexo organizacional de fatores de produção e reúne os membros em torno do ideal de cooperação para a exploração de empresas.¹⁸⁵

Diante desse cenário, a ideia que se tem é que as sociedades cooperativas ainda estão sem espaço próprio no ordenamento jurídico, como se fossem modelos societários estranhos e que precisam ser reposicionadas para que possam crescer. Desse modo, faz-se importante, antes de mais nada, investir no estudo das peculiaridades estruturais da cooperativa para elucidar a real natureza desses organismos, aperfeiçoar a legislação e assim fornecer instrumentos adequados ao seu fomento.

¹⁸⁴ Segundo os resultados da OCB, verifica-se que o segmento está evoluindo no Brasil e representa um importante instrumento para a economia. No ano de 2008, foram registradas 7.682 cooperativas, com 7.887.707 membros, 84,9 milhões de reais de entrada e 4,01 milhão de dólares em exportação, representando 6% do PIB Brasileiro. Os principais setores são de atividades econômicas, como cooperativas de trabalho (24%), agricultura (20%), crédito (15%) e transporte (12%). Disponível [on-line] in: http://www.ocb.org.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/0209_parte3_apresentacaoocb_atual.pdf, [01 ago. 2009].

¹⁸⁵ A doutrina enfocava a matéria sob o prisma rochedeleano até os anos 70, preocupados com abordagens históricas, sociais e filosóficas das cooperativas. Depois, passou à empresarialidade das cooperativas, com enfoque pragmático da racionalidade econômica em detrimento dos princípios cooperativistas. Finalmente, chegaram à atual concepção das cooperativas com organização empresariais e valores cooperativistas. Ver M. SERVA – C. ANDION, *A economia social no Brasil – panorama de um campo em transformação*, in J. M. PERES DE URALDE, *La economía social en Iberoamérica – un acercamiento a su realidad*, Madrid, Fundibes, 2006, p. 52-53. Também W. BULGARELLI, *Regime Jurídico das sociedades cooperativas* Cit. (nota 177 supra), p. 92; e R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), p. 64.

2 Peculiaridades da natureza da sociedade cooperativa: fim, objeto e organização da atividade econômica

G. FAUQUET particulariza a instituição cooperativa com dois elementos, um social (associação) e outro econômico (empresa). Por meio dela, tradicionalmente reuniam-se pequenas unidades da economia doméstica, operária, artesanal ou rural em empresas para em conjunto, por meio do exercício da entreajuda e solidariedade, prologarem suas forças até o mercado.¹⁸⁶ J. J. T. RIBEIRO complementa essa ideia, afirmando que a particularidade da cooperativa está na prossecução dos seus fins de defesa, de promoção e emancipação das categorias sociais que recorrem a esse tipo de organização social, o que se consegue por meio de uma atividade econômica organizada de uma empresa. Nesse sentido:

O facto de encontrarmos como suporte da empresa cooperativa, qualquer que seja a sua estrutura particular e a sua finalidade específica, uma associação de pessoas é o reflexo, neste plano do concreto, da actuação de um daqueles princípios que vimos constituírem a ossatura do sector da economia cooperativa: esta representa uma forma de organização colectiva de produção. É, pois, impensável, no domínio cooperativo, a existencia de empresas individuais, como aquelas que encontramos na economia capitalista. A satisfação de certas necessidades não é prosseguida através da actividade individual de cada um, mas repousa precisamente na associação de todos aqueles que da mesma forma as experimentam: necessidades de consumo, de crédito, de alojamento, de trabalho a remuneração conveniente, de escoamento colectivo de certos produtos obtidos previamente por meio de uma actividade individual de abastecimento em produtos necessários às explorações individuais dos membros, etc., etc.

A cooperativa é pois uma empresa coletiva.¹⁸⁷

Portanto, a cooperativa consiste numa reunião de pessoas para atingir seus próprios objetivos, relacionados a um determinado mercado, tendo surgido com filosofia própria reflexa aos interesses de uma classe operária reprimida pelo comportamento de determinados agentes econômicos, por meio da associação de pessoas interessadas em

¹⁸⁶ G. FAUQUET, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* cit. (nota 161 supra), pp. 58-61.

¹⁸⁷ *Empresa cooperativa*, in J. J. T. RIBEIRO (Redactor), *Boletim de Ciências Econômicas – suplemento ao boletim da faculdade de direito*, vol. XI, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1968, pp. 165-66.

realizar essa atividade em substituição a de tais intermediários. Atualmente, o nível de debilidade econômica e social desses agentes mudou em função das circunstâncias sociais e econômicas, porém os grupos sociais continuam a se formar para ter facilidades no mercado e exercer uma atividade econômica organizada como unidade de produção ou de troca, pelo que tem acesso ao serviço que necessita.

A soma da participação de cada sócio agrega valor à cooperativa, com uma força diferente no mercado, tendo a cooperativa caráter instrumental para se antever o ramo de determinada atividade empresarial com o fim de prestar serviços aos sócios, permitir que estes tenham um melhoramento econômico e se protejam do mercado.¹⁸⁸

Cada um dos sócios tem função relevante para a atividade cooperativa e isso caracteriza o caráter nitidamente pessoal da sociedade cooperativa, qualificada juridicamente como sociedade de pessoas.¹⁸⁹ Nela, a figura dos sócios, a participação deles na vida social e os vínculos pessoais entre o sócio e a sociedade cooperativa ocupam o primeiro plano, em detrimento da participação financeira do sócio e da remuneração ao

¹⁸⁸ W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 14-6.

¹⁸⁹ Considerando que o embrião do modelo cooperativo surgiu em decorrência de movimento de classes, com contornos próprios para caracterizar um modelo organizativo anticapitalista, a natureza jurídica desse instituto passou muito tempo sendo debatido pelos diversos ordenamentos, especialmente em função dos contornos que essa estrutura assumia em cada um deles. As principais naturezas jurídicas atribuídas eram de associação, organismo próprio ou de sociedade. Os que sustentam que é associação, o fazem partindo do conceito da participação de um grande número de sócios envolvidos na prestação do objeto social e na ausência do intuito lucrativo. Em muitos países, as cooperativas inicialmente foram consideradas como associações (ou mesmo em alguma fase evolutiva). Atualmente, está embutida no conceito da ACI, considerando-se que o sentido de associação pode ser usado no conceito de modo compatível com sociedade, no sentido de reunião de pessoas (no mesmo sentido que usado acima, por Fauquet e J. J. T. Ribeiro). Quanto ao organismo de natureza própria, decorrem das legislações que possuem disciplina própria, lhe negando a natureza societária. E, por fim, a natureza jurídica de sociedade, sendo ela um contrato pelo qual uma ou mais pessoas se reúnem para um resultado comum. Embora por muito tempo tenha sido questionada a natureza de sociedade em face da ausência do intuito lucrativo, a presença do objetivo vantagem econômica para seus sócios permitiu que houvesse uma ampliação da concepção lucrativa, e, em consequência, a cooperativa é tratada como sociedade na maioria dos países. Adotando essa interpretação, estão: Espanha (Constituição Estadual, Lei 27/1999, modificada pela Lei 24/2005, e legislações das Comunidades Autônomas); Itália – antigo código comercial, código civil de 1942 e após a reforma de 2003; França, onde a sociedade cooperativa é considerada como comercial, seja por qualificação legal como por opção jurídico-científica dos comercialistas, muito embora também estejam sujeitas a um regime especial; Portugal, sob o regime do Código Cooperativo em vigor (Lei n. 51/96, de 7 de setembro), que a considera como sociedades equiparadas, ou seja, como pessoas coletivas autônomas que visam ao exercício em comum de qualquer atividade econômica desde que seja em conformidade com os princípios cooperativos. Argentina, regidas pela Lei 20.337, de 16 de maio de 1973, e assumem regime próprio, conceituadas como entidades fundadas no esforço próprio e na ajuda mútua, para organizar e prestar serviços que reúnam as características próprias das sociedades cooperativas (art. 2º). E, por fim, no Brasil, por força do CC e da LCB, como visto no capítulo anterior.

capital investido. Aqui os sócios se fundem para trabalhar, para prestar serviços, por necessitar de serviços e para fortificar a posição econômica de compradores, trabalhadores e devedores, e não para obter remuneração máxima do capital investido.¹⁹⁰

É um modelo de sociedade democrática estruturada para valorizar a participação de todos os sócios na gestão e no desenvolvimento de seu objeto social, na atividade de produção ou comercialização, bem como no uso ou consumo de bens ou prestação de serviços. Em virtude da predominância das pessoas dos sócios sobre o capital, cada sócio só poderá adquirir uma quota e só terá direito a um voto por quota, de modo que todos eles têm o mesmo poder decisório. Ademais, isso concretamente reflete: na orientação de direitos e deveres do sócio para a pessoa do mesmo; na igualdade de tratamento dos sócios, independentemente da sua participação financeira; na igualdade de direito de voto de todos os sócios; na adoção de decisões condicionadas ao voto da maioria; na eleição, pelos sócios, dos representantes da cooperativa perante terceiros; na proibição da livre transmissão das participações¹⁹¹. Assim, com liberdade de manifestação, os sócios podem entrar e sair a qualquer momento (princípio da livre adesão), sendo importante que tenham o intuito de colaborar com o desenvolvimento da atividade econômica e que estejam satisfeitos com os resultados proporcionados.

Esse comportamento dos sócios na cooperativa é marcado por serem prestadores e usuários, havendo identidade de objetivos da sociedade e dos sócios. O objetivo dos sócios, ao se organizarem na forma de cooperativa é viabilizar a prestação e ter acesso a determinado produto ou serviço, com aspirações econômicas, sociais e culturais. O objetivo da cooperativa é definido consoante o tipo de interesse dos sócios, permitindo-lhes que ofereçam ou recebam tais produtos/serviços e atuem em cooperação a fim de obter resultados mais vantajosos. A ideia inata à organização na forma cooperativa é que todos caminhem num mesmo sentido, sem barreiras, pois ela não é mais uma intermediária na cadeia produtiva.

¹⁹⁰ S. CORREIA, *Elementos de um regime jurídico da cooperação*, in *Estudos sociais e cooperativos*, n. 17, ano V, março 1966, p. 161. Também M. D. C. PASTOR SEMPERE, *Los recursos propios en las sociedades cooperativas*, Cuadernos mercantiles, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 33 e ss.

¹⁹¹ D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), p. 42.

Caracteriza-se, portanto, pela sua mutualidade, pela concreta participação de todos os associados no desenvolvimento da atividade constitutiva do objeto social da cooperativa e também pelo fato de todos eles possuírem direitos e deveres decorrentes do vínculo com a cooperativa¹⁹². O objeto social só é realizado mediante a relação de trocas efetuadas com estes, que disponibilizam à sociedade bens ou serviços relacionados ao objeto social, ou recebem bens e serviços da cooperativa, suprimindo, dessa forma, as suas necessidades.

A finalidade e o objeto social identificam a sociedade cooperativa, que tem particularidades estruturais, surgidas para atingir os interesses dos sócios. A seguir serão aprofundados aspectos relativos a esses temas, que são inerentes à natureza da cooperativa.

¹⁹² A noção de mutualidade é muito estudada pela doutrina italiana, que se aprofunda as noções sobre o conceito etimológico, onde a mutualidade significa a troca recíproca de prestações entre dois pólos subjetivos, com a participação exclusiva dos sócios nessa relação. Também se deve a essa escola, a relação entre mutualidade e lucro, pois a mutualidade daria uma nova causa à sociedade, distinta do lucro social. Consultar: P. VERRULOCI, *La società cooperativa*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 69; M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), pp. 84-5; M. L. LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 150-2; e I. G. FAJARDO GARCÍA, *Gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 138-9.

2.1 Finalidade da sociedade cooperativa

G. FAUQUET classifica a cooperativa como uma empresa de serviços, na medida em que o fim direto é a satisfação das necessidades de qualquer categoria dos sócios-utentes (utentes-vendedores, utentes-trabalhadores e utentes-compradores)¹⁹³. Desse modo, na cooperativa “o fim procurado é a satisfação dos serviços que dela esperam os seus utentes, pois tendo-a criado com os seus próprios esforços e riscos lhe designaram como objecto particular a satisfação de suas necessidades”¹⁹⁴.

Desse modo, a satisfação dos interesses dos sócios é a causa que motiva a associação e é a finalidade direta da sociedade cooperativa, que nada mais é do que intérprete dos sócios. A cooperativa age diretamente e sem intermediários para melhor satisfazer às pretensões sociais, culturais e econômicas dos cooperados, lembrando que essa atuação se faz pela atividade cooperativa que se desenvolve com a participação deles. A condição de sócios e utentes interfere na organização da cooperativa, pelo que se permite a realização dos interesses domésticos ou empresariais.

Em relação a esse aspecto, J. J. TEIXEIRA observa¹⁹⁵:

Por tudo isto, a verdadeira especificidade da cooperativa, relativamente à empresa capitalista, no que toca à estrutura do empresário, reside num outro ponto, e esse é precisamente o facto capital de que aquela *reune na mesma pessoa qualidades antagónicas que a segunda separa*. No plano da sua estruturação concreta, é este o traço distintivo essencial, básico, da instituição cooperativa: esta permite a quemquer que se torne seu associado investir-se de uma qualidade que antes conflituava com aquela que o identificava como um determinado sujeito económico, colocado face a certas necessidades numa posição tal que o obrigava, para as

¹⁹³ O autor esclarece que termo *utente de uma empresa* implica numa noção de correspondência entre o objeto particular da empresa e a natureza das necessidades, que em função do objeto ela pode satisfazer. Todas as empresas possuem um objeto que responde a certo tipo de necessidades pré-existentes ou que ela se esforce por criar, pois em uma economia de nenhuma empresa se manteria se os fornecedores, compradores e trabalhadores não encontrassem em seu objeto uma satisfação das necessidades de escoamento, abastecimento ou trabalho. A diferença entre uma empresa capitalista e uma cooperativa estaria em relação a finalidade dessa satisfação dos utentes, enquanto que na capitalista a condição da satisfação das necessidades dos utentes é uma condição, na cooperativa ela é um fim. G. FAUQUET, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* cit. (nota 161 supra), p. 60.

¹⁹⁴ G. FAUQUET, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia* cit. (nota 161 supra), p. 61.

¹⁹⁵ *Empresa cooperativa*, in J. J. T. RIBEIRO (Redactor), *Boletim de Ciências Econômicas – suplemento ao boletim da faculdade de direito*, vol. XII cit. (nota 187 supra), pp. 124-5.

satisfazer (em condições aliás inferiores às que se entendia deverem ser inerentes a tal situação), a depender estreitamente de outrem.

Este facto mais não traduz aliás do que a realização prática de um dos grandes princípios que vimos informarem no conjunto a organização cooperativa: instrumento de indivíduos economicamente débeis que buscam a libertação de um determinado estado de sujeição ou dependência.

A lógica do cooperativismo é precisamente a fuga a tal estado de dependência, levando aqueles que necessitam de uma determinada função económica a exercê-la por sua própria conta e risco e no seu próprio interesse. Através da empresa de que se torna titular, o cooperador vai oferecer a si mesmo a directa possibilidade de satisfação de uma sua específica necessidade. Na sua pessoa *vão reunir-se assim duas qualidades antes dissociadas: a de titular de uma determinada posição que já ocupava ex ante e a de uma outra que não lhe pertencia, mas cuja titularidade lhe permitirá agora uma mais integral realização da primeira.*

Enfim, a atividade cooperativa é dirigida pelos sócios para a satisfação de suas necessidades, que é a finalidade da cooperativa. E essa identidade entre os interesses dos sócios e o fim da sociedade cooperativa implica na função das cooperativas de gestora de interesses alheios. Ela *recebe* os bens e serviços dos sócios e oferece para terceiros, ou para os próprios sócios; ou ao contrário, compra bens e contrata serviços de terceiros para *fornecer* aos sócios. Esse *recebimento* ou *fornecimento* diz respeito ao intercâmbio de bens e serviços, ao próprio funcionamento da cooperativa e está apartado do capital social. Existe, portanto, uma gestão que se regula pelo regime organizacional próprio da cooperativa (como será aprofundado nos próximos capítulos) e os sócios têm o crédito ou débito com a cooperativa de valores correspondentes.

Essa função de gestora dos interesses dos sócios levou à criação da tese em que a sociedade cooperativa seria uma *mandatária gratuita* dos associados, atuando por conta e interesse desses na realização de suas funções. Sustenta-se que o laço que une os sócios às cooperativas é uma espécie de mandato gratuito – por um processo de assimilação ao contrato de mandato –, pelo que os sócios outorgam poderes à sociedade cooperativa para

gestionar o interesse comum e reembolsam as despesas havidas para o cumprimento do mandato.¹⁹⁶

M. C. LADEIRA observa que a LCB teria assumido essa teoria, considerando a cooperativa uma extensão da casa do cooperado, um prolongamento da atividade profissional dos seus associados, com o objetivo de colocar no mercado toda a produção do seu cooperado de maneira acessível ao consumidor, com o custo menor. Observa, porém, que essa teoria já não se sustenta em face da dimensão empresarial que a cooperativa vem assumindo nesse mundo competitivo. Na realidade econômica, as sociedades cooperativas vêm se modernizando e trasladando-se de mero ser moral coletivo que exerce mandato gratuito para uma entidade que age por conta própria, que organiza o complexo de bens para realizar o seu fim, influencia e é influenciada por outras empresas, e, ainda, que necessita obter meios de captação externos. Em sua opinião, cai por terra o *mito* cooperativo para se tratar de *especificidade cooperativa*, uma forma de organização da sociedade cooperativa tomada a partir da complexidade das relações societárias para atingir a finalidade social.¹⁹⁷

A respeito dessa controvérsia, W. BULGARELLI entende que a partir do contrato societário defluem as relações societárias – direitos e deveres dos sócios de ordem associativa – e as operacionais, em virtude do que não há um mandato ou representação no sentido estrito, mas uma delegação cooperativa “que se caracteriza por uma representação especificamente operacional, tendo em vista os objetivos e as formulações do contrato societário”. Tendo em vista a especialidade dessas operações quanto à forma e ao conteúdo, ao ingressar na cooperativa, o associado confere-lhe um mandato permanente, a delegação, pela qual a sociedade recebe mandato específico para operar em nome próprio, para o associado, prestando-lhe serviços que decorrem do objeto da cooperativa, sendo distinto dos mandatos típicos do direito comercial e civil¹⁹⁸.

¹⁹⁶ W. FRANK, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 98-111; G. KRUEGER, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71* cit. (nota 135 supra), pp. 102-04.

¹⁹⁷ *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* São Paulo, Dissertação (mestrado) – Faculdade de direito da USP, 1996, pp. 106-113.

¹⁹⁸ *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra). 35-7. O autor complementa: “Verifica-se, dessa forma, que a cooperativa: 1) não compra para revender, e sim para fornecer ao associado, e quando recebe a produção do associado, não está comprando, e sim recebendo-a para comercializá-la. Não

W. FRANKE¹⁹⁹ observa que na elaboração da teoria que a considera um contrato, ainda que atípico e analogamente tido como mandato, ou comissão, ou consignação ou delegação, desconsidera-se o fato de a sociedade ainda não está constituída inicialmente (no ato de formação do contrato social), o que seria prejudicial à formação desses negócios jurídicos, pois a sociedade cooperativa não existe e não poderá assumir obrigações sem que tenha capacidade jurídica. E, depois, que a sociedade cooperativa não teria autonomia para renunciar o mandato, sendo uma mandatária coacta e jungida ao arbítrio dos mandantes, que seriam os sócios os quais autorizariam o mandato no contrato social, gerando-se o mandato por manifestação unilateral de vontade expressa dos fundadores no ato constitutivo. Com tais ponderações, o autor entende que o contrato de constituição da sociedade cooperativa é um *contrato de organização* e um *contrato de submissão*, pelo qual o ato constitutivo de cada um dos fundadores assume a posição jurídica de sócio, com direitos e deveres perante a sociedade e se obriga a colaborar com os outros na organização da sociedade e realização do fim social. Dessa forma:

Os atos que a cooperativa pratica com os associados, fundada nos estatutos, destinam-se a realizar a idéia de *empresa ou obra comum* que os instituidores escolheram como *fim* da pessoa jurídica cooperativa. Como sociedade auxiliar (Hilfsfegesellschaft), a cooperativa atua, nas relações externas, no nome próprio, em favor dos associados, na execução de uma missão, que não é comissão (civil ou mercantil etc.), mas *uma missão de natureza corporativa ou institucional*, indicada e disciplinada nos estatutos sociais.

Depreende-se que a finalidade dos sócios, considerada em seu conjunto, assume uma feição própria que transcende ao objetivo particular social e econômico de cada sócio para ser representada pela somatória desses interesses, considerados num contexto atual de eficiência na prestação do serviço ou produto. Desse modo, as cooperativas destinam-se a

há, assim, *intermediação*, pois são operações internas, sem *circulação econômica* dos produtos (adquiridos ou recebidos para venda) – não há também ‘*animus lucrandi*’, pois o serviço é prestado pelo preço de custo, acrescido apenas das deduções para os fundos sociais, impartilháveis entre os associados. São portanto, procedimentos especiais utilizados pelas cooperativas (como a entrega da produção dos cooperados, e a distribuição ou o fornecimento a eles, pela cooperativa) que não se caracterizando pela natureza de atividade, exigem normas técnicas de outra natureza, de cunho especial, a que não falta o característico da novidade, entendida no sentido empregado por Ascarelli. Se não há, portanto, venda (que é sempre civil ou comercial) e se a prestação do serviço (entrega, fornecimento, produção) é onerosa e não lucrativa, afastou-se a atividade operacional das cooperativas, tanto do Direito Civil como do Direito Comercial, tendo-se, forçosamente, de reconhecer a existência de atos típicos de um Direito próprio, o Direito Cooperativo.”

¹⁹⁹ Para aprofundamento ver W. FRANK, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 98-111.

realizar os interesses globais dos sócios, gerindo-os de uma forma diferenciada a de um típico mandatário, com racionalidade própria de empresário para atender a finalidade da cooperativa. E, pelos *contratos de organização e submissão*, os sócios cooperam e autorizam a cooperativa a comprar produtos, vender ou prestar serviços em nome próprio, erigida com uma vontade própria direcionada pela melhor forma de realizar o objeto social com eficiência.²⁰⁰

Com essa compreensão, pode-se identificar a estreita relação existente entre a cooperativa e a finalidade de satisfação do interesse dos seus sócios. Essas trocas inerentes ao mutualismo se efetuem a partir de contrato de sociedade, celebrado com a cooperativa, com regime jurídico próprio, pelo qual haverá o intercâmbio recíproco de prestações inerentes ao objeto social. Com natureza jurídica diversa de contrato compra e venda, ou prestação de serviço por parte da cooperativa aos seus sócios, ao mesmo tempo em que não consiste em uma prestação de serviço dos sócios para a cooperativa, nem em uma integralização do capital social, esse intercâmbio veicula a realização da finalidade da sociedade cooperativa.

Os sócios possuem vantagens diversas, de natureza social e econômica, permitindo-se o acesso a esses serviços ou produtos ou o oferecimento de bens e serviços. E, a sociedade cooperativa propicia isso como representante indireta, e não como proprietária dos bens ou dos serviços, atuando no desenvolvimento da atividade econômica ordinária em nome próprio, em favor dos sócios. A estrutura é diferenciada porquanto se retrata a causa que motivou a constituição dessa sociedade e a função da cooperativa.

²⁰⁰ Importante registrar que este não é um assunto pacífico na doutrina estrangeira. No sentido de mandato atípico, I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.235- 81; F. VICENT CHULIÁ, *Ley general de cooperativas*, v. 1, cit. (nota 162 supra), p. 158 e ss.; M. L. LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas* cit. (nota 192 supra), pp. 124-80. Já F. GALGANO – R. GENGHINI, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Le nuove società di capitali e cooperative* cit. (nota 154 supra), p. 506, separa as relações de sócios (sociedade como outra qualquer) com a de troca. Para este autor, o fenômeno cooperativo se decompõe juridicamente em uma duplicidade de relações, de um lado uma relação de sociedade, o exercício em comum, com a participação dos sócios, de uma atividade empresarial; e, de outro nas relações de troca, entre a cooperativa e os sócios singulares de um objeto que é conforme o objeto social da cooperativa. Essa linha de entendimento pode dar margem à discussão da natureza jurídica dessa troca, que não é esclarecida. E também há aqueles que concebem as sociedades cooperativas como tipos sociais especiais com singularidade na estrutura organizativa, sendo os contratos de troca autônomos contratos de câmbio, como seguro, arrendamento, depósito, empréstimo ou contrato de trabalho, negando a natureza do ato cooperativo. Nesse sentido, M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), pp. 86-7.

Pela forma de organização cooperativa, viabiliza-se a venda ou compra dos produtos dos sócios ou terceiros, respectivamente, a um valor mercadológico melhor do que obteria se o fizesse só; bem como a execução ou contratação de um serviço prestado sob condições mais propícias do que a oferecida no mercado. Considerando que os associados são prestadores ou usuários da cooperativa, e que a cooperativa persegue a satisfação dos sócios, a prestação de serviços adequada é um imperativo para o seu funcionamento. Com base nisso, tem-se como equação base: a cobrança ou remuneração do sócio pela prestação com um valor baseado no preço real e de mercado, sem que a cooperativa obtenha vantagem para si; e que o valor que foi pago a mais pelo sócio ou recebido a menos será compensado, de modo proporcional à atuação de cada um deles.

Esse tratamento econômico atribuído ao intercâmbio de bens e serviços também decorre da mutualidade da sociedade cooperativa, por uma questão de justiça e democratização de riqueza²⁰¹. O fim econômico perfaz-se com a obtenção de um menor custo dos bens em proveito de seus sócios, bem como por outras formas de obtenção de ingressos, como será visto adiante.

Enfim, é a cooperativa uma sociedade de pessoas, caracterizada pela mutualidade, regida com princípios e disciplina própria, cujo objetivo é satisfazer as necessidades dos sócios. Por ela, os sócios têm a oportunidade de realizar o seu interesse (retratado no objeto social) e de trabalhar em prol da comunidade, valorando-se o elemento humano e moral (cooperação) para consecução dos seus fins sociais.

²⁰¹ Ver MODESTO CARVALHOSA, in A. JUNQUEIRA AZEVEDO, *Comentários ao Código Civil – parte especial do direito da empresa*, v. 13, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 412.

2.2 O objeto social: atividade cooperativa e organização empresarial

As cooperativas caracterizam-se em função do objeto social, organizando-se de acordo com a vontade dos sócios, além da especialidade da prestação, habilidades sociais e necessidades econômicas²⁰². Essa peculiaridade deriva da função instrumental da sociedade cooperativa, que *gere* os interesses dos sócios em uma perspectiva institucional organizativa para atingir as finalidades destes – na acepção mais ampla de interesse social. Como o objetivo da cooperativa engloba os escopos econômicos e sociais dos cooperados numa consciência de integração dessa entidade no meio o qual está inserida, faz-se necessário muni-las com uma estrutura própria e uma racionalidade socioempresarial particular para que ela se comunique o mercado e socialize os efeitos de sua atividade econômica. Afinal, as sociedades cooperativas devem ter uma visão sustentada de desenvolvimento, como organismo empresarial de vivência prolongada edificada para servir aos sócios presentes e futuros, facilitando a inserção e o relacionamento desses agentes no mercado.

Desse modo, o objeto da cooperativa poderá ser qualquer atividade lícita, que será tipificada em conformidade com a necessidade e o interesse de seus sócios, em qualquer gênero de serviços ou operações. Segundo classificação geral, as cooperativas podem ser enquadradas em dois grandes grupos: os de finalidade acentuadamente social ou cultural, não tendo uma atividade tipicamente econômica nem requerendo um acentuado nível de organização profissional²⁰³; e aquelas que desenvolvem atividade econômica e se

²⁰² Por tal razão, a doutrina critica as classificações legais muito detalhadas, tendo em vista que podem se afastar da natureza real das cooperativas. Nesse sentido, que a classificação é uma função doutrinária e não legislativa, F. VICENT CHULIÁ – N. PAZ CANALEJO, *Comentarios al código de comercio y legislación mercantil especial* Cit. (nota 86 supra), pp. 548-549; M. J. MORILLAS JARILLO, *Las sociedades cooperativas*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 34-6; V. F. PERIUS, *Cooperativismo e lei*, São Leopoldo, Unisino, 2001, pp. 67-8; R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), pp. 142-3.

²⁰³ É o caso da cooperativa social prevista na lei n. 9.867/99, estabelecida por lei para disciplinar uma organização de cunho preponderantemente social, a exemplo das “*cooperative sociali*” na Itália (Lei 381, de 8 de novembro de 1991) e da “*cooperativa de solidariedade social*” portuguesa (Decreto-lei 7, de 15 de janeiro de 1998). A lei brasileira estabelece como finalidade inserir as pessoas em desvantagem no mercado de trabalho. Além disto, a lei define no artigo 1, inciso I, que as atividades das cooperativas são: de organização e gestão de serviços sócio-sanitários e educativos; atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços destinados a deficientes físicos e sensoriais, deficientes psíquicos e mentais, dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente e egressos de hospitais psiquiátricos, dependentes químicos,

organizam na forma de empresa. Essas últimas serão o foco de estudo dessa tese, classificando-se em função da atividade econômica predominantemente desenvolvida, que poderá envolver a produção ou comercialização, bem como o uso ou consumo, de bens e serviços de determinado ramo negocial. Lembrando que compõem a cadeia produtiva (geram, acumulam e circulam bens e serviços para o mercado) para atender a sua finalidade em regime de livre iniciativa e competição.

Assim sendo, as sociedades cooperativas poderão integrar o subgrupo que o objeto social é o de *consumo*, no qual sócios se reúnem para adquirir coletivamente os bens ou serviços no mercado ou produzidos pela cooperativa com preços reduzidos (sem intermediários); de *produção* de bens, quando os sócios reúnem-se para produzir bens e vender para eles próprios e para o mercado; ou, também, de *prestação de serviços*, modalidade prevista para facilitar a prestação do serviço dos sócios e ter acesso à prestação de serviços, uma vez que pelas sociedades cooperativas se forma uma estrutura adequada para disponibilizar, ou ter acesso, aos serviços específicos.

No direito comparado, o art. 116 da Lei Geral de Cooperativas da Espanha e o art. 4º do Código Cooperativo Português possuem legislações que contemplam uma classificação pormenorizada dos tipos de cooperativas de primeiro grau, com as normas relativas a cada qual. A primeira, cuja relação é aberta e exemplificativa, dispõe como ramos: cooperativas de trabalhos associados, de consumidores e usuários, habitação, agrárias, exploração comunitária da terra, de serviços, do mar, de transportes, de seguros, sanitárias, ensino, educacional e de crédito, além das outras classes de artesãos, serviço público, de serviço social, comércio ambulante etc. Já a segunda: consumo, comercialização, agrícola, crédito, construção e habitação, produção operária; artesanato; pescas; cultura; serviços; ensino e as sociais.²⁰⁴

egressos de prisões, condenados a penas alternativas à detenção e adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social e afetivo. Para maior conhecimento sobre a sociedade cooperativa, ver R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* Cit. (nota 180 supra), pp. 142-3.

²⁰⁴ Na América Latina, a proposta da Lei Marco propõe classificação de cooperativas com base na natureza de trabalhadores, consumidores ou usuários e mistas, bem como dedicar-se a prestar um serviço especializado ou em forma múltipla. Nesse sentido, o Artigo 9º: “Em conformidade com a sua natureza as cooperativas poderão ser de trabalho associado, de consumidores ou usuários e mistas e dedicar-se a prestar

Ademais, a disciplina jurídica, em função da caracterização das cooperativas, é variada, tendendo a tratar dos tipos gerais e mencionar alguns principais tipos específicos que são regulados de forma difundida na própria lei cooperativa ou em leis especiais.²⁰⁵

Já a LCB (art. 5º) prevê que as cooperativas poderão ter como objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade. Demais disso, o artigo 6º dispõe de classificação estrutural da sociedade cooperativa, por grau e nível associativo, mistas ou não em função de seu objeto, e em outros dispositivos da lei faz referência e disciplina a algumas matérias, envolvendo algumas classes de cooperativas, a exemplo dos artigos 19²⁰⁶ e 92²⁰⁷ da LCB, que disciplinam a cooperativa educacional, de habitação, agropecuárias e de crédito²⁰⁸.

um serviço especializado ou serviços múltiplos.” [Tradução livre de: “*Conforme con su naturaleza las cooperativas pueden ser de trabajo asociado, de consumidores o usuarios y mixtas y dedicarse a prestar un servicio especializado o servicios múltiples.*”]

²⁰⁵ F. VICENT CHULIÁ – N. PAZ CANALEJO, *Comentarios al código de comercio y legislación mercantil especial*, tomo XX, Vol. 3 (artículos 67 al final), Madrid, Edersa, 1994, pp. 548-549, esclarece que, além da espanhola e portuguesa, a alemã chega a discriminar algumas classes de cooperativas, como de crédito, de reposição de matérias primas, sociedade de consumo em comum de produtos agrícolas e industriais, de empresários agrícolas e industriais para provisão de bens ou utilização de serviços comuns e para a construção de habitações. Fora essas, as classificações adotadas em outros países são mais gerais. É o caso do Estatuto da Cooperativa francês (Lei 47-1775, de 10 de setembro de 1974) que estabelece uma descrição funcional dos grandes tipos de cooperativas e deixa as especiais em leis esparsas – há cooperativa de banco ou de crédito, de consumo, de comerciantes detalhistas, obreiras de produção, familiares, agrícolas, de habitação e de crédito; da italiana, cujas reformas havidas a partir de 1991 até a mais recente pelo Decreto 30 de dezembro de 2005, do *Ministero delle Attività Produttive di Concerto*, afetaram a disciplina de classificação de cooperativas, distribuídas entre cooperativas de trabalho, de produção e distribuição de energia elétrica, agrícola de educação e difusão, entes de formação, comércio justo e solidário, financeira, jornalística, de consumo em operação no território montanhoso, calamidade natural, sócios dos entes jurídicos, de editores que gere agências jornalísticas, habitação e sociais; e, finalmente, a argentina que a Lei 1973 adota uma classificação estrutural e apenas menciona de forma separada determinadas classes de cooperativas, a exemplo, das de serviços públicos, escolares, bancos cooperativos e caixas de crédito cooperativas. Sobre a reforma da cooperativa italiana, ver também M. FRASCARELLI, *Le società cooperative – aspetti civilistici, contabili e fiscali* cit. (nota 168 supra), pp. 33-6.

²⁰⁶ Art. 19: “A cooperativa escolar não estará sujeita ao arquivamento dos documentos de constituição, bastando remetê-los ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, ou respectivo órgão local de controle, devidamente autenticados pelo diretor do estabelecimento de ensino ou a maior autoridade escolar do município, quando a cooperativa congregar associações de mais de um estabelecimento de ensino.”

²⁰⁷ Art. 92: “A fiscalização e o controle das sociedades cooperativas, nos termos desta lei e dispositivos legais específicos, serão exercidos, de acordo com o objeto de funcionamento, da seguinte forma: I - as de crédito e as seções de crédito das agrícolas mistas pelo Banco Central do Brasil; II - as de habitação pelo Banco Nacional de Habitação; III - as demais pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. § 1º Mediante autorização do Conselho Nacional de Cooperativismo, os órgãos os órgãos controladores federais, poderão solicitar, quando julgarem necessário, a colaboração de outros órgãos administrativos, na execução das atribuições previstas neste artigo.”

²⁰⁸ As cooperativas de crédito e as seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas, não serão objeto de estudo da presente tese, tendo em vista que são instituições financeiras (art. 18, Lei n. 4.595/64) e estão

A Organização de Cooperativas Brasileiras (OCB) sugere a seguinte classificação, que é a mais usada no Brasil: agropecuária – composta por cooperativas de produtores rurais ou agropastoris e de pesca; consumo – integrado pelas cooperativas dedicadas à compra em comum de artigos de consumo para os cooperados; crédito – pelas cooperativas destinadas a promover poupança e financiar as necessidades ou empreendimentos de seus cooperantes; educacionais – composta por cooperativas de professores, de alunos de escola agrícola, de pais de alunos e de atividades fins; especial – composta por cooperativas constituídas por pessoas que necessitam ser tuteladas; habitacional – para fins de construção, manutenção e administração de conjuntos habitacionais para o seu quadro social; infraestrutura – com o fim de suprir os serviços de infraestrutura para os sócios; mineral – dedicada à pesquisa, extração, lavra, industrialização e comercialização interna e exportação de produtos minerais; produção – cooperativas dedicadas à produção de um ou mais tipos de bens e mercadorias; saúde – tendo como objeto a preservação e recuperação da saúde humana; trabalho – composto por cooperativas de trabalhadores de qualquer categoria profissional, para prestar serviços como autônomos, organizados num empreendimento próprio; turismo e lazer – composto pelas cooperativas que desenvolvem atividades na área de lazer e turismo; e outro – formado por cooperativas que não se enquadrarem em outros ramos.²⁰⁹

Portanto, o objeto social da cooperativa identifica alguma dessas atividades sugeridas e o modo de realizá-las. A execução da atividade econômica ocorre por intermédio de negócios jurídicos *internos*, celebrados entre ela e seus sócios, e ainda por *externos*, que são as operações celebradas com terceiros essenciais à realização do objeto (celebradas com empregados, prestadores de serviços, maquinários, entre outras).

O primeiro desses negócios (internos) corresponde a um desmembramento decorrente da relação de sociedade, pela qual o sócio tem deveres de contribuir para a prestação e os direitos de obter as contraprestações decorrentes. Também conhecidos como atos cooperativos ou negócios fim, correspondem à relação de trocas entre o sócio e a

sujeitas à fiscalização e controle do Banco Central do Brasil. Possuem normas próprias para a matéria de liquidação e intervenção do sistema financeiro e estão expressamente excluídas da LRF (artigo 1º).

²⁰⁹ A OCB estabeleceu os ramos do cooperativismo pelo Conselho Diretor em 4 de maio de 1993. Para mais informações ver: <http://www.ocb.org.br/site/ramos/institucional.asp>. [Consulta em 10 dez. 2009].

cooperativa, de prestações inerentes ao objeto social, tendo os mesmos interesses que a sociedade cooperativa.

Os atos cooperativos mudam de acordo com o tipo de cooperativa, consistindo na operação realizada entre o sócio e a cooperativa, que pode se compor de forma diversa de acordo com o subtipo da sociedade cooperativa, o ramo respectivo para realizar o objeto social da cooperativa. Dessa feita, se for uma cooperativa de produção agropecuária, por exemplo, corresponde à entrega dos produtos pelos agricultores à cooperativa para que sejam submetidos ao processo de industrialização e vendidos no mercado. Se for uma cooperativa de habitação, o ato cooperativo consiste no suporte financeiro dos sócios para a cooperativa agir em nome próprio (embora por conta deles) e adotar as medidas que forem necessárias para a construção das habitações (comprar imóvel, contratar os serviços de arquiteto ou engenheiro civil etc.), e na posterior adjudicação em nome das unidades imobiliárias construídas em nome dos sócios cooperados²¹⁰. Caso seja uma cooperativa de

²¹⁰ Nos tribunais brasileiros, há controvérsias sobre a natureza jurídica das operações realizadas entre os cooperados e as cooperativas habitacionais. Os fundamentos usados para tal aplicação são diversos, entendendo-se que a legislação cooperativa facilita a ocorrência de fraudes por meio da constituição de tais sociedades e impõe condições contratuais abusivas aos sócios cooperados, chegando-se a considerar a hipossuficiência destes na relação jurídica. Desconsidera-se a natureza dos atos cooperativos para considerar como contrato de adesão de compra e venda e aplicar os princípios e normas do Código de Defesa do Consumidor, ou do direito contratual. Esses julgados têm desconsiderado a verdadeira natureza do ato societário, considerando um contrato de compra e venda as operações realizadas entre os sócios e a cooperativa, e tendendo à desconfiança quanto ao modelo de cooperativas habitacionais. Os entendimentos demonstram a falta de conhecimento do tema no Brasil, e contribuem para o preconceito que existe quanto a essa sociedade tendendo à distorção da realidade dos fatos e da natureza jurídica societária. A natureza jurídica de ato cooperativo é ínsita quando inexistente a transferência de propriedade e sim de adjudicação do imóvel; e também está presente em outros tipos de sociedade cooperativa que o ato cooperativo diz respeito ao fornecimento ou suprimento de bens, mas não consiste em uma transferência de propriedade nem compra e venda, afinal como W. BULGARELLI, *Cooperativa habitacional integrada por vários grupos seccionais – soluções para os grupos em dificuldades – invocação da lei, dos estatutos e dos princípios cooperativistas – Parecer*, in RDM 117 (2000), p. 310, situa os sócios vender unidades habitacionais para eles próprios. Afinal a cooperativa apenas é intermediadora e ajuda o cooperado a se relacionar com o mercado. Após analisar os principais aspectos das decisões judiciais sobre o tema de cooperativas habitacionais e a tendência a ver o cooperado como parte menos favorecidas, A. J. L. U. COSTA – M. NODA – T. F. G. FIALHO, *Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado* in E. V. A. N. FRANÇA, *Direito societário contemporâneo* cit. (nota 146 supra), pp. 587-93, pontuam: “Contudo, verificamos que nossos tribunais têm utilizado as hipóteses de inadimplemento das obrigações da cooperativa como pretexto para a aplicação desmedida de regramentos que são absolutamente estranhos à natureza jurídica dos atos cooperativos, como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. Por óbvio, não se está a sustentar que tal diploma não pode ser utilizado em casos de abusos de personalidade jurídica da cooperativa, ou seja, às cooperativas ‘de fachada’. O Código de Defesa do Consumidor incidirá para proteger o associado, justamente porque nesses casos os princípios da mutualidade, bem como o da dupla qualidade do sócio não mais existem e, portanto, não estará diante de um ato cooperativo, mas sim da relação jurídica diversa. Todavia, ao verificar a regularidade da constituição da cooperativa, o operador do direito não pode se afastar dos princípios cooperativistas, da Lei nº 5.764/1971 e do estatuto social. Essa afirmação vale mesmo nos casos

prestação de serviços, o ato cooperativo é justamente a prestação de serviços especializados aos próprios sócios ou a terceiros, tendo os sócios o direito de exercer a prestação de tal atividade e o compromisso com a sociedade de oferecer mão-de-obra com qualidade, sendo os sócios os empreendedores que tomam as decisões sobre a melhor forma de otimização dos resultados econômicos e sociais da cooperativa em iguais condições hierárquicas.

Importante salientar que há também negócios jurídicos celebrados entre as sociedades cooperativas e os seus sócios, porém que não são aqueles relacionados ao objeto social. É o caso de um sócio de uma cooperativa de produção comprar da cooperativa um produto qualquer que não seja o final ou não possa ser colocado no mercado (um equipamento em desuso ou uma geladeira que saiu em desconformidade com o padrão estabelecido), ou de uma habitacional em que o sócio adquire o resto dos materiais usados em determinada obra²¹¹. Estes não são atos cooperativos, pois não são praticados entre a cooperativa e o sócio para a consecução da finalidade social.

Esse negócio interno é complementado pelo externo, que é aquele feito entre a cooperativa e o mercado, denominado por negócio com terceiros ou negócio-meio. Pelo negócio externo atinge-se a cadeia produtiva, é o momento pelo qual a sociedade cooperativa coloca/obtem produtos/serviços no/do mercado. Em outras palavras, a cooperativa (empreendimento negocial comum²¹²) desenvolve uma atividade intermediadora e representativa do interesse dos sócios que é composta pela celebração de negócios jurídicos com terceiros, vendendo produtos dos sócios ou prestando serviço dos sócios para o mercado, ou, ainda, adquirindo produtos/serviços de terceiros para os sócios.

de inadimplemento, por parte das cooperativas, de suas obrigações para com seus cooperados. Ademais, em caso de omissões da legislação especial, deve-se aplicar às cooperativas o regime das sociedades simples, conforme estabelece o art. 1096 do Código Civil vigente.” Para mais leitura sobre o tema ver também: “M. P. DALLARI BUCCI, *Aspectos jurídicos do cooperativismo e das cooperativas de habitação no Brasil*, São Paulo, Dissertação (mestrado) – Faculdade de direito da USP, 1994, pp. 1-234.

²¹¹ Ver R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), pp. 152-3.

²¹² Nesse sentido, em W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), p. 25.

O negócio externo é, portanto, conectado ao interno, ao objeto social e regido pelo estatuto social da cooperativa²¹³.

A cooperativa responde diretamente aos interesses dos sócios e é um prolongamento dos mesmos, sendo uma *intermediadora* dos sócios no sentido de que é sujeito de direitos e obrigações que atua por conta dos sócios (com base na vontade deles), porém em nome próprio. Nos negócios internos não há a *intermediação econômica* para obter vantagem dos sócios, nem há o intuito lucrativo, eis que a cooperativa busca fornecer uma melhor vantagem financeira para os sócios na compra dos produtos, na venda dos produtos, na contratação da prestação dos serviços. É a visão diferenciada do negócio externo, já que a cooperativa procura obter vantagem própria e egoística contrária a de terceiros.

Além desses negócios internos e externos, há os que são celebrados com não-sócios e que dizem respeito ao desenvolvimento do objeto social, também conhecidos como atos não cooperativos. Esses atos são permitidos por lei e pelo contrato social e correspondem à participação dos não-sócios no objeto social, podendo ser limitados, irrestritos ou impostos por lei. Sem prejudicar a característica da mutualidade, terceiros podem se favorecer do empreendimento econômico cooperativo para vender os seus produtos, prestar ou usar os serviços da cooperativa, aqueles que compõem a atividade econômica principal, mas que não dizem respeito à atividade intermediadora da cooperativa, mediante remuneração proporcional ao serviço fornecido ou adquirido²¹⁴. Aqui, as sociedades cooperativas falam

²¹³ No Brasil, o ato cooperativo é conceituado estritamente como aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados, e vice e versa, bem como por cooperativas associadas entre si para a consecução do objetivo social (LCB, art. 79). R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), pp. 154-60, critica este conceito e sustenta que tal negócio abrange aquelas relações necessárias para cumprir o objeto social, como as de compra e venda dos produtos ou prestação de serviços no mercado. Com base no direito comparado, especialmente o argentino, o autor sustenta a ampliação do conceito de ato cooperativo, para compreender todas as relações jurídicas firmadas em cumprimento ao objeto social e consecução dos fins sociais da cooperativa. Assim, teriam duas ordens de atos cooperativos: os negócios jurídicos internos como ato jurídico em sentido estrito e o ato jurídico em sentido lato, que seriam os negócios jurídicos externos

²¹⁴ Registre-se que desde os Estatutos da *Rochdale Society of Equitables Pioneers* já se permitia a prestação para não sócios e com a evolução do mercado capitalista, cada vez mais foi sendo reconhecida a necessidade dessa abertura, deixando-a mais competitiva. Também se adaptou o conceito doutrinário de mutualidade, de mutualidade pura para impura (conceito desenvolvido pela doutrina italiana) e a mutualidade desvinculou-se da exclusividade. A A.C.I., no XXIII Congresso celebrado em Viena, concluiu-se que o caráter mutualista da cooperativa não deve ser associado ao sentido de exclusividade das relações cooperativas com os sócios, mas com o significado de ajuda mútua para satisfazer as necessidades sócio-econômicas e os interesses mais amplos da comunidade onde a cooperativa atua. E, mais, reconhece-se a importância do não exclusivismo

por si, como sujeito autônomo de direitos e obrigações que têm a capacidade empresarial de adquirir direitos e obrigações com vistas aos próprios objetivos econômicos da sociedade cooperativa, que apenas indiretamente reflete no interesse dos sócios, mas não exerce a função de ser a extensão deles.

Os atos não cooperativos são vistos como favoráveis ao crescimento da cooperativa, porém não consistem em seu objetivo principal. Por sua ocorrência, os não-sócios conhecem o regime cooperativo e são atraídos a se associarem. E, além disso, podem contribuir para o cumprimento da finalidade social, inclusive é prevista em algumas situações a ocorrência compulsória para otimizar o uso das instalações da cooperativa, adquirir os produtos e serviços necessários para a realização do objeto principal ou aproveitar os produtos e serviços em excesso. Como exemplo, tem-se o artigo 85 da LCB, que permite às cooperativas agropecuárias e de pesca a aquisição de produtos de não-associados do mesmo ramo (agricultores, pecuaristas ou extrativistas) para completar lotes objetos de contratos ou para suprir a capacidade ociosa de instalações industriais das cooperativas.

A permissão de consecução dos atos não-cooperativos ocorre de forma limitada pela lei para manter a integridade da natureza cooperativa²¹⁵. Assim, a atividade econômica prestada ao não-sócio será mais restrita do que à estabelecida com o sócio e não poderá prejudicar essa última. Ademais, há um regime econômico, contábil e jurídico diferenciado ao dos atos cooperativos, com a fixação de um preço mais aproximado ao do mercado e normas de direito obrigacional e contratual para regular formação do negócio jurídico

para o desenvolvimento da cooperativa a participação de terceiros não sócios nos objetos sociais, sendo esse princípio adotado hoje na maioria das legislações, incluindo a espanhola, portuguesa, italiana e brasileira. Esse processo de abertura ocorreu gradativamente. Primeiro privilegiando-se os sócios e limitando o aproveitamento do objeto social para não sócios (o que seria feito de modo secundário), com a contabilização de maneira separada e os benefícios resultantes com destino às reservas obrigatórias. Depois, num segundo momento, a abertura já se verificou com mais amplitude em determinadas legislações que não exigem contabilidade separada, nem destinação de porcentagem a um fundo específico. Cf.: D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), pp. 57-58, e I. G. FAJARDO GARCÍA, *Gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra), p. 103 e ss.

²¹⁵ Vide artigos 86 e 88, LCB: “Artigo 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.”; e “Artigo 88. Poderão as cooperativas participar de sociedades não cooperativas para melhor atendimento dos próprios objetivos e de outros de caráter acessório ou complementar.”.

firmado – assim, está sujeito à disciplina para o contrato de compra e venda, prestação de serviço, mas não societária.

Por fim, há os negócios auxiliares e acessórios. O primeiro corresponde àqueles que são feitos para viabilizar a atividade econômica, sendo secundários em relação ao objeto principal, porém imprescindíveis para a realização deste.²¹⁶ É o caso da compra de um imóvel para o desenvolvimento da atividade econômica. Já o segundo (acessórios) diz respeito aos negócios mais ocasionais e que não estão diretamente ligados ao objeto principal (negócios auxiliares), tendo como exemplo o aluguel de uma máquina a mais para cumprir uma prestação específica de forma mais ágil.

Como se vê, a sociedade cooperativa se organiza por uma série de negócios jurídicos internos e externos que qualificam a atividade cooperativa. Internamente é regido pelo conjunto de regras inerentes à relação entre o sócio e a sociedade e à organização da atividade cooperativa, que optaram livremente por integrar essa sociedade. As sociedades controlam a qualidade e os níveis de produção, cobrando dos sócios ou de terceiros para que sejam oferecidos aos sócios (utentes) ou ao mercado com eficiência. Essas regras não tocam os agentes que contratam com as sociedades cooperativas, sujeitos às normas do ordenamento jurídico aplicáveis ao negócio jurídico.

Registra-se, mais uma vez, que o desenvolvimento da atividade cooperativa (a execução do negócio interno e externo) depende dos agentes econômicos que integram a cadeia mercadológica, de onde adquirirá e/ou fornecerá produtos, trabalho e serviços. Para otimizar os resultados econômicos, atender as necessidades dos sócios e cumprir com a sua finalidade social, as sociedades cooperativas se organizam com profissionalismo, com uma gestão econômica que considera a lógica empresarial. Com esses elementos, tem-se, em evidência que a sociedade cooperativa exerce atividade econômica empresarial, com organização própria dos fatores de produção para produzir e circular, agindo em interação aos demais agentes mercadológicos no suprimento e na troca de bens e serviços²¹⁷.

²¹⁶ W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 24-6.

²¹⁷ O termo *agentes mercadológicos* é usado aqui como sinônimo de agentes econômicos, agentes que opera no mercado. Parte do conceito jurídico de mercado “caracterizado como a relação de trocas de bens e de prestação de serviços, realizadas pelos diversos agentes econômicos.” Ver: N. DE LUCCA, *Direito do consumidor – teoria geral da relação de consumo*, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 162.

2.2a Atividade econômica: noções sobre o regime econômico das cooperativas

A atividade econômica cooperativa é estruturada para obter um melhor resultado econômico e social para os sócios, em decorrência da função intermediadora que exerce. Também não se descartam outras finalidades de cunho social decorrentes da cooperação entre os sócios, futuros sócios, outros agentes econômicos e a coletividade. Dentre as peculiaridades das cooperativas, revela-se a existência de uma estrutura própria, baseada na dupla condição do sócio, que tanto aporta bens, serviços e fundos como partícipe da atividade cooperativa e é usuário, e também na prestação de atividade econômica a terceiros não-sócios que se relacionam com a cooperativa²¹⁸.

Para proporcionar a realização desses ideais, a sociedade cooperativa possui um regime econômico ou financeiro complexo, mas essencial para a disciplina jurídica das relações sociais (dos sócios como sócios e dos sócios como usuários da exploração ordinária da empresa cooperativa e da cooperativa com não-sócios) e também para sua organização financeira, com a previsão de regime de fundos e dotações financeiras que permitem a consecução da atividade econômica organizada da cooperativa. Nesse ponto, M. J. MORILLAS JARILLO – M. I. FELIÚ REY²¹⁹ observam:

E, por outro lado, um dos aspectos que mais importância tem, por estar diretamente vinculado a existência e sobrevivência da cooperativa como estrutura empresarial. As leis de cooperativa insistem na idéia de criação e manutenção dessas sociedades é um meio de criar riqueza, emprego e bem-estar. Para isso, é necessário que se dote a cooperativa de instrumentos necessários para assegurar a sua sobrevivência no mercado, de forma que sejam compatíveis os princípios e valores cooperativos com a rentabilidade e o êxito do projeto empresarial que se põe em andamento por intermédio dessa forma societária.

²¹⁸ F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit. (nota 251 supra), pp. 663-677.

²¹⁹ *Curso de Cooperativas* cit. (nota 162 supra), p. 357, Tradução livre de: “Es, por otro lado, uno e los aspectos que más importancia tiene, por estar directamente vinculado a la existencia y pervivencia de la cooperativa como estructura empresarial. Las leyes de cooperativas insisten en la idea de que la creación y el mantenimiento de estas sociedades es un medio para crear riqueza, empleo y bienestar. Para ello, es necesario que se dote a la cooperativa de los instrumentos necesarios para asegurar su pervivencia en el mercado, de forma que se hagan compatibles los principios y valores cooperativos con la rentabilidad y el éxito del proyecto empresarial que se pone en marcha bajo esta forma societaria.”

Para realizar o escopo mutualístico, a sociedade cooperativa tem um regime econômico próprio para a organização e distribuição de resultados financeiros, considerando a função de gestora. Os sócios aportam/adquirem bens e serviços para a sociedade cooperativa como usuários e assumem o risco pela atividade econômica da cooperativa, esperando obter vantagens econômicas com a prestação desses bens ou serviços pela cooperativa. Isto envolve os conceitos de sobra ou benefício que se obtém com a venda de produtos ou prestação de serviços, em conformidade com o princípio de retorno dos excedentes da ACI; e de prejuízo, que consiste na perda patrimonial, decorrente da ausência da vantagem que se obtém da exploração de alguma atividade²²⁰. W. FRANKE²²¹ delimita precisamente esses conceitos:

[...] ‘As sobras’, tecnicamente, não são lucros, mas saldos de devedores obtidos dos associados para a cobertura de despesas, e que, pela racionalização ou pela faixa de segurança dos custos operacionais com que a cooperativa trabalhou, não foram gastos, isto é, ‘sobraram’, merecendo, por isso, a denominação de ‘despesas poupadas’ ou ‘sobras’. Ora, corresponde a uma exigência de justiça distributiva que as ‘sobras’ sejam devolvidas aos cooperados na mesma medida em que estes contribuíram para a sua formação. A idéia de devolução das sobras aos associados na proporção das operações que tenham feito com a sociedade, deu nascimento ao instituto jurídico do ‘retorno’, o qual, no dizer de GIDE, constitui no quadro das conquistas sociais contemporâneas uma das criações mais gerais do século XIX, legada ao mundo pelos equidocos pioneiros de Rochdale.

Nas cooperativas em que o objeto social resulta no provimento, a prestação do serviço ou o fornecimento dos bens são remunerados pela cooperativa com base no valor de mercado. O valor é estabelecido antecipadamente e se adianta o pagamento de um valor aos sócios – por exemplo, o sócio entrega o bem e recebe o valor previamente fixado em assembleia geral (*antecipação*)²²². Na ocasião de fechamento dos balanços de exercício, e após o desconto das despesas da sociedade e da quantia destinada aos fundos de reserva obrigatórios, verifica-se se houve excesso de pagamento na *antecipação* ou se os sócios

²²⁰ M. C. LADEIRA DE ALMEIDA, *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* cit. (nota 197 supra), p. 96.

²²¹ W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), pp. 20-1.

²²² I. G. FAJARDO GARCIA, *Gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra), pp. 125-40, aponta os vários motivos para a fixação do valor antecipadamente, sendo eles, de ordem fiscal; da necessidade de formar uma reserva obrigatória para compensar o capital variável; e para o sócio conhecer a vantagem cooperativa (em comparação ao desenvolvimento da atividade econômica sem a sociedade cooperativa, diretamente no mercado).

receberam menos do que o valor do produto no mercado, restituindo-lhes as sobras, ou cobrando os valores complementares ao que foi pago²²³. O retorno (sobra) ou pagamento do prejuízo será rateado pelos sócios na proporção das operações realizadas ou dos serviços usufruídos, independentemente da relação com as quotas sociais, segundo as regras previstas no estatuto social²²⁴.

Se o objeto da sociedade cooperativa for o consumo de produtos ou serviços, o sócio deverá pagar pelo bem ou serviço que recebe da cooperativa, fixado com base no custo da cooperativa adquirir ou produzir mais os gastos gerados, sendo proporcional ao consumo do cooperado. O custo poderá ser determinado e pago depois do encerramento do exercício (no caso da habitacional, no fim da obra), com o valor preciso dos gastos envolvidos; ou antecipadamente, pelo arbitramento de uma quantia provisória, em função do preço de mercado ou do valor de custo mais uma porcentagem para cobrir os gastos, confirmado posteriormente no fim do exercício. Nesse caso, serão contabilizados como ingresso os aportes antecipados pelo sócio e, depois, será gerado o excedente ou a perda que poderá repercutir sobre o sócio²²⁵.

²²³ M. C. LADEIRA DE ALMEIDA, *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* cit. (nota 197 supra), p. 97, se refere ao valor das “antecipações” como taxas de serviço ou taxa de administração. Exemplifica com a prática adotada por algumas cooperativas, que as reuniões do Conselho de Administração ou Estatuto fixam uma taxa percentual a ser deduzida do resultado obtido com a colocação da produção ou do serviço no mercado. De acordo com essa sistemática, as sobras e perdas são auferidas em função do percentual retido ser superior ao que efetivamente se gastou no exercício ou inferior. Esse critério de fixação de uma taxa fixa nem sempre é viável, segundo a atividade da cooperativa. Nesse sentido, W. FRANKE, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), p. 18, observa: “O cálculo imediato do custo de cada prestação é, por vezes, difícil, senão impossível. A instabilidade dos preços, decorrente de uma mudança na conjuntura, pode frustrar as mais cautelosas previsões. Assim, o princípio que passou a vigorar nas cooperativas de consumo, não é o fornecimento a preço de custo, mas a preço de mercado, o que, em regra dá lugar à formação de um excedente em poder da cooperativa. Nas de venda em comum, utilizou o sistema de atribuição de um adiantamento – um preço básico – de montante previsivelmente inferior ao preço de venda. Nas de produção, os salários pagos aos cooperados são salários correntes. No encerramento do balanço do exercício verifica-se um excesso de receitas sobre as despesas. O excesso se faz à custa das economias cooperadas, em contradição com a situação de funcionamento ideal em que, mediante cálculos de custo exatos, o balanço da cooperativa fecharia *plus-minus zero*.”

²²⁴ O artigo 21, VI, LCB, determina que os estatutos sociais das cooperativas estabeleçam a forma de devolução das sobras registradas aos associados.

²²⁵ I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5264-65.

E, desse modo, o cooperado terá direito ao excedente sobre o valor do bem que disponibilizou à cooperativa (para que esta o oferecesse no mercado) em relação ao preço que foi antecipado. Nesse sentido, R. L. BECHÓ²²⁶ acresce:

O importante a ser observado é a filosofia por trás da distribuição dos resultados: os associados têm o direito de receber de volta os resultados obtidos pela cooperativa sobre suas movimentações (sobre seu trabalho, sobre seus produtos, sobre seu consumo etc.). Se ele não receber essa *devolução*, os resultados devem ficar para a cooperativa e nunca ser dividido. O que é vetado pelo sistema é que outras pessoas, outros associados, se beneficiem do resultado do esforço alheio, o que é contra toda a filosofia da cooperação.

Desta forma, observa-se que as vantagens econômicas dos sócios são obtidas pela valorização do preço do serviço ou bem prestado pelos cooperados à cooperativa, pelas sobras (se houver) e pela retribuição dos juros na proporção do capital desembolsado por cada um dos sócios²²⁷. Diferencia-se do regime das sociedades capitalistas por não haver a distribuição direta dos resultados do exercício global da atividade econômica cooperativa, nem uma remuneração fixa pela prestação, pois o recebimento dessas vantagens econômicas dependem das sobras e dos gastos havidos no exercício. E nem mesmo quando há benefícios equiparam-se ao regime das sociedades capitalistas, uma vez que são destinados (no todo ou em parte) aos fundos obrigatórios, medida essa que se reveste, como se verá adiante, de um interesse geral em favor dos associados e da natureza mutualística.

O disciplinamento jurídico do rateio das sobras, perdas e despesas, está tanto na LCB²²⁸, como no CC²²⁹. A LCB traçou um sistema em que a sociedade cooperativa poderá

²²⁶ *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), pp. 100.

²²⁷ A retribuição dos juros ao contrato social deriva do princípio da participação econômica dos sócios, traduzindo uma série de regras entre as quais está a retribuição pelo capital aportado. Essa retribuição será limitada sobre o capital entregue como condição para ser sócio. I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), p. 5.264, comenta que na legislação estatal espanhola a remuneração é fixada contabilmente como gasto da cooperativa e é limitada à porcentagem máxima de 6% (artigo 48). No Brasil, depois de muita controvérsia, esse tema foi superado com o código civil, que acabou com a limitação dos juros, antes preponderantemente fixado à razão de doze por cento.

²²⁸ Nos artigos 80: “As despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio, na proporção direta da fruição dos serviços. Parágrafo Único. A cooperativa poderá, para melhor atender à equanimidade de cobertura das despesas da sociedade, estabelecer: I - rateio, em partes iguais, das despesas gerais da sociedade entre todos os associados, quer tenham ou não, no ano, usufruído dos serviços por ela prestados, conforme definidas no estatuto; II - rateio, em razão diretamente proporcional, entre os associados que tenham usufruído dos serviços durante o ano, das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do

diferenciar as despesas gerais das proporcionais. Enquanto que as despesas gerais são devidas por todos os sócios anualmente, independentemente da participação ou realização de algum ato cooperativo; as proporcionais só são obrigatórias para aqueles que usufruíram dos serviços da sociedade cooperativa, após o abatimento das despesas gerais. Assim sendo, a norma estabelece, ainda, que haverá o rateio proporcional das sobras líquidas ou dos prejuízos verificados no balanço do exercício, devidas para os sócios, excluídas as despesas gerais.

Saliente-se ainda que os prejuízos decorrentes da participação dos sócios nas atividades econômicas (operacionais), verificados durante o exercício social, serão cobertos pelo Fundo de Reserva e, *subsidiariamente*, pelos sócios, por meio de rateio na razão direta dos serviços usufruídos²³⁰.

O regime econômico determinado para os atos não-cooperativos é diverso do anterior, sendo o resultado do fornecimento de bens ou serviços a não-associados, e da participação em sociedades não cooperativas, públicas ou privadas, destinado ao Fundo de

exercício, excluída as despesas gerais já atendidas na forma do item anterior.”; 81 “A cooperativa que tiver adotado o critério de separar as despesas da sociedade e estabelecido o rateio na forma indicada no parágrafo único do artigo anterior deverá levantar separadamente as despesas gerais.”; e 89: “Os prejuízos verificados no decorrer do exercício serão cobertos com recursos provenientes do Fundo de Reserva e, se insuficiente este, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos, ressalvada a opção prevista no parágrafo único do art. 80.”.

²²⁹ O código civil prevê no art. 1.095, § 1º, que “será limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.”.

²³⁰ W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), p. 88, salienta que o artigo 1.095 teria trazido uma nova interpretação para o sistema de rateio das perdas das sociedades cooperativas, uma vez que os sócios deverão arcar com valores superiores às quotas-sociais, devendo guardar proporcionalidade com a sua participação nas operações nas cooperativas. Veja: “A conceituação da responsabilidade limitada dos sócios, que sempre se admitiu como não ultrapassando ao total das cotas-partes subscritas pelos associados, e que pelo regime do Decreto-lei 59 de 1966, foi acrescida de uma responsabilidade subsidiária até o valor dos prejuízos verificados em proporção às operações efetuadas – regra essa que o anteprojeto consagrou, mas que não foi adotada pela Lei n. 5.764/71, posto que assim atendida aos reclamos do movimento cooperativista inconformado com tal gravame legal, causador de desânimo, e impeditivo do ingresso de novos associados nas cooperativas.”. Em sentido contrário, R. L. BECHO, *Elementos de direito cooperativo*, p. 198, não vê diferença substancial entre o tratamento do CC e da LCB e sustenta que se mantém a limitação da responsabilidade do sócio pelas dívidas operacionais de forma proporcional à sua quota-parte. Independentemente dos argumentos de cada corrente doutrinária, entende-se que a proporcionalidade deverá ocorrer em função das operações sociais e não do capital social e que a contribuição do código civil foi explicitar essa regra, que estava sendo esquecida pela interpretação da LCB. Desta feita, para não servir como desestímulo ao ingresso de novos sócios, os fundadores devem considerar essa regra na elaboração do regime econômico da cooperativa e desenvolver normas precisas sobre o sistema de rateios e imputação de perdas, com pagamentos imediatos e mediatos nos exercícios sociais. Voltar-se-á ao estudo do tema na 3ª parte, subcapítulo 3.1, sobre a responsabilidade dos sócios.

Assistência Técnica, Educacional e Social, com contabilidade separada e regime fiscal próprio. São benefícios ou perdas sociais da cooperativa a não dos sócios, uma vez que a cooperativa atua no mercado em nome e conta própria, e os sócios, em tese, não deveriam assumir o risco pela gestão dos resultados econômicos. Nada obstante isso, segundo a legislação brasileira, diante do prejuízo de tais operações, há três possibilidades: ser suprido pelas reservas obrigatórias, ser contabilizadas para que seja absorvido no exercício subsequente ou, então, ser rateado pelos cooperados²³¹.

O patrimônio social da cooperativa é formado pelo conjunto de bens materiais e imateriais, direitos e obrigações avaliáveis em dinheiro, montante, esse, que é variável e está sujeito às vicissitudes da atividade empresarial. O patrimônio da cooperativa é composto por aportes dos sócios ao capital social (obrigatórios e voluntários, incluindo os fundos repartíveis), das quotas de ingresso e periódicas; de ativo imobilizado; dos excedentes do exercício com os quais se dotam os fundos e reservas; dos juros sobre o capital social (que são limitados, porém permitidos por lei) etc.

Segundo D. M. M. APARÍCIO MEIRA²³², apresenta-se como um fundo real, variável, que só será caracterizado ao levantar o balanço, e o seu traço específico está na sua formação por patrimônio repartível e irrepartível. Enquanto que o patrimônio repartível é

²³¹ O sistema de rateio do direito brasileiro é alvo de críticas, por haver mistura de contas e operações. Nesse sentido, W. BULGARELLI, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), pp. 82-3, registra a imperfeição da redação do sistema de rateios das despesas e distribuição de sobras, que naturalmente só poderá haver após o rateio das despesas e só terá direito quem tiver participado das operações. Justifica que a doutrina cooperativista pleiteava a possibilidade das cooperativas dividirem as suas despesas em gerais e operacionais, rateando as primeiras entre os associados indistintamente, operassem ou não com a cooperativa, e as segundas apenas entre os que efetivamente lhe deram causa, ou seja, aqueles associados que operaram com a cooperativa. A lei consignou esta forma de maneira facultativa, podendo adotá-la as cooperativas que o queiram, mas infelizmente, a má compreensão dessa divisão levou os técnicos governamentais a modificar a redação original do anteprojeto, estabelecendo confusão entre a divisão de despesas e distribuição de sobras. M. C. LADEIRA DE ALMEIDA, *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* cit. (nota 197 supra), p. 98, por sua vez, em relação ao rateio das despesas das atividades extracooperativas entende que o cooperado paga duplamente, subvencionando o prejuízo de uma atividade não cooperativa e que para evitá-lo a cooperativa deverá suspender as atividades diante dos prejuízos sociais. Sugere a criação de um fundo de resultado de operações não cooperativas, indivisível e destinado à compensação entre os resultados positivos e negativos dos atos não cooperativos, sendo uma parte dele destinado ao fundo. Concorde-se que o sistema estabelecido de rateios da lei brasileira é confuso e que poderia ser mais detalhado, com regras claras para o rateio decorrente da participação dos sócios na atividade cooperativa – que seguiria a regra da proporcionalidade; e o rateio das despesas sociais gerais (que envolveria a atividade econômica da sociedade cooperativa), especificando a responsabilidade subsidiária dos sócios, que é limitada a sua participação no capital social ou ilimitada, e aperfeiçoando os mecanismos jurídicos de proteção ao patrimônio dos sócios.

²³² *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), pp. 87-91.

constituído pela parte correspondente ao capital social que cada sócio trouxe para a cooperativa, mediante a integralização das quotas sociais e que forma, em certas condições, as reservas livres que as cooperativas eventualmente constituem; o irrepartível abrange os ativos correspondentes à reserva legal e à reserva de educação e formação cooperativas. Esse último se mantém irrepartível durante a vida da cooperativa até a liquidação dela, não podendo ser apropriado individualmente por privilegiar o caráter social cooperativo, mesmo quando a cooperativa desaparecer, sem que suceda qualquer outra cooperativa nova.

Assim, as reservas correspondem aos valores de origens diversas (embora geralmente vinculados aos ganhos gerados pela atividade econômica da sociedade) que, por imposição legal ou contratual, os sócios não podem ou querem distribuir²³³.

No direito brasileiro há previsão de duas espécies de fundos legais obrigatórios, os fundos de reserva (para os quais a lei exige que lhe seja direcionado o valor mínimo de dez por cento) e o fundo de assistência técnica, educacional e social (cujo percentual mínimo é cinco por cento).

O primeiro deles será responsável pelo pagamento dos prejuízos da cooperativa, com a função econômica de fortalecer o patrimônio da cooperativa. É alimentado por um percentual dos excedentes e dos resultados das operações realizadas com não-sócios (benefícios), das deduções dos aportes obrigatórios em caso de baixa não justificada e as quotas de ingresso periódico. Essa espécie de reserva se destina à cobertura de eventuais perdas de exercício, evitando que seja afetado o capital social existente²³⁴.

Já o segundo, o objetivo é a realização de atividades sociais, relacionadas ao cooperativismo (formação e educação do sócio e dos trabalhadores sobre os princípios e

²³³ D. M. APARICIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), p. 199.

²³⁴ D. M. MOREIRA APARÍCIO, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), pp. 204-205, destaca essa função da seguinte forma: “Explicitando um pouco mais: se a cooperativa tiver perdas, tal implicará que, no encerramento do exercício, exista na cooperativa um patrimônio de menor valor do que aquele que existia no início do mesmo exercício. Logo, a garantia real dos credores, que é o patrimônio, estará diminuída pelo valor da perda. Nestes casos, ao utilizar a reserva legal para cobrir as perdas, evita-se que as mesmas atinjam directamente o capital social. Sendo assim, a reserva legal, como muito bem escreveu AMEDEU BASSI, servirá de <<almofada de protecção do capital social>>”.

valores cooperativos), treinamentos sobre o desenvolvimento dos fins da sociedade (formação e educação dos sócios e trabalhadores em matéria relacionada à atividade societária ou técnicas empresariais) e atividade de interesses gerais. Compõe-se de valores decorrentes das sobras e dos benefícios cooperativos, das sanções econômicas impostas pela cooperativa, às doações, ajudas, rendimentos de bens, os resultados dos atos não cooperativos (negócios jurídicos realizados com terceiros e participações em outras sociedades não cooperativas).

A constituição dessas reservas obrigatórias se destina à educação e promoção do cooperativismo, derivado do quinto princípio da ACI: “as cooperativas proporcionam educação e formação aos sócios, aos diretores e empregados que possam contribuir de forma eficaz ao desenvolvimento das cooperativas, especialmente dos jovens e líderes de opinião, de natureza e benefícios da cooperativa.”. A formação do fundo, portanto, justifica-se pela finalidade educativa sobre os princípios e valores cooperativos ou de matérias específicas de suas atividades, em face da projeção social dos objetivos dessa sociedade em relação à comunidade, da solidariedade entre os sócios atuais e futuros, das necessidades dos sócios das cooperativas e de outros potenciais sócios e do objetivo de difusão ao cooperativismo e à promoção das relações entre as cooperativas.

A previsão de formação dos fundos sociais irrepartíveis permite que as cooperativas tenham as suas reservas obrigatórias e isto fornece uma garantia adicional à organização financeira da cooperativa com vistas à relativa estabilidade do patrimônio social da mesma ²³⁵. Afinal, o patrimônio social das cooperativas é inicialmente composto pela entrada dos sócios no capital social, se a sociedade cooperativa o tiver, ou posteriormente vai se formando com o desenvolvimento da atividade econômica, sendo marcado por oscilações conforme os ganhos ou perdas da sociedade. Se o resultado for

²³⁵ O novo código civil no art. 1.094, VIII, estabelece que o fundo de reserva é indivisível, sem fazer referência ao primeiro. Diante disto, G. KRUEGER, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71* cit. (nota 135 supra), pp. 114-16, questiona se tal omissão não implicaria em retirar a característica de indivisibilidade do mesmo. Além de criticar o dispositivo por desprestigiar a assistência aos sócios, o autor adverte que isto pode gerar fraude. É uma questão nova cujos efeitos serão avaliados com o tempo. Nada obstante o entendimento deste autor, entende-se que a indivisibilidade do fundo de assistência técnica, educacional e social não foi afetada com a redação deste dispositivo, estando expressamente prevista na LCB, art. 4º, VIII.

positivo, as sobras poderão ser distribuídas totalmente ou parcialmente, sendo que uma parte deverá ser conservada para formar as reservas obrigatórias²³⁶.

Demais desses, a LCB permite que os sócios das sociedades cooperativas formem fundos voluntários, rotativos ou não (constituídos pelos sócios, com a disciplina estabelecida em estatuto ou em assembleia geral) – artigo 28, §1º. Trata-se de uma reserva estatutária formada por recursos provenientes de origens diversas, a exemplo da destinação das sobras, contribuição espontânea dos sócios, retenção sobre o movimento financeiro dos sócios ou qualquer outra forma de captação de recursos, com a destinação, aplicação e liquidação fixadas pelos sócios em assembleia. Destina-se a investimentos específicos e suplementares ao capital de giro e a lei não lhes reservar a natureza indivisível ou impenhorável, podendo ser partilhados segundo as normas traçadas pela assembleia geral.

No que diz respeito à noção de capital social das sociedades cooperativas, esta também guarda peculiaridades. Regularmente, o conceito de capital social está associado a uma cifra abstrata e estável do passivo que representa os valores patrimoniais comprometidos, enfim, operando como uma espécie de cifra de retenção que serve de garantia para os credores por obrigar a sociedade a conservar os bens necessários para cobrir a cifra do capital. Contrariamente ao regime do capital social das demais sociedades, o da sociedade cooperativa representa a quantia variável em virtude do princípio da adesão voluntária livre e a sua oscilação independe dos resultados positivos ou negativos da atividade empresarial²³⁷, de modo que a ideia de cifra de retenção é relativizada²³⁸.

²³⁶ D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), pp. 89-91.

²³⁷ Poderá haver aumento do capital porque a situação da empresa é próspera e o patrimônio social é superior à cifra do capital social; ou obrigatória, porque se necessita de novas entradas dos sócios, emitindo-se novas quotas ou títulos de capital. E, ainda, poderá reduzir a cifra para adequar à verdadeira situação patrimonial. Porém, não são essas as razões exclusivas, uma vez que poderá aumentar ou diminuir em função da entrada ou saída do sócio. Nesse sentido, ver D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), p. 92.

²³⁸ Nesse sentido ver, I. G. FAJARDO GARCIA, *La gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra, p. 25; E F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, v. 3 cit. (nota 162 supra), , p. 211,

Segundo I. G. FAJARDO GARCIA²³⁹: “é uma cifra contábil de natureza variável, formada pelo conjunto das aportações obrigatórias e voluntárias dos sócios e (em seu caso) associados”. Apesar da variabilidade do capital social, ele é um recurso próprio da sociedade cooperativa, sendo materialmente formado pelas entradas voluntárias e obrigatórias dos sócios e deverá respeitar as normas previstas no estatuto social, como limites mínimos e máximos²⁴⁰ do capital nominal, formas de subscrição e de liquidação diante da retirada do sócio²⁴¹. É um empréstimo especial dos sócios para a sociedade cooperativa, obedientes ao compromisso social que eles assumem com a sociedade cooperativa, sendo que a sua natureza é de uma dívida não exigível, um capital de risco²⁴².

Demais disso, nem todas as sociedades cooperativas possuem capital social. Isto se deve à ideologia tradicional da cooperativa que a considera uma síntese de associação e

²³⁹ *La gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra), p. 24, em tradução livre de: “cifra contable de naturaleza variable, formada por el conjunto de las aportaciones obligatorias y voluntarias, de sus socios y (en su caso) asociados.”

²⁴⁰ Com a ressalva que a LCB prevê limite máximo para as quotas-partes. Os valores unitários da quota-parte não poderão ser superiores ao maior salário mínimo vigente no país, sendo ainda que nenhum associado poderá subscrever mais do que 1/3 do total das quotas-partes, salvo nas sociedades em que a subscrição deva ser diretamente proporcional ao movimento financeiro do cooperado ou ao quantitativo dos produtos a serem comercializados, beneficiados ou transformados, ou ainda, em relação à área cultivada ou ao número de plantas e animais em exploração. (artigo 24, *caput* e §1º, LCB)

²⁴¹ Segundo M. PANIAGUA ZURERA, *La sociedad cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedad de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), p. 247, as entradas para o capital social são objeto de liquidação e, em virtude disto, poderá variar em conformidade com a situação líquida da cooperativa, sendo um capital de risco do sócio.

²⁴² Essa concepção não é inequívoca, uma vez que há uma corrente doutrinária que entende que o capital social é um empréstimo dos sócios à sociedade cooperativa e será caracterizado um recurso alheio. Consiste em um empréstimo especial dos sócios à sociedade cooperativa, com duração vinculada à permanência dos mesmos, de forma que consistiria em um elemento patrimonial exigível e os sócios terão direito de exigir a devolução a qualquer momento ao se demitirem da sociedade. Nesse sentido, ver: P. BEL DURÁN - J. FERNANDES, *La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas*, CIRIEC 42 (2002), pp. 114-5. Conforme opina D. M. M. APARÍCIO MEIRA, *O regime económico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), p. 97, tal qualificação poderá ser um desestímulo das entradas dos sócios para o capital social, “acentuando-se o problema endêmico das cooperativas que é o da sua sub-capitalização; a consideração das entradas dos sócios como dívidas aumentará o endividamento e a deterioração da sua solvência; dificuldades na obtenção de financiamento externo, uma vez que as entidades financeiras concedem os créditos em função, entre outros, dos recursos próprios da sociedade; aumento do risco de insolvência, dado que, ao aumentar o endividamento pelo incremento do passivo e redução do activo, acentuar-se-á tal risco; muitas ajudas e subsídios que são concedidas às cooperativas exigem determinadas relações entre recursos próprios e alheios. Em sentido contrário a essa corrente, que opina ser um recurso próprio, embora não seja uma fonte estável de financiamento da sociedade cooperativa, devido a variabilidade, em conformidade com as normas de contabilidade: M. C. PASTOR SEMPERE, *La reforma del derecho contable y su repercusión en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas* in REVESCO 90 (2006), pp. 109-141; I. GEMMA FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.243-47 ; M. J. MORILLA JARILLO – M. I. FELIÚ REY, *Curso de Cooperativas* cit. (nota 162 supra), p. 358; e F. V. CHULIÁ, *Ley general de cooperativas*, v. 3, cit. (nota 162 supra), p. 185.

empresa e dispensa o capital social próprio, subscrito e integralizado pelos sócios. Complementariamente a essa ideia, R. NAMORADO²⁴³ observa que o capital não poderá funcionar como barreira à livre associação e à formação de cooperativas de menores portes, com objetivos diversos da produção, circulação e consumo de bens e serviços, que não tenham a necessidade de se organizar de forma mais empreendedora ou por motivo diverso, se constituam como cooperativa.

Essa ideia remanesceu no código civil brasileiro que retirou a obrigatoriedade de capital social mínimo e de valores mínimos da quota parte, derogando o artigo 21, III, da Lei nº 5.764/71²⁴⁴. Com isso, a escolha do regime jurídico da sociedade caberá aos sócios fundadores da cooperativa, se haverá capital social e terá a responsabilidade limitada, ou não haverá e será de responsabilidade limitada.

Entretanto, tal opção não é a medida mais adequada às cooperativas que exercem atividade econômica empresarial, devido à instabilidade que gera para os sócios e credores, funcionando como barreira à atração de aportes de capitais. Nesse sentido, as legislações cooperativas se preocupam em estabelecer mecanismos protetores ao capital social, como um limite mínimo fixo, estabelecido no estatuto social, e que só possa ser modificado por acordo social, após a oposição dos credores; limitações para o exercício do direito de retirada do sócio; a disciplina para a liquidação das quotas-sociais, que poderá ser incrementado com juros ou atualização aos interesses gerados; a impossibilidade de reembolso, se a cooperativa estiver em situação de desequilíbrio patrimonial e não puder fazer frente aos seus credores; entre outras como o estabelecimento de prazo de vinculação aos sócios que saírem para que eles respondam pelas dívidas sociais em relação às dívidas anteriores²⁴⁵. Com tais medidas, o capital social não perde a característica de ser uma garantia a terceiros e, por isso, integra o patrimônio da sociedade cooperativa.

²⁴³ Nesse sentido ver R. NAMORADO, *Introdução ao direito cooperativo – para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Portugal, Almedina, 2000, p. 223.

²⁴⁴ “Art. 21: O estatuto da cooperativa, além de atender ao disposto no art. 4º, deverá indicar: [...] III – o capital mínimo, o valor da quota-parte, o mínimo de quotas-partes a ser subscrito pelo associado, o modo de integralização das quota-partes, bem como as condições de sua retirada nos casos de demissão, eliminação ou de exclusão do associado.”

²⁴⁵ Nesse sentido ver: I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.243-47. Para aprofundamento de leitura: D. M. MOREIRA APARÍCIO, *O regime*

Essas características relativas à organização da sociedade cooperativa e atividade econômica cooperativa são responsáveis pela disciplina própria e diferenciada das demais sociedades que desenvolvem atividade empresarial. Esse regime próprio não anula a empresarialidade da atividade cooperativa, conforme será visto no próximo capítulo.

3 A sociedade cooperativa como empresa

Tendo em vista que empresa é uma realidade econômica, a formulação de seu conceito jurídico envolve elementos da ciência econômica. Longe de ter um conceito unívoco, a empresa é concebida como uma organização social intermediária que combina os fatores de produção e oferece no mercado produtos e serviços com o intuito de gerar ganhos. Desenvolve atividade organizativa que combina o trabalho, o capital e as relações de fato para operar no mercado, produzindo e distribuindo riqueza²⁴⁶.

Para F. FERRARA JUNIOR – F. CORSI²⁴⁷, o conceito de empresa consiste em uma atividade econômica organizada com o escopo econômico. É a atividade profissional que tem por objeto a criação de nova utilidade, ou a troca de bens ou serviços – vantagem em comum que é suscetível de troca –, intermediando a relação entre o produtor e o consumidor. Destina-se, assim, à troca ou ao mercado para determinada classe de pessoas ou para a coletividade²⁴⁸.

Juridicamente, o conceito de empresa é mais complexo, envolvendo diversos subsistemas normativos. Para F. SANCHEZ-CALERO – J. SANCHEZ-CALERO GUILARTE²⁴⁹, a empresa se desmembra em quatro prismas: o subjetivo, quando a empresa é vista como empresário e sujeito de direito apta a firmar contratos; o funcional, sendo uma atividade econômica concreta, por meio da qual se organiza o empresário em caráter permanente para prestar determinado bem ou serviço; o

²⁴⁶ Ver M. OLIVENCIA RUIZ, *El derecho mercantil y derecho de la empresa*, in G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 11 ed. atual, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 25-26, e J. I. FONT GALÁN, *La empresa en el derecho mercantil*, in G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 11 ed. atual, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 56-79; M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* cit. (nota 159), pp. 90-91; F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento*, v. 1, Bologna, Zanichelli Bologna, 2000/2001, pp. 9-10.

²⁴⁷ *Gli imprenditori e le società*, 7 ed., Milano, Giuffrè, 1987, p. 43.

²⁴⁸ O conceito de empresa no direito italiano é formado a partir do artigo 2.082, que conceitua *imprenditore* aquele que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada ao fim de produção ou troca de bens ou serviços (*È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi*).

²⁴⁹ *Instituciones de derecho mercantil* Cit. (nota 164), pp. 96-100.

objetivo, que diz respeito ao conjunto patrimonial, aos bens instrumentos do processo produtivo; e, por fim, o laboral, que corresponde à organização do empresário para o desenvolvimento da atividade econômica empresarial. Também A. ASQUINI atribui à empresa forma poliédrica, apresentando-se como fenômeno com quatro diferentes perfis: o subjetivo (a empresa é interpretada como o empresário ou sociedade empresária); funcional, que vê a empresa como atividade organizada; o perfil objetivo ou patrimonial, que vê a empresa como estabelecimento comercial; e o perfil institucional (corporativo), para quem a empresa é vista como instituição.²⁵⁰

V. CHULIÁ²⁵¹ parte da noção econômica de empresa como uma organização socioeconômica dentro da qual se combinam os fatores de produção e restringe o resultado de êxito, de risco e perdas, sendo muito mais do que simples atividade, ou uma atividade econômica qualificada²⁵². Dessa realidade, conceitua-se a empresa em quatro conceitos ou tipos distintos: o subjetivo, como sujeito da atividade empresarial com confusão entre empresa e a própria sociedade; a organização socioeconômica objeto de direito e sujeita à transmissão unitária e de garantia real (com enfoque patrimonial ao ser patrimônio jurídico, investido e organizado para a produção); como

²⁵⁰ *Profili dell'impresa*, in *Rivista di Diritto Commerciale* 41(1943), 1ª parte, p. 3 e ss. Para outra leitura sobre os perfis da empresa de Asquini, ver: F. K. COMPARATO, *Perfis da empresa – Alberto Asquini – profili dell'impresa*, in *Revista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I.), in *RDM* 104 (1996), pp. 108-126.

²⁵¹ *Introducción al derecho mercantil*, 20ª ed., totalmente rev. adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 220-222.

²⁵² No direito espanhol não há um conceito unívoco, sendo formado a partir de vários subsistemas normativos, como na Constituição, no código civil, legislação mercantil, processual e concursal. A recente legislação concursal (9 de julho de 2003), considera como unidade produtiva, resumindo os elementos universalidade (patrimonial), organização e atividade da empresa (unidade produtiva, com atividade continuada do empresário). O artigo 149.2 a prevê como conjunto de bens organizados para os fins de uma atividade econômica, o que é elogiado pela doutrina por reunir vários essenciais da teoria empresarial. Reconhecendo a dificuldade de reduzir o conceito de empresa a um só, J. I. FONT GALÁN, *La empresa en el derecho mercantil* in G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 11 ed. atual, Barcelona, Ariel, 2006, p. 77, o faz sob o enfoque patrimonial, como uma específica modalidade de riqueza produtiva, constitutiva de um bem ou valor patrimonial de exploração (unidade produtiva), resultado da materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho organizativo dos distintos fatores produtivos, faculdades, poderes e técnicas jurídicas, bem como de atividade de produção e intermediação de bens e serviços para o mercado através do estabelecimento mercantil. Esse valor patrimonial de exploração se sustenta em três suportes: o empresário (sujeito organizador), o estabelecimento (objeto organizado) e a organização. Como se vê, o sistema espanhol é contrário ao italiano, sendo a empresa comumente associada à organização de atividade econômica criada e dirigida por empresário, além da contribuição deste em termos de projeto empreendedor e sustentação financeira. A atividade cria a organização, que é a criação imaterial do empresário.

organização objetiva integral de todos os ativos e passivos e dos estabelecimentos da empresa; e como atividade empresarial mesma, produzida como reflexo do mercado concorrencial.

As medidas adotadas revestem de complexidade técnica e pretendem lograr a aplicação sem demora a múltiplos processos judiciais em curso, caracterizados pela presença de numerosas partes processuais e respeito a acordos Financeiros alcançados entre as partes com autonomia de vontade. Essas circunstâncias resultam indispensáveis na conjugação de necessária segurança jurídica que precisam os agentes econômicos para a adoção de decisões econômicas tão relevantes, concernente aos processos concursais, com a necessidade de se beneficiar de imediato das possibilidades que les abrem com a entrada em vigor de dita norma.

Dessas noções, é possível extrair os elementos que caracterizam a empresa. O primeiro deles consiste na “organização da produção”. A partir da atividade organizativa dos elementos pessoais, materiais e imateriais, o empresário pode realizar a atividade produtiva lícita e colocar bens e serviços no mercado, em conformidade com a respectiva legislação.

O segundo é a “atividade profissional”, que corresponde ao fato de a organização dos bens e serviços sair do campo pessoal para ser reconhecida por terceiros. A atividade empresarial é realizada profissional e externamente, sendo a atividade principal desenvolvida de modo contínuo e ininterrupto para atingir a um público. É auferida pela execução em conformidade com um plano para atingir determinado resultado, pela exteriorização da atividade e a finalidade econômica.

Inicialmente, havia a noção de que a produção ou circulação só seria viabilizada se disposta ao mercado. Assim, era requisito indispensável para a caracterização dos elementos de empresa e a prestação de bens ou serviços para terceiros, e não para uso próprio. Dessa concepção estrita, evoluiu-se ao conceito de autonomia e autonomia empresarial, para contemplar as hipóteses das sociedades mútuas cujo objeto preponderante é a satisfação dos seus sócios. Dentro desse conceito, a atividade passou a ser considerada produtiva e empresarial quando é

realizada a um público específico com repetição constante e sistemática dos atos de empresa, sendo desenvolvida de modo autônomo, com organização própria e separada da produção tipicamente pessoal²⁵³.

Em relação à economicidade, trata-se de um conceito atual correspondente ao tradicional intuito lucrativo, pois originariamente a empresa era conceituada como organização de capital e trabalho, destinada à produção e circulação de bens e serviços que tinha a finalidade lucrativa. Logo, verificou-se que esse conceito restringia a categoria de empresa, excluindo aquelas organizações sem o fim lucrativo direto, mas que tinha objetivos econômicos e exerciam atividade empresarial de fato, tendo em vista a economia social de mercado e a necessidade de os agentes econômicos serem produtivos e eficientes.

Sobre esse tema, F. GALGANO²⁵⁴ observa que o caráter lucrativo foi reduzido a um critério supérfluo na caracterização da atividade econômica, considerando-se a adoção do critério da economicidade da atividade, pois o intuito econômico pode consistir no lucro, em uma vantagem patrimonial, num escopo egoístico ou mesmo não altruístico. A economicidade da atividade empresarial advém da atividade produtiva, que se organiza com o objetivo de que as entradas sejam superiores ao custo de produção e que a atividade produtiva alimente-se de seus próprios recursos. Esse critério verifica-se nas sociedades mútuas, especialmente nas sociedades cooperativas, que não objetivam o lucro e nem sempre um incremento patrimonial, mas que muitas delas têm por objetivo a economia, evitando a diminuição patrimonial.

²⁵³ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento* v. 1, Bologna, Zanichelli Bologna, 2000/2001, p. 27. Também: F. FERRARA JÚNIOR– F. CORSI, *Gli imprenditori e Le società* cit. (nota 247 supra), p. 40; e M. BROSETA PONT, *La empresa – la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 167; e P. VERRULOCI, *La società cooperativa* cit. (nota 192 supra), pp. 67-9.

²⁵⁴ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento* cit. (nota 253 supra), pp. 21-2. Sobre a ampliação do conceito lucrativo e o fim econômico existente em todas as empresas na economia social de mercado, ver também: F. FERRARA JÚNIOR– F. CORSI, *Gli imprenditori e Le società* cit. (nota 247 supra), p. 43; J. I. FONT GALÁN, *La empresa en el derecho mercantil* cit. (nota 252 supra), p. 56-79; M. BROSETA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* cit. (nota 159 supra), p. 138.

Assim, esse requisito foi sendo ampliado para o econômico, gerando uma abertura na noção de empreendedor. P. VERRULOCI²⁵⁵ complementa que a falta do escopo de lucro e da gestão por conta própria na cooperativa não retiram a sua essencialidade de empresária, que é perseguida com um intuito de economia, substituindo-se o escopo de lucro imediato pelo escopo social da empresa. E, com isso, a noção de empresa se estendeu às empresas cooperativas, que necessitam de uma organização empresarial para obter tais resultados sociais e econômicos, sendo produtivas e eficientes no mercado competitivo.

E, por fim, está a atuação em nome próprio do empresário. A empresa é o fator objetivo, a organização e a atividade e o empresário o sujeito ativador dessa instituição social. A empresa é desenvolvida sob o comando de um empresário, pressuposto essencial para o exercício da atividade. O *imprenditore* foi introduzido no Código Civil Italiano (art. 2082) como figura central do sistema econômico, responsável pelo desenvolvimento da atividade empresarial, pelo exercício profissional da atividade empresarial²⁵⁶. É a pessoa física ou jurídica que exerce a gestão política e econômica da empresa, dirigindo-a sob o próprio risco. Organiza os elementos da empresa, responsável pelo desenvolvimento da atividade produtiva (criativa de riqueza) e intermediadora da circulação de bens e serviços²⁵⁷.

Como se percebe, a noção atual de empresa abrange as diversas formas societárias de empreendedor, incluindo as sociedades cooperativas. Embora essas sociedades sejam mútuas e disponham de regime próprio, consoante cada ordenamento jurídico, elas são organizadas na forma empresarial, exercendo atividade de empresa.

Isso porque os empreendedores (sócios da sociedade cooperativa) se reúnem entre si em cooperação e assumem o risco de uma atividade econômica, que é

²⁵⁵ *La società cooperativa* cit. (nota 192 supra), pp. 67-9.

²⁵⁶ Art. 2.082, Código Civil Italiano: “Imprenditore. – È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.”

²⁵⁷ Nesse sentido, ver F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento* cit. (nota 253 supra), p. 12; M. BROCELA PONT – F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil* cit. (nota 159 supra), pp. 90-91. E também: F. SÁNCHEZ CALERO – J. CALERO GUILARTE, *Instituciones de derecho mercantil* cit. (nota 164 supra), p. 102.

estruturada racionalmente para adquirir ou disponibilizar produtos ou prestar serviços para o mercado ou a um público específico. Suprem o elemento “organização”, pois os sócios da sociedade cooperativa organizam os fatores de produção e aproveitam a disposição de trabalho e habilidade de cada um dos sócios para o exercício do objeto social. Pela organização dos fatores de produção, gera-se o produto que é oferecido ao público alvo da cooperativa, que são terceiros em relação à atividade de empresa, muito embora a atividade seja tenha o interesse de satisfazer os seus objetivos.

A sociedade cooperativa organiza-se para exercer o objeto social com continuidade e estabilidade, atendendo a um público específico como intermediária entre os produtores ou prestadores e usuários finais. Há a exteriorização do resultado da atividade econômica principal, pois esse ente autônomo *cooperativa* executa o objeto social, vendendo (ou adquirindo) os produtos ou serviços em nome próprio para o usuário final. Sem contar que o profissionalismo é essencial para o seu avanço no mercado, pois a sociedade concorre em condições equivalentes com outras empresas, independentemente da forma adotada por essas e do tamanho das mesmas.

A doutrina italiana chegou a questionar a caracterização da empresarialidade de alguns tipos de cooperativas cuja atividade é voltada exclusivamente para os sócios (mutualidade pura), como as cooperativas de consumo que não operam com terceiros e das cooperativas habitacionais por conta dos associados – que não sejam incorporadoras imobiliárias. Opinava que essas cooperativas seriam carentes do requisito da destinação ao mercado dos bens e serviços e, portanto, era inaplicável a disciplina do empreendedor.²⁵⁸

Em sentido contrário, F. GALGANO²⁵⁹ argumentou que apesar de construir unidades autônomas destinadas aos seus sócios, sendo os sócios produtores e usuários, eles produzem por meio de um grupo organizado (como empresa) e são usuários como singulares. Assim, são simples usuários que pagam o produto a preço de mercado, para cobrir o custo de produção, havendo uma relação de troca que consiste em atividade

²⁵⁸ Nesse sentido, P. VERRULOCI, *La società cooperativa* cit. (nota 192 supra), p. 69.

²⁵⁹ F. GALGANO, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento* cit. (nota 253 supra), p. 27.

produtiva de assumir o objetivo característico da economicidade, entre grupo e singular. A corrente majoritária da doutrina e jurisprudência italiana adotou esse entendimento, considerando que a sociedade cooperativa será sempre qualificada como empresa, independentemente da modalidade ou meio pelo qual o objeto social seja perseguido. Existe uma complexa atividade desenvolvida pela cooperativa em função dos interesses dos sócios, com diferença entre a *fattispecie* da empresa individual e societária, “em relação a qual a suposta identidade entre a sociedade e os sócios é somente uma construção lógica, não um dado de realidade”.²⁶⁰

Demais disso, como visto, há o intuito de percepção econômica de forma diferenciada. Por intermédio da cooperativa, viabilizam-se as relações de trocas referentes ao desenvolvimento do objeto social da sociedade cooperativa (o ato cooperativo em si). Os sócios são ao mesmo tempo gestor da empresa e usuários, sendo a percepção econômica proporcional à produção de cada sócio e do total dos sócios. O preço é fixado pelo mercado ou de acordo com a medida de custo do produto, e devolvido ao sócio o retorno do excedente de produção. Assim, há finalidade econômica na sociedade cooperativa, manifestada pela economia que se realiza em um menor custo na aquisição dos bens ou de valorização do serviço dos sócios em detrimento do mercado²⁶¹.

²⁶⁰ Tradução livre de: “[...] *in rapporto al quale la supposta identità tra società e soci è solo una costruzione logica, non un dato della realtà.*”. G. TATARANO, *L'impresa cooperativa – trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da – Antonio Cicu, volume XXX, t. 3, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2003, (Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni), pp. 101-102.

²⁶¹ Nesse sentido, F. SÁNCHEZ CALERO – J. CALERO GUILARTE, *Instituciones de derecho mercantil* cit. (nota 164 supra), p. 106, observa que a sociedade cooperativa é empresa porque tem o ânimo econômico, apenas excluindo-se o intuito lucrativo por opção do legislador. A forma está prevista por lei independentemente da correspondência nos fatos. Assim, por exemplo, cita as sociedades limitadas e anônimas sempre são empresariais, embora nem todas exerçam sempre o intuito de lucro, bem como as sociedades cooperativas de consumo, que são cooperativas que os sócios perseguem “lucro” por meio da economia, ou seja, comprem da cooperativa produtos a preço menor do que o mercado, embora não tenham esse ânimo de lucro na forma da lei. No direito brasileiro, W. Franke, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), p. 8, é categórico, ao afirmar que para o solidarismo cooperativista as funções econômicas são essenciais à organização cooperativista e que não devem ser prejudicadas pelos objetivos meta-econômicos (educativos e culturais), concluindo que: “a obtenção de vantagens econômicas em favor das economias associadas é o escopo fundamental das sociedades cooperativas. A realização dos objetivos éticos, que se incluem na integralidade de seus fins, depende, em última instância, da força do substrato econômico e do grau de poder financeiro que, mediante uma administração tecnicamente categorizada, a cooperativa saiba alcançar no mundo dos negócios.”

Por fim, P. VERRULOCI²⁶² complementa que a cooperativa é uma empresa em sentido econômico e jurídico. Tem a estrutura montada para atingir uma funcionalidade diferenciada, pois atua com o objetivo de satisfazer o interesse de seus membros. E assim o é, por exemplo, ao seguir os princípios de portas abertas e de capital variável. Não opera de forma beneficente ou como instituição de caridade, ao contrário, com uma organização desenvolvida objetivamente na forma típica de organização de troca, com fins econômicos. E conclui colocando os seguintes pontos essenciais para a presente análise:

- a) a cooperação econômica postula a existência de uma organização de empresa;
- b) a organização na forma de cooperativa não constitui, desde um ponto de vista econômico, uma nova noção ou categoria de empresa econômica;
- c) a empresa em forma cooperativa não se distingue, nos reflexos exteriores, da empresa econômica em forma ordinária;
- d) a organização de empresa na forma de cooperativa se resolve na estrutura do sujeito empreendedor, formada por usuários da atividade de empresa: esta estrutura é ordenada não em vista da busca de um lucro ilimitado da parte destes, mas somente como meio de conceder a cada um deles uma vantagem econômica em razão, essencialmente, do volume das “ocasiões de incremento” respectivamente fornecido pela empresa; e
- e) a organização cooperativa de empresa postula a existência de uma categoria, ou grupo, em sentido sociológico e a relação funcional com esta.

Diante desses conceitos, tem-se que algumas cooperativas necessitam de uma organização empresarial para realizar a sua atividade típica, para ser funcional e atingir o resultado para o qual foi constituída. E, que essa organização empresarial atinge o mercado, aparece para terceiros como uma empresa em seu sentido

²⁶² Tradução livre de P. VERRULOCI, *La società cooperativa* cit. (nota 192 supra), p. 64: “*Tutto ciò sarà più avanti (§ 2) ampiamente illustrato. Ma intanto si possono stabilire dei punti fermi indispensabili per l'indagine giuridica del fenomeno cooperativo: a) la cooperazione economica postula l'esistenza di un'organizzazione d'impresa; b) l'organizzazione in forma cooperativa non costituisce, da un punto di vista puramente economico, una nuova nozione o categoria d'impresa economica; c) l'impresa in forma cooperativa non si distingue, nei riflessi esteriori, dall'impresa economica in forma ordinaria; d) l'organizzazione d'impresa in forma cooperativa si resolve nella struttura del soggetto imprenditore, formato da utenti dell'attività d'impresa: tale struttura è ordinata non in vista della ricerca di un profitto illimitato da parte di questi, ma solo in guisa da consentire a ciascuno di essi un vantaggio economico in ragione, essenzialmente, del volume di <<occasioni di incremento>> rispettivamente fornito all'impresa; e) l'organizzazione cooperativa d'impresa postula l'esistenza di una categoria, o gruppo, in senso sociologico e il collegamento funzionale con questa.*”

econômico e jurídico. Cumpre uma função econômica e social, ao ingressar no mercado de forma profissional, não sendo a natureza jurídica da sociedade (peculiaridade da disciplina jurídica interna da cooperativa em relação a seus sócios) que afetará essa relação com terceiros e o tratamento desse ente como empresa.

Portanto, demonstra-se a atividade empresarial desenvolvida pela empresa cooperativa na realidade, independentemente da qualificação jurídica recebida. E, como tal, que essa empresa tem participação no mercado e é comprometida com terceiros, estando sujeita ao risco das oscilações do mercado, às crises financeiras e econômicas²⁶³.

²⁶³ Cita-se como exemplo o grupo Mondragón. Tendo surgido em 1956 por José Maria Arizmendiarieta, em Mondragón, Giupúzcoa, atualmente é composta por duzentas e sessenta empresas cooperativas e entidades, formando o primeiro grupo empresarial do País Vasco e ocupando o sétimo lugar no ranking das principais empresas espanholas com estabelecimentos empresariais nos quatro continentes. O grupo é composto por cooperativas de várias áreas, a exemplo da: área financeira – de crédito (Caja Laboral) e de previdência social (Caja Laboral); na área industrial – cooperativa de produção de eletrodomésticos (Fagor Electrodomésticos); de distribuição de produtos alimentícios (Eroski); de educação e conhecimento (Garaia, Mondragón unibersitatea); serviços internacionais (Mondragon Internacional); serviços de assistência técnica (Odoan Servicios); serviços de engenharia de telecomunicação (Mondragon Sistemas de Información); serviços de engenharia (Tecnilagun), entre outros. Segundo dados informados pela Mondragón, o grupo gerou 103.731 postos de trabalho em 2007 e arrecadou, a título de fundos no quinquênio 2003-2007, 156,7 milhões de euros. Em termos de ingresso financeiro, atingiu em 2007 um total de 15,056 milhões de euros na área industrial e de distribuição; 4.682 milhões de euros na área de vendas internacionais; e 13, 467 milhões de euros dos serviços financeiros da Caja Laboral.

4 A sociedade cooperativa: empresa de economia social

A cooperativa é uma sociedade de pessoas, não lucrativa, com contornos típicos – orientados por princípios e valores cooperativos – com enfoque na finalidade social, incluindo o entorno social direto (cooperados), indireto (empregados, consumidores, fornecedores e coletividade) e o cooperativismo. Nesse sentido, destaca-se a sua característica mutualística: (a) revelada no sentido original, pelo intercâmbio recíproco de prestações entre os pólos subjetivos, com os sócios participando da atividade cooperativa e tendo retornos sociais e econômicos em decorrência dessa participação – com comprometimento com a gestão do serviço; e (b) em seu sentido altruístico (de mutualidade mais ampla), remetendo-se aos princípios do *interesse pela comunidade e cooperação entre cooperativas* e à constituição de fundos de reservas irrepatriáveis.

Ademais, é uma sociedade concebida como um instrumento de valorização da participação dos sócios, com uma vinculação entre a condição de sócio e a participação ativa no processo de produção de riqueza, traduzidas no *princípio do retorno* e no de um *voto por pessoa* – com a tomada de decisões apóia no princípio de gestão democrática (um voto por pessoa). Por essa organização, os cooperados que obtêm o fortalecimento econômico que precisavam e os serviços sociais sem intermediários, com espaço no mercado para exercer atividades empresariais. Pode-se dizer, assim, que a cooperativa contribui no processo de formalização dos agentes produtivos e de inserção no mercado produtivo, além de permitir o acesso ao crédito, habitação, mercado de consumo e de produção, assegurando os direitos constitucionais sociais e econômicos.

Vale ressaltar que essa dimensão social não é incompatível com o regime de empresarialidade da sociedade. Ao contrário, como visto, requer uma gestão profissionalizada e que disponham de estrutura com instrumentos técnicos, de pessoal especializado e adequados recursos financeiros, que adotem eficientes critérios de gestão. Como os serviços e produtos prestados por entidades não lucrativas não se diferenciam do plano mercadológico de serviços e produtos de empresas com fim de lucro, estas devem se

preocupar com a gestão administrativa e financeira os recursos que recebem para ter condições de competir com as demais empresas.²⁶⁴

Essa natureza da sociedade cooperativa, com as especificidades relacionadas à forma societária e à organização empresarial, e a utilidade social de seus produtos e serviços, caracteriza-lhe como *empresária social* ou *de economia social*. É a cooperativa uma sociedade que desenvolve atividade empresarial com estrutura democrática e que concilia os interesses econômicos com sociais, assumindo responsabilidade social. Nesse sentido, A COM (2004) 18 da União Europeia (Comunicação da Comissão relativa à promoção das Cooperativas na Europa) cita as cooperativas como exemplo de empresa que segue simultaneamente objetivos empresariais e sociais complementarmente. Demais disto, destacam a importância dessa empresa para a economia agrícola e o desenvolvimento de regiões em dificuldades econômicas, tendo em vista a estrutura destas e a potencialidade de contribuir para o aumento do nível de emprego e coesão social (no ponto 4).

Nesse contexto, acresce-se que a cooperativa vem sendo relacionada como um dos agentes da *economia social* – agentes que se localizam entre os âmbitos da economia privada e pública, incluindo-se àqueles que atuam como empresas no mercado, não possuem finalidade lucrativa, organizam-se mediante uma gestão democrática e ajuda mútua, e o desenvolvimento de sua atividade envolve destacado interesse social.

O estudo da economia social se originou em França nas últimas décadas (na forma atual, a partir de 1970) vem sendo objeto de uma crescente atenção por parte da comunidade científica em países como a França, Bélgica, Canadá e Espanha, com expansão para países da América Latina.²⁶⁵ Esse movimento vem se solidificando com o desempenho integrado dos agentes internacionais e Estados, tendo em vista os marcos jurídicos constitucionais como Estados Sociais e Democráticos de Direito, que com base nos efeitos sociais da atividade dos agentes de economia social, estabelecem programas

²⁶⁴ Ver F. PERNAZZA, *Il ruolo dell'impresa sociale nel quadro degli enti no profit nell'ordinamento italiano in RDM 145* (2007), pp. 50-59.

²⁶⁵ J. L. MONZÓN, *Cooperativas, economia social y globalización in Fundación Iberoamericana de La Economía social Economía social y cooperación al desarrollo en Iberoamérica – papel de la Fundación Iberoamericana de la economía social*, Madrid, Fundibes, 2004, pp. 13-25. Sobre o tema, ver: P. MORGADO PANADERO, *la economía social y su marco legal*, in P. MORGADO PANADERO (Dir.) – L. BOURGOS ROSADO (Coord.), *Economía social y cooperativismo*, Salamanca, Lex Nova, 2004, pp. 35-45.

públicos para fortalecer determinados segmentos da economia e conceder tratamentos especiais para os agentes que pretendam se submeter ao regime jurídico aplicável.²⁶⁶

Em relação a esse movimento, os novos conceitos e seus contornos, R. NAMORADO observa que diversos países europeus avançaram com caminhos semelhantes, embora com particularidades relevantes, até que a economia social conquistou um espaço próprio da União Europeia, a partir das coberturas diversas em conferências européias. Acrescenta que nos países anglo-saxões a não lucratividade ganhou relevância como elemento distintivo ao conjunto das organizações que recebia tratamento autônomo – tangente à esfera pública ou empresarial-privada dominante. Complementa²⁶⁷:

A emergencia de toda essa problemática suscitou a necessidade de valorização holística de um terceiro setor junto aos setores público e privado. Ou melhor, a expressão “terceiro setor”, nem sempre se aplicou sempre com o mesmo significado. Em certos casos, se assumia como solução temporal, útil até ter refinado uma doutrina válida ou o amadurecimento de uma realidade (ou ambos) capazes de apontar outra solução mais consensual e menos vazia de um verdadeiro conteúdo. Em outros casos, enquanto isso, se favorecia a exclusividade entre a dicotomia Estado-Mercado, situado no terceiro setor como algo distante a

²⁶⁶ No Brasil, houve a publicação recente da Lei 9.790 de 1999, sobre as Organizações Cíveis de Interesse Público, podem ser enquadradas como tais as organizações que realizarem assistência social, atividades culturais, conservação do patrimônio histórico e artístico, educação e saúde gratuitas, preservação e conservação do meio ambiente, promoção do voluntariado entre outros. As cooperativas que tenham o enfoque mais social poderão optar por esse regime jurídico.

²⁶⁷ *El encuadramiento jurídico de la economía social – introducción en el caso portugués in CIRIEC 17(2006), pp. 4-5, na versão original (em tradução livre): “La emergencia de toda esta problemática suscitó la necesidad de valorización holística de un Tercer Sector junto a los sectores público y privado. Ahora bien, la expresión ‘Tercer Sector’, no siempre se aplicó siempre con el mismo significado. En ciertos casos se asumía como solución temporal, útil hasta haber refinado una doctrina válida o la maduración de una realidad (o ambos) capaces de apuntalar otra solución más consensuada y menos vacía de un verdadero contenido. En otros casos, mientras tanto, se favorecía la exclusividad entre la dicotomía Estado-Mercado, situando al Tercer Sector como algo lejano a ambos. Recientemente, ha tomado cuerpo una noción próxima a la economía social, la de economía solidaria. En ocasiones se intentó identificar como complemento de la primera, como alternativa; como resurrección de una pureza perdida; y en casos más raros, como mero sinónimo que, en el ínterin, subrayaba la vocación solidaria de la economía social.*

Mediante la interacción de todas estas perspectivas y a través del protagonismo de los varios tipos de organizaciones con las políticas públicas capaces de incidir en el sector, se fueron afirmando diversos vectores de caracterización. En algunos casos se ha analizado un abanico de organizaciones, en otros se ha valorado una lógica no lucrativa, mientras que incluso llegó a apostarse por el carácter social de los objetivos. Una vez las organizaciones obtuvieron cierto grado de centralidad organizativa, se propusieron diversos tipos de límites para poder clarificar cuáles pertenecían realmente a la economía social. Ello tuvo lugar, en ocasiones, por causas de democracia interna, en otras por la autonomía de decisión, y en otras por la filosofía no lucrativa anteriormente mencionada. Quizás, en el fondo, estemos presenciando la dificultad de conjugar la efectiva existencia de una constelación de tipos de organizaciones relacionadas entre sí sinérgicamente con un abanico de prácticas de naturaleza económica semejantes entre sí e igualmente vivas en el ámbito de una complejidad capaz de incorporar por completo ambas realidades.”

ambos. Recentemente, tomou corpo uma noção próxima à economia social, a de economia solidária. Em outras ocasiões se tentou identificar como complemento da primeira, como alternativa; como ressurreição de uma pureza perdida; e em outros casos mais raros, como mero sinônimo que, nesse íterim, sublinhava a vocação solidária de economia social.

Mediante a interação de todas esas perspectivas e por intermédio do protagonismo de vários tipos de organizações com as políticas públicas capazes de incidir no setor, se foram afirmando diversos vetores de caracterização. Em alguns casos se analisou um leque de organizações, em outros se valorizou uma lógica não lucrativa, enquanto que em outros, inclusive, chegou a aportar-se pelo caráter social dos objetivos. Uma vez que as organizações obtiveram certos níveis de centralidade organizativa, se propuseram diversos tipos de limites para poder esclarecer quais pertenciam realmente à economia social. Isto teve lugar, em outras ocasiões, por causa da democracia interna, em outras pela autonomia da decisão, e em outras pela filosofia não lucrativa anteriormente mencionada. Talvez, no fundo, estamos presenciando a dificuldade de conjugar a efetiva existência de uma constelação de tipos de organizações relacionadas entre si sinergicamente com um leque de práticas de natureza econômica semelhantes entre si e igualmente vivas no âmbito de uma complexidade capaz de incorporar por completo ambas as realidades.

Embora não haja pressupostos universais a respeito dos tipos de organizações de economia social, existem algumas organizações que possuem um peso e densidade heterogênia em cada um dos países e que habitualmente se incorporam nas definições clássicas da economia social, entre as quais estão as cooperativas. Os traços característicos dessas definições que identificam as organizações de economia social são: a inexistência de dicotomia entre trabalhador/empresário e sendo *trabalho* o elemento mais importante do que capital; a aplicação dos princípios da solidariedade e coordenação nas relações entre os sócios; liberdade de entrada e saída dos membros (associados), acompanhada por controle democrático; geração de empregos de alta qualidade que contribuem a uma melhor qualidade de vida e oportunidade de crescimento pessoal; autonomia de gestão e independência em relação aos poderes públicos; transparência nas informações administrativas e gerenciais; destacado rol de desenvolvimento local, de coesão social e a luta contra a pobreza; atuam com plena responsabilidade social e são instrumentos de

afirmação democrática; aplicação dos excedentes ao objeto social mediante re-investimento ou distribuição a realização dos fins sociais; pela autonomia de gestão.²⁶⁸

Ademais, o CESE define a economía social da seguinte forma:²⁶⁹

A economia social é um conjunto de empresas privadas organizadas formalmente, com autonomia de decisão e liberdade de adesão, criadas para satisfazer as necessidades dos seus sócios por meio do mercado, produzindo bens e serviços, assegurando ou financiando e nas quais a eventual distribuição entre os sócios dos benefícios ou excedentes assim como a tomada de decisões, não estão ligadas diretamente ao capital ou quotizações aportadas por cada sócio, correspondendo um voto a cada um deles. A economia social também agrupa aquelas entidades não privadas organizadas formalmente com autonomia de decisão ou liberdade de adesão que produzem serviços fora do mercado em favor das famílias, cujos excedentes, se houver, não podem ser apropriados por agentes que os criam, controlam ou financiam.

²⁶⁸ C. E. DE LISIO, *La economía social en el mercosur*, in J. M. PÉREZ DE URALDE (Coord.), *La iberoamérica un acercamiento a sua realidade*, Madrid, Fundibes, 2006, p. 408-9. Nesse sentido, a Comissão das Comunidades Europeias, na comunicação ao conselho com data de 18 de dezembro de 1989, estabelecia que as empresas de economia social se revestiam da forma jurídica de cooperativa, mútua ou associação. Definia as empresas como aquelas cuja atividade produtiva era baseada em técnicas de organização específicas, tendo em conta os princípios da solidariedade e da participação democrática de seus membros (como produtores, usuários ou consumidores), e ainda os valores de autonomia e de cidadania. Em 1999, o Comitê Consultivo da Comissão Européia das Cooperativas, Mútuas, Associações e Fundações (CMAF) estabeleceu como pontos característicos das organizações de Economia Social as empresas: com primazia do homem e do objeto social sobre o capital; a exceção da fundação, todas são empresas de pessoas; adesão voluntária e aberta, com controle democrático dos membros desde a base; conjugação de interesses dos membros, usuários e ou de interesse geral; defesa e aplicação do princípio da solidariedade e responsabilidade social; autonomia de gestão e independência dos poderes públicos; aplicação dos excedentes ao objeto social mediante re-investimento ou distribuição segundo os desejos de seus membros para o aprimoramento da atividade, criação de emprego, atividades, novas empresas, retorno sobre o capital investido, serviço aos membros, atividades socioculturais etc.

²⁶⁹ Em tradução livre do Ditame do Comitê Econômico Social sobre a diversidade dos tipos de empresas (INI/447 CESE – 584/2009, de 1 de outubro de 2009: “*Conjunto de empresas privadas organizadas formalmente, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, asegurando o financiando y en las que la eventual distribución entre los socios de beneficios o excedentes así como la toma de decisiones, no están ligados directamente con el capital o cotizaciones aportados por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos. La Economía Social también agrupa a aquellas entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios de no mercado a favor de las familias, cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que las crean, controlan o financian.*” Ver J. L. MONZON (Coord.), *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*, Valencia, CIRIEC, Dezembro, 2009, p. 15; e COMITE ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU, *Dictamen Dictamen del Comité Económico y Social sobre Diversidad de tipos de empresa (INI/447-CESE 584/2009) de 1 de octubre de 2009*. Disponível [on-line] in: http://www.observatorioeconomiasocial.es/banco/Dictamen_CESE_ES.pdf, [05 jan. 2009].

Pelas características citadas, depreende-se que as empresas que formam parte do subsetor de mercado ou empresarial da economia social exibem traços específicos, caracterizados com base na condição que reúnem os sócios e que, também, são usuários da atividade de empresa – a atividade econômica realizada é a que determina a relação entre o sócio e o usuário e a empresa de economia social. O segundo traço característico reside no fato de ser agente produtor do mercado, ou seja, são empresas cujos bens produzidos ou serviços prestados se destinam principalmente a um mercado. Por fim, que os benefícios ou excedentes distribuídos entre os sócios usuários não se realizam em atenção ao capital aportado, e sim de acordo com a contribuição de cada um a atividade constitutiva ao objeto.²⁷⁰

Assim sendo, a cooperativa é naturalmente uma sociedade típica que se configura como empresária de economia social, com regime jurídico societário próprio e sujeita às políticas públicas traçadas para tais agentes, podendo ter feição mais empresarial ou social, dependendo do objeto social. Dependendo do tipo de cooperativa, da atividade cooperativa e dos contornos do programa público em questão, elas poderão se beneficiar dos tratamentos específicos para o fomento de determinados segmentos²⁷¹.

Como se vê, a sociedade cooperativa é tão importante para o desenvolvimento sustentado da economia que está incluída no âmbito de economia social, com proporção relevante nos últimos anos em nível global. A natureza jurídica da cooperativa, com organização empresarial, finalidade econômica social e atividade econômica peculiar permitem a melhora da condição econômica e social do cooperado e traz efeitos positivos à coletividade. Essa função social merece ser tutelada, com uma legislação adequada para a cooperativa e a sua evolução no mercado, ante o escopo de assegurar o tratamento

²⁷⁰ Para aprofundamento, ver J. L. MONZON (Coord.), *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*, Valencia, CIRIEC, Dezembro, 2009, pp.131-132.

²⁷¹ Nesse sentido, uma questão que poderá se apresentar é como compatibilizar o regime jurídico societário às regras da política pública para economia social em questão. Na Itália, por exemplo, o Decreto Legge 155/2006 estabeleceu regime jurídico facultativo para a empresa social, em conformidade com a categoria subjetiva, a natureza da atividade desenvolvida e à finalidade não lucrativa. As cooperativas que quiserem se sujeitar aos termos dessa legislação e obter os favorecimentos decorrentes desse estatuto, devem compatibilizar o regime jurídico e econômicos traçado a partir das normas previstas pelo código civil, com o cuidado especial de não configurar a distribuição de lucros. Para maior aprofundamento sobre o tema ver F. PERNAZZA, *Il ruolo dell'impresa sociale nel quadro degli enti no profit nell'ordinamento italiano* cit. (nota 264 supra), pp. 50-59.

isonômico para os agentes da economia social – equiparando-se às demais empresas e para fins competitivos.²⁷²

²⁷² A Resolução do Parlamento Europeu, de 19 de Fevereiro de 2009, sobre a economia social (2008/2250(INI)) pontua que o setor de economia social é integrado por modelo de empresa, entre o qual está a cooperativa, que não pode ser caracterizado “nem pela dimensão, nem pelos sectores de actividade, mas sim pelo respeito de valores comuns, nomeadamente a primazia da democracia, a participação dos parceiros sociais, os objectivos sociais sobre o lucro pessoal; a defesa e implementação dos princípios da solidariedade e da responsabilidade; a conjugação dos interesses dos membros utilizadores co o interesse geral; o controlo democrático pelos membros; a adesão livre e voluntária; a autonomia de gestão e a independência relativamente aos poderes públicos; a mobilização do essencial dos excedentes à consecução de objectivos de desenvolvimento sustentável e o serviço prestado aos seus membros de acordo com o interesse geral.” Considera que as empresas da economia social precisam de um enquadramento jurídico seguro, baseado no reconhecimento dos seus valores específicos, a fim de não estarem em desvantagem em relação às demais empresas.

5 A orientação internacional de promoção das cooperativas e uma legislação não discriminatória

A ACI há muito tempo vem sustentando a importância da identidade das cooperativas, definidas pela sua dupla natureza associativa e empresarial, como vimos em item anterior. Em 1994, criou uma estrutura regional na União Europeia e tem aumentado progressivamente o número de contatos, as atividades de consultorias às cooperativas e a atuação como interlocutora das entidades e dos ministérios representantes das cooperativas. É uma guardiã das cooperativas. (E na América Latina tem alguma estrutura???)

A ONU também propaga a regulamentação adequada ao fomento do cooperativismo, com base no parecer de um grupo de peritos de direito empresarial europeu, realizado sob a coordenação de *Jaap Winter*, de 4 de novembro de 2002²⁷³. O estudo sugere uma lei modelo para tais sociedades em consonância com a Declaração sobre a Identidade Cooperativa da ACI (1995), após constatar as diferentes formas legais de regulação na União Europeia. Demais disso, orienta que as legislações cooperativas sejam flexíveis para estimular a competição nos mercados, atrair capital e investimentos, embora mantenha o controle democrático dos sócios.

A Organização Internacional do Trabalho (“OIT”), na 90ª Sessão de Conferência Internacional do Trabalho, em 20 de junho de 2002, editou a Recomendação nº 193 como reafirmação aos princípios e valores contidos na Declaração da ACI de 1995, conclamando ainda o desenvolvimento das cooperativas como empresas autônomas e auto-gestionadas. Propõe a expansão do movimento, convidando os governos e a sociedade a refletirem sobre a cooperativa como instrumento de combate aos problemas sociais e econômicos. Destaca-se por pedir atitudes concretas e responsáveis de apoio e promoção às cooperativas, bem como de regulamentações adequadas com os objetivos de desenvolvimento do potencial econômico, capacidade empresarial e gestão das

²⁷³ Para ter acesso ao relatório final, ver: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/index.htm. Acesso em outubro/2008.

cooperativas; geração de empregos dignos e duráveis; valorização dos recursos humanos e educação dos valores cooperativos; fortalecimento do mercado, acesso a financiamentos e enfoque para investimentos; contribuição ao bem-estar social e desenvolvimento humano; e criação de um setor distinto da economia, um setor cooperativo engajado com as necessidades econômicas e sociais da comunidade (artigo 4º).

A União Europeia tem trabalhado para a promoção do cooperativismo, considerando as suas características de empresária da economia social, o interesse internacional pela cooperativa, a sua importância para atingir os objetivos comunitários e os obstáculos existentes para o desenvolvimento das cooperativas em face do mercado globalizado²⁷⁴. Em 23.02.2004 editou a Comunicação de 23.02.2004 – COM (2003)18 com o objetivo de aprimorar o modelo cooperativo e as legislações na Europa, trazer mais visibilidade e compreensão do setor e evidenciar a contribuição das cooperativas aos objetivos comunitários²⁷⁵.

Economicamente, as cooperativas possuem muita importância para a Europa²⁷⁶, apresentando importância em setores mais tradicionais das atividades econômicas (como é o caso das agrícolas nos países baixos) e se organizando como empresa dinâmica e moderna. Atualmente, novas formas de cooperativas têm surgido como as de pequena dimensão para prestar serviços e proporcionar empregos, interferindo no quadro de desemprego e permitindo que essas pessoas se tornem empresários; a resultante da união de pequenas e médias empresas, de prestadores de serviços específicos, da fusão entre cooperativas; e as cooperativas transfronteiriças²⁷⁷, permitindo o desenvolvimento de serviços comuns e o volume de capital de trabalho necessário para ingressar no mercado público e competir com maiores empresas e grupos empresariais; e as de áreas não tradicionais, como as cooperativas destinadas à prestação de serviços públicos em

²⁷⁴ Constatou a existência de problemas relativos ao investimento, livre concorrência, inovações tecnológicas, oscilações das necessidades dos consumidores de produtos e serviços e crises internacionais enfrentadas pelas cooperativas. Considerou também o fato de a cooperativa estar sujeita a mais dificuldades em virtude da sua natureza, uma sociedade onde os sócios atuam na gestão, no desenvolvimento da atividade e como usuárias, tem o escopo satisfazer os sócios e está comprometida com o aprimoramento na qualidade de vida e comunidade geográfica onde se desenvolve o negócio.

²⁷⁵ Ver Comunicação de 23.02.2004 – COM (2003)18.

²⁷⁶ Ver COMISION DE LA COMUNIDAD EUROPEIA, *Documento de Consulta – Las cooperativas en la Europa de las empresas*, 1996.

²⁷⁷ Estatuto da Sociedade Cooperativa Européia, disciplinada pelo Regulamento (CE) n. 1435/2003, do Conselho, de 22 de julho de 2003.

Portugal, Reino Unido, Estados Unidos; de ensino, na Espanha, universitárias, nos Estados Unidos e Japão, entre outras.

Considerando, ainda, a premissa de que as cooperativas contribuem para o desenvolvimento sustentado, econômico, social e cultural europeu, reconhece que devem ter condições de exercer as suas atividades, satisfazer as demandas do mercado e de seus membros, ocupando o seu espaço no mercado competitivo. Assim, devem ser fomentadas e protegidas em níveis de instrumentos e programas comunitários para que não imponham obstáculos nem discriminação ao seu crescimento. Nesse sentido, a União Europeia tem se preocupado com políticas que permitem o desenvolvimento regional, a política de emprego, os fundos estruturais, a investigação e regulamentação da cooperativa, como caso do Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia. Esse conjunto de ações e programas envolvendo os interesses da cooperativa recebe o nome de *transversalização*.

Nessas diretrizes, que orientam às regulamentações internas a se adaptarem ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia e às novas tendências do mercado, com normas que permitam o funcionamento de cooperativas maiores, com flexibilidade para que as cooperativas possam se organizar com autonomia no mercado, porém que mantenham as especificidades estruturais das cooperativas, da natureza e dos deveres e direitos a ela inerentes. Enfim, que legislações que permitam o desenvolvimento da cooperativa, com tratamento igual e equitativo ao de outras empresas, sem prejuízo à natureza especial das cooperativas (nesse caso, permitem-se favores legais para que ajam com injustiça às outras empresas).

Nessa linha de ideias, sugere-se: definições e características estruturais das cooperativas; benefícios adequados conforme o tipo, capital e atuação social da cooperativa; normas que garantam a livre competição e o funcionamento das cooperativas em âmbito internacional, bem como a real participação e acesso à informação pelos sócios; a proteção ao patrimônio da cooperativa, com a distribuição de seus ativos segundo o princípio de distribuição desinteressada (entre outras cooperativas que os sócios participem ou entre organizações de cooperativas com objetivos similares) e a proteção do interesse dos sócios em caso de transformação das cooperativas.

Registre-se, ainda, que o Comitê de Economia Social Europeu (“CESE”), responsável pela participação institucional da cooperativa em atuação integrada com outros continentes, emitiu ditames sobre a importância da cooperativa como meio de coesão social em 2004, no qual fez referência à importância da recuperação judicial das empresas em crise (3.2.10.9), à ampliação do acesso ao financiamento, à criação do fórum bi-regional de economia social (ponto 7.3.4) e à democratização da gestão cooperativa – sociedade, essa, apontada como uma das soluções da economia informal²⁷⁸.

Além dessas medidas de ordem regulatória, compõe essa política da “*transversalização*” a sugestão para a criação de ministérios de apoio à economia social, investimentos em coordenações de cooperativas nacionais e das sociedades cooperativas europeias na União Europeia, recolhimento e controle de dados das cooperativas, divulgação de serviços de apoio às cooperativas, propagação de informações e organização de conferências sobre economia social.

Como se pode constatar, as ações sobre o fomento das cooperativas são concatenadas, partindo de uma mesma linha de orientação da ACI, ONU, OIT e União Europeia. Todas elas estimulam o desenvolvimento das sociedades cooperativas em regime de livre competição, reconhecendo a sua organização de empresaria da economia social e coibindo o tratamento discriminatório em relação a outros tipos de empresas.

²⁷⁸ Neste sentido, ver C. SANCHEZ BAJO, *Procesos de integración regional y políticas de cooperativas*, in *Premier colloque du Réseau euro-latino américain d'études en économie sociale et coopératives* (RULESCOOP) Brest, France, Brest, 22 a 24 Mai 2006, pp. 7-8.

5.1 A orientação internacional de promoção das cooperativas no Mercosul

A inserção do modelo de sociedade cooperativa na América Latina partiu da experiência europeia e vem tendo uma evolução lenta. Em cada país, caracteriza-se por diferentes origens históricas, disciplinas jurídicas heterogêneas e graus de intervenção estatal em medidas diversas, unidades de representação dispersas, informações incompletas e pouco acesso ao crédito²⁷⁹. Diante da importância econômica que exercem na região, busca-se a superação de tais deficiências, avançando-se rumo à consolidação das cooperativas, com políticas harmonizadas em níveis nacional, regional e global.

Diante desse cenário, atualmente se propõe à reformulação do cenário com: a simplificação das legislações e diminuição da influência estatal no setor; adequação da regulação; o tratamento isonômico às demais empresas; a integração das cooperativas entre os países e continentes; maior participação de organizações internacionais, regionais e nacionais de fomento; e com a formação de redes internacionais e regionais compostas por cooperadores, cooperativas e organizações internacionais²⁸⁰.

O Mercosul também conclama a expansão ao cooperativismo, com o escopo de fortalecer o setor, harmonizar as legislações para adotar os principais elementos e estruturas, edificar o aproveitamento do espaço comum entre os países para benefício da economia, permitir a complementação de atividades produtivas e liberdade de circulação e instalar as cooperativas na região (Resolução 035/2001 do Grupo Mercosul). Aliás, vem atuando com tal desiderato desde 2001, mediante o estímulo à formação de redes universitárias e educação ao cooperativismo nos Estados Membros, viabilizado seminários sobre a economia social e estruturado meios de propagação de temas relacionados ao cooperativismo.

²⁷⁹ Ver I. BUENDÍA MARTÍNEZ, *Las cooperativas en América Latina – estado de la situación*, in J. M. PEREZ DE URALDE (Dir.), *Economía social e iberoamérica – la construcción de un espacio común*, Ciriec, Espana, pp. 67-85.

²⁸⁰ Ver I. BUENDÍA MARTÍNEZ, *Las cooperativas en América Latina – estado de la situación*, in J. M. PEREZ DE URALDE (Dir.), *Economía social e iberoamérica – la construcción de un espacio común*, Ciriec, Espana, p. 83.

Demais disso, em termos institucionais, criou a Reunião Especializada em Cooperativa no Mercosul (RECM) – órgão com representação governamental, integrado pelas entidades privadas do setor cooperativo e pelos órgãos nacionais com competência na matéria com o propósito de facilitar a conexão da rede de relacionamentos em níveis internos e regionais, e difundir as ações realizadas pelos Estados e pelo Grupo. A RECM desenvolve estudos e projetos com enfoque na harmonização entre as legislações e políticas públicas sobre cooperativas, bem como nos instrumentos de promoção ao cooperativismo. Pauta-se, pois, nos objetivos de liberdade de circulação e integração entre as cooperativas da região, do aprimoramento de cadeias produtivas setoriais das cooperativas, do desenvolvimento de projeto regional de formação para a gestão empresarial em cooperativa do Mercosul e, entre outros, coordenação de redes acadêmicas²⁸¹.

Em paralelo à atuação da RECM, a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul criou a Subcomissão de Cooperativas, por meio do Comunicado MERCOSUL/CPC/DIS 08/04, tendo em conta a Recomendação 193 da OIT e o Comunicado Conjunto do Encontro de Presidentes dos Estados Partes do Mercosul (13 de junho de 2003)²⁸² – em cuja ocasião declarou-se a necessidade de impulso ao cooperativismo na América Latina.

Na sequência, a Comunicação 02/2006 da RECM sobre políticas públicas vem reforçando a necessidade de realizar esforços para que cada país adote medidas concretas que estimulem a constituição de cooperativas transfronteiriças e regionais e facilitem o reconhecimento legal das cooperativas de outros países do Mercosul. Finalmente, o

²⁸¹ Nesse sentido, ver C. SANCHEZ BAJO, *Procesos de integración regional y políticas de cooperativas* cit. (nota 278 supra), pp. 1-9.

²⁸² Vale salientar que os representantes dos Estados-Membros e do movimento cooperativista vinham se mobilizando e expondo a necessidade de apoio institucional, de políticas públicas integradas que promovessem o cooperativismo e a aplicação da orientação 193 da OIT, tanto por meio das reuniões da RECM, como por encontros diversos. O resultado disto está na ‘*Declaração das Organizações Cooperativas de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai “Cooperativas – o rosto humano da economia”*, Rio de Janeiro, junho de 1999’, ‘*Declaração de 25 de setembro de 2003 V Sessão Plenária RECM Assunção – Paraguai*’, ‘*Declaração de 27 de novembro de 2003 VI Sessão Plenária RECM Montevideo – Uruguai*; *Declaração das Cooperativas do MERSOSUL e Comunidade Andina com motivo do Seminário Internacional sobre Mercosul e Comunidade Andina 12 e 12 de fevereiro de 2004, em Lima/Perú*’, ‘*Declaração dos Chefes de Estado e Governo da XIII Cúpula Iberoamericana de Santa Cruz, de 14 e 15 de novembro de 2003*’, ‘*III encontro da sociedade civil da Europa e América Latina*’, realizado em 13, 14 e 15 de abril de 2004, no México e o encontro em 14 de dezembro de 2008. Para mais informações ver C. E. DE LISIO, *La economía social en el Mercosur* cit. (nota 268 supra), pp. 425-30.

parlamento do Mercosul aprovou o projeto de estatuto da COOPERATIVA MERCOSUL em 2009 (Norma 1/2009).

Recentemente, em 18 de junho de 2009, foi firmada a Declaração de Assunção na XX sessão plenária da RECM, pelas Organizações Nacionais representativas dos movimentos cooperativos e economia solidária dos países integrantes do Mercosul e as organizações governamentais com responsabilidades em matéria de promoção e supervisão. Em seu conteúdo, foi retomado o compromisso firmado em Córdoba (2002) de os Estados internalizarem a Recomendação 193 da OIT, e conclamado o apoio às cooperativas diante da conjuntura de crise, com políticas públicas alinhadas para gerar a promoção da economia social e solidária.

Os Estados-Membros têm adotado políticas públicas, porém ainda se sente falta de um marco regulatório moderno em países como Argentina e Brasil.

Na Argentina, Dante Cracogna²⁸³ comenta que houve um projeto de reforma em 1994 que não avançou por causa de divergência entre os representantes das cooperativas e outros projetos de leis especiais. Avalia a disciplina normativa e sugere adequá-la para regular determinados tipos de cooperativas (como a cooperativa de trabalho associado e as cooperativas em recuperação, provenientes da crise dos anos de 2002 e 2003), bem como flexibilizar as normas relativas à organização e ao funcionamento das cooperativas e aprimorar o regime de capital e financiamentos, permitindo a concorrência com outras empresas dentro do marco de economia de mercado. Preocupa-se também com a necessidade de reconhecimento de igualdade de tratamento entre as cooperativas e outras empresas para executar diversas atividades, sem qualquer tipo de discriminação, propondo reforma considerando as aspirações e necessidades reais do movimento, a lei marco para cooperativa da América Latina e harmonização das legislações para o Mercosul.

No Brasil, o apoio e estímulo ao cooperativismo e às outras formas de associativismo é princípio constitucional da ordem econômica (artigo 174, promoção ao cooperativismo), e os interesses das cooperativas são representados institucionalmente pelo Departamento Nacional de Cooperativismo e Associativismo Rural, pela Organização de

²⁸³ In D. CRACOGNA, (Coord.), *Regimén legal de las cooperativas en los países del MERCOSUR – Reunion Especializada de Cooperativas del MERCOSUR* cit. (nota 169 supra), pp. 9-10.

Cooperativas Brasileira e Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo. Ao longo da evolução, programas públicos isolados foram adotados para estimular o segmento e os setores específicos²⁸⁴.

Além das leis que entraram em vigor depois da LCB²⁸⁵, vários projetos de lei que afetam direta ou indiretamente as cooperativas e os sócios das cooperativas foram propostos e estão pendentes no Congresso Nacional. Tendo em vista o escopo da presente tese, cabe referência aos Projetos Lei com Iniciativa no Senado (“PLS”) 153/07²⁸⁶ e 3/07, que traçam nova disciplina societária para LCB.

O PLS 153/07 conceitua as cooperativas como sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, não sujeitas à falência, constituídas pela união de esforços dos sócios para o exercício de atividade econômica de proveito comum sem objetivo de lucro. Mantém as características baseadas na identidade e nos princípios cooperativos da ACI e o registro dos atos constitutivos registrados na junta comercial.

O projeto em referência prevê a moratória para as cooperativas com funcionamento mínimo de 2 (dois) anos e ativo 50 % (cinquenta por cento) superior ao passivo quirografário, que implica na concessão de facilidades no pagamento das dívidas quirografárias como descontos e parcelamento, bem como a suspensão das ações de cobrança em curso e o vencimento antecipado das dívidas. Trata-se de um favor legal

²⁸⁴ São programas públicos que marcaram o desenvolvimento do setor no Brasil, num contexto de políticas de redemocratização do país e apoio ao cooperativismo: PRONINC (Programa Nacional de Incubadoras de Cooperativas) na década de 90, que contribuiu para uma rede de Incubadoras Tecnológicas de Cooperativas Populares (ITCP); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP) em julho de 2001; Programa de Revitalização das Cooperativas de Produção Agropecuária (RECOOP), em 1998; e o Programa de Desenvolvimento Cooperativo para Agregação de Valor à Produção Agropecuária (PRODECOOP), em 03 de julho de 2002. Também houve programas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, como o Sistema de Cooperativa de Crédito Rural com Interação Solidária (CRESOL), instituição financeira que tem por objetivo conceder crédito e apoiar a interação solidária entre agricultores familiares e suas organizações, com recursos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF). Ver M. SERVA – C. ANDION, *A economia social no Brasil – panorama de um campo em transformação* Cit. (nota 126 supra), pp. 39-92.

²⁸⁵ Recentemente as Leis n. 9.876/99, que estabelece a cooperativa social e altera a contribuição previdenciária para os cooperados, e n. 10.666/03, que dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção.

²⁸⁶ Este projeto é de autoria do Senador Eduardo Suplicy e já havia sido apresentado em 5 de novembro de 1999 ao Senado, tramitando até 22 de janeiro de 2007, quando foi arquivado pelo Projeto Lei do Senado n. 605. Agora o mesmo projeto foi retomado considerando os avanços dos debates, sobretudo os do ano 2006 entre sociedade civil, Governo Federal e parlamentares, os dispositivos constitucionais, bem como “a consolidação da democracia e a compatibilização entre a participação social e a eficiência empresarial”.

requerido pela cooperativa antes (preventiva) ou depois da declaração judicial de insolvência, ou durante a liquidação da sociedade (suspensiva), e concedido pelo juiz em virtude do preenchimento dos requisitos legais e da importância social da cooperativa.

O processo será conduzido pelo comissário, sob a fiscalização de um juiz, com aplicação supletiva da disciplina normativa do processo de recuperação judicial. O devedor continuará na condução do negócio, com limitações quanto à celebração de negócios jurídicos que envolvem os bens do ativo. Trata-se de um instituto cuja concessão independe da aprovação dos credores, pois o juiz decretará a moratória diante do preenchimento das hipóteses legais, obrigando a todos os credores da classe. A negativa dessa medida implica na decretação da liquidação das cooperativas.

Já o PLS nº 3/07 foi elaborado com base em estudo comparativo da legislação de outros países da OCB e justifica-se como forma de adequação do setor às exigências de ordem técnica e de atualização do cooperativismo brasileiro. A cooperativa é conceituada como sociedade civil de pessoas, de forma jurídica própria, não sujeita à falência, constituída para prestação de serviços aos associados por meio do exercício de uma ou mais atividades econômicas sem objetivo de lucro e caracterizada pelos princípios cooperativistas universais.

A principal novidade desse projeto, em relação ao anterior, diz respeito à previsão de abertura de capital da cooperativa, com a emissão de Certificados de Aporte de Capital. Os compradores seriam investidores, e não-sócios (nem teriam os direitos correspondentes), tendo como retorno uma remuneração fixa ou um percentual sobre os ganhos do negócio efetuado. A participação de não-sócios nas atividades econômicas das cooperativas também é possível na forma de contratos de parceria, pelos quais as formas de gestão e o rateio dos resultados seriam previamente acordados entre a cooperativa e os seus parceiros, sendo que a participação de não-sócios será limitada ao valor correspondente a 49% (quarenta e nove por cento) do capital social.

Demais disso, o projeto em análise também prevê a moratória com formato muito parecido ao do projeto acima comentado. A única ressalva diz respeito que o PLS nº 3/07

prevê regência supletiva ao do processo de concordata, o que deverá ser ajustado para aplicar a disciplina em vigor (de recuperação).

Por fim, cabe novamente a referência ao Projeto de Lei nº 6.230/2005. Além do objetivo de alterar a LRF para adotar o modelo ampliativo, o projeto destaca as cooperativas, com tratamentos diversos para a mesma em conformidade com o tamanho da cooperativa. Em sua justificativa, o autor do projeto faz menção expressa à dificuldade de tratar sobre a cooperativa na bancada do congresso nacional, em que pese a sua relevância para a indústria brasileira²⁸⁷. Depois disso não houve mais qualquer outra proposição legislativa inerente ao tema.

Como se vê, no Brasil, há um tratamento jurídico convencional para as cooperativas, concebidos num modelo regulatório social e intervencionista. Privilegiam-se os princípios cooperativistas e enfocam-se as características caritativas das cooperativas em detrimento dos elementos econômicos, como se fossem incompatíveis. Ainda dentro da perspectiva dos projetos de lei em tramitação, o reconhecimento de sua organização empresarial não se dará em sua plenitude, ao se desconhecer a natureza jurídica de sociedade empresarial daquelas que exercem atividade empresarial e excluí-las da falência.

Apesar de as cooperativas organizarem-se na forma empresarial, na realidade, a falta de reconhecimento formal dessa situação gera deficiência de estímulos, afetando a credibilidade no mercado para que elas sejam vistas como empresas, sejam atraentes para sócios e credores e tenham acesso ao crédito. O regime legal atribuído às cooperativas e da insolvência (diferente aos das outras empresas) pode ser um dos fatores que impedem o crescimento do setor.

²⁸⁷ Na justificativa do projeto em referência, ressalva-se expressamente: “Após a longa tramitação do PL n. 4.376/93, que veio a se converter, decorridos mais de onze anos, na nova Lei de Recuperação e Falência de Empresas no Brasil – a Lei nº. 11.101, publicada em 9 de fevereiro último, nos sentimos na obrigação de apresentar esta proposição, com o intuito de preencher uma importante lacuna que, infelizmente, persistiu na nova lei, qual seja, a unificação da insolvência civil e da falência, estendendo também os benefícios das recuperações judicial e extrajudicial aos devedores não-empresariais, incluindo as cooperativas. Quanto às cooperativas, travamos uma luta intensa para vê-las contempladas no texto da nova lei, por ocasião de sua tramitação derradeira nesta Casa, todavia nossos argumentos, naquela oportunidade, talvez não tenham sensibilizado os ilustres Parlamentares a buscarem uma disciplina mais condizente com a importância e relevância desse setor cooperativista para a ‘indústria’ do agronegócio e, conseqüentemente, para a economia nacional.”

O Brasil deverá refletir sobre os modelos legislativos adotados na Europa e em outros países da América Latina, considerando a atenuação das fronteiras, a competição com grandes grupos de empresas estrangeiras e formação de sociedades cooperativas regionais. Assim, ponderar sobre a elaboração de tratamento jurídico que contribua para o crescimento das cooperativas e para o fortalecimento diante das perspectivas de mercado, sem desnaturar a natureza jurídica das mesmas. Essa medida faz-se necessária em face das normas internacionais e nacionais, conclamando-se aos governos um apoio ao cooperativismo e uma atuação legislativa não discriminatória, com políticas públicas e revisão normativa para viabilizar o tratamento isonômico a esses agentes econômicos.

5.2 O tratamento jurídico da insolvência como política pública de fomento à cooperativa

A importância de serem estabelecidas ações públicas semelhantes é reforçada no contexto de políticas de apoio ao cooperativo e de tratamento não discriminatório provenientes de organismos internacionais e de um cenário globalizado onde se buscam tratamentos equivalentes nos países. No direito, particularmente, de seguir à tendência econômica e social, impulsionando os agentes internos e favorecendo as suas atuações para que estes possam se fortalecer, expandir-se a limites extraterritoriais a atuar em condições de igualdade junto a outros agentes econômicos de nacionalidades diversas. Dentre as várias ações e políticas exigidas para a promoção da cooperativa na América Latina e no Brasil, põe-se em evidência a prioridade ao reconhecimento jurídico das cooperativas como empresa e de suas necessidades.

Se a tendência internacional é modernizar os direitos concursais e proteger os interesses das empresas e dos agentes mercadológicos, perde o sentido sustentar um direito concursal diferenciado para as cooperativas que se organizam como empresas. Se essa proteção se justificava na década de 1970, quando se buscava uma autonomia para as cooperativas e uma proteção para o seu crescimento, hoje elas se desenvolveram e são empresas, necessitando de um amparo jurídico.

As cooperativas concorrem com outros agentes mercadológicos e possuem extensões de grandes empresas, de forma que a sua qualificação jurídica como empresas de economia social, empresárias e agentes de desenvolvimento com função social destacada reforça a importância de mecanismos de estímulo ao crédito e de manutenção das cooperativas no mercado. O amparo das cooperativas pelo direito concursal poderá ser um apoio importante ao fortalecimento das cooperativas, em face dos novos objetivos e institutos desse direito.

Aliás, em relação ao direito concursal, merece ainda referência os estudos desenvolvidos na União Europeia para orientar os Estados-Membros na adoção de políticas

adequadas²⁸⁸, considerando a função social das empresas, as relações de crédito, o objetivo de sanear as crises financeiras das empresas, de evitar a falência, combater o estigma que existia contrariamente ao devedor falido, a política econômica e de investimentos.

Tais orientações insistiam no cenário favorável à recuperação das empresas, com um ambiente jurídico previsível diante da falência e reestruturação das empresas e com institutos sólidos que transmitissem segurança e transparência para as partes envolvidas. Mais, com medidas que prevenissem o processo de liquidação e tivessem a finalidade de salvar a empresa em crise, com a previsão de opções de reestruturação, prazos e meios adequados para conseguir uma reestruturação eficiente.

Além disso, sugeriam a intervenção oportuna e acessível na forma de aconselhamento por consultores técnicos quanto às formas de reorganização e de obtenção de dinheiro novo, com uma publicidade que estimulasse a procura de auxílio por parte dessas empresas. O estímulo ao salvamento precoce das empresas favorecia sensivelmente os interesses dos credores, considerando que os mesmos pudessem negociar com o devedor, com mais certeza, em relação ao recebimento de seu crédito, sem ter que se submeter ao processo concursal. Caso assim não fosse, seguir-se-ia ao rumo normal do desenvolvimento da crise das empresas, inexistindo o planejamento sobre formas de enfrentar a crise e implicando na impossibilidade de cumprimento de todas as obrigações contratuais da empresa, além da liquidação. Ter-se-ia, nesse caso, uma liquidação mais demorada e que, muitas vezes, impactaria na desvalorização dos ativos da empresa e na falta de recursos financeiros para o pagamento de todos os créditos.

Diante do insucesso dos planos reorganizativos, recomendava-se estruturar programas de ações que estimulassem os empresários falidos a recomeçar a sua atividade empresarial²⁸⁹, tendo em vista as seguintes constatações: (i) os empresários falidos

²⁸⁸ Tais medidas constam no estudo: COMUNIDADE EUROPÉIA, *Ajudar as Empresas a ultrapassarem as dificuldades financeiras: Guia de boas práticas e princípios de reestruturação, falência e recomeço*, Luxemburgo, Serviço das publicações oficiais das comunidades Européias, 2002. Disponível [on-line] in: [HTTP://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/index.htm](http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/index.htm), [06 abr. 2007].

²⁸⁹ Essas medidas foram apresentadas pelo *Boston Consulting Group*, no Seminário sobre Insucesso Empresarial. Cf.: COMUNIDADE EUROPÉIA, *Ajudar as Empresas a ultrapassarem as dificuldades financeiras: Guia de boas práticas e princípios de reestruturação, falência e recomeço* Cit. (nota 146 supra).

aprendem com os seus próprios erros e são mais bem sucedidos no futuro; (ii) dados econômicos comprovam que a renovação empresarial implica no crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), do emprego e da produção econômica; (iii) o estímulo para que os empresários falidos tentassem novamente as atividades empresariais depois do insucesso contribuiria positivamente ao desenvolvimento econômico; e (iv) o estigma continuava a ser um problema, devendo-se abolir os obstáculos jurídicos e sociais para um recomeço, estimulando-se medidas de apoio por intermédio da concessão de créditos, do ensino e da comunicação social.

Enfim, reclamava-se o apoio adequado às necessidades específicas dos empresários falidos, com medidas sistemáticas e interligadas que neutralizassem os preconceitos existentes na sociedade quanto ao empresário falido, bem como com a premissa de possibilidade de reinício de atividades empresariais sem barreiras.

Essa linha de fundamentação serve de subsídio para a análise do concurso da empresa cooperativa. É importante estimular as cooperativas a se manterem no mercado e quebrar o estigma que existe contra a cooperativa e contra a insolvência. A associação que existe às cooperativas como empresas fraudulentas e aos seus processos de liquidação intermináveis, que findam sem pagar todos os credores, afeta a sua imagem no mercado. Sem contar que a sociedade cooperativa é composta por vários sócios, e as consequências de evitar a quebra ou regulamentar um concurso adequado são distribuídas a eles, além do fato de a própria coletividade ser beneficiada com as ações sociais e a atividade econômica dessa cooperativa.

Se há cooperativas que aparecem como empresas no mercado competitivo e internamente possuem peculiaridades estruturais, é natural que as mesmas disponham, no mínimo, de um regime jurídico concursal, baseado nos princípios e institutos do direito concursal moderno, excluindo-se apenas àquelas que desenvolvam atividade preponderantemente social. Com base nesses argumentos, são hipóteses da presente tese:

(i) O processo concursal tem por objetivo tradicional salvaguardar uma série de interesses surgidos diante da insolvência de um determinado devedor (sobretudo aqueles devedores que são agentes econômicos em atuação no mercado), conduzindo-o da melhor

maneira para pagar a todos os seus credores. Com a evolução do direito concursal, é nítida a mudança de enfoque dos interesses protegidos nas legislações, ora privilegiando-se mais os dos credores, ora os dos devedores e outros bens sociais. Assim, a preocupação de como liquidar o patrimônio do devedor para não prejudicar os credores evoluiu para a manutenção da atividade empresarial e a proteção do patrimônio do devedor a fim de facilitar com seus ativos o cumprimento de suas obrigações, satisfazer os interesses dos credores e dos devedores, conservar as fontes produtivas de emprego e riqueza, além de permitir que a empresa exerça uma função social. Reflexamente, protege-se o mercado e o livre tráfico dos agentes econômicos.

(ii) Uma tendência deflagrada nos últimos vinte anos é a reformulação dos direitos concursais em grande parte dos países, adotando princípios e institutos reorganizativos semelhantes, simplicidade procedimental e unidade de disciplinas. E, uma das principais mudanças diz respeito à unificação dos pressupostos subjetivos nas leis concursais, adotando-se um processo concursal para todos os devedores, tendo em vista as similitudes de interesses entre os grupos de devedores e de credores, a facilidade para o estabelecimento dos institutos e procedimentos e, ainda, a adoção da teoria da empresa e de um novo direito obrigacional.

(iii) O Brasil reformou recentemente o regime jurídico de insolvência, com a Lei nº 11.101/2005, mas manteve a bipartição das disciplinas jurídicas concursais: a disciplina de recuperação judicial, extrajudicial e falências para as sociedades empresárias e os empresários e de insolvência civil para as sociedades não empresárias e pessoas físicas. Com isto, deixou de fora as sociedades tipificadas pelo Código Civil como não empresárias, as quais se mantêm alheias à aplicação dos institutos do direito concursal moderno, contrariamente ao aplicado nos ordenamentos jurídicos diversos. Em relação às sociedades cooperativas (sociedades não empresárias), aplica-se ainda o regime de liquidação extrajudicial previsto na lei de sociedades cooperativas, o que caracteriza o tratamento como complexo e insatisfatório para os diversos interesses envolvidos.

(iv) Atualmente se reconhece: a) a atividade empresarial das sociedades cooperativa; b) que a sua crise econômica/financeira pode trazer dano ao mercado; e c) que a coletividade e que o procedimento de insolvência moderno é elaborado para atender a

crise do devedor, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio e a atividade empresarial. Diante disto, é infundada a exclusão das sociedades cooperativas da LRF, considerando-se que a crise dessa sociedade pode ser solucionada com os mecanismos disponíveis na lei de insolvência da maioria dos países do mundo. E, reflexamente, a adequação da disciplina da insolvência no Brasil ante as necessidades da sociedade cooperativa e do mercado.

(v) As sociedades cooperativas, modelos empresariais democráticos pertencentes à economia social, destacam-se pela sua função social, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social da coletividade. A previsão normativa sobre o direito concursal aplicável às cooperativas, protegendo a atividade econômica dos empresários (cooperados) e evitando a liquidação dela, representa um mecanismo de fomento à constituição e consolidação das sociedades cooperativas no mercado. Carece o Brasil de um ambiente normativo adequado que fomenta o setor e apóie o desenvolvimento dessas atividades.

III A INADEQUAÇÃO DO REGIME JURÍDICO CONCURSAL DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS NO BRASIL

Segundo D. ROQUE VITOLO²⁹⁰, embora uma boa legislação concursal não seja o principal fator de desenvolvimento econômico e de estabilização das crises financeiras, contrariamente, uma má legislação pode frear ou condicionar o crescimento, a prosperidade e o progresso econômico. A importância do sistema jurídico concursal para a economia do país, é uma constatação que assume dimensão especialmente relevante nos países emergentes e no cenário de crise global.

De outro lado, reconhece-se a complexidade da construção de uma legislação concursal, que requer um cuidado especial do legislador na eleição dos valores e da função da norma, considerando a hierarquia dos interesses englobados na situação de insolvência do devedor e dos pressupostos da crise para que tenha caráter permanente de proteção em uma perspectiva de justiça e equidade. Esse desafio existe preliminarmente na precisão da política jurídica com o objetivo global de proteção ao sistema creditício e aos agentes econômicos envolvidos, sem beneficiar a nenhum setor específico em prejuízo de outro, nem sucumbir às preferências isoladas de representantes políticos para que se considere o sistema adequado²⁹¹.

No primeiro capítulo, mencionou-se sobre a relação entre o direito concursal e o crédito; a atividade econômica e o tráfico mercantil, em que se interconectam mutuamente os agentes econômicos dentro do mercado. Partindo do pressuposto de que o descumprimento das obrigações impacta no patrimônio do credor e se projeta ao longo da cadeia, o descumprimento generalizado produz o fenômeno da *quebra da cadeia de pagamentos e colapsa o sistema econômico*²⁹². Para evitá-los, o sistema concursal antecipa-se e regula os institutos compatíveis com a recuperação das empresas, projetados

²⁹⁰ D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. XVIII a XX.

²⁹¹ Ver: D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. XVIII a XX; e M. I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale* cit. (nota 24 supra), pp. 191-2.

²⁹² A respeito de tais efeitos, ver: D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. XVIII a XX.

dentro de um horizonte amplo que se ocupa mais com as soluções de natureza reorganizativa com resultados a médio e longo prazo, do que soluções instantâneas de superação da crise financeira e resultados a curto prazo impactantes.

Com base na experiência do direito comparado, M. I. CANDELARIO MACIAS²⁹³ pontua que o risco da desfuncionalidade do instituto reorganizatório ou do insucesso dos mecanismos legais poderá ser diminuído com uma boa regulação. Ressalta que os modelos que elaboraram as reestruturações com dependência da intervenção estatal, com uma sistematização acentuadamente intervencionista, provocaram um custo social alto e tenderam à ineficiência, ele sugere que a regulação incentive à ampliação da autonomia de vontade das partes na solução da insolvência. Nessa ótica, cabe ao legislador apoiar-se nos critérios da vitalidade, eficácia e justiça e prevê as diretrizes gerais para os institutos com mecanismos de negociações entre credores e devedores, em um apropriado sistema de garantia jurídica que funcionará sob a relativa liberdade de iniciativa privada.

Ademais do instituto recuperatório, o legislador deve manter a liquidação para a empresa que não tenha condições de ser reativada, veiculando o seu desaparecimento em benefício da estabilidade do tráfico mercantil. Isto não significa dizer que o Estado esteja determinando as decisões do empresário ou penalizando-o por não adimplir as suas obrigações na forma pactuada, mas sim que, em respeito ao livre jogo do mercado, intervém pontualmente para disciplinar o processo de saída do mercado daqueles agentes econômicos que não tenham conseguido se manter em condições competitivas por si, nem reagir às crises, chegando a um ponto de irreversibilidade em termos de deficiência patrimonial e improdutividade. Portanto, o Estado exerce a atividade regulamentar para disciplinar os mecanismos legais que estão à disposição do empresário para combater a crise da empresa ou sair do mercado de forma menos onerosa, de acordo com a conjunção de fatores econômicos e as opções do devedor e credor, visualizando-se os efeitos em favor da coletividade.

A tutela estatal representada na forma do direito concursal justifica-se, ainda, em função dos custos sociais envolvidos serem proporcionais à quantidade de empresas em crise, e os efeitos da quebra terem a potencialidade de contaminação, provocando a

²⁹³ M. I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale* cit. (nota 24 supra), pp. 190-201.

recessão macroeconômica e abalando o sistema creditício²⁹⁴. Demais disso, F. CORSI chama a atenção para o fato de a crise de uma empresa significar a crise de equilíbrio do mercado, em função do que o direito concursal não poderá se limitar ao objetivo de recuperação dos créditos, pois os interesses da empresa, do mercado e dos credores convergem naturalmente em um comum objetivo de saneamento²⁹⁵. Com isso, o direito concursal é mais uma área do direito que tutela o mercado.

Isto não é uma novidade, ao se considerar a vinculação entre o direito concursal especial e o direito mercantil, acompanhando o seu objeto de estudo que hoje é norteado pelo mercado. Portanto, são áreas do direito que partem da dimensão da realidade social e econômica para estabelecer a racionalidade jurídica própria, traçando políticas e normas que disciplinam as bases da produção, das trocas e distribuição, com proteção ao tráfico econômico e ao interesse geral do comércio. Preocupam-se com a ordem jurídica do mercado e as matérias que tenham relação com a organização da empresa e interação entre as empresas.

Saliente-se, porém, que é recente a constatação do mercado como objeto de estudo do direito mercantil. Nesse sentido P. A. FORGIONI²⁹⁶ observa:

Temos um *novo período de evolução do direito comercial*, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua *dinâmica*. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado.

Fomos ‘do ato à atividade’. Agora, passamos ao reconhecimento de que a atividade das empresas conforma e é conformada pelo mercado. Enfim: ‘ato, atividade, mercado’. Eis a linha de evolução do direito comercial.

A autora chega a essa conclusão considerando a transformação dos fatos, das estruturas políticas sociais e econômicas e da técnica, que lhe trouxeram novos

²⁹⁴ D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. XVII a XXIII.

²⁹⁵ Tradução livre de: “*La crisis de una empresa significa crisis en el equilibrio del mercado. Esta consideración implica que el procedimiento concursal no puede limitar los propios objetivos a la recuperación de los créditos de los acreedores. Los intereses de la empresa, del mercado y de los acreedores convergen naturalmente en un común objetivo el sanamiento.*” Ver: F. CORSI, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare in Giuriprudenze Commerciale* 22 (1995), I, p. 334.

²⁹⁶ *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

fundamentos e a necessidade de transmutar o eixo do direito mercantil. Nesse sentido, o entorno da década de 1970 – que influenciou a elaboração doutrinária da teoria da empresa – já não é mais o mesmo que o de 2000 e, independentemente da posituação dessa teoria no Código Civil de 2002²⁹⁷, novos subsídios surgiram e o objeto de estudo do direito mercantil foi sendo direcionado para o mercado.

Nesse diapasão, a empresa deixa de ser vista de forma isolada, “não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’ no mercado e o faz por meio de contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. [...] Enfim, ela cristaliza-se em sua atividade de interagir, a empresa é agente econômico.”²⁹⁸. Diante de tal perspectiva dinâmica revelada a partir da *atividade econômica empresarial*, classicamente identificada como o desdobramento sequencial dos atos praticados pelo empresário na organização dos fatores de produção, e da *interação da empresa com outras empresas*, surge a compreensão do estudo da empresa como agente inserido em um ambiente institucional, que se move porque age, condiciona e é condicionada por comportamentos de outros agentes e pelo direito²⁹⁹.

O direito mercantil, portanto, extrai subsídios do mercado, compreendido como uma instituição econômica e jurídica representado pelas escolhas políticas³⁰⁰. Nesse

²⁹⁷ Tal assertiva não significa dizer que o Código Civil não tenha trazido avanços, uma vez que contribuiu com o fim de antigas questões como: a unificação do direito das obrigações, a superação da dicotomia entre o direito civil e comercial, a remodelação da disciplina do produtor agrícola com a previsão para que o mesmo possa receber o mesmo tratamento do que agentes com função social análoga (Artigo 971 do Código Civil: “O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”).

²⁹⁸ P. A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* cit. (nota 249 supra), pp. 128-9: “A empresa precisa adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.: tudo exige que se estabeleçam relações com terceiros. Essa ação recíproca (empresa ↔ outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá luz a contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas, que acabam por constituir o substrato do mercado.”

²⁹⁹ P. A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* cit. (nota 249 supra), pp. 32-3.

³⁰⁰ P. A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* Cit. (nota 249 supra), pp. 188-232, parte dos ensinamentos de Asquini e conceitua o mercado consoante os seus perfis (o econômico, político, social e jurídico), que são interligados entre si. No primeiro perfil, o mercado diz respeito ao local onde se processa as trocas de mercadorias entre os comerciantes ou venda para adquirentes, enfim, o local onde a empresa se encontra e realiza as suas trocas com outros agentes. O segundo, político, o mercado representa uma das formas de organização para fins de alocação e distribuição dos recursos na sociedade, pela força concorrencial. Vale salientar que a outra forma de alocação de recursos é o direito e nesse ponto mercado e política se entrelaçam, pois compete às decisões políticas estabelecer qual o segmento

sentido, N. IRTI³⁰¹ define o mercado como *locus artificialis*, artificialidade que deriva de institutos jurídicos e, portanto, da escolha política do direito. Essas decisões políticas conferem forma à economia e, portanto, são mutáveis, caracterizando os regimes por historicidade. Assim, o mercado é uma ordem conquanto se embasa em comportamentos previsíveis dos agentes econômicos, caracterizada pela normalidade, uniformidade e regularidade, que se baseia em três princípios: a artificialidade, juridicidade e historicidade.

Como o direito mercantil é formado por microssistemas, e cada um deles gravita em sua lógica própria, com a identificação de seus princípios peculiares, que em conjunto formam uma ordem jurídica no todo coerente, a LRF tende a acompanhar essa evolução do direito mercantil na seleção da realidade econômica e social qualificada para estabelecer os seus institutos e princípios que disciplinem as matérias relacionadas à insolvência. Portanto, a partir dessas ideias desenvolvidas especialmente com apoio da tese de P. FORGIONI³⁰², tem-se que o direito concursal especial está conectado com o direito mercantil pelos sujeitos (empresas e mercado).

E, seguindo essa linha de raciocínio, da digressão histórica e doutrinária antes esboçada, observa-se que a orientação política da LRF se preocupa em contemplar os valores sociais e econômicos hodiernos, inseridos num contexto global de tendências legislativas que buscam se aproximar dos padrões mercadológicos e se comunicar diretamente com os sujeitos *centro de imputação* da norma (empresários e sociedade empresária), direcionando os comportamentos dos sujeitos envolvidos nas insolvências dos empresários para atingir aos objetivos do sistema. Além do mais, as suas normas são compatíveis com os princípios constitucionais estabelecidos para a ordem econômica e que orientam também o mercado, protegendo-se os direitos à propriedade, livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de contratar, propriedade e, ao mesmo tempo, garantindo a

que estará sujeito à livre concorrência. A dimensão social invoca a função social do mercado, formatando as dimensões política e econômica para que o mercado se desenvolva dentro de seu perfil social. Em decorrência dessa acepção, o direito preserva o sistema de produção e implementa políticas públicas que dizem respeito à redistribuição equânime e justa. Por fim, o perfil jurídico revela o conjunto de regras e princípios sobre o comportamento dos agentes econômicos, a partir dos institutos jurídicos contrato e propriedade.

³⁰¹ *A ordem jurídica do Mercado* in RDM 145 (2007), pp. 43-9.

³⁰² *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* cit. (nota 249 supra), pp. 115-6 e 123-4.

realização do bem estar-social, com a valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, uma vez que tais direitos são exercidos nos limites de sua função social.

Nesse sentido, percebe-se que o legislador da LRF privilegiou os acordos preventivos e extrajudiciais, bem como os reorganizatórios judiciais com ampla liberdade de negociação das partes. Reconhece-se que as crises dependem de uma conjuntura de fatores de ordem política, econômica (micro e macro-econômicas), monetária, internacionais e nacionais, societária, entre outros, o que deixa a gestão da empresa mais complexa³⁰³. Diante da impossibilidade de a legislação acompanhar a evolução das técnicas financeiras e econômicas de reestruturação da crise, bem como de mencionar o método mais adequado, permite-se que os devedores proponham os planos de composição e recuperação diretamente para os credores, realizados por profissionais que conhecem as necessidades do empresário e estão concatenadas com técnicas mercadológicas. Desse modo, dá-se mais uma oportunidade para que o empresário se estabilize e se mantenha competitivo no mercado, privilegiando os dois institutos fundamentais às relações econômicas: o contrato e a propriedade.

Na mesma ordem, os fundamentos são mantidos para o instituto da falência, que não mais é um fracasso do devedor e que os empresários em estado de falência devem sair do mercado em favor da segurança das trocas e garantias do direito de propriedade. Em favor do bem da coletividade e para diminuir as externalidades prejudiciais, ao regular o desenvolvimento do mercado, o Estado demarca o momento de saída e estabelece soluções menos danosas aos envolvidos na crise econômica. Aqui se destaca a função social da empresa quando permite que as unidades empresariais produtivas mantenham-se no mercado e readquiram condições produtivas.

³⁰³ J. LOBO in P. F. C. SALLES DE TOLEDO E C. H. ABRAÃO (Coord.), *Comentários à Lei de Recuperação de empresas e falência* cit. (nota 66 supra), pp. 139-40, elucida com exaustão as causas da crise, que podem ser: “consequências diretas, imediatas e inevitáveis ora da crise econômica mundial, ora das mutações na economia interna dos países por fatores externos, ora da má gestão dos negócios públicos com nocivos reflexos sobre a administração e a economia das empresas privadas, ora de um processo de recessão, inflação e estagnação, ora da desaceleração do crescimento econômico, ora da queda de investimentos privados interno e externo, ora da redução drástica das receitas de exportação, ora da adoção de uma política monetária ortodoxa austera etc. em nosso país, podemos apontar, por exemplo, como causas externas de insolvência: a) bloqueio dos cruzados novos no Banco Central; b) a criação de impostos extraordinários; c) as mudanças nas políticas cambiais, fiscal e creditícia; d) a liberação das importações; e) a redução das tarifas alfandegárias; f) a queda da cotação dos produtos agrícolas nos mercados internacionais; g) o aperto da liquidez dos bancos etc.”

A permissão de participação dos credores também é institucionalizada como mecanismo favorável ao fluxo dos agentes econômicos, uma vez que eles adquirem mais informações sobre a crise e os planejamentos para superação e podem se movimentar em uma dinâmica própria na proteção de seus interesses creditícios e contratuais, ainda que dentro do espaço permitido pelo direito concursal.

Assim, tem-se a superação do modelo concursal protecionista dos direitos dos credores, de caráter liquidatório e concebido a partir da visão monista da empresa, com a característica da pessoa física do titular. Aquele contexto de um direito privado bipartido com um concurso específico, nas palavras de W. FERREIRA, *suavizar os infortúnios dos comerciantes* (concordata) ou *proteger os credores e liquidar o seu patrimônio* (falência)³⁰⁴, assume uma nova perspectiva de tentar manter uma ordem jurídica favorável ao funcionamento eficiente no mercado e adequada alocação de recursos; evitar as crises e a propagação dos efeitos nefastos na coletividade; recuperar e/ou preservar a atividade produtiva ou liquidar os empresas irrecuperáveis; manter a função social da empresa; e proteger as relações creditícias.

Em conformidade com tais ponderações, M. B. LISBOA *et al.*³⁰⁵ acentua a relação entre a LRF e o mercado, tendo em vista que essa norma sinaliza à situação patrimonial dos agentes econômicos, estimula os empreendedores e credores a participar do mercado e é mais um instrumento de garantia contra a assimetria de informações. Assim, os seus institutos são estruturados com o fim de equilibrar os interesses dos agentes envolvidos; criar um ambiente formal de negociação e cooperação com participação daqueles nos processos; criar condições para que as situações de insolvência tenham soluções previsíveis, céleres e transparentes, de forma que os ativos (tangíveis e intangíveis) sejam preservados, gerem produtos, emprego e renda. De outro lado, também minimiza os impactos de insolvências individuais sobre a economia como um todo e limita os prejuízos gerais e particulares, com regras de coordenação que disciplinam os direitos patrimoniais e as relações contratuais diante de supervenientes e prováveis fatores que impliquem na crise financeira ou econômica.

³⁰⁴ W. FERREIRA, *Tratado de direito mercantil brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 123.

³⁰⁵ A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresa, In L. F. VALENTE PAIVA (Coord.), *direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 34-35.

Desta forma, cada vez mais, compreende-se que o sistema jurídico concursal não pode se restringir à tutela isolada da sociedade empresária ou do empresário, mas sim adequar-se à realidade dinâmica dos agentes econômicos que necessitam dessa tutela e aos interesses sociais envolvidos. Afinal, os agentes em crise relacionam-se juridicamente com outros empresários, prestadores de bens e serviços, investidores, clientes e funcionários, e regras estabelecidas repercutem no planejamento das empresas em regular funcionamento, e a crise daqueles pode afetar a segurança econômica e jurídica destes. E, como o mercado tem o seu fluxo coordenado por uma norma exógena que tem o fim de proteger o fluxo dos agentes econômicos, criar um entorno de livre iniciativa e competição, a racionalidade desse direito concursal não estará completa enquanto não definir um critério legislativo que contemple efetivamente os agentes que participam dessa dinâmica, especialmente, no que diz respeito ao enfoque deste trabalho, as sociedades cooperativas.

Nesse diapasão, considerando que a atual estrutura jurídica do sistema concursal brasileiro é bipartida e a LRF é reservada aos agentes econômicos empresariais, abrem-se duas perspectivas de estudo que serão desenvolvidas nesse capítulo com o objetivo de configurar a inadequação do direito concursal brasileiro para as cooperativas e averiguar as hipóteses estabelecidas para esta tese. A primeira diz respeito à inadequação do pressuposto subjetivo da LRF e as lacunas existentes na formação desse microssistema. E a segunda, o aprofundamento do estudo do direito concursal aplicável à cooperativa e a configuração da insuficiência do alicerce jurídico previsto para a sociedade cooperativa no Brasil.

1 Inadequação do pressuposto subjetivo da LRF: agentes mercadológicos e a sociedade cooperativa

A estrutura restritiva adotada pelo sistema concursal brasileiro é um ponto controvertido desde a doutrina clássica, embora venha se desenvolvendo a base da especialidade. Enquanto isso, segue o inconformismo em torno das escolhas das políticas legislativas, que se mantêm presas aos argumentos tradicionais e à herança do direito comercial, tratando a falência como objeto de estudo do direito comercial, a despeito das mudanças verificadas no âmbito do direito privado.

C. VIVANTE³⁰⁶ é um dos principais representantes da corrente doutrinária favorável à unidade de tratamentos e já opinava sobre a especialidade mantida no direito italiano

Nós, os mais avançados no início, os mais atrasados nos dias de hoje, ainda estamos firmes em um sistema processual que não atinge eficazmente o fim da igualdade, enquanto os países que experimentaram um sistema mais injusto do que o nosso, com uma reação enérgica contra isso, aí se remediam, adotando uma execução coletiva essencialmente uniforme para todas as espécies de cidadãos, de acordo com as tendências da vida moderna, tão contrária à distinção de classes, e mais organicamente homogênea em relação à atividade econômica e ao direito.

Com base em tais ensinamentos, e mais da doutrina brasileira, em 1913, C. CASTEX FILHO posicionava-se a respeito da irrazoabilidade de manter o tratamento favorecido para os comerciantes. Sistemáticamente, o autor reúne argumentos que fundamentam a extensão da falência e concordata aos não-comerciantes, de ordem histórica, econômica, destacando-se a importância que o agricultor exercia na época e jurídica – com estudo comparativo ao de outros ordenamentos jurídicos e o intuito de compreender a justiça do tratamento distinto. Afinal, o comerciante e o não-comerciante tinham a mesma necessidade econômica e de crédito, com semelhança entre as relações da vida civil e comercial, a ponto de os critérios de ato de comércio e de atividade serem insuficientes

³⁰⁶ Tradução livre de *Trattato di Diritto Commerciale* cit. (nota 6 supra), p. 331: “Noi, più avanzati in principio, più arretrati oggidì, restiamo fermi in un sistema processuale che non raggiunge efficacemente il fine dell'eguaglianza, mentre paesi che sperimentarono un sistema più ingiusto del nostro, con una vigorosa reazione contro di esso, vi rimediarono adottando una esecuzione collettiva essenzialmente uniforme per ogni specie di cittadini, secondo le tendenze della vita moderna così contraria alla distinzione di classi, sempre più organicamente omogenea nell'attività economica e nel diritto.”.

para distingui-las em determinadas situações; e, sob outra ótica, também não era justo aos credores receber tratamentos distintos conforme a natureza do devedor. Com isso, bania-se “do campo civil a grande lei da solidariedade”³⁰⁷.

Embora a conclusão de C. CASTEX FILHO reporte-se a uma ordem jurídica de outra época, como se verá, ela transcende aos dias de hoje sem qualquer ordem de dificuldade:

Como se viu, é flagrante a injustiça de tratamento entre o devedor civil e devedor commerciante, e isso sob o pretexto injusto da recompensa daquelle ser eximido da lei das fallencias.

O direito positivo é injusto sob um duplo aspecto; parece que pretende estabelecer um equilíbrio, uma recompensa, eximindo o civil da fallencia, mas privando-o da concordata, quando é justamente nessa pretensa justiça que vamos buscar a necessidade premente da extensibilidade da fallencia aos não commerciantes, porque, por um lado, colhe-se o devedor velhaco nas malhas da fallencia, e, por outro lado, preserva-se o devedor honesto.

A relutância em se não estender a fallencia a todos os devedores está principalmente em considerá-la como medida de extrema gravidade. E’ essa gravidade que, como um duende, assusta os timoratos, quando se deve esquecer de que a fallencia não tem mais essa nota de infamia do direito romano, quando não se entende, como Balzac, que “*Le voleur du grand chemin est préférable ao banqueroutier*”, quando se presuppõe hoje, até prova em contrário, o fallido um homem honesto.

Demais, não se deve, como diz Luciani, exagerar o caracter de gravidade que se attribue á fallencia.

“Il concetto della gravità é eminentemente relativo; non si può trovara grave un provvedimento se no paragonandolo alle cause che lo determinano.”

Não se póde desconhecer que, si é grave tirar ao devedor a administração de seus bens, si é grave essa ingerência penetrante na sua vida pelos credores, si é grave vigiar severament a sua conducta, não é menos grave o phenomeno da insolvencia, quer se verifique esta por obrigações commerciaes quer se verifique por obrigações civis.

Ora, si a insolvencia civil é tão grave como a commercial, porque se apregoar a fallencia como necessaria sómente ao commercio, sob o fundamento errado de que os meios ordinários de processo são sufficientes na vida commum?

[...]

Que outra medida se nos podem apresentar, unitária e fulminea, para substituir a fallencia, senão com vantagem, ao menos com efficacia, no papel importante de verdadeira protectora do credito?

³⁰⁷ Da extensibilidade da fallencia aos não commerciantes cit. (nota 53 supra), p. 742.

Nenhuma. Ora, se o crédito é uno e individível, se delle lançam mão, commerciante e civilis, tem-se o direito de dizer que não extender a fallencia a todos os devedores é uma derogação gratuita ao principio de igualdade perante a lei, derogação que ainda mais se accentua, quando consideramos que os effeitos da fallencia não se restringem á pessoa jurídica do devedor.

De mais, se os commerciantes por grosso podem dirigir contra os seus devedores as armas de que elles se servem os seus credores, porque aquelles são na sua generalidade commerciantes, outro tanto não acontece com os commerciantes de miudo que muitas vezes faltam ao cumprimento das suas obrigações por não terem á sua disposição um meio adequado e efficaz de obter o pagamento dos seus créditos.

A grande lei da solidariedade faz reflectir por seu turno estes desastres economicos no grande commercio.

Mas, não param ahi os inconvenientes do systema *restrictivo*, elle é contradictorio.

Ora, *“se il fallimento é istituto, come tutti i giorni si ripete, a beneficio delle commerciali contrattazioni, quale ragione, pergunta Luciani, per fare un esempio comunissimo vuole che il commerciante possa bensì”*essere dichiarato fallido ad istaza dei suoi creditori, ma no possa alla sua volta valersi dello stesso mezzo di esecuzione contro di consumatore ai quali abbia dato o credito la sua merce?

O systema, fracez é iníquo, fére de frente o principio de egualdade que todas as legislações cultas consagram.

A ampliação da fallencia aos não commerciantes é uma premente necessidade que dia a dia se accentua, já nas liquidações de successões insolvaveis, já pela vantagem da organização internacional da fallencia.

[...]

Que necessidade haverá, perguntamos nós, dessa contradicção na doutrina e na lei?

A fallencia é applicavel só aos commerciantes, mas a sociedades anonyma, mesmo civil, incide em fallencia...

Não seria melhor que todas as sociedades, devedores insolváveis, estivessem sujeitas ao processo unitario de fallencia?

Entre a insolvencia civil e a insolvencia commercial não corre differença substancial; em ambas se manifesta o mesmo facto econômico, isto é, a impossibilidade do devedor de satisfazer as suas obrigações.

Valendo-se da eloquência do autor, pretende-se chamar a atenção para alguns aspectos referidos no texto transcrito. O carimbo que foi dado ao devedor comerciante ou civil é irrelevante para os credores, que se beneficiam do resultado da atividade produtiva e, se não há uma diferença entre as atividades produtivas exercidas pelo devedor civil ou

comercial, não é a diferença dos sujeitos que a identificará. Mais, já foi demonstrado em mais de uma oportunidade que a eficiência que vem se buscando no direito concursal específico para os comerciantes faz com que ele seja o mais adequado aos agentes *produtivos*; e que tal fato estimula esses agentes na cadeia produtiva, uma vez que o tratamento processual para os *devedores e credores dos devedores civis* é complexo, sendo composto por medidas processuais dispersas que não atingem os mesmos resultados que obteria se usasse os institutos do direito específico.

Ademais, a desigualdade de tratamento não é compatível com a proteção do sistema creditício, uma vez que proteger o crédito é evitar o inadimplemento e o risco sistêmico, independentemente de quem seja o devedor. E abraçar esse sistema é opor barreiras não só ao crescimento econômico, mas também à integração do direito concursal internacional³⁰⁸ e à expansão das relações comerciais.

Por fim, entende C. CASTEX FILHO que se não há critérios para demarcar o direito civil e comercial, o legislador deveria estender a falência a todos os devedores insolváveis, pois se para uma sorte de devedores a falência funciona como uma medida de extrema gravidade e será uma pena merecida, para outros, de boa-fé, a concordata pode se reverter em uma nova fase de atividade proveitosa³⁰⁹. Conclui, assim, com a esperança de algum

³⁰⁸ C. VIVANTE, de *Trattato di Diritto Commerciale* cit. (nota 6 supra), pp. 347-348, se pronunciava sobre o tema do seguinte modo: “A discordância entre a lei vigente nos países onde a falência vale para todos e aquela que a faz um instituto especial para os comerciantes tem impedido e impedirá por um longo tempo uma convenção internacional que atribua às sentenças declaratórias de falência força executiva no estrangeiro. Nenhum país que limite esse procedimento aos comerciantes permitirá a execução de uma sentença estrangeira que declare a falência de uma pessoa que não seja comerciante, e de submetê-lo à expropriação universal que é própria da falência. Enquanto que, inversamente, nenhum país que estenda o processo de falência a todos os cidadãos aceitará uma convenção internacional que ponha os próprios cidadãos em uma condição desigual: se comerciante, estaria sujeito ao processo de falência em todos os países; se não comerciantes, iriam ao estrangeiro com a certeza de não ser atingido. Para tornar possível essas convenções internacionais, acima de tudo, é necessário estabelecer leis uniformes sobre este ponto essencial nas legislações dos Estados que estejam dispostos a se entenderem.” [Tradução livre de: “*La discordanza fra la legge vigente nei paesi ove il fallimento vale per tutti e quella che ne fa un istituto speciale ai commercianti ha impedito e impedirà per lungo tempo una convenzione internazionale che di alle sentenze dichiarative di fallimento forza esecutiva all'estero. Nessun paese che limiti questa procedura ai commercianti vorrà permettere di dare esecuzione a una sentenza straniera che dichiari il fallimento di una persona non commerciante, e di sottoporla a quella espropriazione universal che è propria del fallimento. Mentre, per converso, nessun paese che estenda la procedura di fallimento a tutti i cittadini vorrà accettare una convenzione internazionale che porrebbe i proprio cittadini in una condizione disuguale: se commerciante, sarebbero soggetti alla procedura di fallimento in ogni paese; se non commercianti, sarebbero all'estero sicuri di non esserne colpiti. Per rendere possibili queste convenzioni internazionali è prima di tutto necessario di rendere uniformi su questo punto essenziale le leggi degli Stati disposti ad intendersi*”].

³⁰⁹ Da *extensibilidade da fallencia aos não comerciantes* cit. (nota 53 supra), p. 753.

dia o legislador corrigir essa injustiça de tratamentos e unificar as disciplinas, confiante que

[...] pela lei fatal da evolução sob o império das necessidades practicas, o direito privado será unificado; e nesse dia, que decerto não está longe, teremos a fallencia protegendo o credito, sem que haja essa distincção injusta, sob um duplo aspecto, entre o commerciante e o não commerciante.

Essa era a opinião da doutrina reformista no começo do século XX, que esperava por mudanças no panorama do direito privado e do direito concursal. Mais precisamente sobre os critérios que estruturassem um tratamento isonômico para os agentes econômicos, uma vez que era cristalizada a posição de que o tratamento do direito falimentar (nomenclatura da época) e a flexibilidade dos institutos do direito mercantil eram adequados para o desenvolvimento das relações comerciais.

Sobre esse aspecto, ao tratar sobre a crise do instituto falimentar anterior, T. ASCARELLI³¹⁰ relevava o seu acento marcadamente processual e apriorístico de responsabilização do empresário comercial a *ponto de se olvidar da peculiaridade dos problemas*. Situando o tema com lucidez, o autor pontua como que o critério delimitador do direito concursal seria o sujeito exercente de atividade econômica:

Importa somente observar como o problema do procedimento falimentar interpenetra-se com aquele relativo ao exercício de uma atividade – em contraposição com a prática de atos isolados – e de uma atividade econômica; é por isso que o procedimento falimentar é historicamente desenvolvido como peculiar de quantos exercem profissionalmente uma atividade comercial e que essa mesma geral extensão (como se verifica no ordenamento germânico) apresenta-se não apenas como a daqueles que não exercitam atividade econômica, mas como a daqueles que exercitam a atividade agrícola que constitui exatamente a atividade econômica tradicionalmente contraposta à atividade comercial.

Veja que até na mais cautelosa opinião de T. M. VALVERDE³¹¹, a qual já se reportou no primeiro capítulo, o autor recomendava a ampliação do direito concursal e do direito mercantil para abarcar os sujeitos que se revestissem como empresários comerciais. Com uma ótica realista, inquietava-se com os parâmetros estabelecidos para o tratamento

³¹⁰ *Corso de diritto commerciale – introduzione e teoria dell'impresa*, 3ª ed., Milão, Giuffré, 1962, pp. 308-9.

³¹¹ *Comentários à Lei de Falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 cit.* (nota 6 supra), pp. 5-19.

diferenciado e acreditava que os “princípios superiores de justiça”³¹² seriam atingidos, ao se facilitar a permissão para que as empresas civis, individual ou coletivamente explorada, entrassem no campo regido pelo direito comercial. Assim, os empresários que quisessem se beneficiar do tratamento mercantil, poderiam se revestir com essa forma e submeterem-se ao processo falimentar, com um retorno imediato do problema, enquanto não se operasse uma mudança radical nas bases do direito privado brasileiro.

Mas, certamente, o comercialista não esperava que as alterações no direito mercantil brasileiro chegassem a um ponto tal que se unificaria a matéria das obrigações, adotar-se-ia a teoria da empresa no ordenamento jurídico, superar-se-iam as diferenças *acentuadíssimas entre os limites da atividade civil e comercial*, que se teria evolução no caminho de unificação de direito privado, bem como se reformaria a LRF, entretanto, que continuaria impondo-se um tratamento tão diferenciado a agentes que exercem atividades econômicas confundíveis, em função de não serem sociedades empresárias, nos termos da lei. Talvez, todos esses elementos reforçassem a tese do autor no sentido de que o valor jurídico do sistema germânico seria o melhor, com a falência no significado amplo e abrangendo os civis e comerciantes em uma só via de execução coletiva; e, ainda, acrescentassem que com as alterações do direito privado, a adoção desse sistema devesse ser priorizada na reforma da LRF.

Além do posicionamento da doutrina clássica do sistema concursal anterior, a jurisprudência também aportou a sua colaboração antes da reforma do código civil em 2002, preenchendo a defasagem da legislação civil e comercial e da qualificação do devedor para aproximar a norma do cenário fático social e econômico.

Nesse particular, diante de circunstâncias fáticas que levavam à dificuldade de enquadramento de um determinado devedor como devedor civil ou comercial, firmou-se o entendimento de que a definição do regime aplicável não se dava apenas pela forma societária (condição de devedor), mas também pela natureza preponderante dos negócios (atividade) do devedor. Sob o argumento de que os fatos se sobrepunham às formas, a atividade preponderante passou a ser um elemento definidor do regime de falência,

³¹² T. M. VALVERDE, *Comentários à Lei de Falências - Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945* cit. (nota 6 supra), pp.10-12.

abrangendo toda pessoa ou sociedade que exercesse atividade mercantil, inclusive as pessoas físicas ou sociedade civil que praticassem atividade comercial³¹³.

A inadequação do pressuposto subjetivo na legislação brasileira é uma questão que historicamente apresenta-se difícil de ser superada. Apesar da expectativa em torno da teoria da empresa, da unificação do direito obrigacional e dos avanços obtidos na LRF, entende-se que o legislador perdeu a oportunidade de implementar critérios sólidos e que priorizassem a igualdade de tratamentos entre os sujeitos potencialmente alcançados pela situação de crise financeira.

Pode-se dizer que houve uma ampliação subjetiva, em virtude da mudança que houve no CC, porém não a ponto de anular todos os problemas antevistos desde a vigência da lei anterior. Ou seja, a tendência é que conflitos desse tipo atenuem-se, pois os devedores são mais facilmente configurados como empresário ou sociedade empresarial do que comerciante e sociedade comercial. Entretanto, como consequência da opção legislativa ter sido a manutenção da duplicidade do sistema concursal e de as disciplinas concursais serem bem distintas, não se exime o risco de futuras discussões jurídicas, envolvendo devedores sem características bem delineadas, ou a prática de fraudes com o objetivo de se favorecer dos institutos da LRF³¹⁴.

³¹³ Cf. A. ASSIS, *Manual do processo de execução* cit. (nota 122 supra), pp. 1.003-1.004; H. THEODORO JÚNIOR, *A insolvência civil – execução por quantia certa contra devedor insolvente*, 4 ed., São Paulo, forense, 1998, p. 125. R. V. RIBEIRO, *Comentários ao Recurso Especial n. 244.497-PR (2000/0000350-6) – STJ – 4 turma*, in *RDM* 142 (2006), p. 256. E, ainda, M. R. PENTEADO, in F. S. DE SOUZA JÚNIOR – A. S. A. MORAES PITOMBO (Coord.), *Comentários à lei de recuperação de empresas e falências – lei 11.101/2005 – artigo por artigo* cit. (nota 78 supra), pp. 91-2.

³¹⁴ N. DE LUCCA in N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005* cit. (nota 27 supra), pp. 87-8, observa: “Diante de todas essas considerações, torna-se fundamental que se tome extrema cautela com as conclusões simplistas no sentido da aplicabilidade ou não aplicabilidade da Lei 11.101/05 a certo empresário ou a determinada empresa. Assim como a simples inscrição de uma sociedade na Junta Comercial jamais teve efeito constitutivo da qualidade de comerciante no regime anterior ao Código Civil de 2002, jamais existindo dúvida na doutrina quanto a isso e como foi muito bem esclarecido na mais alta Corte de Justiça, também não se poderá concluir, agora, que a existência da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, por si só, outorgará a qualificação de empresário. Tratar-se-á, evidentemente, de simples efeito declaratório – e não constitutivo – dessa classificação. Suponha-se, por exemplo, que uma sociedade leve os seus atos constitutivos ao Registro Público de Empresas Mercantis, sem, contudo, exercer atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Em outras palavras, existe sociedade, mas não existe empresa. Faria sentido que tal sociedade fosse considerada empresária a fim de que pudesse desfrutar do instituto da recuperação judicial ou extrajudicial? ... A resposta só pode ser negativa...”.

Demais disso, na opinião de J. M. M. PROENÇA³¹⁵ ao estabelecer como princípio a manutenção da atividade produtiva, o legislador deveria ter levado em consideração os “agentes econômicos que podem configurar relevantes agentes econômicos”, independentemente da forma societária assumida. Em virtude disso, tem a compreensão de que o critério fixado em função da empresa e sociedade empresária e a exclusão, em especial, das não-empresárias (sociedades simples e cooperativa) não é apropriado, uma vez que estas podem exercer atividade produtiva e mereciam, portanto, o respaldo da lei. Veja-se:

Ao contrário da justificativa do Senado, entendemos que, como um dos objetivos da Legislação é a preservação da atividade produtiva, ele deve, em razão da função social, sempre que possível, ser buscado, por ser gerador de riqueza econômica, de emprego e de renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento econômico e social do País. A extinção da empresa (como atividade produtiva, e não pela natureza da atividade) provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis, como nome, reputação, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

Não se verifica, assim, correta, a exclusão das sociedades simples e das cooperativas, dentre inúmeros outros agentes econômicos não empresários, como destinatários das prerrogativas constantes na Lei de Recuperação de Empresas e Falências. Pregando a preservação da empresa, a manutenção das fontes produtoras e dos postos de trabalho, qualquer atividade, empresária ou não, deveria ser destinatária das prerrogativas citadas.

Embora já elucidado no capítulo anterior, vale a pena reforçar que as cooperativas são empresas no sentido econômico e que integram a cadeia produtiva mercadológica. G. FAUQUET³¹⁶ ensina que a cooperativa é uma associação de pessoas que reconhecem a similitude de suas necessidades e a possibilidade de satisfazê-las mediante empresa comum; e também uma empresa comum cuja realização do objeto as satisfaz. A execução do objeto social da cooperativa ocorre por intermédio de negócios jurídicos internos (ato cooperativo), e externos, contando com a contribuição dos sócios na forma de bens e

³¹⁵ *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público cit.* (nota 95 supra), pp. 64-5.

³¹⁶ G. FAUQUET, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia cit.* (nota 161 supra), p. 26.

serviços (*massa de gestão econômica*³¹⁷), os quais serão administrados pela cooperativa para fins de interação com o mercado.

Assim, a cooperativa interage com o mercado, adquirindo ou oferecendo produtos e serviços em competição a outros agentes econômicos. O suprimento contínuo da cadeia de distribuição de bens e serviços a terceiros faz com que as cooperativas interfiram na dinâmica mercadológica e da coletividade. São elas agentes do mercado, concebidos em sua plena concepção econômica e política.

Concorda-se, pois, com a opinião de L. M. M. PROENÇA no sentido de que pressuposto subjetivo da LRF poderá interferir na consecução do objetivo de preservação de empresa, bem como se lamenta que o legislador não tenha conseguido dar a amplitude subjetiva que poderia, comprometendo a harmonia do ordenamento jurídico no que diz respeito à proteção ao livre tráfego do mercado. Enfim, depreende-se que o legislador não teve o cuidado técnico jurídico necessário para fixar a categoria (sujeito) da base da LRF e excluir a cooperativa, mantendo, assim, a compreensão caritativa herdada de uma ideologia política de momento distinto, ao invés de atualizá-la para que a lei atinja a sua finalidade plena.

Essa e todas as outras questões poderiam ser superadas se a LRF tivesse implementado a base uniforme do direito comparado em relação ao princípio da unidade, em especial com a unificação da disciplina³¹⁸. Entretanto, o intuito de ampliação do pressuposto subjetivo não chegou ao ponto de se cogitar a unificação das disciplinas.

³¹⁷ Ver I. G. FAJARDO GARCÍA, *La masa activa y passiva en el concurso de cooperativas* Cit. (nota 80 supra), p. 5.252.

³¹⁸ H. TEODORO JÚNIOR, na justificativa do Projeto de Lei n. 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005 na Câmara dos Deputados cit. (nota 120 supra), p. 10, cogita os problemas de ordem processual surgidos após a implementação do processo de execução coletiva contra devedor insolvente em 1973, com a integração analógica das lacunas com base na legislação falimentar, o que corrobora a tese de unificação do pressuposto subjetivo, veja-se: “Em face das dificuldades naturais desse processo exegética, quando comentamos, logo após sua implantação, o sistema da insolvência civil adotada pelo CPC, fizemos notar a conveniência de, futuramente, completar a operação modernizadora do direito concursal brasileiro, por meio da completa unificação normativa. A exemplo do que já se fizera em Portugal, na Argentina, no Chile e no Peru, pensávamos que ‘a sistemática de nosso concurso civil só tenderia a lucrar em aperfeiçoamento e eficácia, caso se adotasse o regime falimentar como padrão, ou regulamentação básica, ficando a regulamentação do concurso civil restrita aos aspectos peculiares da liquidação do patrimônio do devedor não-comerciante’. Sem embargo disso, adveio a atual Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 09.02.2005) e manteve a dualidade implantada a partir do Código de Processo Civil de 1973. Haveremos, pois, de conviver com os dois regimes

A tendência do direito dos ordenamentos jurídicos de tradição jurídica desenvolvida é a existência de um único sistema concursal com uma disciplina para a insolvência do devedor, como é o caso dos EUA, da Alemanha e Inglaterra. E, nesse rumo, vem seguindo as políticas legislativas daqueles ordenamentos jurídicos que não se estruturavam de tal modo, depois de muitos anos de estudos e propostas legislativas³¹⁹, a exemplo da Espanha, de Portugal, da França e Argentina; ou pretendem seguir os países que até hoje se baseiam na dualidade de disciplinas, a exemplo da Itália, que tem nesse tema um ponto nevrálgico do sistema, com um projeto de lei em curso para implementar a unidade de disciplinas, embora já tenha os seus sujeitos estabelecidos em função do empresário comercial com amplitude tal que inclui a empresa cooperativa que demonstre a sua falibilidade³²⁰.

No sistema unificado, a lei concursal estabelece procedimentos diferentes em conformidade com a natureza do sujeito (devedor), com o escopo de simplificar os processos, eliminar os critérios quantitativos do pressuposto objetivo e tornar ágil o trâmite concursal. Adotam-se, assim, procedimentos próprios para tratar a crise ou liquidação dos devedores que exercerem atividade econômica empresarial e processos mais simplificados para as microempresas ou pessoas físicas. Enfim, são vários os procedimentos concursais reunidos em uma única legislação e um único processo, o que não vai de encontro ao

conkursais paralelos, tendo o aplicador da insolvência civil de se valer da analogia para suprir as lacunas e deficiências do regime codificado.”

³¹⁹ Nesse sentido, F. VICENT CHULIÁ, *Três años de ley concursal – temas de reforma*, *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 8 (2008), pp. 113-132, observa: “Além do mais, de fato, a lei concursal é resultante de meio século de estudos e anteprojetos de lei, nos quais foram se decantando as conclusões do que tinha que ser a lei concursal, aceitas praticamente por todos; e estas conclusões conformam substancialmente a lei: o princípio da unidade legal ou «uma só lei», unidade de disciplina ou «unificação de direito privado concursal» e unidade de sistema ou «único procedimento»; o reforço do princípio da igualdade de condições entre os credores; a profissionalização da administração concursal; ou a «antecipação do concurso» na regulação dos pressupostos de sua declaração.” [versão traduzida de: “Además, de hecho, la Ley concursal es la resultante de medio siglo de estudios y Anteproyectos de Ley, en los que se han ido decantando las conclusiones de lo que tenía que ser la Ley concursal, aceptadas prácticamente por todos; y estas conclusiones conforman sustancialmente la Ley: el principio de unidad legal o «una sola Ley», unidad de disciplina o «unificación del Derecho privado concursal» y unidad de sistema o «único procedimiento»; el reforzamiento de la par condicio creditorum; la profesionalización de la administración concursal; o la «anticipación del concurso» en la regulación de los presupuestos de su declaración.”].

³²⁰ Em termos gerais, como visto anteriormente, a lei italiana estabelece limites quantitativos e distintos para os procedimentos. Sobre a falibilidade ver nota 57 supra.

princípio da igualdade, uma vez que a igualdade pura manifesta-se com um tratamento desigual para os sujeitos que apresentam uma estrutura orgânica desigual³²¹.

Os países que adotaram esse sistema recentemente estão passando por momento de experiência, com críticas na doutrina e ajustes na legislação. Tome-se o exemplo da Espanha.

M. ZALABETA DÍAS³²² argumenta que apesar de a exposição de motivos da lei concursal espanhola expressar ter sido a dualidade de disciplinas concursais para os comerciantes e não comerciantes superada com o estabelecimento de um procedimento flexível para atender as várias circunstâncias fáticas possíveis, a lei ignorou as especialidades dos estatutos e características do devedor. Nesse sentido, o legislador teria estabelecido os procedimentos de convênio e liquidação nas formas abreviada e ordinária, com base na figura do empresário, particularmente, sociedade mercantil, em virtude de este ser o sujeito que mais recorre ao concurso. Porém não teria contemplado uma regulação específica e adequada para o concurso dos particulares e superendividamento dos consumidores, sendo a forma abreviada muito custosa e complexa para uma reduzida quantidade de credores; nem os concursos das grandes empresas, cujos interesses transcendem os interesses particulares dos envolvidos e que merecia mais atenção da lei, com normas próprias. Assim, a autora opina que a lei deverá conter tratamentos distintos conforme a natureza comercial ou civil do devedor, sem prejuízo da unidade do direito concursal, ponto no qual a legislação espanhola teria avançado consideravelmente.

F. VICENTE CHULIÁ³²³ analisa a estatística dos concursos realizados depois de três anos de vigência da lei concursal espanhola e constata os efeitos da reforma geral que foi implementada, considerando a reação social em face do período de adaptação. Observa que, sob o ponto de vista sociológico, os empresários continuam recorrendo pouco aos processos concursais, ao contrário do que ocorre com as microempresas e empresas de pequeno porte e das pessoas físicas ou famílias em dificuldades. Aponta, ainda, que com a

³²¹ M. I. CANDELARIO MACIAS, *Il diritto concorsuale* cit. (nota 24 supra), pp. 201-3.

³²² *La generalización del presupuesto subjetivo del concurso – especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concursos de grandes dimensiones* in *Revista de derecho concursal y paraconcursal – anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* 8 (2008), pp. 217-228.

³²³ *Três años de ley concursal – temas de reforma*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal* cit. (nota 319 supra), pp. 113-132.

reunião de todos os procedimentos em uma única via gerou um problema de organização judicial, com o afogamento nos fóruns judiciais de julgados mercantis que não estavam preparados para receber tais demandas. Em vista disso, depreende-se que o mercado continua considerando o concurso um meio ineficiente e propõe a reflexão sobre política legislativa, ciência da legislação e técnica legislativa, além de uma série de adaptações legislativas para atrair os “clientes” (sujeitos) da mercancia (concurso), afinal, “os fins e princípios do concurso, em teoria, são os mais adequados para resolver a crise patrimonial [...]”³²⁴.

É importante que se tenha claro que, em nenhum momento, a proposta dos críticos espanhóis é a revisão do princípio da unidade de disciplinas, mas sim ajustar os institutos para solucionar as principais questões sociais e econômicas, como, por exemplo, implementar normas de fomento aos convênios concursais extrajudiciais para atrair os empresários de médio e grande porte a fim de combater previamente a crise, acabando com

³²⁴ Nesse sentido, opina F. VICENT CHULIÁ, *Três años de ley concursal – temas de reforma* cit. (nota 319 supra), p.116: “Em suma, o concurso continua sendo uma instituição pouco utilizada na Espanha, o que revela que o mercado a ineficiente. Entretanto, como os fins e princípios do concurso, teoricamente, são os mais adequados para resolver a crise patrimonial, e nós sabemos que elas existem, a investigação de lege ferenda se impõe. Desde o ponto de vista sociológico, continua sendo uma solução para a insolvência das PYMES e micro empresas, e apenas é interessante para os devedores que são pessoas físicas ou famílias em dificuldade. Em suma, o concurso, como qualquer outra instituição, não se conforma com estar regulada, se não que, como uma mercancia, precisa de <<clientes>>. É possível, como grande paradoxo, que os clientes mais entusiasmados do concurso – da Lei Concursal – tenham sido os autores, que lhe dedicaram um esforço inusitado, como é a publicação repentina de duas Revistas científicas dedicadas à matéria. Mas os autores, com seus estudos e debates, não conseguirão que o concurso cumpra os fins de racionalização da nossa economia que lhe são próprios. Será necessária a contribuição do legislador, se não queremos, uma vez mais, que seja «quarto homem» — os juízes —, quem com grandes dificuldades vão remediando a situação (não tendo feito o legislador, a doutrina ou o mercado). Tendo em conta os resultados estatísticos, parece oportuno refletir sobre questões da reforma proposta no Mesa Redonda. [Tradução livre de: “*En suma, el concurso sigue siendo una institución poco utilizada en España, lo que revela que el mercado la considera ineficiente. Ahora bien, como los fines y principios del concurso, en teoría, son los más adecuados para resolver las crisis patrimoniales, y sabemos que éstas existen, la investigación de lege ferenda se impone. Desde el punto de vista sociológico, sigue siendo la solución para la insolvencia de las pymes y microempresas, y apenas tiene interés para los deudores personas físicas o familias en dificultades. En suma, el concurso, como cualquier otra institución, no se conforma con estar regulada, sino que, como una «mercancia» puesta en el mercado, necesita «clientes». Es posible, como gran paradoja, que los más entusiastas clientes del concurso —de la Ley Concursal— hayan sido los autores, que le han dedicado un esfuerzo inusitado, como lo es la publicación repentina de dos Revistas científicas dedicadas a la materia. Pero los autores, con sus estudios y debates, no conseguirán que el concurso cumpla los fines de racionalización de nuestra economía que le son propios. Será necesaria la aportación del legislador, si no queremos, una vez más, que sea el «cuarto hombre» —los Jueces—, quienes con grandes dificultades vayan poniendo remedio a la situación (no habiéndolo hecho el legislador, la doctrina ni el mercado). A la vista de los resultados estadísticos, parece oportuno reflexionar sobre los temas de reforma propuestos en la Mesa Redonda.”].*”]

a ideia prevalecente no mercado de se penalizar os devedores. Aliás, V. CHULIÁ³²⁵ pontua que a legislação concursal falhou no método científico por não resolver alguns dos problemas econômicos e sociais relacionados com a matéria. Como os princípios e os fins da lei estão corretos, será necessário refazer as regras claras que os traduzam para contemplar soluções às questões reais, por exemplo, prevendo-se meios extrajudiciais que facilitem a resolução de questões patrimoniais de grandes empresas ou a atuação dos credores no processo concursal para o exercício de seus direitos. Por fim, a clareza dos princípios, das regras de aplicação, normas gerais e especiais é uma preocupação relativa à ciência da legislação e técnica legislativa³²⁶, que devem ser observadas para não prejudicar a segurança jurídica em tão delicada matéria, de modo que o direito concursal possa cumprir os fins de racionalização da economia.

Lembre-se ainda que já houve reforma na legislação espanhola com o escopo de adequar as regras procedimentais em face ao contexto econômico global de crise, com mudanças que podem contribuir para a desburocratização do trâmite processual, a economia e a celeridade processual, estimular as negociações extrajudiciais e a formalização de “propostas antecipadas” (instituto *propuesta anticipada*), bem como adequar as normas para os concursos das grandes empresas³²⁷. Trata-se tão somente de

³²⁵ *Três años de ley concursal – temas de reforma* cit. (nota 319 supra), pp. 115-22.

³²⁶ O autor, F. VICENT CHULIÁ, *Três años de ley concursal – temas de reforma* cit. (nota 319 supra), pp. 118-19, distingue as noções de política legislativa, ciência da legislação e técnica legislativa. A lei concursal é expressão de uma política legislativa, já que toda a lei constitui um plano político por necessidade, que pretende intervir de maneira eficiente e eficaz na realidade social e econômica. Já a expressão ciência de legislação diz respeito a levar o método científico à elaboração das leis, enfim o seu objeto é proporcionar respostas teóricas e gerais para resolver os problemas sociais mediante a promulgação das normas jurídicas, com o escopo de formular critérios e diretrizes para atingir uma norma mais racional e justa. Por último, a Técnica Legislativa, se refere à redação clara e sistemática das leis, distinguindo os seus princípios e regras de aplicação, normas gerais e especiais, explicitando com clareza a natureza e últimas consequências dessa solução ordenada com os conceitos normativos conhecidos.

³²⁷ Como exemplo, cita-se a inserção do parágrafo terceiro ao artigo 5: “O dever de solicitar a declaração de concurso está não será exigível ao devedor que, em estado de insolvência atual, tenha iniciado negociações para obter adesões a uma proposta antecipada de convênio e, dentro do prazo estabelecido no parágrafo 1º deste artigo, as submeta a conhecimento do órgão jurisdicional competente para a sua declaração de concurso. Transcorridos três meses da comunicação ao juízo competente, o devedor, tenha ou não alcançado as adesões necessárias para a admissão do tramite da proposta antecipada de convênio, deverá solicitar a declaração de concurso dentro do mês seguinte.” [Versão traduzida de: “3. *El deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio y, dentro del plazo establecido en el apartado 1 de este artículo, lo ponga en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente.*”]; E Art. 100: “1. A proposta de

ajuste nas disciplinas traçadas para os procedimentos e não na mudança da orientação do princípio da unidade. A unificação das disciplinas implica na sujeição de todas as pessoas físicas e jurídicas a uma única lei concursal, com procedimentos que abrangem todos esses devedores³²⁸. Mas, a proposta de unir o destino de todos os sujeitos no processo de execução não significa dizer que a lei deixa de conter disposições especiais para os comerciantes, como já argumentava VIVANTE³²⁹. Ou, em uma linguagem atual, a existência de normas e procedimentos elaborados a partir da figura do empresário e de sua atividade econômica, dentro de uma lógica de tutela ao mercado, não implica na perda da unidade, até porque disciplina soluções diferentes para os agentes mercadológicos com funções próprias e isso resulta no aprimoramento da estabilidade do mercado.

Nesse sentido, em Portugal, o legislador assume que “ao direito da insolvência compete a tarefa de regular juridicamente a eliminação ou a reorganização financeira de uma empresa, segundo uma lógica de mercado, devolvendo o papel central aos credores, convertidos, por força da insolvência, em proprietários econômicos da empresa”³³⁰.

Na Espanha, embora a projeção do princípio da unidade seja interpretada como uma primeira medida legislativa de unificação do direito privado, sendo devedor os profissionais, empresários, cidadãos que não exercem atividade econômica, associações,

convênio deverá conter propostas de remissão ou de dilação, podendo acumular ambas. Em relação aos créditos ordinários, as proposições remissórias não poderão exceder a metade do montante de cada um deles, nem as dilatórias prever cinco anos a partir da decisão judicial que aprove o convênio. – Excepcionalmente, no caso de concurso de empresas cuja atividade possa ter especial transcendência para a economia, sempre que contemplada no plano de viabilidade apresentado, o juiz concursal poderá, a pedido de uma das partes, autorizar motivadamente a superação de tais limites.” [Versão traduzida de: “*1. La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. – Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial transcendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites.*”]

³²⁸ A legislação portuguesa estabelece como finalidade (artigo 1º): “O processo de insolvência é um processo de execução coletiva que tem como finalidade a liquidação do patrimônio de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação de empresa compreendida na massa insolvente.”

³²⁹ Nesse sentido, C. VIVANTE, de *Trattato di Diritto Commerciale* cit. (nota 6 supra), p. 348: “Pequenas objeções técnicas que são feitas à proposta de unir o destino de todos os cidadãos no processo de execução dão lugar à observação que a lei que unifica a falência pode conter especiais disposições para os comerciantes em perder a unidade” [Versão traduzida de: “*Le piccole obiezioni tecniche che si fanno alla proposta di accomunare la sorte di tutti i cittadini nella procedura esecutiva cedono di fronte all'osservazione che la legge unica del fallimento può contenere qualche speciale disposizione pei commercianti senza perdere la sua unità.*”]

³³⁰ Decreto-Lei n. 53/2004 de 18 de março, p. 7.

fundações, entre outras, o direito concursal das pessoas jurídicas ainda aparece concebido como um direito concursal especial, com a diferença de que a lei pretende superar um estado de insuficiência normativa para a quebra das sociedades³³¹.

O mesmo se verifica na Argentina, onde a doutrina afirma que a lei n° 24.522 é considerada um avanço no tratamento legislativo de insolvência, com o objetivo de proteger o valor do crédito em geral e gerar processos exitosos, com instituições e procedimentos tendentes a proteger o crédito e os interesses do conjunto da empresa sem beneficiar a nenhum setor em prejuízo de outro, mantendo um equilíbrio que existe entre todos os envolvidos³³².

Como se vê, a política legislativa de unificação do pressuposto subjetivo contribui também na qualidade da ciência legislativa, ou seja, com o método do legislador fixar os sujeitos em conformidade com as necessidades econômicas e sociais e criar os procedimentos para auxiliá-los a superar a crise, considerando a cadeia mercadológica em sua amplitude.

Ao deixar de acompanhar as tendências unificadoras no ramo do direito privado, o direito concursal brasileiro mantém os problemas de ordem teórica e prática existentes em virtude da dualidade de disciplinas, sobretudo no enfraquecimento à proteção do sistema unificado de crédito em sua amplitude, na imposição de barreiras à formação do direito internacional e, especialmente, na ausência de critérios justos para que se opere a exclusão ou inclusão dos sujeitos.

A ausência de tratamento de insolvência próprio ou adequado pode dar margem à incerteza jurídica ou injustiça, além de prejudicar o crescimento de tais agentes econômicos no mercado. Exemplificativamente, o fato de um grande empresário agrícola italiano não está sujeito ao sistema de insolvência italiano, ou de uma cooperativa de pequeno porte a ponto de uma crise não conseguir preencher os limites quantitativos da lei, mas que atue em pequena cidade italiana, envolvendo interesses da maior parte da

³³¹ Nesse sentido, ver: F. VICENT CHULIÁ, *El concurso de la persona jurídica* cit. (nota 50 supra), pp. 2391-95.

³³² D. R. VITOLO em prólogo à obra de D. J. GRAZIABILE, *Ley de concursos y quiebras comentada – análisis exegético* cit. (nota 2 supra), pp. XVII, com a ressalva de que as reformas parciais posteriormente feitas, decorrentes de pressões sindicais ou políticas, teriam desnaturalizado à essência de muitas regulações.

coletividade, pode ter a credibilidade afetada para requerer crédito, uma vez que o credor não se sente garantido quanto ao recebimento de seu crédito diante de uma crise. O mesmo é o caso de uma sociedade cooperativa no Brasil, empresária de economia social pela qual os associados reúnem-se na forma de sociedade para o exercício de uma atividade e acesso ao mercado, que recebe um tratamento jurídico diferenciado ao concedido a um empresário ou microempresário, embora o resultado final da atividade chegue ao mesmo destinatário.

Se tivesse seguido a tendência uniforme do direito concursal, a tutela concursal expandir-se-ia por toda a cadeia mercadológica, desde o fornecedor ao consumidor, sem afetar substancialmente a lógica do sistema concursal. Isso porque, cada um dos agentes tem a sua função na dinâmica das relações jurídicas interempresariais e no intercâmbio dos produtos e serviços decorrentes das atividades econômicas e de consumo, integrando a cadeia como consumidor ou como prestador de produtos e serviços. Por interferir no fluxo mercadológico e creditício, a crise de qualquer agente poderá ter efeitos no mercado e na economia, independentemente de quem seja o devedor e da dimensão da crise.

Dessa forma, a política legislativa brasileira manteve no plano subterrâneo o entendimento doutrinário generalizado. Em que pesem os fundamentos condicionantes de tal decisão, tem-se elementos suficientes para concluir que o sistema concursal brasileiro ratificou isoladamente uma opção legislativa atrasada em relação à base uniformizante adotada tanto nos países europeus, e em sua dinâmica de cooperação jurídica, como nos latino-americanos. O direito concursal brasileiro, portanto, continua revelando-se insuficiente para estabelecer um tratamento igualitário entre os devedores, contribuir para o crescimento econômico e creditício e manter o livre fluxo dos mercados, com o enfoque estudado.

2 A lacuna de formação da LRF e do direito concursal aplicável à cooperativa no Brasil

Nos capítulos anteriores, constatou-se que o direito material definiu como pressuposto subjetivo os sujeitos prefixados no CC, negando a natureza econômica das sociedades cooperativas e de outros agentes mercadológicos, bem como o fundamento jurídico de universalidade dos sujeitos. Verificou-se ainda que a negação dessa universalidade implica em um tratamento desigual aos sujeitos que têm função social e econômica igual. Ademais da crítica em relação à política jurídica da lei por manter a duplicidade do sistema concursal brasileiro, percebe-se que o legislador falhou na ciência legislativa da LRF, uma vez que o método usado na seleção dos sujeitos foi inapropriado à dimensão econômica e social, deixando de atingir uma ordem racional e justa³³³.

O corte metodológico da lei está nos sujeitos que exercem atividade econômica inerente à de empresário, qualificada por ser habitual, organizada, geradora de riquezas, de bens e serviços e destinada à finalidade da produção ou troca de bens ou serviços para o mercado. E, considerando-se a extensão conceitual dos termos empresário e sociedade empresária, o pressuposto teria um alcance econômico por atingir aqueles que exercem a atividade econômica com objeto empresarial, tendo o escopo lucrativo ou de resultado econômico e integrem a cadeia mercadológica, uma vez que geram riqueza para a sociedade. Contudo, nem todos os agentes que, de fato, exercem profissionalmente atividades econômicas produtoras de bens ou serviços e têm por objetivo o resultado econômico, são classificados pelo código civil como sociedade empresária ou empresário. Portanto, para os fins que se destinam a LRF, a incompatibilidade entre a realidade econômica e a jurídica pode ser prejudicial, o que põe em questão a técnica³³⁴ estabelecida pelo legislador com base na classificação jurídica de outra norma.

Retomando alguns aspectos relativos ao histórico desse processo, a primeira proposta da LRF englobava as empresas que exercessem atividades econômicas regidas

³³³ Veja nota 319 supra e os conceitos de F. VICENT CHULIÁ sobre política legislativa, ciência da legislação e técnica legislativa.

³³⁴ Técnica aqui usada no sentido de M. REALE, *Filosofia do direito*, 15 ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 266: Como regras necessárias quanto aos meios para atingir o fim: “a Técnica equaciona os meios idôneos ao resultado a ser atingido”.

pela lei comercial, as pessoas jurídicas de natureza civil que explorassem atividade econômica e o devedor individual que exercesse atividade em nome próprio e de forma organizada, com o objetivo de produzir bens ou serviços para o mercado. Também a empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades que explorassem atividade econômica.

Com isso, verificava-se uma ampliação do pressuposto subjetivo em comparação ao do decreto falimentar (*comerciante e sociedades comerciais*), havendo um critério preciso e uma técnica legislativa clara. Compreendia-se facilmente que a lei queria proteger os sujeitos que exercessem a atividade econômica empresarial, independentemente da natureza jurídica dos sujeitos atribuída pela lei. O que importava era a função econômica que esse sujeito exercia, em compatibilidade com uma norma que parte de uma racionalidade econômica de proteção à crise.

Não se pretende aqui defender o critério usado nessa primeira versão e os seus parâmetros de justiça em relação aos sujeitos excluídos ou incluídos, mas sim evidenciar a qualidade legislativa no que diz respeito ao estabelecimento da metodologia e técnica legislativa. Afinal, diante de tal escolha, havia uma harmonia entre os seus princípios e artigos, com a exclusão dos sujeitos que *não exerciam uma atividade econômica profissional* – pequenos comerciantes que fossem dispensados por lei da escrituração, os cultivadores da propriedade rural, os que prestassem serviços ou exercessem atividade profissional organizada preponderantemente com o trabalho próprio e dos membros da família, os artesãos, profissionais liberais e as sociedades civis de trabalho.

Com o novo CC, o pressuposto passou a ser sociedade empresária, sociedade simples, empresário e pessoa física que exercesse atividade econômica em nome próprio e de forma organizada. O legislador quis ajustar a LRF a sua classificação, mas não tratou dos sujeitos que exerciam atividade econômica ou negocial em sua completude, com a exclusão expressa da sociedade cooperativa³³⁵. Ao tramitar no Senado Federal, a norma foi

³³⁵ Seguindo interpretação de N. DE LUCCA N. DE LUCCA in N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências* cit. (nota 27 supra), pp. 78-9, a atividade negocial é mais ampla do que a empresarial, compreendendo esta (a organização empresarial para a produção ou circulação de bens ou de serviços) e também a atividade exercida pelas figuras do pequeno empresário, dos que exercem profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística, do empresário rural, bem como as sociedades simples.. Ou seja, a atividade negocial é mais ampla e abrange as atividades econômicas

novamente lapidada e foram excluídas as sociedades simples, afinal poderia gerar confusão interpretativa equivocada em relação ao C.C. E, assim, na versão final já não existiam os resquícios dos critérios inicialmente edificados para o projeto, em prejuízo da ciência legislativa traçada, do estudo que havia sido empreendido ao longo dos anos para elaborar uma norma coerente com a realidade econômica e social brasileira.

Diante dessa análise, depreende-se que não era o intuito original do legislador que os sujeitos da lei fossem limitados à figura do *empresário* e da *sociedade empresária*, mas sim aqueles que *de fato* exercessem *atividade econômica* e *integrassem a cadeia mercadológica*, contribuindo para a produção, distribuição, troca de bens e serviços para o mercado. O sistema normativo (considerando em sua totalidade, os seus princípios, institutos e regras) aprovado foi elaborado com base naqueles sujeitos inicialmente contemplados: aqueles que exercem a *atividade econômica* e *integrem a cadeia mercadológica*.

Com a mudança na redação do sujeito passivo, o legislador não só perdeu a oportunidade de ampliar, efetivamente, o âmbito de aplicação da LRF e abarcar com rigor os sujeitos que exercem atividade econômica produtiva e integram o mercado, mas também criou barreiras à consecução das finalidades legislativas. Afinal, a construção de uma legislação como a LRF, que envolve uma complexidade de interesses, deve se ater à linearidade entre o âmbito subjetivo da norma, a identificação dos princípios e institutos e os fins que pretende alcançar³³⁶.

No que diz respeito aos motivos de mudança do critério, não se sabe até que ponto houve negligência do legislador, atribuída à excessiva quantidade de emendas no projeto-lei, ou mesmo inexperiência para tratar com coerência e profundidade a extensão das matérias contidas na LRF. Porém, pelo histórico do projeto de lei acima analisado e pela

que não se enquadrem como empresariais. Nesse sentido, o projeto da LRF teria excluído algumas dessas atividades, como a de profissional liberal, artesão e do agricultor que explorasse propriedade rural para fins de subsistência familiar, entre outras exclusões.

³³⁶ L. M. M. PROENÇA, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público* cit. (nota 95 supra), p. 54, destaca a importância de essa lei, densamente processual e incidir sobre tantos interesses, nem sempre convergentes, ter a concatenação e interdependência entre os seus dispositivos. Já que deve formar um todo orgânico e internamente consistente, sob pena de levar a contradições e controvérsias interpretativas, incompatíveis com a segurança jurídica e com a celeridade que se esperam do sistema jurídico.

interpretação teleológica da lei é perceptível que o legislador perdeu o domínio dos métodos empregados no pressuposto subjetivo durante o processo legislativo.

Além disso, por mais que seja preponderante a ideia de que a LRF estaria dando continuidade ao direito falimentar de outrora, na verdade, ela tinha uma maior função e a expectativa era de que o legislador tivesse aproveitado melhor as variáveis postas no cenário jurídico, social e econômico, com uma visão mais horizontal sobre as tendências do direito comparado e do direito brasileiro. Afinal, o direito mercantil está em processo de *redimensionamento*, as mudanças no direito civil e parcial unificação do direito privado ampliado; e todo esse cenário se monta contrariamente à permanência de privilégios impostos em função da *mercantilidade* de determinado sujeito – veja que o próprio princípio da livre iniciativa abandonou os tratamentos especiais e o seu objeto de estudo hoje caminha para o mercado³³⁷. É, portanto, um retrocesso manter-se preso às raízes históricas em prejuízo da harmonia do sistema subjetivo e da formação do direito internacional, quando outros sistemas da mesma origem já superaram essa questão.

Desse modo, perdeu-se de vista o pressuposto universal e também econômico próprio da LRF, aliás, diluíram-se as suas próprias referências e seus pilares metodológicos, por privilegiar a harmonia e lógica de outra norma (CC). E, hoje cabe à doutrina e ao Judiciário buscarem novos cânones interpretativos para elaborar critérios e superar tal imprecisão técnica³³⁸, pois a norma já nasceu lacunosa, deixando de considerar

³³⁷ PAULA A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* cit. (nota 249 supra), pp. 206-8, aponta que a livre iniciativa fundamenta a atuação da classe burguesa e repúdio aos privilégios desde a origem do direito comercial, quando em consequência das restrições estratificadas nos estatutos das corporações de ofício da idade média, as leis francesas (Édito de *Turgot*, de 1776, Decreto *d'Allarde* de 1791 e, por fim, a Lei *Le Chapelier*) tiveram que estabelecer normas com base no princípio da livre iniciativa para diminuir os privilégios aos comerciantes, aumentar as oportunidades de trocas e permitir o ingresso de novos membros da burguesia. Esse princípio também fundamenta normas contrárias aos privilégios concedidos pelos monarcas na Inglaterra, dando margem à promulgação do *Statute of Monopolies* em 1610.

³³⁸ Para elucidar tal questão, veja N. LUCCA, *In* N. DE LUCCA – A. SIMÃO FILHO (coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências – Lei n. 11.101/2005* cit. (nota 27 supra), pp. 73-4: “Assim, a despeito dos que pensam em sentido contrário, não vejo como as sociedades simples possam submeter-se, igualmente, ao regime da NLF, seja porque o art. 1º não as contemplou, nem expressa, nem implicitamente – referindo-se apenas, conforme foi visto, a *empresário* e *sociedade empresária* –, seja porque, conforme igualmente foi verificado, a admissão de tal possibilidade contrariaria inteiramente a lógica adotada pelo Código Civil pátrio ao fazer, para diversos efeitos, a distinção entre sociedades empresárias e sociedades simples. Não cabe argumentar-se, penso eu, que as sociedades simples não foram expressamente mencionadas no rol das exclusões previsto nos dois incisos do art. 2º da NLF. Só se exclui, eventualmente,

o contexto econômico e social existente e os elementos que precisava disciplinar para atingir os seus objetivos. Ademais, deixou em evidência a problemática de tratamento diferenciado aos devedores com iguais funções sociais na organização econômica do país. Alias, muitas vezes, com funções sociais mais relevantes, como é o caso das sociedades cooperativas que são consideradas empresas de economia social e instrumentos de desenvolvimento econômico sustentável.

A elaboração dessa legislação particular não cuidou dos seus critérios, deixando aberta a teleologia imanente, uma vez que os seus princípios, suas regras e seus objetivos traçados não se coadunam com os princípios jurídicos gerais e objetivos do direito de estabelecer um tratamento justo e igual daquilo que é igual. Ao deixar de estabelecer as mesmas consequências jurídicas para fatos iguais, a LRF é lacunosa, com uma análise que supera a consciência da decisão dos propósitos do legislador, como anuncia K. LARENZ³³⁹:

Pode não ser suficientemente sublinhado que uma <<lacuna>> da lei não representa algo de semelhante a um nada, mas significa a falta de uma regra *determinada*, a esperar segundo o plano da regulação ou o contexto global da lei. Isto é frequentemente ignorado. Uma lei é <<lacunosa>> ou incompleta sempre apenas em atenção à regulação por ela almejada, materialmente exaustiva e, nesse sentido, <<completa>>, bem como materialmente justa.

Assim sendo, ao se deparar com agentes econômicos como as sociedades cooperativas, compreende-se a lacuna que existe na própria LRF por não ter considerado a globalidade dos sujeitos passíveis de proteção, com critérios firmes e justos em sua seleção. Enquanto microssistema³⁴⁰, a LRF é dotada de lógica específica, princípios que

aquilo que, em princípio, já está ou possa estar incluído... As sociedades simples não estavam incluídas no art. 1º da lei para que pudessem ser excluídas no art. 2º...

De toda sorte, fico com a impressão de que teria sido preferível – ainda que, a meu ver, desnecessário fosse, mencionar as sociedades simples no elenco das sociedades excluídas do campo de aplicação da NLF a fim de que nenhuma dúvida pairasse sobre o tema, como está ocorrendo...

Permitir-me-ei voltar a esse mesmo tópico por ocasião da análise do art. 2º, para tentar agregar, no âmbito daquele contexto, novos argumentos em favor da tese aqui esposada no sentido de que a NLF não se aplica, efetivamente, às sociedades simples.”

³³⁹ *Metodologia da ciência do direito*, Trad. de José Lamago e rev. Ana de Freitas, 2 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 [original K. LARENZ, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 5 ed., rev., Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 1983], p. 454.

³⁴⁰ A formação de microssistema é decorrente do processo de decodificação verificado no final do século XX e surgimento de legislações específicas que regulam setores específicos da economia, quando os códigos deixam de ser centro do sistema para tratar as matérias gerais e de caráter supletivo àquelas. As legislações específicas vão adquirindo estabilidade e formando núcleos de áreas específicas do direito, não se

são alicerces e regras especiais e poderia ter suprido uma deficiência antiga do direito concursal brasileiro, adotando um sistema subjetivo próprio com a qualificação dos fatos sociais e econômicos adequados aos propósitos da legislação e com o direito privado hodierno³⁴¹. Entretanto, a LRF preferiu não ultrapassar as barreiras do direito concursal específico tradicional, nem a arcaica aceção que se tem juridicamente das sociedades cooperativas no Brasil.

Em virtude disso, as sociedades cooperativas mantiveram-se sujeitas ao regime jurídico concursal específico da LCB e ao aplicável às sociedades não empresariais (insolvência civil), que não necessariamente são os mais adequados.

Aliás, hoje em dia, nem mesmo é possível asseverar qual é o regime jurídico próprio para o concurso das cooperativas, se é o interventivo e liquidatório da LCB, ou de insolvência civil do CC e CPC (insolvência civil). A despeito da opinião emitida no capítulo segundo, as variadas decisões judiciais têm constatado que tais normas são antigas e ineficientes para disciplinar o concurso e amenizar as consequências geradas, e também tem gerado insegurança no tráfego jurídico em relação ao instituto que o credor poderá se munir na pretensão de receber o crédito.

No regime específico de dissolução e liquidação da LCB, a modalidade específica para a insolvência das cooperativas era o de *liquidação extrajudicial*, que foi criado com o intuito de que a intervenção estatal na atividade econômica da cooperativa a auxiliasse a superar a crise e manter-se em funcionamento, evitando a paralisação das atividades. Mas, com a Constituição Federal de 1988, a aplicação do instituto passou a se dar para acobertar fatos diversos, inclusive como alternativa para a paralisação das atividades cooperativas e postergação do pagamento das dívidas, sem que gerasse maiores responsabilizações para as condutas potencialmente fraudulentas de administradores da sociedade. Assim, para

contaminando com as regras de outros microssistemas. Apesar de não formarem ramo de direito autônomo, as normas se organizam com uma lógica e princípios próprios, com tratamento profundo e linguagem técnica sobre as matérias relacionadas ao setor regulado, a ponto de superar as próprias lacunas. Não possui relação de subordinação a outro microssistema, ao contrário, todos se entrelaçam na concepção unitária do sistema jurídico. Nesse sentido, ver L. M. M. PROENÇA, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público* cit. (nota 95 supra), pp. 54-6; P. A. FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado* cit. (nota 249 supra), pp. 177-80.

³⁴¹ L. M. M. PROENÇA, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público* cit. (nota 95 supra), pp. 54-5.

alguns, a mudança operada pela norma constitucional apenas seria com o término da intervenção estatal, mas o artifício poderia ser usado regularmente pelos administradores com os mesmos efeitos. Dessa equivocada interpretação não compartilham aqueles que enxergam que esse procedimento perdera a sua razão de ser e restara inviabilizado, e, que, portanto, não mais seria aplicável.

Para suprir essa lacuna, o Judiciário tem se valido do recurso interpretativo analógico para, entre outras aplicações pontuais, ampliar a liquidação judicial e aplicar as normas procedimentais e processuais traçadas no CPC e na LCB. Nesse caso, não só se limitam à interpretação teleológica daquele instituto previsto para superar a crise, nem à hipótese de o próprio credor requerer a liquidação judicial diante da dissolução de pleno direito prevista na LCB, mas permitem que o devedor requeira a liquidação judicial daquela cooperativa em que já havia a decisão dissolutória e já estava em curso o procedimento de liquidação extrajudicial. Enfim, independentemente do juízo de valor sobre os fundamentos de tais decisões, o Judiciário vem recorrendo a recursos previstos no direito para subjugar o direito aos fatos e proteger as pretensões patrimoniais, no intuito de suprir a lacuna aberta subsequentemente em virtude da mudança na composição do cenário econômico, social e jurídico com efeitos na disciplina normativa da liquidação extrajudicial.

Do outro lado, permanece o processo geral de insolvência civil, mantido com o objetivo de estabelecer um processo de execução coletiva para os devedores civis e declarar a insolvência civil, além de liquidar o patrimônio e satisfazer aos interesses dos credores em condições de igualdade. Quando o credor tem a sorte de ajuizar a ação e de esta tramitar em um juízo que reconheça a possibilidade jurídica de tal pedido, as normas, de natureza processual e liquidatória são insuficientes para dirimir todas as questões relativas à crise da empresa cooperativa. Afinal, a insolvência civil é o instituto reservado para o concurso dos devedores que não são comerciantes, ou não são empresários, e dentro da generalidade da norma possui uma neutralidade nos valores para regular eficientemente o concurso dos devedores civis amplamente considerados.

Sem contar que a insolvência civil foi criada como processo de execução por quantia certa contra devedor insolvente em 1973 como forma de atender aos reclamos da

doutrina pátria que se insurgia sobre o tratamento tão discriminatório dado aos devedores, em comparação ao processo falimentar. Porém, H. TEODORO JÚNIOR³⁴² comenta que tal regulação não chega ao ponto de regular o concurso de credores de maneira tão exaustiva como a falência, tendo as suas lacunas integradas pela doutrina e jurisprudência a partir da aplicação analógica das regras e dos princípios da disciplina concursal específica.

Dessarte, a par da própria deficiência processual da insolvência civil, a não adequação desse processo ao contexto fático das sociedades cooperativas se deve também pela complexa dimensão empresarial de suas atividades, necessitando de normas compatíveis com tal racionalidade empresarial e mercadológica. É uma questão de enquadramento de suporte fático ao suporte jurídico específico e não de deficiência do processo de insolvência civil.

Com tais ponderações resta claro que há duas normas no direito brasileiro que, a rigor, amparam as sociedades cooperativas em crise, estruturadas com políticas jurídicas próprias para estabelecer o *regime jurídico das sociedades cooperativas e a insolvência civil dos devedores não empresariais*, porém que são insuficientes para solucionar as conseqüências das insolvências das sociedades cooperativas que exercem atividades empresariais. Assim, se nenhuma das disciplinas jurídicas concursais, incluindo o microsistema de recuperação e falências, ampara as circunstâncias predispostas no suporte fático/econômico, o direito aplicável ao concurso das cooperativas no Brasil é deficiente, deixando de regular eficientemente o setor que merece amparo jurídico e de atender à necessidade imprescindível do tráfego e dos princípios jurídicos julgados a uma consciência nacional³⁴³, como o são a orientação internacional de regulamentação adequada ao fomento do cooperativismo e os princípios constitucionais de igualdade de tratamento e de apoio ao setor cooperativo no Brasil.

Efetivamente, as normas aplicáveis às cooperativas não se ajustam aos padrões atuais do direito concursal regulamentador de múltiplos interesses, de natureza material e processual. Ao contrário, desconhecem os princípios de preservação da atividade produtiva e da função social da empresa, os conceitos e as técnicas econômicas atuais para auxiliar os

³⁴² in justificativa do Projeto de Lei n. 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005 na Câmara dos Deputados, cit. (nota 120 supra), p. 10-3.

³⁴³ K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, cit. (nota 339 supra), p. 455.

agentes mercadológicos a superar as crises. Enfim, enquanto a LRF acompanha as tendências principiológicas e orientações de direito comparado para disciplinar juridicamente as soluções patrimoniais para as crises dos sujeitos que desenvolvem atividade econômica e estão no mercado, de forma menos onerosa aos credores e devedor, a disciplina jurídica concursal aplicável às cooperativas se posiciona em um pólo completamente antagônico.

Tal situação se coloca em desrespeito ao reconhecimento das cooperativas como empresas, o qual existe em outros países que lhe amparam como sujeitas do direito concursal, com regimes jurídicos gerais (societário) e concursais complementares para proteger os interesses envolvidos. Tendo em conta isso, a lacunas da LFR e a insuficiência do direito substantivo concursal das cooperativas no Brasil, conclui-se pela necessidade de regulação adequada ao setor, com detalhamento suficiente para se aproximar a sua dimensão social e econômica. Dessarte, o reconhecimento dessa lacuna é fundamental para chamar a atenção à precariedade do tratamento e necessidade de reflexão sobre o tema, lembrando que a superação dessa deficiência só dar-se-á por completo com alteração na regulação para equiparar a proteção aos demais empresários, com um direito concursal não punitivo, que preveja a participação ativa dos credores nos procedimentos e tutelas específicas para sanear as crises financeiras e manter tais empresas no mercado. Afinal, como dizia Miguel Reale³⁴⁴: “Se o Direito nem sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário, ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo. Pouco importa que não se alcance êxito; o que importa é que se incline à realização do justo.”

É importante reconhecer ainda que a fragilidade do tratamento das cooperativas no Brasil surge desde a regulação societária, que não qualifica a sua realidade de empresário social nem trata das necessidades correspondentes, inclusive com a previsão expressa da exclusão da falência. Portanto, com o objetivo de fortalecer o sistema regulatório das sociedades cooperativas, emerge a consciência de alteração da LCB e CC para ajustar a natureza do seu tratamento jurídico conforme a dimensão social e econômica das cooperativas no Brasil.

³⁴⁴ *Filosofia do direito* cit. (nota 334 supra), p. 592.

A definição de um regime jurídico geral para as cooperativas, aceitando-as como tipo societário próprio e a qualificação como empresários de economia social deverá ser consistente para ajustar o conceito e sua natureza jurídica e reconhecer a organização empresarial da cooperativa. Ademais, o ideal é as normas privilegiem a identidade cooperativa e aprimorem o regime econômico, prevendo-se instrumentos financeiros que aportem capital, a exemplo de países como Itália e Espanha.³⁴⁵ Desse modo, o plano geral de regulação desse microssistema personalizará o tratamento societário das cooperativas e será compatível com o concursal.

Para tal fim, é essencial que as leis sejam concebidas com a compreensão de que os institutos jurídicos agrupam-se sistematicamente, coordenados em um todo harmônico (sistema jurídico). Cada instituto tem o seu próprio lugar (microssistema), dada a necessidade de especialização ou especificidade de alguns institutos, bem como da imposição social e/ou econômica de regulação mais pormenorizada de alguns institutos inter-relacionados³⁴⁶, determinados de acordo com a natureza e estruturados para atingir fins próprios. Enfim, que o ramo específico da economia (ou coletividade selecionada) disponha das tutelas aí dispostas. Nesse sentido, se o sistema jurídico aceitou a dimensão real, social e econômica das cooperativas, os microssistemas normativos (e institutos correspondentes) partirão dessa racionalidade jurídica para regulamentar o setor dentro da mesma lógica. Acredita-se que isso contribuirá para estruturar o fortalecimento do setor cooperativo.

Por isso, entende-se que a lacuna da LRF para aplicá-la às sociedades cooperativas só poderá ser superada com uma regulação pormenorizada, competindo ao legislador alterar as normas sistematicamente, sem deixar contradição entre os regimes jurídicos gerais de cooperativa e concursais. Para “todas as regras de uma ordem jurídica vale o requisito da ausência da contradição lógica, da compatibilidade material e da concordância das valorações”, sendo uma tarefa do legislador, da jurisprudência e da ciência do direito manter a compatibilidade lógica e unidade do sistema jurídico, que é aberto e sujeito às

³⁴⁵ M. P. ZURERA, *La sociedade cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedade de garantía recíproca* cit. (nota 158 supra), p. 39-41. E A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milão, Giuffrè, 2004, p. 84-99.

³⁴⁶ L. M. M. PROENÇA, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público*, cit. (nota 95 supra), p. 55.

evoluções das ramificações das regras diversas³⁴⁷. Assim, embora a reforma paliativa da LRF possa sanar uma lacuna interna, em seu próprio sistema e resolver o problema sob o enfoque do concurso das cooperativas que se organizam como empresa, o regime jurídico das cooperativas só será efetivamente atualizado quando houver uma reforma mais profunda nas bases gerais da legislação.

³⁴⁷ K. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, cit. (nota 339 supra), pp. 456-8; E também M. REALE, *Filosofia do direito*, cit. (nota 334 supra), p. 602.

3 Reforma legislativa do direito concursal e a natureza da sociedade cooperativa

A sociedade cooperativa possui natureza jurídica diferenciada, com organização própria para a atingir à função social e econômica. Destaca-se por propiciar aos sócios: i) a participação formal no mercado, com a prestação de seus serviços e produtos; ii) a obtenção de produtos e serviços com facilidades, os quais são destinados ao uso pessoal ou à respectiva atividade produtiva; iii) um meio de subsistência, quando o sócio oferece serviço com exclusividade e corresponde a sua principal habilidade (cooperativa de trabalho ou de prestação de serviço de arquitetura, por exemplo); e iv) um meio de adquirir unidade habitacional, viabilizando a garantia constitucional de direito à propriedade (art. 5º, XXII, CF) e direito social à moradia (art. 6º, CF). Desse modo, a insolvência da sociedade cooperativa gera impactos sociais e econômicos em medidas diversas, pois os sócios terão as suas expectativas frustradas sob o ponto de vista societário (com o fim da organização, a perda dos direitos e as obrigações que surgirão) e de usuários (com a perda das prestações sociais e econômicas, viabilizadas pela cooperativa); e a coletividade também será abalada por danos diretos e indiretos.

Essa conjuntura aliada aos fatores econômicos circunstanciais globais que levaram à *remodelação da associação cooperativa para a empresa social cooperativa* são fatores que precisam ser considerados pelo poder executivo no planejamento das políticas públicas econômicas de fomento às sociedades cooperativas no Brasil; devendo, igualmente, sensibilizar o poder legislativo no encaminhamento de projetos de lei com vistas a regulamentar esse importante setor de novos agentes econômicos que integra o setor cooperativo. Nesse diapasão, é relevante lembrar que há o reconhecimento da necessidade dos Estados na América Latina aplicarem a Recomendação 193 da OIT, com vistas ao aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão cooperativa, assim como de ser reconhecida a organização empresarial da cooperativa, o que implica considerar o tratamento jurídico concursal uma política pública estratégica para a estabilidade das relações patrimoniais, a preservação da função social da sociedade cooperativa, o apoio à formação e ao crescimento das sociedades cooperativas e a atração ao investimento e financiamento para tal sociedade.

A demonstração da atual insuficiência da disciplina da matéria concursal relativa às cooperativas e aos seus credores, que de modo objetivo se contrapõe às perspectivas de crescimento da atuação das cooperativas na economia dos países emergentes como o Brasil, com forte demanda de inclusão social e de abertura para agentes econômicos potenciais que dependem da aplicação de políticas públicas de fomento e de proteção ao pequeno e microempresário. Essas duas realidades convivem num meio social e econômico em que são consideradas como prioritárias as demandas estruturais dos setores tradicionais da economia como agricultura e a indústria. Até o presente, as políticas públicas que visam a alcançar os setores considerados menos expressivos, apesar de possuírem elevado nível de ocupação da mão-de-obra, têm se revelado inadequadas ou pouco sensíveis para atender as demandas desses setores. De modo específico, a disciplina jurídica pátria, quando comparada às disciplinas da matéria de países avançados, como verifica-se no estudo comparado com países da Europa e mesmo da América latina vê-se que a legislação brasileira encontra-se num estágio o qual incumbe aos pensadores do direito a construção de novas teorias que auxiliem aos operadores do direito nas instâncias judiciais a adotarem novas interpretações que superem as lacunas existentes.

Nesse ambiente, considerando as peculiaridades estruturais da sociedade cooperativa em que o regime econômico e jurídico interfere nas noções de responsabilidade patrimonial dos sócios, um dos aspectos pontuais que interessam aos sócios e aos credores no concurso da cooperativa é a formação da massa ativa e passiva do concurso para fazer frente às dívidas existentes. E a administração concursal poderá se deparar com dificuldades relacionadas ao tratamento de tal matéria diante da obscuridade das legislações cooperativa e concursal.

Na perspectiva de reunir elementos que auxiliem na fundamentação doutrinária de um direito concursal hodierno, democrático e econômico, por aplicar-se a todos os sujeitos econômicos, sem distinção de suas naturezas ou da amplitude de seus negócios, o presente capítulo será elaborado com base no estudo de I. G. FAJARDO GARCIA³⁴⁸, conceituada jurista espanhola, doutrinadora em direito cooperativo e o concurso das sociedades cooperativas, para, reportando-se aos principais pontos controvertidos, abordados nesta

³⁴⁸ *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.235- 81.

pesquisa, buscar a conexão com as elucidações que ela sintetiza e esclarece com a larga dimensão do seu pensamento e que se espera, por meio dele, chegar-se às respostas das questões levantadas como hipóteses de estudo e de orientação desta tese.

As questões relativas à organização jurídica e econômica da sociedade cooperativa e à formação da massa concursal serão abordadas sob o enfoque dos tratamentos jurídicos da LCB, enquanto que o de dissolução e liquidação das cooperativas, de insolvência civil e, para fins meramente comparativos, o de recuperação de empresas e falência.

3.1 Responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais e a massa concursal

A massa ativa e passiva do concurso da cooperativa abrange os bens e direitos do devedor existentes no momento da declaração do concurso, bem como aqueles que venham a integralizar durante o procedimento concursal. Diante da insuficiência do patrimônio social da cooperativa para liquidar as dívidas sociais, os sócios serão chamados a responder pelas dívidas sociais com o seu próprio patrimônio, uma vez que são os garantidores da sociedade cooperativa ou de devedores de obrigações sociais assumidas estatutariamente perante a cooperativa³⁴⁹.

A responsabilidade dos sócios, em sociedade cooperativa, pode assumir duas dimensões, em função da causa das dívidas. Uma delas é a *responsabilidade externa*, a que os sócios assumem pelas dívidas sociais diante da deficiência patrimonial da sociedade cooperativa para satisfazer aos credores, sendo eles os garantidores desse tipo de sociedade enquanto compuserem o seu quadro social. Aqui é importante o regime de responsabilidade dos sócios, se é limitado a sua aportação ao capital social, à soma determinada ou determinável de garantia oferecida aos credores sociais, ou ilimitada, quando os sócios respondem com seus bens pelas dívidas sociais³⁵⁰.

O direito brasileiro estabelece que os sócios podem escolher entre a responsabilidade limitada ou ilimitada, conforme previsto na LCB³⁵¹ e no CC³⁵². Desse

³⁴⁹ Esse procedimento será o adotado em qualquer das disciplinas concursais brasileiras, bem como no de dissolução e liquidação da cooperativa. Assim, as normas de insolvência civil estabelecem que a massa ativa e passiva é formada por todos os bens susceptíveis de penhora do devedor (art. 766, I, e 751, CPC), arrecadados pelo administrador a partir da declaração judicial de insolvência, que poderá adotar as medidas judiciais para tal fim. Segundo as normas de liquidação extrajudicial e judicial da LCB, apenas há referência genérica aos ativos e passivos, cabendo ao liquidante exigir dos associados a integralização das respectivas quotas-partes do capital social que não tenham sido realizadas, quando o ativo não bastar para a solução do passivo (art. 68, VII). Além disto, a LRF prevê que a formação da massa falida dar-se-á a partir da sentença que decretar a falência, englobando os bens e direitos relativos à massa em uma disciplina minuciosa sobre o processo de arrecadação e administração dos bens.

³⁵⁰ Ver I. G. FAJARDO GARCIA, *La gestión económica de la cooperativa – la responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra), pp. 180 e ss.

³⁵¹ Artigos 11 e 12, respectivamente: “As sociedades cooperativas serão de responsabilidade limitada quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito.”; e “As sociedades cooperativas serão de responsabilidade ilimitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária e não tiver limites.”

³⁵² Art. 1.095: “Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada. § 1º É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardadas a proporção de sua participação nas mesmas

modo, os sócios cooperativados responderão de forma solidária entre si e ilimitada pela totalidade das dívidas sociais da sociedade cooperativa, ou até o valor de sua quota representativa no capital social, de acordo com o regime eleito pelos sócios fundadores no ato constitutivo³⁵³. A rigor, a responsabilidade dos sócios será invocada dentro dos parâmetros de legalidade das operações e gestão administrativa, após o término do patrimônio social.

E a outra dimensão da responsabilidade dos sócios é a *responsabilidade interna*, que decorre de um dever legal que os sócios assumem contratualmente, ao se associarem. A responsabilidade poderá ser gerada pela (i) inobservância da obrigação de aporte obrigatório ao capital social; (ii) em consequência do uso cooperativo; ou (iii) da condição de colaborador na atividade empresarial que desenvolve na cooperativa. Tendo em vista que a sociedade cooperativa constituiu-se para realizar a atividade econômica dos sócios, que são clientes ou provedores, eles têm direitos e deveres de fazer uso aos serviços das cooperativas, de participar da atividade econômica e dos resultados.

É comum que as normas que regulam o conteúdo de tais obrigações, a duração e penalidades aplicadas pelo descumprimento dos sócios sejam definidas por meio de normas internas da sociedade cooperativa, sejam regimentais, estatutárias ou contratuais, nos contratos celebrados entre a sociedade cooperativa e o sócio e, ainda sejam decorrentes de acordos assembleares realizados ao se iniciar o exercício econômico. O conteúdo desse dever de colaboração muda de acordo com o objeto social da cooperativa, incluindo a obrigação de aportes de quantias pecuniárias ao capital social, a entrega de fundos à sociedade cooperativa para a realização de uma unidade habitacional ou de produtos

operações. § 2º É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações pessoais.”

³⁵³ Essa sistemática é tradicional do direito cooperativo e ainda está presente em grande parte dos países europeus e na Sociedade Cooperativa Européia, embora na prática a tendência seja a fixação da responsabilidade limitada. I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), p. 5.241, salienta que em algumas legislações espanholas (a exemplo da Vasca 4/1993 e Estatal 27/1999) não mais permite a opção ao sócio e impõem a responsabilidade limitada ao capital subscrito, o que vem sendo bem visto por parte da doutrina, por não permitir que os sócios possam ampliar a sua margem de responsabilidade. Comenta ainda que em outras legislações (como o das Comunidades Autônomas de Valência 8/2003 e Madrid 4/1999), além da responsabilidade limitada e ilimitada (solidária ou supletiva), o estatuto poderá prever uma responsabilidade suplementar para o caso de insolvência das cooperativas, ou seja, os sócios se obrigam a realizar um valor extra ao aportado ao capital social diante da insolvência.

agrícolas por determinado período, o aporte de mão-de-obra, bem como o dever de adquirir produtos mediante o pagamento da quantia correspondente aos bens ou serviços³⁵⁴.

A responsabilidade do sócio em decorrência da sua *participação na atividade econômica* se submete ao regime econômico traçado para o ato cooperativo. Trata-se da disciplina de sobra e perdas em decorrência do ato cooperativo, pelo qual os sócios são responsáveis pelos prejuízos gerados à sociedade cooperativa, caso aquele valor estabelecido antecipadamente tenha sido insuficiente para realizar o objeto social, em comparação ao valor do produto ou serviço final. Nesse caso, a responsabilidade dos sócios será na razão das operações que o sócio realizou por meio da cooperativa.

Assim sendo, há diferença entre a responsabilização *externa* dos sócios pelas dívidas sociais, que o sócio assume perante terceiros supletivamente, se a cooperativa não tiver em condições de assumir os seus compromissos; e a *interna*, que consiste na dívida do sócio perante a sociedade cooperativa pelos compromissos financeiros assumidos, entre eles a reintegração das perdas ordinárias pela gestão de bens e serviços a conta dos sócios, na forma prevista no estatuto social.

Essa responsabilidade do sócio pelas perdas ordinárias não possui limitação máxima, devendo ser individualizadas a cada sócio depois do pagamento com a reserva legal, quando caberá àquele realizá-las em sua integralidade independentemente de se retirar da sociedade cooperativa. Por fim, resta sendo uma garantia a mais aos credores da cooperativa em relação às operações dos sócios, pois independentemente do regime de responsabilidade da sociedade (limitada ou não), os sócios se obrigam a arcar com as perdas geradas nos exercícios sociais à razão de sua participação na atividade econômica. Desse modo, diante da insolvência da sociedade cooperativa, o valor da perda de cada sócio se converter-se-á em crédito da sociedade cooperativa.

Essa regra dá margem à indagação sobre o sentido da responsabilidade limitada, e mesmo na elaboração de teorias doutrinárias que pretendem equiparar a responsabilidade *interna* dos sócios à *externa*. Nesse sentido, R. L. BECHO³⁵⁵ entende que a responsabilidade

³⁵⁴ Ver I. G. FAJARDO GARCIA, *La gestión económica de la cooperativa – la responsabilidad de los socios* cit. (nota 192 supra), pp. 180 e ss.

³⁵⁵ *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil*, cit. (nota 180 supra), pp. 199-200.

dos sócios pelas operações das sociedades cooperativas de responsabilidade limitada é restrita à participação nas quotas sociais, embora durante o exercício financeiro possa ser responsabilizado proporcionalmente às perdas sociais. Desse modo, o autor entende que pode interpretar as normas do direito cooperativo brasileiro (LCB e CC) sem prejudicar a responsabilidade limitada dos sócios, opinando:

O que nos parece ocorrer é que, principalmente no caso de responsabilidade nas sociedades cooperativas, poderão os associados responder pelas perdas operacionais em relações internas da cooperativa. É dizer, nas relações jurídicas entre o associado e a cooperativa, poderá aquele ser chamado a suportar perdas operacionais da sociedade. Se a pessoa jurídica resolver buscar entre seus associados a saída para essas perdas, deverá fazê-lo proporcionalmente às operações de cada um. Nessa hipótese, a pessoa jurídica zera seu prejuízo operacional. Entretanto, se isso não for possível, mesmo se os associados não aceitaram tal ocorrência e a sociedade for extinta, seus credores só poderão buscar no patrimônio social suas satisfações, arcando os sócios da cooperativa com o valor de sua quota-parte, que poderá ser totalmente absorvida pelos credores. Entretanto, mais do que isso – por exemplo, perdendo seus bens pessoais para os credores da pessoa jurídica – só quando a sociedade for de responsabilidade ilimitada.

Em que pesem os argumentos do autor, entende-se que as peculiaridades da sociedade cooperativa, considerando a sua função e o regime econômico, determinam que a participação do sócio nos resultados da atividade econômica é diferenciada e que os seus deveres decorrentes da mutualidade independem de responsabilidade limitada ou ilimitada assumido na constituição da sociedade cooperativa. Portanto, a imputação das perdas dos sócios deve seguir a proporcionalidade em face das operações que efetuou, tendo em vista que a cooperativa é gestora dos interesses dos sócios e desenvolve a atividade econômica em nome próprio, mas por conta destes, e os prejuízos operacionais são de ambos³⁵⁶.

³⁵⁶ Nesse sentido, ver I. G. FAJARDO GARCIA, *La gestión económica de la cooperativa – la responsabilidad de los socios*, cit. (nota 192 supra), p. 245. Ademais, M. L. LLOBREGAT HURTADO, *la mutualidad y empresa cooperativa*, cit. (Nota_supra), pp. 34-5, remete à lição de que um dos traços característicos das empresas cooperativas é a dupla condição dos seus membros (titulares econômicos e clientes da própria empresa). E por mais que juridicamente o sócio individual apareça na frente de terceiros por meio da sociedade, acobertada pela personalidade jurídica, em termos econômicos cada um dos sócios pode se considerar como empresário, ainda que agrupado dentro da cooperativa. Em virtude disto, a eles se revertem às vantagens patrimoniais resultantes do exercício em comum da atividade empresarial e pesam as consequências

Além disso, em termos de responsabilidade *interna*, a LCB dispõe que o sócio poderá arcar com as despesas gerais da cooperativa, conforme regime interno da cooperativa. Essa obrigação independe da participação dos sócios na atividade econômica das cooperativas em relação ao ano que passou, correspondendo aos custos ordinariamente incorridos pelas cooperativas para a manutenção ou realização das atividades.

E, por fim, há a responsabilidade da sociedade cooperativa em relação aos prejuízos decorrentes do insucesso da atividade econômica prestada a terceiros ou de outras atividades extracooperativas. Nessa hipótese, a sociedade cooperativa assume o risco empresarial próprio e o seu patrimônio responde perante terceiros. Diante da insolvência da cooperativa, os sócios terão a responsabilidade *externa* e depois do esgotamento das reservas e do restante do patrimônio social, eles são chamados a responder limitadamente aa sua participação no capital social, ou ilimitadamente, segundo o regime jurídico de responsabilidade da sociedade cooperativa em questão.

Diante dessas considerações, entende-se que a responsabilidade dos sócios será apurada no concurso posteriormente à liquidação de seu patrimônio e que os direitos decorrentes dos créditos que possui com os sócios só integram a massa ativa nesse momento. É importante observar as causas de origem dos débitos de modo a não prejudicar os direitos envolvidos no processo.

Por outro lado, tratando das dívidas sociais e da responsabilidade dos sócios, quando decorrer da função de garantidor dos sócios (responsabilidade externa), o administrador deverá observar o regime da responsabilidade. Se for limitado e as participações no capital social já houverem sido realizadas, os sócios não possuem mais qualquer responsabilidade perante as dívidas sociais. Se for ilimitada, a responsabilidade dos sócios pelas perdas sociais envolverá o patrimônio pessoal dos mesmos e deverá observar a disciplina concursal respectiva. Para tal fim, a LCB estabelece ao liquidante a obrigatoriedade de fornecer aos credores a relação dos sócios, se a sociedade for de responsabilidade ilimitada, e se os recursos apurados forem insuficientes para o pagamento das dívidas sociais (artigo 67, VIII). O processo de execução coletiva contra o devedor

insolvente estabelece que o devedor continuará obrigado pelo pagamento do saldo remanescente até a declaração da extinção de suas obrigações, diante da insuficiência da massa para o pagamento integral aos credores, o que atingirá os bens penhoráveis, durante esse período (artigos 774 e 775) dos sócios que guardem responsabilidade ilimitada. E, a LRF prevê a extensão da disciplina legal aos sócios ilimitadamente responsáveis, com os efeitos da falência aplicados ao devedor ilimitadamente irresponsável e a inabilitação para exercer qualquer atividade empresarial (artigos 81, 115 e 190). Atente-se ainda que as prestações devidas em virtude das perdas nas cooperativas de responsabilidade limitada vinculam o sócio ao seu cumprimento na proporcionalidade das operações e, com tal desiderato, entende-se que deve aplicar tais disposições para que estes arquem com os pagamentos dos créditos respectivos.

Entretanto, quando a origem do débito decorrer do descumprimento de obrigação *interna* dos sócios, o administrador da massa ou liquidante cobrará os créditos dos sócios, o que inclui todos os descumprimentos dos sócios e os créditos decorrentes das penalidades pela não execução das prestações, conforme a previsão estatutária. Assim, no objetivo de agir dentro do princípio da equidade e evitar a injustiça na distribuição dos resultados e acentuar a exposição de determinados sócios em detrimento de outros, a individualização dos créditos e apuração da responsabilidade deve ser criteriosa, considerando o regime jurídico estatutário estabelecido pela cooperativa e os ditames legais dos sistemas de rateios previstos na LCB e o CC.

3.2 Variabilidade do capital social

A segunda questão relevante na estrutura da sociedade cooperativa e que afeta à disciplina concursal diz respeito à formação do capital social das sociedades cooperativas, uma vez que o princípio de portas abertas permite a entrada e saída dos sócios a qualquer momento e isso interfere diretamente na formação do capital social e na garantia aos credores.

Demais disso, com a possibilidade de livre entrada e saída dos sócios, eles poderão se retirar em momento preliminar ou durante a situação de crise, o que poderá desestabilizar financeiramente a cooperativa, ao liquidar a quota social, e interferir na responsabilidade financeira do sócio em relação à composição da massa ativa e passiva.

Segundo sistemática adotada na LCB, ao se desligar da sociedade, o cooperado terá direito ao reembolso do capital integralizado devido pelo valor nominal (artigo 24, §3º). Essa regra seguiria a natureza da sociedade cooperativa como organização não capitalista, pela qual os sócios aportam capital para ter acesso a um serviço e para que as cooperativas possam custear as despesas decorrentes da prestação desses serviços, ou para que a cooperativa possa adquirir bens necessários à consecução do objeto social; e não para obter exclusivamente um resultado lucrativo.

Logo depois da vigência da LCB, W. BULGARELLI³⁵⁷ escreveu sobre a obrigatoriedade de as sociedades cooperativas efetuarem correção monetária do ativo imobilizado pelo artigo 3º, §§ 21 e 22, da Lei n. 4.357/64, com a alteração introduzida pela Lei n. 5.073, de 18 de agosto de 1966 (§ 2º do artigo 239, Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 76.186, de 2 de setembro de 1975). M. C. LADEIRA ALMEIDA, por sua vez, menciona que o Conselho Nacional do Cooperativismo (Resolução n. 27/1984) e a Portaria INCRA n. 328 (05/10/1984) regulamentaram a matéria, permitindo a correção do capital, desde que fosse levado à conta da reserva de equalização, coibindo-

³⁵⁷ *Correção monetária nas cooperativas in RDM 34 (1979), pp. 73-81.*

se que o cooperado saísse da cooperativa para obter vantagem financeira em momento de deflação³⁵⁸.

Posteriormente, tendo em vista as oscilações econômicas, chegou-se à compreensão de que os sócios também não podem ser prejudicados ao se desligarem das sociedades cooperativas e receberem uma quantia desproporcional em relação ao investimento feito inicialmente, nem ter um tratamento diferenciado em relação aos sócios que nela permanecem, levando a uma situação de injustiça por considerar a desproporcionalidade do patrimônio da cooperativa. Questionou-se, ainda, qual medida de razoabilidade seria essa que os sócios teriam que arcar com os custos ou ratear as despesas diretamente decorrentes da prestação de serviços, ou subscrever periodicamente as quotas sociais na proporcionalidade do uso dos serviços (artigo 27, § 2º), e não ter o valor reembolsado à altura do valor atualizado, quando de sua retirada.

Assim, a doutrina e jurisprudência brasileira começaram a admitir a correção monetária do valor nominal para a liquidação das quotas-sociais dos sócios que se retirassem da sociedade cooperativa³⁵⁹. Afinal, tal regra não poderia penalizar os sócios que dela se retiram, funcionar contrariamente ao ingresso de novos sócios à sociedade cooperativa (desestimulando o cooperativismo) e ao aporte de capital.

Vale salientar que os sócios poderão se retirar da sociedade a qualquer momento, nos termos do estatuto social, pois não há limitações legais que impeçam a sua saída,

³⁵⁸ *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* cit. (nota 197 supra), p. 90.

³⁵⁹ Ver W. BULGARELLI, *Correção monetária nas cooperativas* cit. (nota 357 supra); e J. E. P. LEVY, *As cooperativas e o direito dos cooperados retirantes ao valor atualizado de suas quotas-partes* in *RDM* 101 (1996), p. 125. Este último sustenta que o valor de devolução deveria representar a sua participação no patrimônio da sociedade cooperativa, além da correção monetária: “Por tudo isso que o valor da quota-parte a ser restituído ao cooperado retirante deve necessariamente ser calculado proporcionalmente à participação correspondente a tal quota parte no patrimônio da cooperativa. Tal cálculo seria efetuado dividindo-se a quota parte do capital detida pelo retirante pela totalidade do capital nominalmente expresso no momento do cálculo. O resultado de tal divisão seria uma fração a ser multiplicada pelo valor do patrimônio líquido da cooperativa (que corresponderia ao citado capital adicionado da respectiva correção monetária ainda não capitalizada, de lucros eventualmente ainda não incorporados e das demais reservas, e deduzido de prejuízos eventualmente ainda não absorvidos pelo capital). O produto dessa multiplicação corresponderá ao valor patrimonial da quota-parte. Definitivamente não convence a afirmação segundo a qual, por tratar-se de entidade sem fins lucrativos, as obrigações da cooperativa não devem ser atualizadas. Como visto, a correção monetária do patrimônio da cooperativa não decorre do lucro, nem depende de seu auferimento. Por outro lado, se à cooperativa é vedado o auferimento de lucro, como ela mesma afirma, tanto mais vedado seria a percepção de ganho derivado de locupletamento a custas dos próprios cooperados, como ocorre se a atualização do valor do capital não é paga aos que se retiram.”.

privilegiando-se o direito constitucional de livre associação³⁶⁰. Mais, apesar de na LCB não haver previsão para a manutenção da responsabilidade que deixarem as sociedades cooperativas, aplica-se o artigo 1.032 do CC com a manutenção da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais geradas até o prazo de dois anos posteriores à averbação de sua saída da sociedade³⁶¹. Desse modo, os sócios cooperados que forem excluídos ou se retirarem da sociedade cooperativa mantêm a responsabilidade pelas dívidas sociais, por força da aplicação supletiva das normas da sociedade simples.

Ademais, a LRF determina que os sócios de sociedade de responsabilidade ilimitada manter-se-ão obrigados pelo cumprimento das dívidas existentes até a data do arquivamento da alteração do contrato, durante o prazo de até dois anos subsequentes a sua retirada voluntária ou da exclusão da sociedade, se não houverem sido solvidas até a data da decretação da falência (§ primeiro do artigo 81).

Em relação à possibilidade de os sócios obterem o retorno da quota-parte, entende-se que tais aportações integram o capital social e, portanto, pertencem ao patrimônio da sociedade cooperativa. Assim sendo, apóia-se a corrente doutrinária que considera o capital social como recurso próprio da cooperativa e deve fazer frente às dívidas contraídas³⁶².

A consequência disso é que os sócios não serão credores em decorrência das aportações feitas a título de capital social durante a liquidação ou insolvência da sociedade cooperativa. O artigo 68, VII, da LCB corrobora essa interpretação, estabelecendo como obrigação do liquidante “exigir dos associados a integralização de suas respectivas quotas-partes relativas ao capital social não integralizado, quando o ativo não bastar para a

³⁶⁰ Art. 5º, XX, da Constituição Federal: “Ninguém poder ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

³⁶¹ No caso de falecimento do sócio, os herdeiros serão responsáveis pelo prazo de dois anos contados da data da averbação da saída pelas obrigações sociais geradas anteriormente ao evento.

³⁶² I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.277-79; M. C. PASTOR SEMPERE, *La reforma del derecho contable y su repercusión en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas* cit. (nota 232 supra), pp. 109-141; C. VARGAS VASSEROT, *Los previsible efectos de la NIC 32 en el sector cooperativo in REVERSCO* 91 (2007), pp. 120-159; e C. G. GUTIÉRREZ FERNANDES, *La reafirmación de las aportaciones de (propiedad de) los socios de las sociedades cooperativas – Propuesta de regulación de las sociedades de responsabilidad limitada cooperativa in REVERSCO* 89 (2006), p. 48.

solução do passivo”. Dessa forma, as quotas-partes do capital social servem para fazer frente aos credores até a efetiva liquidação das dívidas³⁶³.

Quanto aos demais créditos dos sócios, decorrentes de recursos que tenham antecipado as sociedades cooperativas, como as antecipações ou os retornos creditados e não cedidos, bem como por outros títulos participativos, participações especiais ou outras espécies de financiamento voluntário, os sócios poderão habilitar-se na classe de créditos respectiva, em conformidade com a natureza do título.

Sobre a classificação de tais créditos, segundo a disciplina de insolvência civil eles poderão ser créditos reais, com privilégio especial, com privilegio geral, ou ordinário, como visto no capítulo 3.3. Já pela LCB, tais créditos seriam distribuídos entre as classes de credores preferenciais e ordinários, estabelecendo o artigo 71 que serão pagos inicialmente os direitos dos credores preferenciais e depois as dívidas sociais proporcionalmente e sem distinção entre as vencidas e não vencidas. Por fim, se fosse aplicada a disciplina da LRF, os créditos de sócios seriam qualificados como subordinados, em virtude do art. 83, VIII.

³⁶³ I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.243-47 e 5.277-79, esclarece que na Espanha a liquidação da quota social, incrementada com o importe de sua atualização ou dos juros gerados e com as deduções em conformidade com as perdas imputadas ou imputáveis ao momento da baixa (artigos 51.1, 51.2, 45.7, Ley Cooperativa Espanhola 27/1999) não poderá ocorrer enquanto a cooperativa estiver em situação de desequilíbrio financeiro e o patrimônio seja insuficiente para fazer frente aos credores. Desse modo, não integrará a massa do concurso da cooperativa e só será passível de restituição depois de pagos todos os credores.

3.3 Fundo de reserva obrigatório para a educação e formação cooperativa

As sociedades cooperativas possuem a peculiaridade de fundo obrigatório de educação e promoção que integram o patrimônio da sociedade cooperativa. É um patrimônio afeto a fins sociais, em que serão beneficiados os próprios sócios, trabalhadores da cooperativa e o meio social³⁶⁴

A lei não pormenoriza a disciplina jurídica do FATES – fundo obrigatório integrante do patrimônio da sociedade cooperativa com o propósito específico de arcar com as despesas das atividades destinadas à finalidade transcendental de educação e fomento ao cooperativismo. Apenas determina-lhe a natureza jurídica de indivisibilidade entre os sócios (artigo 4º, VIII) com base no *princípio da distribuição desinteressada*³⁶⁵ e que, diante da liquidação da cooperativa, o saldo remanescente direciona-se ao extinto Banco Nacional de Crédito Cooperativo S.A., sucedido pela União Federal³⁶⁶.

A legislação espanhola atribuiu o regime de impenhorabilidade e indivisibilidade aos bens integrantes desse fundo mesmo diante da liquidação da cooperativa (*Fondo de educación y promoción*), com vistas à consecução da finalidade social inerente (Artigo 56, 5º e 6º, da *Ley Estatal de Cooperativas*). Essa norma prevê ainda a contabilização em separado dos demais elementos, compondo o passivo do balanço. Com isso, o patrimônio integrante desse fundo é tratado como um patrimônio separado que responde às dívidas geradas em decorrência de tal atividade, uma vez que se caracteriza como patrimônio de afetação em prol dos interesses coletivos, cuja constituição, finalidade e disponibilidade se subtraem da autonomia de vontade dos sócios.

³⁶⁴ F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, V. 3 cit. (nota 162 supra), p. 377.

³⁶⁵ Esse princípio foi formulado na França em 1831, nas cooperativas de produção, e diz respeito à impossibilidade de devolução dos fundos aos membros, privilegiando a função social da cooperativa. Ademais do objetivo de perpetuar a sociedade, mediante a admissão continuada dos membros, estabelece-se que o ativo líquido formado pelas reservas favoreça outra sociedade cooperativa, de uma obra filantrópica ou do Estado, diante de sua liquidação. Essa norma foi incorporada no Estatuto de Rochdale posteriormente e depois passou a ser aplicada em termos gerais a todos os tipos de cooperativas. Ver M. L. LLOBREGAT HURTADO, *Mutualidad y empresas cooperativas* cit. (nota 192 supra), p. 374.

³⁶⁶ O art. 68, VI, LCB, determina como obrigações do liquidante: “realizar o ativo social para saldar o passivo e reembolsar os associados de suas quotas-partes, destinando o remanescente, inclusive o dos fundos indivisíveis, ao Banco Nacional de Crédito Cooperativo S.A.”.

I. G. FAJARDO GARCIA³⁶⁷ acresce ainda que os bens integrantes do *Fondo de educación y promoción* não integram a massa ativa do concurso de dívidas sociais³⁶⁸, o que está em conformidade com o previsto no artigo 76.2 da Lei concursal, que prevê a exclusão da massa ativa dos bens e direitos que sejam legalmente impenhoráveis, embora tenham caráter patrimonial.

O direito português possui tratamento muito parecido com o brasileiro, onde o Código Cooperativo Português³⁶⁹ não atribui à natureza de patrimônio autônomo ou separado à reserva para a educação e formação cooperativas. Contrariamente, a reserva é apenas uma conta, em sentido contábil de capitais próprios, não se separando do patrimônio social. Trata-se de reserva legal que tem o fim de custear as atividades que ultrapassam a satisfação dos interesses puramente individuais e econômicos dos membros, reforçando o caráter social das cooperativas com um patrimônio próprio destinado aos fins sociais em benefício dos sócios, do setor e da sociedade.

D. M. M. APARÍCIO MEIRA³⁷⁰ destaca que mesmo diante da previsão do direito português no sentido de as obrigações serem cumpridas com todos os bens susceptíveis de penhora, “sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação dos patrimônios” (artigo 601, Código Civil Portugal), considera:

[...] que os bens afectos a esta reserva, por fidelidade à sua vocação legal, só responderão pelo pagamento das dívidas contraídas na actividade a que está adstrito e não pelas restantes dívidas da cooperativa. O nosso entendimento alicerça-se no facto de que este fundo de reserva visa a prossecução de finalidades ligadas ao movimento cooperativo, designadamente a promoção do ensino dos princípios e técnicas cooperativas que, quando em confronto com os interesses dos credores da cooperativa, se lhes sobrepõem. Estará aqui em causa o próprio interesse público que se evidencia no estímulo e apoio à actividade das cooperativas (art. 85º, nº 1, da CRP). Não esqueçamos que as cooperativas << funcionam com base numa lógica de interesse geral,

³⁶⁷ *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.247-248.

³⁶⁸ Nesse sentido, a lei valenciana 8/2003 expressa, no artigo 4º, que a cooperativa responde pelas suas dívidas com o patrimônio presente e futuro, exceto o correspondente ao fundo de formação e promoção da cooperativa, que só responderá pelas obrigações estipuladas para o cumprimento dos seus fins.

³⁶⁹ Art. 70 do Código Cooperativo estabelece que “É obrigatória a constituição de uma reserva para a educação cooperativa e a formação cultural e técnica dos cooperadores, dos trabalhadores da cooperativa e da comunidade.”

³⁷⁰ *O regime económico das cooperativas no direito português – o capital social* cit. (nota 156 supra), pp. 213-4.

apesar de não se situarem no interior da esfera pública>> e estas reservas são disso a maior evidência.”

No direito brasileiro, a responsabilidade patrimonial do devedor envolve os bens que integram o seu patrimônio (artigo 591 do CPC e artigo 391 do CC), porém existem algumas exceções. Uma delas é impenhorabilidade dos bens, com a massa concursal formada por bens passíveis de penhora, como vistos no item 3.1 (desta terceira parte). Demais disso, o artigo 119, inciso IX, da LRF prevê que o patrimônio de afetação também será excluído da falência até o advento do respectivo termo, ou o cumprimento de finalidade, ocasião que o administrador judicial arrecadará o saldo em favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer. Dessarte, em se tratando de uma exceção à regra de universalidade de direito indivisível, o intérprete deverá restringir-se às disposições legais que fixam a impenhorabilidade³⁷¹ e a formação de um patrimônio especial destinado a um fim determinado³⁷², as quais não alcançam os bens integrantes da reserva legal em questão.

³⁷¹ Os bens impenhoráveis estão nos artigos 649 e 650, do CPC. São impenhoráveis aqueles bens inalienáveis, os bens públicos (art. 100 do CC) e os privados, por determinação legal ou por ato voluntário. A voluntariedade, porém, é restrita àquelas disposições legais, como o testamento, considerando que a gravação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, necessita de justa causa em relação aos bens da herança legítima (1.848); em contrato de instituição de renda constituída por título gratuito, por ato do instituidor (art. 813); e instituição de bem de família (art. 1.711). Demais disto, são impenhoráveis os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; os vestuários e pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal; os livros, máquinas, ferramentas, utensílios, instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; o seguro de vida, garantidor de um fundo alimentar em favor do terceiro-beneficiário; os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; a quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos; os frutos e rendimentos de bens inalienáveis quando não houver outros bens, salvo se estiverem destinados à satisfação de prestação alimentícia; e ainda o bem de família na forma estabelecida pela Lei n. 8.009/90.

³⁷² O patrimônio de afetação é segregado da massa patrimonial de determinado sujeito de direitos e obrigações para que se destine à consecução da finalidade comum. Como é uma restrição à regra de universalidade indivisível do patrimônio, essa condição decorre de lei. Como exemplo do patrimônio de afetação, cita-se o terreno e acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais direitos e bens a eles vinculados, que são segregados do patrimônio do incorporador para ficar vinculados ao fim de incorporação até entrega das unidades imobiliárias (Lei n. 10.931, artigos 2º e 53º). Para mais leitura sobre patrimônio de afetação ler O. BARRETO FILHO, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, p. 67 e L. C. STURZENEGGER, *A doutrina do “patrimônio de afetação” e o novo sistema de pagamentos brasileiros in Revista de Direito Bancário* 11 (2001), pp. 58-101.

Mais, pela interpretação literal do artigo 68, VI, da LCB, deduz-se que as verbas decorrentes do FATES servem para saldar o passivo, uma vez que apenas o saldo remanescente ao pagamento das dívidas sociais será destinado ao Tesouro Nacional.

Enfim, por mais que se aprecie a formação de um fundo próprio à educação e promoção do cooperativismo, diante da disciplina jurídica da LCB e das demais normas do sistema jurídico brasileiro, entende-se que diante do concurso deverá buscar compatibilizar a orientação principiológica do LCB, com as demais normas do sistema jurídico brasileiro. Assim, os recursos desse fundo deverão integrar a massa, preferencialmente com esses bens cobrindo as despesas havidas em decorrência das atividades realizadas em cumprimento de tal finalidade, preservando a destinação para a qual foi constituído. Se, depois de cobertas tais despesas, ainda houver saldo, entende-se que eles integram a massa ativa para fazer frente ao passivo, juntamente com o Fundo de Reservas, diante da ausência de previsão legal específica diversa que atribua à condição de impenhorabilidade³⁷³. Afinal, a partir do momento em que o legislador não atribuiu a natureza de impenhorabilidade ao FAT, não se justifica desconsiderar os interesses públicos e sociais envolvidos no concurso, mantendo-os como indisponíveis em prejuízo da responsabilidade patrimonial³⁷⁴.

³⁷³ Nesse mesmo sentido, M. J. MORILLAS JARILLO, *El concurso de las sociedades*, 1 ed., Iustel, Madrid, 2004, p. 214. E. J. PULGAR EZQUERRA, *El concurso de la cooperativa agraria y de la sociedad agraria de transformación* in J. PULGAR EZQUERRA (DIREC.) – C. VARGAS VASSEROT (COORD.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 811: “Não obstante e com exceção destes supostos autonômicos no que expressamente confere o estatuto de patrimônio separado a ditos fundos, a sua qualificação como irrepatriáveis entre os sócios não impede que os bens os quais se tenha materializado o investimento, formem parte da massa ativa do concurso, pois os fins de política jurídica aos quais respondem à sua constituição, não justificam a subtração à satisfação dos direitos dos credores quando ele seja preciso, como acontece nos supostos de insolvência.” [Tradução livre de: “No obstante y excepcionando éstos supuestos autonómicos en los que expresamente se les confiere el estatuto de patrimonio separado a dichos fondos, su calificación como irrepatriables entre los socios, no impide que los bienes en los que se haya materializado la inversión, formen parte de la masa activa del concurso, pues los fines de política jurídica a los que responde su constitución, no justificarían su sustracción a la satisfacción de los derechos de los acreedores cuándo ello sea preciso, como acontece en supuestos de insolvencia.”]

³⁷⁴ Diante dessa conclusão, torna-se desnecessário tratar das demais formas de reserva, o obrigatório e os voluntários (especiais). O Fundo de Reserva já foi previsto por lei para a finalidade de suportar as dívidas sociais e, embora indivisível entre os sócios, não tem a natureza jurídica de impenhorável. Os Fundos Voluntários, nada obstante as diversas formas de constituição e destinações amparadas pela legislação brasileira, os bens que formam esses fundos integram o patrimônio social e devem fazer parte da massa diante das circunstâncias de liquidação e de insolvência, conquanto inexistente lei que lhe conceda natureza jurídica diversa.

3.4 Massa de gestão econômica

Considerando a natureza da atividade cooperativa de gestão de interesses dos sócios, pela qual a sociedade gere em nome próprio os bens e serviços por conta deles, os sócios aportam para a sociedade bens, serviços ou recursos financeiros, denominados pela doutrina espanhola por *masa de gestión económica*. Veja C. VARGAS VASSEROT³⁷⁵:

Como é sabido, para o desenvolvimento da atividade cooperativa os sócios cooperativistas vem obrigados a entregar bens e produtos à cooperativa (pensemos em uma cooperativa agrícola), a produzir ou fabricar produtos ou serviços no âmbito da cooperativa (cooperativa de trabalho associado) ou a pagar a cooperativa pelos bens ou serviços que recebem dela (pensemos agora em uma cooperativa de consumidores e usuários, ou em uma cooperativa habitacional). Ao conjunto de produtos, recursos ou bens de qualquer natureza, que entregam os sócios para a sua gestão pela cooperativa no interesse de seus sócios, tem sido denominado pela nossa doutrina cooperativista com o termo *masa de gestión económica*. Pois bem, a titularidade de esses bens, ou desse dinheiro, é determinante na tomada de posição sobre a natureza jurídica da relação mutualística. É óbvio que caso se entenda que os bens entregues – ou os pagamentos realizados – pelos sócios à cooperativa, no marco de cooperação não se transmite à sociedade, não se poderá considerar que essas entregas – ou pagamentos – se realizem em virtude de contratos de compra e venda e contratos de fornecimento ou outros de intercambio, ainda que é possível que os contratos sejam de outro tipo.

A titularidade dessa massa de gestão econômica é uma questão relevante, uma vez que tal definição acarretará consequências jurídicas diversas, afinal, quem tem a

³⁷⁵ *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Navarra, Thomson, 2006, p. 250, em tradução livre de: “Como se sabe, para el desarrollo de la actividad cooperativizada los socios cooperativistas vienen obligados, bien a entregar bienes o productos a la cooperativa (pensemos en una cooperativa agraria), bien a producir o fabricar bienes o servicios en el seno de la cooperativa (cooperativas de trabajo asociado), o bien a pagar a la cooperativa por los bienes o servicios que reciben de ella (pensemos ahora en una cooperativa de consumidores y usuarios o en una cooperativa de viviendas). Al conjunto de productos, fondos o bienes de cualquier tipo, que entregan los socios para su gestión por la cooperativa en interés de sus socios, se le ha denominado por nuestra doctrina cooperativista con el término de masa de gestión económica. Pues bien, la titularidad de esos bienes, o de ese dinero, es determinante en la toma de postura respecto a la naturaleza jurídica de la relación mutualista. Es obvio que si entiende que los bienes entregados – o los pagos realizados – por los socios a la cooperativa, en el marco de la cooperación no se transmiten a la sociedad, no se va a poder considerar que esas entregas – o pagos – se realizan en virtud de contratos de compraventa o contratos de suministro u otros de intercambio, aunque es posible que los contratos sean de otro tipo”.

propriedade dos bens assume os resultados econômicos da atividade cooperativa e também dos riscos derivados da perda ou deterioração dos bens. Como o assunto envolve o patrimônio social e afeta a responsabilidade patrimonial da sociedade perante os credores, merece atenção especial o objeto social da sociedade cooperativa e o regime jurídico normativo e estatutário que regulamenta a matéria.

Para elucidar essa questão, tome-se como exemplo as cooperativas habitacionais em que os sócios se reúnem em cooperativa para construir imóvel próprio. São eles os promotores das habitações e coproprietários desde o momento inicial, aportando recursos financeiros para a obtenção de terreno, contratação de arquiteto, engenheiro civil e adoção de outras medidas necessárias para a construção do imóvel, o que será executado pela cooperativa em seu nome. Assim, a sociedade cooperativa deterá o poder dos recursos provisoriamente para executar o serviço de construção do imóvel, que depois de finalizado será adjudicado em nome dos sócios, com o pagamento das dívidas hipotecárias e outras. Enfim, não há uma transferência de propriedade dos recursos nem do imóvel entre a sociedade e os sócios, mas sim uma gestão temporária dos recursos para o serviço que resultará no imóvel sob a natureza de ato cooperativo³⁷⁶.

Dessarte, se esses recursos antecipados forem insuficientes para a realização de cada etapa ou conclusão do imóvel em virtude de má programação dos sócios ou aumento de preços de material de construção de obra, a complementação do valor será devida pelos sócios, por conta de quem a sociedade cooperativa esteja construindo e eles terão a condição de coproprietários do imóvel. Mais, se determinada prestação contratual não for paga em consequência do descumprimento das antecipações dos sócios, enquanto pessoa jurídica com autonomia patrimonial, a sociedade cooperativa será acionada por terceiros pelo não pagamento de uma parcela contratual, porém o dever de pagar é dos sócios que

³⁷⁶ Nesse sentido, a Lei Estatal Espanhola é muito clara que não há venda ou transferência de propriedade entre a sociedade cooperativa e os sócios, apenas uma adjudicação do imóvel. Na disposição adicional quinta, da Lei de Cooperativas Espanhola, os itens 2 e 6, respectivamente, prevêm: “2. O fornecimento de bens e serviços prestados por cooperativas a seus membros, quer por produzidos por elas ou adquiridos de terceiros para cumprir seus fins sociais, não serão considerados vendas.” e “6. As cooperativas habitacionais têm direito à aquisição de terrenos de gestão pública pelo sistema de adjudicação direta, para o cumprimento de suas finalidades específicas”. [Tradução livre de: “2. *Las entregas de bienes y prestaciones de servicios proporcionadas por las sociedades cooperativas a sus socios, ya sean producidos por ellas o adquiridos a terceros para el cumplimiento de sus fines sociales, no tendrán la consideración de ventas*”; e “6. *Las cooperativas de viviendas tendrán derecho a la adquisición de terrenos de gestión pública por el sistema de adjudicación directa, para el cumplimiento de sus fines específicos*.”].

descumprirem a obrigação de pagar as antecipações, e estes deverão arcar também com eventuais perdas e danos ou penalidades contratuais.³⁷⁷ Enfim, o que se pretende salientar aqui é que os sócios são coproprietários do imóvel deste o início e são eles que estão, mediante a forma de cooperativa, construindo o imóvel. Assim, a sociedade cooperativa não é a titular desses recursos que os sócios aportam e estes são diretamente destinados ao cumprimento das prestações contratuais, não integrando o patrimônio social da cooperativa.

Outros exemplos de cooperativa agrícola. Suponha-se que seja uma pequena cooperativa cujo dever do sócio é a entrega de determinada quantidade de melão e a cooperativa apenas guardaria e venderia os melões ao mercado, cumprindo forma o contrato que celebrou com terceiro. Mas também pode ser uma cooperativa cuja atividade seja mais complexa, pela qual os sócios devam levar leite *in natura* para a cooperativa e esta, além de guardar o leite na temperatura adequada, deverá retirar o excesso de impurezas por meio de maquinário próprio, embalá-lo e colocar o produto final no mercado. Ou seja, o processo produtivo, iniciado na propriedade individual do sócio, é continuado na cooperativa (que é um dos sócios), preferindo ser ele próprio o empresário e reunir-se em cooperativa para realizar a depuração do leite e colocar no mercado (já que a cooperativa também é dele), do que vender o leite *in natura* para uma indústria de laticínio. Juridicamente, distingue-se o sócio da cooperativa, porém economicamente a divisão não é tão nítida, pois a cooperativa é considerada extensão dos negócios do cooperado.³⁷⁸

Por fim, se for uma cooperativa de prestação de serviço pela qual o cooperado dedica à mão-de-obra especializada em serviços de arquitetura, os sócios não poderão executar projetos arquitetônicos sem que seja no âmbito da cooperativa e, portanto, a cooperativa é o seu principal meio de sobrevivência. Os seus serviços são remunerados por

³⁷⁷ Veja nesse sentido o entendimento contido no TJSP, Ap. Cível 246.2704/0-00, 2ª Câmara Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Bedran, v. u. j. 01.04.2008: “Tratando-se de negócio cooperativo, termo de adesão de empreendimento imobiliário programado por cooperativa habitacional, conquanto admissível, em tese, a rescisão por inadimplemento, não se poderia atribuir a responsabilidade à ré pelo atraso nas obras e entrega da unidade pretendida pelo autor, cujo bom sucesso, pelas naturais características do cooperativismo, obviamente dependeria da pontual regularidade das contribuições de todos os cooperados e aderentes, tal qual expressamente previsto tanto no instrumento de adesão e compromisso de participação no programa habitacional firmado, quanto no próprio estatuto social da entidade”.

³⁷⁸ R. LOPES BECHO, *Elementos de direito cooperativo – de acordo com o novo código civil* cit. (nota 180 supra), pp. 153-4.

terceiros diretamente à cooperativa, que, depois de efetuar os descontos correspondentes, deverá destiná-lo ao sócio. A titularidade desse recurso deverá, portanto, pertencer ao sócio que executou o projeto.

Diante desse cenário, torna-se compreensível a preocupação da doutrina espanhola no tocante à titularidade da massa da gestão econômica, pois muitas questões jurídicas são envolvidas a partir disso.

A Lei Geral de Cooperativas na Espanha (legislação estatal) dispõe que os fundos e bens aportados pelo sócio para a consecução da atividade econômica (formação da massa de gestão econômica) não integram o capital social³⁷⁹ e o regime jurídico será elaborado em cada cooperativa, sem, entretanto, exigir que seja público ou formalizado de maneira diversa. E a disposição adicional terceira desta lei complementa que os credores pessoais dos sócios não terão direito sobre os bens das cooperativas nem sobre as aportações dos sócios ao capital social, sem prejuízo dos direitos que o credor poderá exercer em relação aos reembolsos, juros e retornos que correspondem aos sócios. Embora essa norma não faça referência expressa aos bens e fundos que integrem a massa de gestão econômica, essa norma tem sido interpretada a *contrario sensu* em favor da impenhorabilidade destes pelos credores da sociedade.

I. G. FAJARDO GARCIA³⁸⁰ observa que regularmente as dívidas contraídas em decorrência das atividades ordinárias da atividade cooperativa têm como garantia os bens cuja gestão foi encomendada e, portanto, deveria haver a separação desses bens da massa ativa do concurso³⁸¹. Apenas não seria possível tal separação se os bens e direitos tiverem sido alienados pelo devedor a terceiros antes da declaração do concurso, quando o credor

³⁷⁹ O art. 52.3 prevê: “Os bens de qualquer tipo entregues pelos sócios para a gestão cooperativa e, em geral, os pagamentos pela obtenção dos serviços cooperativizados, não integram o capital social e estão sujeitos as condições fixadas e contratadas com a sociedade cooperativa.” [Tradução livre de: “3. *Los bienes de cualquier tipo entregados por los socios para la gestión cooperativa y, en general, los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados, no integran el capital social y están sujetos a las condiciones fijadas y contratadas con la sociedad cooperativa.*”].

³⁸⁰ *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), pp. 5.275-6.

³⁸¹ O art. 80 da Lei Concursal (Ley 22/2003): “Os bens de propriedade alheia que se encontram em poder do concursado e sobre os quais este não tenham direito de uso, garantia ou retenção, serão entregues pela administração concursal aos seus legítimos titulares, por solicitação destes.”. [Tradução livre de: “*Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos*”].

poderá preferir a cessão do crédito se o terceiro não tiver pago ainda, ou comunicar à administração concursal para habilitar o crédito na categoria de ordinário (artigo 81, Lei Concursal). Nesse caso, substituem-se os bens por crédito contra o adquirente ou contra a massa, que terá a consideração de crédito concursal.

A autora observa ainda que a separação dos bens de propriedade alheia ao patrimônio da sociedade cooperativa terá lugar independentemente de os bens serem adquiridos ou alienados em nome do sócio ou em nome da cooperativa, pois na representação indireta, o mandatário permanece vinculado a terceiro e quem contrata por conta do mandante. Desse modo, os bens são transmitidos do patrimônio do terceiro ao sócio, com incomunicabilidade decorrente da interpretação analógica das normas previstas para o mandato. Porém, na realidade, não funciona assim, pois os credores sociedade cooperativa embargam os bens adquiridos para os sócios ou terceiros, especialmente se os bens estiverem em nome dela.

C. VARGAS VASSEROT³⁸² pontua que essa orientação generalizou-se na Espanha para todos os tipos de cooperativas, tendo como base a forma de operar a cooperativa agrária, que recebiam os bens e produtos dos sócios como o mandato para vendê-los a terceiros, porém sem transmitir previamente a propriedade para a sociedade e que logo foi bem recepcionada nas legislações autonômicas, que vêm seguindo a mesma linha da Lei Geral (a Lei Estatal) determinando que a massa de gestão econômica não integram o capital social, ou mesmo não integram o patrimônio social, algumas delas facultando às cooperativas a alteração dessa previsão no estatuto³⁸³. Desse modo, corrobora-se a tese de que a gestão da cooperativa é uma espécie de representação indireta dos bens do sócio (interposição gestora), pela qual os sócios se relacionam diretamente com os clientes ou os

³⁸² *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros* cit. (nota 375 supra), pp. 120-5.

³⁸³ É o caso das legislações de Madrid (art. 57.2: “*los bienes o fondos entregados por los socios para la gestión cooperativa o la utilización de sus servicios no constituyen aportaciones a capital, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario, por lo que son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la cooperativa*”) e Valencia (art. 64.4 “*Los bienes o fondos entregados por los socios para la gestión cooperativa o la utilización de sus servicios, no constituyen aportaciones sociales, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario*”).

provedores da cooperativa, tendo a sociedade uma posição neutra ao intercâmbio de bens e serviços³⁸⁴.

Em relação ao direito brasileiro, a LCB não trata diretamente sobre a formação da massa de gestão econômica. No entanto, prevê que a *entrega* da produção do sócio para a sociedade cooperativa significa a outorga de plenos poderes para a livre disposição, inclusive para gravá-las e dá-las em garantia das operações de crédito realizadas pela sociedade, salvo se for de interesse do produtor e os estatutos dispuserem diversamente, tendo em vista os usos e costumes relativos à comercialização de determinados produtos (artigo 83). Essa norma reforça a natureza do ato cooperativo e a representação que a cooperativa exerce para, em seu nome e por conta dos sócios, realizar o objeto social. Assim sendo, a sociedade cooperativa receberá os bens dos sócios para fornecê-los a terceiros e negociar no mercado, para realizar o interesse social.

Além disso, a LCB prevê que a sociedade cooperativa que se dedicar à venda de produtos e se registrar como armazém geral, submeter-se-á ao regime jurídico de *depositária* dos produtos e os membros do Conselho de Administração ou da Diretoria Executiva da cooperativa serão responsáveis pessoal e solidariamente pela boa-guarda e conservação dos produtos vinculados, respondendo civil e criminalmente pelos bens armazenados, bem como pela ação ou omissão que acarrete em desvio, deterioração ou perda dos produtos. A cooperativa poderá ser depositária de produtos agropecuários e seus derivados, subprodutos e resíduos de valores econômicos *armazenados*, ou operar como armazém geral alfandegado, inclusive podendo firmar contratos de correspondência comercial com armazém de outro país, recebendo as mercadorias garantidas no exterior

³⁸⁴ I. G. FAJARDO GARCIA, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas* cit. (nota 51 supra), p. 5.255, observa: “A jurisprudência que tem se pronunciado sobre o assunto defende que a cooperativa gerencia ativos de propriedade de seus sócios. Nesse sentido, expressou claramente a Sentença de 25 de Novembro de 1986 (RA 6613) ao dizer que na cooperativa agrícola são os proprietários e agricultores quem vendem os seus produtos, ainda que o façam por meio da cooperativa; e mais adiante assinalou: a adequada ou não comercialização que a cooperativa faz repercute em benefício do membro e que não no da cooperativa, dada a natureza não lucrativa da mesma. Nesse caso, o sócio havia pedido a aplicação do artigo 51 CCo, ao que o Tribunal respondeu que não havia nenhum contrato comercial entre as partes.” [Tradução livre de: “*La jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema defiende que la cooperativa gestiona bienes propiedad de sus socios. En este sentido se manifestó claramente la Sentencia de 25 de noviembre de 1986 (RA 6613) al afirmar que en la cooperativa agraria son los propietarios y labradores quienes venden sus productos, aunque lo hagan a través de la cooperativa; y más adelante señalaba: la adecuada o no comercialización que la cooperativa realiza repercute en beneficio del socio y no en el de la cooperativa, dada la naturaleza no lucrativa de la misma. En este caso, el socio había pedido la aplicación del artículo 51 CCo, a lo que el Tribunal contestó que no existía contrato mercantil entre las partes.*”].

como depositária. Para tal fim, a cooperativa poderá expedir Conhecimento de Depósito, *Warrant*, Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e *Warrant* Agropecuário (WA) para os produtos de seus associados conservados em seus armazéns, próprios ou arrendados, sem prejuízo da emissão de outros títulos decorrentes de suas atividades normais, aplicando-se, no que couber, a legislação específica³⁸⁵. Como se vê, o legislador teve o cuidado técnico de empregar as palavras *armazenagem* dos produtos e de estabelecer o regime jurídico de *depositária*, pelo que a titularidade da massa de gestão econômica é dos sócios, transitando diretamente de seu patrimônio para o de terceiros, e vice-versa, como se não houvesse divisão entre o sócio e a sociedade cooperativa.

Sobre as entregas dos sócios de mercadorias às cooperativas em venda comum, P. DE MIRANDA entende:³⁸⁶

As sociedades cooperativas não funcionam como sociedades que adquirem os produtos, para os beneficiar ou transformar, ou para os alienar. As cooperativas *não adquirem*, salvo em virtude de negócios jurídicos à parte. De modo que não se pode pensar, por exemplo, em considerar que a cooperativa recebe para vender ou para consignar como objeto de compra ou de consignação. O sócio não vendeu, nem consignou. Há outorga de poderes, que a cooperativa assume.

W. FRANKE comenta que o artigo 83 é uma norma dispositiva, conquanto os sócios poderão afastá-la, quando os usos e costumes relativos ao processo de comercialização aconselham a adoção de outra regra estatutária, como a venda de lotes mediante instruções expressas do associado que fez a entrega. Para o autor, a entrega dos produtos investe a

³⁸⁵ Art. 82: “A cooperativa que se dedicar a vendas em comum poderá registrar-se como armazém geral, podendo também desenvolver as atividades previstas na Lei n.º 9.973, de 29 de maio de 2000, e nessa condição expedir Conhecimento de Depósito, *Warrant*, Certificado de Depósito Agropecuário - CDA e *Warrant* Agropecuário - WA para os produtos de seus associados conservados em seus armazéns, próprios ou arrendados, sem prejuízo da emissão de outros títulos decorrentes de suas atividades normais, aplicando-se, no que couber, a legislação específica. § 1º Para efeito deste artigo, os armazéns da cooperativa se equiparam aos ‘Armazéns Gerais’, com as prerrogativas e obrigações destes, ficando os componentes do Conselho de Administração ou Diretoria Executiva, emitente do título, responsáveis pessoal e solidariamente, pela boa guarda e conservação dos produtos vinculados, respondendo criminal e civilmente pelas declarações constantes do título, como também por qualquer ação ou omissão que acarrete o desvio, deterioração ou perda dos produtos. § 2º Observado o disposto no § 1º, as cooperativas poderão operar unidades de armazenagem, embalagem e refrigeração, bem como armazéns gerais alfandegários, nos termos do disposto no Capítulo IV da Lei n.º 5.025, de 10 de junho de 1966.”

³⁸⁶ *Tratado de Direito Privado*, tomo 49, §5.271, p. 511.

cooperativa com poderes irrevogáveis para as práticas dos atos compatíveis com o objeto social, o que resulta na impossibilidade de reinvidicação dos produtos entregues e que a cooperativa deverá dar o destino estatutário aos bens, “retornando ao associado o valor da venda apurado em balanço, na forma prevista nos estatutos.”³⁸⁷

M. C. LADEIRA ALMEIDA,³⁸⁸ por sua vez, opina que na moderna concepção de cooperativa o fundamento operacional não pode ficar restrito ao conjunto de princípios gerais que guiaram os seus criadores, mas sim avançar em direção aos novos conceitos de gestão profissional e necessidades financeiras (com aumento de capital e instrumentos de aportes de capital), com eficiência no cumprimento das obrigações perante terceiros. Isto envolve o reconhecimento de que os estoques dos cooperados, depositados na cooperativa, deverão ser considerados de sua propriedade, salvo haja disposição expressa no estatuto social em sentido contrário. Ademais, com base em doutrina e jurisprudência francesa, a autora conclui que o mandato entre cooperados e cooperativa não se presume se não estiver expreso dos estatutos sociais.

Em que pese à opinião da autora, entende-se não se pode desconsiderar a natureza da sociedade cooperativa, de sua identidade, para afirmar categoricamente que a massa de gestão econômica pertence à sociedade. Concorde-se que houve uma evolução na atividade econômica da cooperativa, e isso deve ser ponderado nas legislações, mas que a essência da cooperativa deve ser mantida na maioria das situações, com exceção daquelas em que o estatuto social preveja outra solução ou, se as regras estatutárias forem imprecisas, requeiram uma interpretação mais cautelosa diante da complexidade do objeto social da cooperativa.

³⁸⁷ *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo* cit. (nota 137 supra), p. 144.

³⁸⁸ *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais* cit. (nota 197 supra), p. 108. A autora complementa o raciocínio com base nas cooperativas agrícolas: “O engano consistiria em negar, por isso, a especificidade das cooperativas agrícolas. Esta especificidade prende-se a limitações de funcionamento (controle administrativo, territorialidade e vida orgânica) e a dificuldade de financiamento devidas ao caráter social e profissional do modo de formação do seu capital. As cooperativas foram e continuam sendo agentes de uma modernização das explorações agrícolas em todo o mundo, e é legítimo que o Estado lhes acorde auxílios diretos e indiretos no quadro sua Política Agrícola, a fim de lhes compensar estas limitações e dificuldades. Tais limitações e dificuldades não poderiam, em contrapartida, servir de desculpa aos inadimplementos relativos aos contratos precisos, concluídos com os agricultores cooperados. A teoria do mandato não pode servir para transferir as incertezas de gestão, até mesmo todos os riscos do mercado, sobre o produtor e cooperado, ao mesmo tempo em que as sociedades não cooperativas, ligadas desde o início do empreendimento, por relações contratuais precisas, são forçadas a respeitar sua palavra”.

A missão de natureza corporativa ou institucional assumida pela cooperativa direciona a sua atividade para obter a satisfação dos interesses dos sócios, que também participa do objeto social, e, desse modo, a cooperativa realiza o seu objeto social. Essa relação de natureza peculiar é fechada entre os sócios e a sociedade, e essa gestão chega a se aproximar de um mandato, ou, como fala BULGARELLI³⁸⁹, *um mandato impróprio permanente consubstanciado no contrato social*. Embora a relação entre o sócio e a cooperativa não tenha a natureza jurídica de um de mandato típico, se para solucionar essa questão fosse necessário recorrer ao CC, teria-se que o mandatário (cooperativa) seria o único responsável perante terceiros pelos negócios que celebrasse em seu próprio nome (ainda que por conta dos sócios – mandatários)³⁹⁰, sendo ainda que se ele (a sociedade) comprasse em nome próprio algo que devesse ter comprado para o mandante (sócios), com fundos ou crédito destes, o mandante manteria a titularidade da coisa e poderia reaver a coisa comprada³⁹¹. Ou seja, a cooperativa de consumo que agisse dentro dos limites do estatuto social, não manteria a titularidade dos bens que adquirisse para a consecução do objeto social, ainda que tivesse feito em seu próprio nome.

Nada obstante, o intuito de obter solução interpretativa sobre a titularidade da massa de gestão econômica, com base em doutrina e alguns dispositivos da LCB e CC, em termos pragmáticos, a norma que existe para a matéria no Brasil poderá gerar controvérsias diante da insolvência. Considerando a falta de clareza da disciplina legal e os objetos sociais serem diversificados, os estatutos sociais e os contratos celebrados com terceiros serão essenciais para a condução dessa questão. Assim, se for uma cooperativa habitacional, os imóveis construídos podem ser a garantia real do credor, com privilégios diante da insolvência da cooperativa; ou se for uma cooperativa de produção, reger-se-á pelos termos contratuais e as normas reservadas à espécie do contrato de compra e venda, por exemplo; e, enfim, se for uma cooperativa com regime jurídico de armazém de produtos agrícolas, as partes poderão definir a constituição da garantia no contrato de

³⁸⁹ *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica* cit. (nota 135 supra), p. 36.

³⁹⁰ Art. 663: “Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante”.

³⁹¹ Art. 671: “Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que devera comprar para o mandante, por ter sido expressamente designado no mandato, terá este ação para obrigar à entrega da coisa comprada”.

depósito ou no Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, além do contrato de seguro.

Em relação às normas concursais, verifica-se que nem a liquidação das cooperativas, nem a de insolvência civil têm previsão específica. Tampouco, têm regras que versam sobre os efeitos das relações obrigacionais e contratuais existentes. Assim, os credores se sujeitam às normas gerais de formação do concurso, com a suspensão das ações judiciais e habilitação do crédito para o concurso, além da possibilidade de usarem medidas processuais cabíveis diante da arrecadação os bens ou fundos que estejam sob a posse da cooperativa, mas que pertençam a terceiros com fundamento na natureza da relação jurídica envolvida.

Em contrapartida, a LRF possui uma disciplina própria para as obrigações do devedor, prevendo que com a decretação da falência será suspenso o exercício do direito de retenção sobre os bens sujeitos à arrecadação, os quais deverão ser entregues ao administrador judicial; bem como o exercício do direito de retirada ou do recebimento do valor de suas quotas ou ações pelos sócios da sociedade falida. Demais disso, estabelece disciplina para os contratos bilaterais, os quais não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida, bem como se for necessário à manutenção e preservação. E quanto aos contratos unilaterais, prevê que também poderão ser mantidos por conveniência do administrador judicial e comitê³⁹².

³⁹² A lei prevê ainda a disciplina específica para contrato de compra e venda, compra e venda de coisas móveis com reserva de domínio, promessa de compra e venda de imóveis, compra e venda a termo e mandato. O art. 119 prevê: “Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras: I – o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor; II – se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos; III – não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria; IV – o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos; V – tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efetiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado; VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva; VII – a falência do

Por fim, se as disposições legais não abrangerem expressamente a relação contratual específica, o artigo 126, LRF, prevê que

O juiz decidirá o caso atendendo a unidade, a universalidade do concurso e a igualdade de tratamento dos credores, considerando a possibilidade de manter a unidade da empresa como forma de permitir a realização dos ativos do devedor falido sejam usados por outro empresário, voltando a produzir as riquezas, empregos e tributos de que tanto a sociedade necessita.

Diante dos parâmetros legislativos indicados, entende-se que pela natureza da atividade cooperativa, a massa de gestão econômica será de titularidade dos sócios. Todavia, em razão da diversidade de objetos sociais, por vezes é difícil a afirmação genérica sobre a titularidade do sócio ou da cooperativa, devendo ater-se ao estatuto social e aos contratos celebrados com terceiros para não prejudicar os credores e devedores na formação da massa concursal.

Por fim, propõe-se à reflexão o aperfeiçoamento do regime jurídico da massa de gestão econômica, que deveria ter o tratamento estabelecido na lei, com a exigência de que fosse especificado no estatuto social e a permissão de alteração diante de situações pontuais. Ou melhor, prevendo-se como regra geral a propriedade dos sócios sobre os bens, fundos e serviços aportados para a consecução da atividade econômica da cooperativa, com disciplina pormenorizada no estatuto social; ou, excepcionalmente, com o estatuto social prevendo a titularidade da sociedade, se for compatível com a atividade cooperativa. Afinal, é importante assegurar desde logo as regras sobre a massa de gestão econômica, e, assim, evitar discussões desnecessárias em determinados tipos de cooperativas, cuja atividade define por si a propriedade, como é o caso da cooperativa prestadora de serviço (de trabalhadores) ou de venda com regime de armazém geral. E, para os casos que o objeto social for mais complexo – a exemplo da cooperativa agropecuária de leite, que além de industrializar o leite, aproveita a gordura extraída para fazer outros produtos derivados (queijo e do doce de leite), os sócios têm a faculdade de dispor a respeito do

locador não resolve o contrato de locação e, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato.”

regime econômico publicamente (em estatuto social registrado na junta comercial), conforme o processo regular usado no mercado para a consecução dessa atividade cooperativa e a organização que queira atribuir³⁹³.

³⁹³ Saliente-se ainda que embora haja a ideia que a titularidade da massa de gestão econômica aos sócios poderá desproteger os credores sociais, de outro lado ela favorece os sócios e seus credores pessoais. Aliás, na Espanha, as legislações que optaram pela possibilidade de se ressalvar em estatuto social, o uso da ressalva é considerado como hipotético, pois a adoção nos estatutos pode enfraquecer a situação jurídica do sócio diante de uma situação de insolvência da sociedade cooperativa. Ver C. VARGAS VASSEROT, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros* cit. (nota 375 supra), pp. 121-4.

3.5 A inadequação do direito concursal e a necessidade de reforma legislativa

Da análise depreende-se que a deficiência nas disciplinas normativas que submetem as cooperativas no Brasil, sendo ainda que as peculiaridades estruturais ditadas pela natureza jurídica das sociedades cooperativas são complexas e prejudicam a compreensão do setor. Isto é reflexo da antiguidade das legislações e da dificuldade da tramitação legislativa, com interesses políticos que obstaculizam a promulgação das leis ou realizam mudanças em seus textos que findam prejudicando a técnica legislativa; e também da interpretação da legislação cooperativa, considerando, ainda, que a cultura cooperativista não é das mais desenvolvidas, o setor é estigmatizado, as decisões judiciais não passam segurança jurídica e a doutrina é escassa, cabendo ao intérprete recorrer aos estudos do direito comparado para compreender a essência desse tipo societário. Portanto, pode-se dizer que o regime jurídico brasileiro impede o desenvolvimento das cooperativas, concretizando um problema que precisa ser solucionado.

Paralelamente, as cooperativas brasileiras vêm tentando acompanhar a tendência do mercado competitivo, e assumindo funções empresariais modernas, necessitando do impulso legislativo para que possam se desenvolver com modelo de empresário social. Na linha das orientações internacionais da ACI, ONU, OIT, Comissões da União Europeia e Mercosul, os Estados devem estruturar políticas públicas para estimular o desenvolvimento das cooperativas com tratamento igual e equitativo ao de outras empresas, mas não comprometendo a natureza especial das cooperativas, que são, sobretudo, agentes de economia social e guardam função social. Dessa forma, impõem-se normas adequadas para manter a identidade cooperativa, organizada como empresária para satisfazer aos interesses sociais e econômicos dos cooperados democraticamente.

Na mesma ordem de ideia, vale reforçar o atraso do tratamento jurídico brasileiro em relação à evolução mercadológica regional e global, bem como dos países europeus e, mesmo, latino-americanos, embora estes últimos ainda estejam em etapa evolutiva anterior àqueles. E, ainda que, além de já ter se tornado uma questão jurídica e econômica nacional, o problema se situa no âmbito político de integração regional, uma vez que é necessário

atender aos compromissos assumidos internacionalmente e garantir um tratamento jurídico minimamente compatível com o plano de expansão ao cooperativismo, com qualidade legislativa semelhante à de outras legislações para que as cooperativas cresçam com segurança jurídica.

Para suprir essa deficiência e cumprir as orientações internacionais ratificadas, garantindo, em alguma medida, a eficiência do princípio constitucional de fomento ao cooperativismo, o legislador brasileiro deverá priorizar a revisão do marco regulatório e também dos microssistemas que atinjam diretamente a sociedade cooperativa, os sócios e membros da coletividade que com ela se relacione. Tendo em vista o tema deste trabalho, e as matérias abordadas nos itens anteriores relativas ao concurso da cooperativa, reitera-se a reforma da legislação concursal complementariamente à geral para proteger a segurança das relações patrimoniais e os interesses sociais atingidos pela crise das cooperativas.

Isto porque, as peculiaridades estruturais das sociedades não deveriam comprometer o recebimento dos créditos e, assim, impedir o desenvolvimento das cooperativas no mercado, como ocorre na realidade em relação a terceiros. Considerando que, de regra, os agentes mercadológicos avaliam como garantias o capital social, o patrimônio social, a exequibilidade dos instrumentos contratuais e o regime jurídico de responsabilidade limitada ou ilimitada da sociedade, eles poderão se sentir receosos em contratar as cooperativas diante do enfraquecimento de alguma dessas garantias. Esse cenário poderá piorar se eles não se sentirem seguros quanto aos meios de recebimento dos créditos na insolvência da cooperativa, quando a deficiência patrimonial já é um problema em si para todos os envolvidos no processo.

Nessa mesma perspectiva, os sócios (e potenciais sócios) das cooperativas também poderão opor resistências para se manter ou ingressar no quadro societário, caso não visualizem vantagens sociais e econômicas que se sobreponham ao risco do investimento, não tenham garantias de retorno quanto ao capital de risco feito (aportes ao capital social), nem mecanismos de proteção ao patrimônio individual em decorrência da insolvência da cooperativa.

Dessarte, com tais finalidades, a sociedade cooperativa e a coletividade necessitam de leis que estabeleçam noções precisas sobre o regime jurídico, econômico e operacional, incluindo os direitos e as garantias dos sócios para fortalecer as relações entre as sociedades cooperativas e os sócios e a organização patrimonial da cooperativa. E também para que os credores sejam amparados quanto ao recebimento dos créditos, os sócios tenham os seus interesses minimamente protegidos diante do concurso (lembrando que na cooperativa eles são atingidos na condição de usuários/provedores e de sócios) e a sociedade possa continuar em exercício cumprindo com a sua função social.

Com tal desiderato, diante da crise da sociedade cooperativa, é imprescindível a existência de uma tutela jurídica concursal regida por um microssistema normativo próprio que estabeleça tratamento específico para o concurso de credores e apresente soluções menos danosas à coletividade de sujeitos envolvidos, considerando a dinâmica de mercado e as necessidades empresariais. A regulação ideal requer uma disciplina jurídica concursal para conduzir a crise da cooperativa e as relações entre as cooperativas e os credores, apurando-se a responsabilidade patrimonial a partir do regime jurídico de responsabilidade dos sócios e de organização econômica definido pela lei geral e pelo estatuto da cooperativa.

Como foram analisados nos subcapítulos anteriores os aspectos inerentes ao regime jurídico e econômico da cooperativa e das disciplinas de dissolução e liquidação da LCB ou de insolvência civil, constatou-se que a realidade do direito concursal brasileiro aplicável às sociedades cooperativas não atinge à finalidade liquidação das dívidas. Por outro lado, a análise das disciplinas que formam o sistema concursal brasileiro (CC, CPC e LRF) e o procedimento de dissolução e liquidação das cooperativas (LCB), e as normas aplicáveis à formação da massa ativa e passiva, demonstram que o procedimento da LCB e a insolvência civil são inapropriados para a solução dos conflitos do que a LRF. Ou seja, embora a LRF não se aplique diretamente ao concurso das cooperativas, uma vez que os seus dispositivos se apresentaram como os mais adequados para tratar de uma potencial falência da cooperativa.

Em suma, os vários aspectos analisados neste estudo demonstram que na prática o microssistema especialmente elaborado para o concurso dos empresários em dinâmica

mercadológica, que reconhece o valor da função social da empresa, pode abranger mais um agente econômico que tem finalidade social equiparável aos demais empresários que são sujeitos da norma; e que a real natureza da sociedade cooperativa é pouco estudada e compreendida pela doutrina do direito brasileiro, e sua disciplina jurídica é limitada em relações aos demais agentes econômicos, limite que funciona como violação ao direito constitucional de livre iniciativa e concorrência se assim considerar-se a sua finalidade econômica. Pode-se mesmo entender que o direito brasileiro impõe a cooperativa como um agente menor, numa visão de modelo caritativo de cooperativa, o que atualmente a realidade do mercado demonstra que a cooperativa integra um modelo social e econômico mais democrático que permite o acesso a agentes potenciais e que integra uma força de trabalho disponível e, por vezes, não utilizada pelos setores tradicionais da economia, por isto é indispensável aplicar a compreensão e o entendimento do empresário de economia social.

Desse modo, entende-se que a reforma na disciplina concursal da LRF para abranger as sociedades cooperativas, representaria uma contribuição para o cenário legislativo brasileiro, superando um sistema jurídico concursal que não mais se conforma às necessidades econômicas e sociais da *empresa cooperativa*. Ademais, haveria uniformidade no tratamento legislativo para os agentes econômicos com similares atuações no mercado, com os princípios e institutos de recuperação judicial, extrajudicial e falência. E, desse modo, as sociedades cooperativas passariam a se submeter a uma única lei concursal com normas de natureza jurídica material e processual que estabeleceriam consequências jurídicas para as práticas dos administradores que atentam contra os interesses dos credores, amenizando a ideia fraudulenta que existe contrariamente às sociedades cooperativas brasileiras.

Verifica-se que a LRF poderá trazer vantagens para o empresário *cooperativa*, os seus sócios e terceiros, com possibilidade de reestruturação financeira. Sem contar o enriquecimento da disciplina processual do concurso com o tratamento das obrigações, relações contratuais, créditos com garantias, multas e penalidades e, entre outras, patrimônio de afetação. Enfim, com cogitada reforma, sairia do plano preponderantemente privatístico para o institucional, com tratamento legal que se impõe na formação da massa concursal e liquidação dos créditos. Com isso, os sujeitos que com ela se relacionam teriam

mais segurança jurídica, contando ainda com mecanismos de fiscalização sobre a administração da massa e as previsões específicas para impugnação da relação de créditos, ação revocatória, fixação de termo legal e de crimes falimentares.

Ademais, os processos de habilitação de créditos e de formação da massa no processo falimentar tenderiam a ser mais criteriosos, com vantagem para os credores e cooperados diante do regime de responsabilidade limitada e ilimitada e das peculiaridades do regime econômico. Sem contar que o nível de profissionalismo que a LRF exige do administrador concursal seria fundamental no processo de definição dos bens que integram a massa, e do momento que passariam a integrar, considerando as ressalvas impostas pela responsabilidade externa dos sócios perante as dívidas sociais, pela massa de gestão econômica e pelas reservas patrimoniais com destinação específica (Fundo de Reserva Obrigatório para a Educação e Formação Cooperativa e pelas sessões).

Por outro lado, quanto aos sócios e administradores da cooperativa, a aplicação da LRF talvez causasse um relativo receio pela sua rigidez, que cobra um comportamento mais transparente e sem intuito fraudulento dos administradores – que hoje podem se valer da liquidação extrajudicial para postergar o pagamento das dívidas. E também pelos fatos de seus créditos se classificarem como subordinados e da extensão da disciplina aos sócios de responsabilidade ilimitada, embora as regras para a declaração de extinção de dívidas da LRF sejam mais benevolentes do que a de insolvência civil. Todavia, essa óptica não seria obstáculo para a mudança na legislação, uma vez que os interesses egoísticos devem ser desconsiderados diante do interesse coletivo e os efeitos que a reforma poderá trazer benefícios a médio e longo prazo, com o crescimento das cooperativas.

Assim sendo, em face da inadequação do direito concursal aplicável às cooperativas e da compatibilidade dos objetivos da LRF com a inserção das cooperativas, propõe-se a reforma desta disciplina, que poderá ocorrer de duas formas.

A um, a reforma da LFR para amparar a todos os devedores. Tendo em vista a tendência à adoção do princípio da unidade de disciplinas, acredita-se que a sua aceitação no Brasil poderia trazer vantagens ao sistema de crédito, com reforma estrutural para incluir as pessoas físicas e sociedades não empresariais e elaborar procedimentos para os

mesmos. Em relação às sociedades cooperativas aplicar-se-ia o procedimento previsto para as sociedades empresárias e os empresários, tendo em vista a similitude da atividade econômica produtiva. Já as sociedades cooperativas que tenham objetivos mais sociais e não exerçam atividade econômica³⁹⁴, submeter-se-iam aos procedimentos previstos para a sociedade simples.

Em relação a essa proposição, lembra-se o Projeto de Lei n. 6.230/2005, em 23 de novembro de 2005, que tinha como objeto a unificação da LRF para todos os devedores. O projeto estabelecia regras próprias para as sociedades não-empresariais³⁹⁵, equiparando as cooperativas às sociedades empresárias para os efeitos da recuperação judicial e falência das sociedades cooperativas que desempenhassem atividade de industrialização e comercialização de produtos de seus cooperados, com faturamento anual superior ao das empresas de médio porte. As demais sociedades cooperativas eram tratadas como simples e sujeitas ao procedimento de recuperação judicial e falências para esses devedores. Apesar do mérito da iniciativa legislativa pelo intuito de suprir a lacuna da LRF e por reconhecer a importância do setor cooperativista, o projeto foi arquivado e a proposta esquecida até os dias atuais.

³⁹⁴ A exemplo da cooperativa social prevista na Lei n. 9.867/99 e outras que venham a ser consideradas pelo Poder Público com o enfoque mais social ou cultural e que atuem em regime diferenciado das demais cooperativas, prescindindo de uma organização empresarial. No Projeto de Lei do Deputado Eduardo Suplicy (Projeto de Lei com Iniciativa no Senado n. 3/07), há previsão para cooperativas de pequeno porte e que atuam nos segmentos sociais mais frágeis e marginalizados da economia, as quais serão consideradas como cooperativas especiais pelo Poder Público. Estas terão tratamento diferenciado, sendo os critérios para a classificação e enquadramento definidos em regulamentação própria.

³⁹⁵ O artigo 2º do projeto propunha a inserção do seguinte capítulo na Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005: “Capítulo VI-A DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E DA FALÊNCIA DOS NÃO-EMPRESÁRIOS. Art. 167-A. As sociedades simples, as associações e as pessoas físicas não-empresárias sujeitam-se, na recuperação judicial, extrajudicial e na falência, ao regime da presente lei, observadas as ressalvas constantes dos parágrafos deste artigo. § 1º O plano de recuperação judicial respeitará os seguintes requisitos: I - deverá ser apresentado dentro de 60 (sessenta) dias contados do deferimento do pedido do devedor; II - o prazo de seu cumprimento não poderá ultrapassar 36 (trinta e seis) meses; III - a remissão, quando houver, não abrangerá mais do que 50% (cinquenta por cento) dos créditos habilitados. § 2º A falência, em regra, não será decretada resultando provada a existência de patrimônio líquido exequível, que supere, com folga, os débitos do não empresário e não tenha o devedor deixado de nomear bens à penhora nas execuções singulares em andamento. § 3º Mesmo quando superavitário o patrimônio do devedor não-empresário, seu pedido de recuperação judicial poderá, a critério do juiz, ser processado, se o volume e a natureza de sua atividade profissional e econômica forem considerados socialmente relevantes, e se não houver suspeita de crise financeira culposa. § 4º Não haverá assembleia geral de credores, salvo se requerida por credores que representem pelo menos 20% (vinte por cento) dos habilitados. § 5º O plano de recuperação judicial será apresentado nos autos e sua submissão aos credores dar-se-á por publicação em edital, que será feita no prazo de até 30 (trinta) dias. § 6º As eventuais impugnações serão apresentadas diretamente ao administrador judicial, que as apreciará na forma prevista nesta lei.

Embora a reforma estruturada desse modo tenha respaldo teórico da corrente doutrinária majoritária anteriormente vista, a sua implementação envidaria a elaboração de uma técnica legislativa mais complexa, com a previsão para procedimentos próprios para as sociedades não-empresariais e pessoas físicas. Sem contar os estudos sobre os efeitos gerados na coletividade, na política creditícia, na organização judiciária e na construção de um sistema jurídico como um todo unitário, o que demandaria mais interesse político por se tratar de uma reforma mais profunda. Ademais, tendo em vista o enfoque desta tese e a impossibilidade de estudar amplamente a insolvência das pessoas físicas e das pessoas jurídicas de direito privado, bem como de demonstrar a adequação do princípio da unidade de disciplinas em face do ordenamento jurídico brasileiro, parte-se para a segunda proposição.

Para evitar mudanças bruscas na LRF, uma Lei relativamente nova cujos resultados ainda estejam sendo avaliados, acredita-se que a ampliação do âmbito subjetivo para alcançar a sociedade cooperativa seria uma solução mais concreta e de efeito imediato. Nesse particular, a proposição específica consiste em alterar o âmbito subjetivo da LRF e introduzir a sociedade cooperativa, já que exercem atividade econômica e se organizam como empresas, com a exclusão das cooperativas sociais ou especiais, que tenham o enfoque mais social e sejam regidas por legislação específica, as quais poderão ser regidas pelo processo concursal específico previsto para os devedores civis. Com isso, o sistema concursal brasileiro seria estruturado com duas disciplinas: a LRF, aplicável às sociedades empresárias, aos empresários e as sociedades cooperativas, e à insolvência civil. Fora essas duas disciplinas, manter-se-iam os específicos de intervenção e liquidação para os setores que justificassem a elaboração e manutenção de estrutura própria, como é o caso das instituições financeiras³⁹⁶.

Dando-se sequência às proposições de reforma, é evidente a necessidade de mudança do tratamento geral das cooperativas para aprimorar o sistema jurídico da sociedade cooperativa e ajustar a identidade como empresários sociais, reconhecendo-a como sociedade de natureza jurídica própria, regida pelos princípios cooperativos, que

³⁹⁶ Observe-se que essa medida não anularia os problemas eventualmente gerados em decorrência da interpretação de atividade econômica empresarial exercida pela sociedade simples. Tendo em vista o enfoque dessa tese, entende-se que essa proposição é uma medida adequada e que solucionará o problema das cooperativas a curto prazo, ainda que se olvide da sociedade simples na presente análise.

exerce atividade empresarial com a finalidade de atingir os objetivos sociais. Enfim, reformar a legislação para permitir o desenvolvimento da cooperativa, com tratamento igual e equitativo ao de outras empresas, embora fiel à identidade cooperativa.

Saliente-se que atualmente há dois projetos de reforma da LCB em curso (Projeto de Lei com Iniciativa no Senado nº 3/07 e 153/07). Neles, as cooperativas são consideradas sociedades de pessoas, com forma e natureza própria, não sujeitas à falência, constituídas pela união de esforços dos sócios para a realização de uma atividade econômica. Prevêem ainda a moratória, com possibilidade de suspensão das dívidas, atraso para o pagamento e descontos antes ou depois da declaração judicial da insolvência, sendo que se não for concedida judicialmente implicará na dissolução da sociedade cooperativa. Ademais, os contratos bilaterais serão mantidos com a moratória, que não implica em novação das dívidas, sendo ainda aplicável a disciplina de recuperação judicial supletivamente.

Embora ainda sejam projetos de lei, é possível antever os defeitos dos esboços apresentados por não reconhecer a dimensão empresarial das cooperativas e regular institutos pertencentes ao direito concursal. Veja-se que, com eles, as cooperativas se submeterão à concordata (suspensiva e preventiva), com aplicação supletiva da LRF, e à insolvência civil, que também pode ser suspenso mediante a realização de acordo posteriormente à declaração judicial. Ademais, ao longo deste trabalho constatou-se que a insolvência civil é um instituto inadequado para o concurso das cooperativas e que as concordatas não responderam às necessidades das empresas em crise no sistema anterior, criticado por ser um modelo rígido que se restringe aos credores quirografários e não envolve a participação dos credores. Desta feita, caso seja aprovado algum dos projetos de lei, manter-se-ão os problemas em relação à crise da cooperativa e, mais uma vez, voltar-se-á a questão de como compatibilizar as normas, gerando-se dificuldade interpretativa.

É importante considerar ainda que a regulação do setor deverá ser elaborada de forma estruturada entre os vários microssistemas normativos, atendo-se aos limites materiais de cada um deles. Nesse sentido, a LCB deverá tratar com profundidade sobre a matéria geral inerente à sociedade cooperativa e organização da atividade econômica empresarial, a exemplo da constituição, de princípios cooperativos, tipos de cooperativas,

objeto social, organização econômica e operacional, relação entre os sócios, dissolução e liquidação da sociedade.

P. VERRULOCI³⁹⁷ salienta a relevância do planejamento institucional regulatório para o setor cooperativo, com um estudo orgânico que aprioristicamente se acerque da compreensão dos fins, da estrutura e do desenvolvimento do fator cooperativo para a definição teórica e o enquadramento sistemático. No processo de abstração dos dados empíricos para a seleção dos caracteres comuns, cabe ao legislador considerar os múltiplos aspectos do fato cooperativo, com regulamentação que circunscreve a organização empresarial e societária da cooperativa, considerando a existência de uma orientação orgânica do fenômeno cooperativo, em harmonia com as suas diversas conformações e exigências. Ademais, o autor pondera como valor fundamental e comum na parte geral dos ordenamentos jurídicos diversos a correta e completa percepção da estrutura econômica e social do fenômeno cooperativo, construindo-se, assim, a regulação que atenderá a essência da sociedade cooperativa.

Nesse sentido, conclui-se que a definição estrutural da cooperativa necessita de uma reforma no Brasil, alcançando os aspectos gerais e particulares para viabilizar um modelo para o setor cooperativo de modo a ampliar sua atuação por meio de um instrumento que atenda as demandas sociais e econômicas dos cooperados potenciais e do mercado que pode ser explorado com maior eficiência. Valendo-se da orientação da União Europeia, recomenda-se que as normas flexíveis para permitir o funcionamento de cooperativas maiores, com liberdade de organização e autonomia no mercado, porém que mantenham as especificidades estruturais das cooperativas.

Demais disso, a título de contribuição geral que poderá ser aprofundada posteriormente em outra oportunidade acadêmica – já que não é o objeto principal da presente tese –, sugere-se a reformulação da lei geral das sociedades cooperativas (LCB)

³⁹⁷ *La società cooperativa* cit. (nota 192 supra), p. 40-3. Essa análise é elaborada a partir da legislação italiana, que faltou um planejamento institucional criterioso. Com base no estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos europeus (Alemanha, Inglaterra, Suíça e França), o autor explica que a regulação surgiu de forma desordenada, com a inserção do modelo no plano fático e posteriormente no jurídico para tratar sobre essas situações, além das normas de incentivos a setores cooperativos específicos. Apesar de ter sido realizada na década de 1950, projeto do Código Civil publicado em julho de 1954, o que não significa dizer que está desatualizada sob a perspectiva regulatória brasileira.

para: considerar a proposta da Lei Marco para Cooperativas na América Latina; aprimorar o conceito da sociedade cooperativa, as definições e características estruturais das cooperativas; reconhecer o tipo societário próprio, identificado pela sua natureza jurídica e princípios, bem como o exercício da atividade empresarial das cooperativas; excluir do conceito a proibição à falência; tratar dos benefícios adequados conforme o tipo, capital e a atuação social da cooperativa; aperfeiçoar os direitos e deveres dos sócios, especificando a participação e o acesso à informação pelos sócios; definir o regime econômico de sobras, despesas e antecipações, com sistemas de rateios distintos; excluir as normas que digam respeito à exclusão da intervenção estatal; aprimorar o regime de dissolução e liquidação, com a retirada do processo de liquidação extrajudicial para a insolvência e a previsão de extinção da sociedade diante da falência; a proteção ao patrimônio da cooperativa, com a definição de capital social mínimo, do patrimônio de afetação e seção e a previsão para novas formas de aportes financeiros; aprimorar as regras para a massa de gestão econômica (definindo-se a titularidade); prever mecanismos de proteção ao capital social e de preservação da responsabilidade do sócio diante da retirada deste, com a exclusão da hipótese de cooperativa de responsabilidade ilimitada (ou apenas para as cooperativas sociais); e estabelecer a distribuição dos ativos segundo o princípio de distribuição desinteressada (entre outras cooperativas que os sócios participem ou entre organizações de cooperativas com objetivos similares).

Para atender as demandas de reforma do setor cooperativo com a adoção de uma nova estrutura jurídica e econômica da cooperativa, abre-se a expectativa de que as instâncias de Governo no Brasil adotem políticas públicas com vistas a solucionar as problemáticas decorrentes do atual tratamento jurídico das cooperativas. Torna-se inadiável a criação de um ambiente institucional mais favorável e que permita o crescimento das cooperativas nacionais e estimule a formação das cooperativas de âmbito extraterritorial (Cooperativas do Mercosul), fortalecendo-as diante da concorrência e protegendo o setor nas eventuais crises e oscilações econômicas. O Brasil pode caminhar no sentido da harmonização de políticas públicas e organizar-se para desenvolver a cooperação regional e internacional. A necessidade de uma reforma orgânica coordenada no que tange as legislações sobre cooperação com o fim concreto de aprimorar a regulação das cooperativas, impõe, também, no sentido de evitar que as barreiras ao desenvolvimento

do modelo cooperativo tornem-se cada vez maiores, frente ao dinamismo do direito e das relações empresariais.

Pode-se afirmar que a solução para as graves problemáticas relativas à estruturação de um modelo de cooperativa consentâneo com as peculiaridades das demandas da economia global e do desenvolvimento sustentável em que o Brasil se coloca entre os países emergentes, as possíveis soluções dependem das orientações políticas do governo, de uma visão mais atual da instância legislativa do Congresso Nacional, mas, também, da participação engajada dos juristas brasileiros que, por meio de abordagens doutrinárias hodiernas, promovam estudos e pesquisas que respondam as interrogações jurídicas que se colocam e que só podem ser respondidas por uma larga gama de estudos e levantamentos, entre os quais este estudo é apenas um elemento que deve encontrar ressonância junto a muitos outros que venham a contribuir para a definição de novas teorias e correntes doutrinárias.

Consciente do limite metodológico deste estudo, sua realização visou à exploração que identificasse fatores estruturais de funcionamento da cooperativa dentro da ótica doutrinária do direito brasileiro, mas que ultrapasse o limite já colocado e buscar por meio da técnica do estudo comparado, analisar outros ordenamentos jurídicos de países com nível de estruturação sócio e econômico diverso do nosso.

Assim, após a escolha das hipóteses de estudo e da análise documental e doutrinária, verifica-se a confirmação das proposições levantadas inicialmente.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, pode-se analisar a evolução do direito concursal e confirmar as mudanças nas premissas do sistema concursal. O objetivo tradicional do processo concursal de salvaguardar uma série de interesses surgidos diante da insolvência do devedor, sobretudo aqueles dos agentes econômicos em atuação no mercado, conduzindo-o, da melhor maneira, para pagar a todos os seus credores, foi reformulado. De uma análise dos direitos concursais espanhol, português, italiano, argentino e brasileiro, entre outros ordenamentos jurídicos apontados, é nítida a mudança de enfoque dos interesses protegidos, objetivos, princípios e institutos nas legislações para privilegiar os interesses dos credores, dos devedores e de outros bens sociais, perdendo, ainda, o caráter preponderantemente sancionatório à conduta do devedor.

O direito concursal moderno – caracterizado a partir das reformas ocorridas na década de 1990 –, preocupa-se com a preservação da segurança do tráfico dos agentes econômicos e com a estabilidade do crédito, e também com: a manutenção da atividade empresarial e proteção do patrimônio do devedor; a conservação das fontes produtivas de emprego e riqueza, permitindo que a empresa exerça uma função social; a simplificação procedimental e a prevenção do combate à crise; a abertura para as negociações extrajudiciais; a celeridade e economia processual; a permissão para opções recuperativas que sejam mais adequadas à concreta resolução da crise da empresa (apropriadas à situação financeira particular do empresário e ao segmento do mercado que ocupa); e, entre outras, com a possibilidade de alienação antecipada dos bens nos processos de liquidação e otimização dos ativos do devedor. Salienta-se, ainda, que a adoção de princípios e orientações provenientes dos organismos internacionais contribuiu à formação de direitos concursais com elementos semelhantes, com uma legislação orientada a amenizar os impactos negativos das insolvências dos empresários.

Portanto, diante das circunstâncias globais de crise financeira, observa-se a relevância do direito concursal para a segurança das instituições, sendo um instrumento a mais para os Estados utilizarem em busca da estabilidade econômica e financeira das empresas e do saneamento do mercado.

Outrossim, verificou-se a adoção do princípio da unidade de disciplinas em países como Argentina, Portugal e Espanha, a exemplo dos direitos anglo-saxão e germânico, considerando a semelhança dos efeitos dos concursos para os agentes econômicos que produzem no mercado (independentemente da natureza civil ou comercial), a evolução do direito privado e a aproximação entre os interesses dos grupos de devedores e de credores. Assim sendo, constatou-se a tendência nas políticas legislativas dos modernos direitos concursais à unificação do pressuposto subjetivo, com uma única disciplina concursal para o devedor, privilegiando-se critérios racionais e justos no processo de qualificação jurídica da realidade econômica e social.

Apesar de o Brasil e a Itália terem reformulado o regime jurídico de insolvência na corrente década, mativeram a especialidade do direito concursal, em contrariedade à corrente majoritária do direito comparado. Portanto, o sistema concursal brasileiro mantém-se estruturado com a bipartição das disciplinas jurídicas concursais entre a recuperação de empresas e falências para as sociedades empresárias e os empresários; e a insolvência civil para as sociedades não-empresárias e as pessoas físicas. Com isso, deixou de fora as sociedades tipificadas pelo Código Civil como não-empresárias, muito embora algumas delas exerçam atividades empresariais. Isto não só poderá implicar em controvérsias jurídicas sobre o enquadramento das disciplinas respectivas, como impõe um tratamento diferenciado entre agentes com as mesmas funções sociais, o que poderá impedir a igualdade de competição, a livre iniciativa dos agentes mercadológicos e a consecução das finalidades mediatas da própria LRF para fins de preservação do mercado.

Em relação às sociedades cooperativas, são modelos que o direito brasileiro qualifica como sociedades não-empresárias. Mais, elas são tipificadas na LCB como sociedades de natureza jurídica própria e não sujeitas à falência, considerando um modelo social de cooperativa eleito na década de 70 e um modelo concursal formado na década 40, ambas do século passado. Tudo isto demonstra quão desatualizado está o tratamento legislativo brasileiro, que ainda remete a um regime de intervenção e liquidação extrajudicial previsto na LCB antes da Constituição Federal de 1988.

Depois da alteração constitucional, o cenário jurídico concursal tornou-se mais complexo ainda, com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais controvertidos a

respeito do verdadeiro instituto aplicado às sociedades cooperativas. Além de negar-lhes, por expressa previsão legal, o recurso aos institutos da lei falimentar (então concordata e falência e, hoje, recuperação de empresas e falência), algumas decisões rejeitam a sujeição à insolvência civil, por entender que tais sociedades têm sistema próprio de dissolução e liquidação. E outras entendem que a liquidação extrajudicial deixou de existir, e, em função disso, aplicam o processo de liquidação judicial para as cooperativas. Isto tudo gera insegurança jurídica para os credores e devedores, reforçada pelos entendimentos distintos sobre o regime jurídico suplementar, pois ora se aplicam as normas falimentares falências, ora as de insolvência civil.

Entretanto, não existe uma corrente consolidada a respeito do instituto aplicável e, na prática, ainda ocorrem os procedimentos de liquidação extrajudicial, conduzidos pelos sócios e administradores com o auxílio do Judiciário para a efetivação da suspensão das ações judiciais. Em que pese a desconsideração das regras basilares de interpretação teleológica, deixando-se de aplicar a insolvência civil para aplicar a liquidação extrajudicial – este último, instituto foi revogado pela Constituição Federal – ou a liquidação judicial, o sistema jurídico brasileiro tem deixado as sociedades cooperativas à margem do sistema jurídico concursal.

Essa compreensão prejudica a imagem das sociedades cooperativas no Brasil, que já tem uma cultura cooperativista defasada em relação a países como Argentina, Espanha, Itália e Portugal. Observe-se que mesmo na Itália, que manteve a especialidade do direito concursal, se as sociedades cooperativas forem comerciais, elas se submetem à legislação concursal; caso contrário, ou seja, se forem sociais, estão sujeitas às regras da *liquidazione coatta amministrativa*. Ou seja, há institutos e regras delineados que fornecem previsibilidade sobre os processos aplicáveis aos diversos tipos de cooperativas diante das crises. Enfim, para superar essa defasagem e aumentar a credibilidade do segmento na sociedade brasileira, o legislador deveria reformular a legislação e aplicar os instrumentos jurídicos adequados à natureza econômica das sociedades cooperativas, considerando as suas peculiaridades estruturais.

Atualmente se reconhece: (a) a atividade empresarial das sociedades cooperativa; (b) que a sua crise econômica/financeira pode trazer dano ao mercado e à coletividade; e

(c) que o procedimento de insolvência moderno é elaborado para atender a crise do devedor, cujo bem jurídico protegido é o patrimônio e a atividade empresarial. Diante disso, é infundada a exclusão das sociedades cooperativas da LRF, considerando-se que a crise dessas sociedades pode ser solucionada com os mecanismos disponíveis na lei de insolvência da maioria dos países do mundo. Resta mais do que confirmado que o Brasil precisa adequar a disciplina da insolvência ante as necessidades da sociedade cooperativa e do mercado.

As sociedades cooperativas são tipos societários com natureza própria, diferente das demais qualificações jurídicas previstas para a sociedade brasileira e são classificados como modelos empresariais democráticos pertencentes à economia social. Isto significa dizer que as cooperativas são sociedades que desenvolvem atividade econômica empresarial, integrando a cadeia mercadológica, apesar de terem regime jurídico e econômico interno diferenciado como consequência da mutualidade e do escopo de satisfação aos interesses dos sócios. Assim, a cooperativa organiza-se de modo particular, com a participação dos cooperados para a realização do objeto social, que, na condição de utente e de sócio, tem vantagens sociais e econômicas. Mas, pelo ângulo externo, as cooperativas também oferecem/adquirem bens e serviços para/de outros agentes produtivos e consumidores, e são reconhecidas como empresas em grande parte das legislações.

Ademais, essas sociedades destacam-se pelos princípios cooperativos e pela sua função social, sendo um instrumento de inserção de agentes no mercado e de satisfação das necessidades sociais, com base na cooperação e solidariedade, além da preocupação voltada à coletividade. E, os valores das sociedades cooperativas têm sido cada vez mais reconhecidos pelos países desenvolvidos e emergentes, pela comunidade científica e pelos organismos internacionais, qualificando-as como empresárias de economia social e convocando políticas públicas de fomento. Nesse sentido: a) a Recomendação 193 da OIT determina a necessidade de uma regulamentação adequada em o apoio às cooperativas diante da conjuntura de crise, com políticas públicas alinhadas para gerar a promoção da economia social e solidária; b) O prêmio Nobel de economia em 2.009 foi para os estudos sobre o uso cooperativo de bens comuns realizados pela economista política e cientista social Elinor Ostrom, professora e pesquisadora da Universidade do Arizona (EUA), salientando que as propriedades comuns podem ser gerenciadas com sucesso por

associações de usuários com base em cooperativas de madeireiras e de pesca dos EUA; e c) a 64ª sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas acaba de adotar a resolução bienal sobre o papel das cooperativas no desenvolvimento econômico e social sustentável, como contribuição à luta contra a pobreza e para a criação de empregos, o desenvolvimento dedicando o ano de 2012 como o ano internacional das cooperativas, convidando os governos a colaborarem com o movimento cooperativista.

Ademais, vale salientar que, como foi demonstrado, a LRF compatibiliza-se com os propósitos dos agentes envolvidos no concurso da sociedade cooperativa, preservando a função social. Tem-se, desse modo, que o regime jurídico da cooperativa é próprio e não é incompatível com a recuperação e falência da cooperativa, pondo em evidência a necessidade de as políticas legislativas reconhecerem a essência da instituição e a sua organização empresarial, traçando normas adequadas ao seu fomento.

Dessarte, conclui-se que no Brasil falta um ambiente normativo adequado ao desenvolvimento das sociedades cooperativas, reconhecendo a sua tipicidade e natureza econômica. Enquanto não houver o aperfeiçoamento do regime jurídico aplicável a essas empresárias da economia social, tanto na regulamentação geral como na matéria concursal, continuarão a existir as barreiras para a evolução da cooperativa e a integração regional. Desse modo, reforça-se a necessidade de uma previsão normativa sobre o direito concursal aplicável às cooperativas, protegendo a atividade econômica dos empresários (cooperados) e evitando a liquidação dela, como um mecanismo de fomento à constituição e à consolidação das sociedades cooperativas no mercado.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Nelson, *A continuação do negócio na falência*, ed. rev., ampl. e atual. por Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Leud, 1998.

ABRÃO, Nelson, *Curso de direito falimentar*, 5ª ed. rev. e atual., São Paulo, Leud, 1997.

ABRÃO, Nelson, *Da Caracterização da falência*, São Paulo, 1970.

ABRIANI, Nicollo *et al.*, *Derecho italiano de sociedades – manual breve*, 1 edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

AKE BOOK, Sven, *Valores cooperativos num mundo de mudança*, tradução de João Salazar Leite, Lisboa, Instituto Antonio Sérgio do Sector Cooperativo – INSCOOP, 1993.

ALMEIDA, Amador Paes de, *Curso de falência e concordata*, 17ª ed., ampl. e atual., São Paulo, Saraiva, 1999.

ALBERO, Fernando Cerdá; GARGALLO, Ignacio Sancho, *Quiebras y suspensiones de pagos – claves para la reforma concursal*, Barcelona, Caja de ahoros y pensiones de Barcelona, 2001, pp. 15-47. (Colección Estudios Económicos n. 25).

ALVIM, Thereza; ALVIM, Arruda (coord.), *Comentários ao Código Civil brasileiro – do direito de empresa*, v. 13, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

Almeida, Amador, *Curso de falências e recuperação de empresa*, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

APARÍCIO MEIRA, Deolinda Maria Moreira, *A natureza jurídica da cooperativa – comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 21002 (Garcia Marques)*, in VEIGA PEREIRA, José Manuel; GUICHARD, Raul (dir.), *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas – Estudos sobre os direito cooperativos, galego, português e comunitário*, Porto, Instituto Politécnico do Porto, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2005, pp. 14-180.

APARÍCIO MEIRA, Deolinda Maria Moreira, *O regime econômico das cooperativas no direito português – o capital social*, Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Vigo, Vigo, Espanha, 2007, pp. 1-530.

ÁPICE, Umberto – MANCINELLI, Saverio, *Diritto fallimentare – normativa ed adempimenti*, Torino, G. Giappichelli, 2008.

ASCARELLI, Tullio, *Corso de diritto commerciale – introduzione e teoria dell'impresa*, 3ª ed., Milão, Giuffré, 1962.

ASCARELLI, Tullio, *O Empresário (Capítulo do Curso di diritto commerciale – introduzione e teoria dell'impresa*, 3ª ed., Milão, Dott. A. Guiffre Editore, 1962), trad. de Fábio Konder Comparato, in *RDM* 109/183.

ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Rivista di Diritto Commerciale* 41 (1943), parte I.

ASSIS, Araken de, *Manual do processo de execução*, 8ª ed., rev., atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BARRETO FILHO, Oscar, *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969.

BATISTA, Carolina Soares João - CAMPANA FILHO, Paulo Fernando - MIYAZAKI, Renata Yumi - CERZETTI, Sheila Christina Neder, *A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão – o cram down e a apreciação judicial do plano aprovado pro todas as classes*, in *RDM* 143 (2006), pp. 202-242.

BASSI, Amadeo, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milão, Giuffrè, 2004.

BECHO, Renato Lopes, *Elementos de direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002.

BECHO, Renato Lopes (coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 4ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006.

BEL DURÁN, Paloma - FERNANDES, Josefina, *La financiación propia y ajena de las sociedades cooperativas*, CIRIEC 42 (2002), pp. 114-5.

BELTRÁN, Emilio (Dir.) – BELÉN CAMPUZANO, Ana – SEBASTIÁN, Rafael – J. TORTUERO (Coord.), Javier, *Esquemas de derecho concursal*, tomo XXI, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de falências comentada – método para estudo da lei de falências, doutrina, comentário artigo por artigo, com os julgados mais recentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino, *Lei de recuperação de empresas e falências comentada – Lei 11.101/2005 – comentários artigo por artigo*, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo, *Ambiente institucional e estratégia de empreendimentos cooperativos – a identidade cooperativa para o novo milênio*, Revista Interdisciplinar do CETEAD e CIRIEC-BRASIL (2003), pp. 35-49.

BIOLCHI, Osvaldo Anicetto, *A nova lei de recuperação de empresas e falências* in *Revista do advogado* 83 (2005), pp. 7-14.

BISBAL, Joaquim, *La insoportable levedad del derecho concursal*, in *Revista de Derecho Mercantil* 214 (1994), pp. 843-873.

BONSIGNORI, Angelo, *L'inattualità del fallimento*, in *Il Diritto Fallimentare e Delle Società Commerciali* 6 (1999), pp. 1081-1085.

BROSETA PONT, Manuel – MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de derecho mercantil*, v. I, 13ª ed., Madrid, Tecno, 2006.

BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965.

BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.), *Execução civil e cumprimento da sentença*, São Paulo, Método, 2006.

BUENDÍA MARTÍNEZ, Inmaculada, *Las cooperativas en América Latina – estado de la situación*, in PEREZ DE URALDE, JOSÉ MARIA (Dir.), *Economía social e iberoamérica – la construcción de um espacio común*, Ciriéc, Espana, pp. 67-86.

BULGARELLI, Waldirio, *Direito comercial*, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

BULGARELLI, Waldirio, *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo, Renovar, 2000.

BULGARELLI, Waldirio, *Cooperativa habitacional integrada por vários grupos seccionais – soluções para os grupos em dificuldades – invocação da lei, dos estatutos e dos princípios cooperativistas – Parecer*, in *RDM* 117 (2000), p. 307-311.

BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades comerciais*, São Paulo, Atlas, 1989.

BULGARELLI, Waldirio, *Questões de direito societário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.

BULGARELLI, Waldirio, *A reforma da lei de falências e concordata*, in *RDM* 85(1992), pp. 49-56.

BULGARELLI, Waldirio, *Correção monetária nas cooperativas* in *RDM* 34 (1979), pp. 73-90.

BULGARELLI, Waldírio, *Regime Jurídico das sociedades cooperativas*, São Paulo, Pioneira, 1965.

BUZAID, Alfredo, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952.

BUONOCORE, Vincenzo, *Trattato di Diritto Commerciale*, Turim, Gl. Giappichelli. Editore, 2002.

BUSSADA, Wilson, *Insolvência civil – interpretada pelos tribunais*, Bauru, Jalovi, 1986.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis – CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Competencia internacional y procedimientos principales de insolvencia en el reglamento 1345/2000*, in Maria Isabel – OVIEDO ALBÁN, Jorge (Coord.), *Derecho mercantil contemporáneo*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pp. 482-534.

CAMARGO, Lenita Correa, *Cooperação e cooperativismo*, São Paulo, Mackenzie, 1960.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel, *El derecho mercantil internacional – la insolvencia con elementos extranjeros*, in CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis – AREDE LUDEÑA, Santiago (dir.), *Cuestiones actuales de derecho mercantil*, Madrid, Colex, 2005, p. 275-315.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel, *La disciplina normativa de la insolvencia en la Unión Europea*, in CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel – OVIEDO ALBÁN, Jorge (coord.), *Derecho mercantil contemporáneo*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pp. 427-82.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel, *Reseña sobre la ley n. 11.101, de 9 de febrero de 2005, sobre recuperación judicial, extrajudicial y la quiebra del deudor mercantil en Brasil* in *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 3 (2005), pp. 395-401.

CANDELARIO MACÍAS, Maria Isabel – RODRIGUÉZ GRILLO, Luíza, *Comentários al código de la insolvência y de la recuperación de empresas de Portugal (Decreto-ley n.53/2004, de 18 de marzo)*, in *Derecho de los negocios* 169 (2004), pp. 15-22.

CANO LOPES, Alfonso, *El derecho de la economía social entre la constitución y el mercado, la equidad y la eficiencia* in *CIRIEC* 18 (2007), p. 3-20.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X., *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. I e VII, 5ª ed., atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1952.

CARVALHO MANGE, Roger de, *A insolvência no novo código de processo civil* in *RT* 462, p. 30-41.

CARVALHOSA, Modesto, in JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio, *Comentários ao Código Civil – parte especial do direito da empresa*, v. 13, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

CAPUZZI, Emilio, *Come è cambiato Il presupposto soggettivo del fallimento*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 83 (2008), pp. 534-558.

CASTEX FILHO, Carlos, *Da extensibilidade da fallencia aos não comerciantes*, in *RT* 829 (2004), pp. 741-53.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo – GRINOVER, Ada Pellegrini – DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 22^a ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Falências – principais alterações*, in *Revista dos Advogados*, 83 (2005), pp. 51-55.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (lei nº 11.101, de 9-2-2005)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMITE ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen del Comité Económico y Social sobre Diversidad de tipos de empresa* (INI/447-CESE 584/2009) de 1 de octubre de 2009, disponível [on-line], in [\(05-jan-2009\)](http://www.observatorioeconomiasocial.es/banco/Dictamen_CESE_ES.pdf).

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Europeia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 11 fev. 2004, CO (2004), 64 final.

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Europeia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 21 jan. 2003, CO (2003), 21 final.

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório final do procedimento Best sobre “Reestruturação, falências e recomeço de actividade”*, Bruxelas, Outono de 2003, Disponível [on-line] in http://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/index.htm [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão, Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR) – Implementação do plano de acção em matéria de capital de risco*, Bruxelas, 4 de novembro de 2003. COM (2003) 642 final. Disponível [on-line], in <HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195> [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, *Ajudar as Empresas a ultrapassarem as dificuldades financeiras – Guia de boas práticas e princípios de reestruturação, falência e recomeço*, Luxemburgo, Publicações oficiais das comunidades Europeias, 2002. ISBN 92-894-21874-5. Disponível [on-line] in HTTP://europa.eu.int/comm/enterprise/entrepreneurship/support_measures/failure_bankruptcy/index.htm [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão: Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR) – Implementação do plano de acção em matéria de capital de risco*, Bruxelas, 16 de outubro de 2002, COM (2002) 563 final. Disponível [on-line], in <HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195> [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Europeia das Pequenas Empresas*, Bruxelas, 6 fev. 2002, CO (2002), 68 final.

Comunidade Europeia, Comissão das Comunidades Europeias, Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório sobre a implementação da Carta Europeia das Pequenas Empresas, Bruxelas, 7 mar. 2001, COM(2001), 122 final.

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão – Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR)*, Bruxelas, 25 de outubro de 2001, COM (2001) 605 final. Disponível [on-line], in [HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195](http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195) [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, Relatório sobre a Implementação do Plano de Acção para Promover o Espírito Empresarial e a Competitividade, Bruxelas, 27 out. 2000, SEC (2000), 1825.

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Regulamento (CE) n 1346/2000*. Relativo ao processo de insolvência, de 29 de maio de 2000. Bruxelas, Jornal Oficial das Comunidades Europeias. L 160/1

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão – Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR) – Capital de risco – propostas para a execução do plano de acção*. Bruxelas, 20 de outubro de 1999. COM (1999) 493 final. Disponível [on-line] in <[HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195](http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195) [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, Comissão das Comunidades Europeias, *Comunicação da Comissão: Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR) – Aplicação de um enquadramento para os mercados financeiros: plano de acção*. Bruxelas, 11 de maio de 1999. COM (1999) 232 final, Disponível [on-line] in [HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195](http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195) [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, *Comunicação da Comissão: Plano de acção em matéria de capital de risco (PACR) – O investimento: a chave da criação de emprego na União Europeia*, Bruxelas, 31 de março de 1998, Disponível [on-line] in [HTTP://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195](http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/124195) [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, *Rede Judiciária Europeia: Falência – Bélgica*, Disponível [on-line] in http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_bel_pt.htm [10-04-2007].

COMUNIDADE EUROPÉIA, *Rede Judiciária Europeia: Falência – Áustria*, Disponível [on-line] in http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_aus_pt.htm. [10-04-2007].

COMPARATO, Fábio Konder, *Perfis da empresa – Alberto Asquini – profili dell'impresa*, in *Revista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I.), in *RDM* 104 (1996), pp. 108-126.

COMPARATO, Fábio Konder, *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder, *Aspectos jurídicos da macro-empresa*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

CORDEIRO, Antonio Menezes, *manual de direito das sociedades – as sociedades em geral*, Lisboa, Livraria Almedina, 2004.

CORREIA, Sérvulo, *elementos de um regime jurídico da cooperação*, in *Estudos sociais e cooperativos* 17 (1966).

F. CORSI, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare in Giuriprudenze Commerciale* 22 (1995).

COSTA, Maria Cândida de Oliveira – CARDOSO, João Luiz Costa – NOGUEIRA, Ronaldo José, *CREDISAN - Cooperativa de crédito rural da região da Mogiana – diagnóstico e potencial de atuação no financiamento rural*, São João da Boa Vista, Unifeob, 2004.

COSTA, Philomeno Joaquim da, *O direito comercial nos tempos modernos*, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino – Divisão Jurídica* 8-10 (1968), pp. 367-382.

COSTA, André Jacques L. Uchôa – NODA, Margareth – FIALHO, Tatiana Flores Gaspar, *Breves considerações sobre as sociedades cooperativas no direito brasileiro e comparado*, in FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, pp. 551-94.

COUVANEIRO, Conceição S., *Práticas Cooperativas – Personalização e socialização*, Lisboa, Instituto Piaget, 2004. (Série epistemologia e sociedade).

CRACOGNA, Dante, (Coord.), *Regimén legal de las cooperativas en los países del MERCOSUR – Reunion Especializada de Cooperativas del MERCOSUR*, 3 ed. actual. y ampl., Argentina, Serie Juridica, 2009. Disponível [on line] in: <http://www.mercosur.coop/recm/spip.php?article511>. Em: 11 set 2009

CROTEAU, John Tougas, *A economia das cooperativas de crédito*, São Paulo, Atlas, 1968.

CRÚZIO, Helnon De Oliveira, *Como organizar e administrar uma cooperativa – uma alternativa para o desemprego*, Rio de Janeiro, FGV, 2000.

DABORMIDA, Renato, *Le legislacion cooperative nei paese della Comunità Europea*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 7/8 (1989), pp. 451-495.

DABORMIDA, Renato, *El estatuto de la sociedad cooeprativa europea*, in *CIRIEC* 13 (1993), p. 25-50.

DABORMIDA, Renato, *Derecho cooperativo europeo y armonización de las legislaciones en el seno de la CEE?* in *CIRIEC* 7 (1989), p. 6-67.

DE GIORGI, Maria Vita (a cura), *La nuova disciplina dell'impresa sociale – commentario al D. Lgs. 24 marzo 2006*, n. 155, Cedam, Dott. Antonio Milani, 2007.

DE LUCCA, Newton – SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.), *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

DE LUCCA, Newton, *Direito do Consumidor – teoria geral da relação de consumo*, 2. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. IV, São Paulo, Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*. 8ª. ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros, 2002.

EUROPEAN UNION, European Social Fund; FORSCHUNG UND BERATUNG EVERS JUNG, *Crisis Intervention tools and management of change in micro-enterprises – call for best practice*, [S.L.:S.N, 2006?], Disponível [on-line], in <http://www.sos-enterprise.eu/ceemes/webfile/show/604> [08-04-2007].

FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma, *Gestión económica de la cooperativa – responsabilidad de los socios*, Madrid, Tecnos, 1997.

FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma, *La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas*, in V. CHULIÁ *et al.*, *Estudios sobre la Ley Concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo v, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 5235- 5281.

FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma, *Reforma contable y legislación cooperativa*, in *Revista Noticias del CIDIEC* 50 (2008), pp. 72-75.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *Reflexiones sobre el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, Nuevas posibilidades*, in CHAVES, Rafael – GARCIA, Isabel Gemma Fajardo y NAMORADO, Rui (Dir.), *Integración empresarial cooperativa – posibilidades, ventajas e inconvenientes*, Valencia, Ciriec-España, 2003, pp. 201-210.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *El marco jurídico de la Economía Social*, in *Informe de síntesis sobre la Economía Social en España en el año 2000*, Valencia, Ciriec, 2002 pp. 15- 20.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La prescripción de las obligaciones entre la cooperativa y sus socios y la naturaleza no mercantil de su relación*, in *Revista Jurídica del CIRIEC* nº 12 (2001), pp. 37- 50.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La no mercantilidad del suministro de bienes entre cooperativa y cooperativista*, in *Revista de Derecho Mercantil* 240 (2001), pp. 946-956.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La reforma de la legislación cooperativa estatal*, in *Revista Jurídica del CIRIEC* 10 (1999), pp. 45- 76.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *Tendencias de la legislación cooperativa en España*, in *Revista Jurídica del CIRIEC* 9 (1998), pp. 106- 114.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La reforma de la legislación cooperativa – cuadro comparativo*, in *CIRIEC* 29 (1998), pp. 165-188.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La crisis de la empresa en el Derecho Español: medidas alternativas a la quiebra*, in *Rivista il diritto fallimentare e delle società commerciali* 4 (1994), pp. 691- 712.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La armonización de la legislación cooperativa en los países de la Comunidad Económica Europea*, in *CIRIEC* nº 17 (1994), pp. 39- 119.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La Ley francesa nº 92 de 13 de julio de 1992 relativa a la modernización de las empresas cooperativas*, in *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* nº 4 (1993), pp. 171- 180.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *La responsabilidad del socio en la gestión económica de la cooperativa de viviendas desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo* in *Revista Juridica del CIRIEC* 5 (1994), pp. 415-417.

FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma, *Las secciones de crédito en el Ordenamiento jurídico español* in *CIRIEC* 32 (1999), p. 11.

FARENGA, Luigi, *La reforma del diritto fallimentare in Italia – una nuova visione del mercato*, in *RDM* 145 (2007), pp. 9-16.

FAUQUET, George, *O sector cooperativo – ensaio sobre o lugar do homem nas instituições cooperativas e destas na economia*, Lisboa, Livros Horizontes, 1980.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo, *Nova lei de falência e recuperação de empresas*, 3^a ed., rev. e ampl., Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, São Paulo, Atlas, 2006, pp. 190-191.

FERRARA JÚNIOR, Francesco – CORSI, Francesco, *Gli imprenditori e Le società*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, 1987.

FERRARA JÚNIOR, Francesco – CORSI, Francesco, *Gli Imprenditori e le Società*, 11^a ed. Milão, Dot. A. Giuffrè Editore, 1999.

FERREIRA, Ana Paula – MACHADO, Mariza De Abreu Oliveira – SANTOS, Milena Sanches Tayano Dos, *Cessão de mão-de-obra e empreitada – aspectos trabalhistas e previdenciários*, 2^a Ed., São Paulo, Iob, 2003.

FERREIRA, Waldemar, *Instituições de direito comercial*, v. 1 e 4, 2. ed., rev. e aum., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947-1949.

FERREIRA, Waldemar, *Tratado de direito comercial – o estatuto da falência e da concordata*, São Paulo, Saraiva, 1965.

W. FERREIRA, *Tratado de direito mercantil brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 123.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, *la empresa en el derecho mercantil*, in JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.), *Derecho mercantil*, 11^a ed. atual, Barcelona, Ariel, 2006.

FORGIONI, Paula A., *A evolução do direito comercial brasileiro – da mercancia ao mercado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (coord.), *Direito societário contemporâneo I*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Assembléia-geral de credores*, in *Revista do Advogado* 8 (2005), pp. 42-50.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, *Empresa, empresário e estabelecimento – A nova disciplina das sociedades*, in *Revista do advogado* 61 (2003), pp. 15-25.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo, *Falências e concordatas – insolvência civil – liquidações extrajudiciais*, São Paulo, Leud, 1974.

FRANKE, Walmor, *Direito das sociedades cooperativas – direito cooperativo*, São Paulo, Saraiva, 1973.

FRASCARELLI, Mario, *Le società cooperative – aspetti civilistici, contabili e fiscali*, Milano, Fag, 2008.

FRANCHI, L.; FEROCI, V.; FERARRI, S. *Codici Civile 2007 – Codici e leggi d'Italia, Corredati di richiami e di note di coordinamento a cura di Giorgio Ferrari*, Milano, Ulrico Hoepli, 2007.

GALGANO, Francesco *Gli imprenditori e Le società*, 7^a ed., Milano, Giuffrè, 1987.

GALGANO, Francesco, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II. Pádua, CEDAM, 1978.

GALGANO, Francesco – GENGHINI, Riccardo, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia – Le nuove società di capitali e cooperative*, 2 edizione, tomo primo, volume ventinovesimo, Padova, Cedam, 2004.

GALGANO, Francesco, *Diritto Commerciale – L'imprenditore – Impresa – Contratti di impresa – Titoli de credito – Fallimento*, v. 1, Bologna, Zanichelli Bologna, 2000/2001.

GUIMARÃES FELICIANO, Guilherme, *Cooperativas – comercialidade e participação social*, Lisboa, Relatório (Doutoramento) – Faculdade de direito da Universidade de Lisboa, 2005.

GUTIÉRREZ FERNANDES, Carlos García, *La reafirmación de las aportaciones de (propiedad de) los socios de las sociedades cooperativas – Propuesta de regulación de las sociedades de responsabilidad limitada cooperativa*, REVESCO 89 (2006), p. 48.

GARRONE, José Alberto – SAMMARTINO, Mário E. Castro, *Manual de derecho comercial*, 2ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Buenos Aires, Berrot, 1996.

GLES LECUONA, Maria Marcos, *Artículo 1 – Presupuesto subjetivo*, in CORDON MORENO, Faustino (coord.), *Comentarios a la ley concursal*, Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 76-77.

GOZALO LÓPEZ, Vicente, *La nueva Ley concursal portuguesa*, in *Revista de Derecho Mercantil* 208(1993), pp. 615-626.

GOZALO LÓPEZ, Vicente, *La reforma del Derecho concursal alemán*, in *Revista de Derecho Mercantil* 215(1995), pp. 211-221.

GRAZIABILE, Dario J., *Ley de concursos – análisis exegético*, 1ª ed., Buenos Aires, Errepar, 2008.

GRANDE, João Teixeira, *Considerações sobre os antecedentes legais da falência*, in L. F. VALENTE DE PAIVA (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de recuperação de empresas* *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 362-79.

GUGLIELMUCCI, Lino, *La legge Tedesca Sull'insolvenza (insolvenzordnung) – del 5 ottobre 1994*, Trad. Italiana de G. GABRIELLI, Milano, Dott. A. Giuffrè, 2000. (204 - Quaderni de Giurisprudenza Commerciale).

INTERNATIONAL FEDERATION OF INSOLVENCY PROFESSIONALS – INSOL INTERNATIONAL, *Statement of principles for a global approach to multi-creditor workouts*, London, [s.n.], oct./2000, Disponível [on-line], in: www.insol.org [12-04-2007].

ISRAEL, Jona, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

IRTI, Natalino, *A ordem jurídica do Mercado* in RDM 145 (2007), pp. 43-9.

JENNY CLIFT, *objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia eficaz y eficiente – la guía legislativa de UNCINTRAL sobre el régimen de insolvencia* in *Revista de Derecho Mercantil* 207 (1.993), pp. 19-40.

JIMENEZ SANCHES, Guillermo J., *Leciones de derecho mercantil*, 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.

JIMENEZ SANCHES, Guillermo J., *Derecho mercantil*, 11ª ed., atual., Barcelona, Ariel, 2006.

KASMIR, Sharryn, *The mynt of Mondragón – cooperatives, politics, and working-class in a Basque Town*, New York, State Universtiy of New York, 1996.

KRUEGER, Guilherme, *A disciplina das cooperativas no novo código civil – a ressalva da lei 5.764/71*, in BECHO, Renato Lopes (Coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 96-119.

LABAREDA, João, *O novo código da insolvência e da recuperação de empresas – alguns aspectos mais controvertidos*, Lisboa, Almedina, 2004.

LADEIRA DE ALMEIDA, Maria Cecília, *As sociedades cooperativas como forma de desenvolvimento dos projetos de assentamento dos núcleos rurais*, São Paulo, Dissertação (mestrado) – Faculdade de direito da USP, 1996.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Trad. de José Lamago e rev. Ana de Freitas, 2 ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989 [original K. LARENZ, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 5 ed rev., Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 1983].

LEVY, Jorge Eduardo Prada, *As cooperativas e o direito dos cooperados retirantes ao valor atualizado de suas quotas-partes*, in RDM 101 (1996), pp. 121-132.

LIMA, Rusinete Dantas, *Aspectos teóricos e práticos da terceirização do trabalho rural – cooperativas de trabalho rural*, São Paulo, LTr, 1999.

LANZALONE, Luca, *Il chapter 11 dell'U.S. Banckruptcy code*, in SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *Il diritto fallimentare riformato – commento sistematico*, Padova, Cedam, Antonio Milani, 2007, pp. 273-281.

LACERDA, José Cândido Sampaio de, *Manual de direito falimentar*, 9ª ed., melhorada e atual., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1975.

LIMA, Reginaldo Ferreira, *Direito cooperativo tributário*, São Paulo, Max Limonad, 1997.

LISBOA, Marcos de Barros *et all*, *A racionalidade econômica da nova lei de falências e de recuperação de empresas*, in VALENTE DE PAIVA, Luís Fernando (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 31-60.

LISIO, Claudia E. de, *La economia social en el mercosur*, in PÉREZ DE URALDE, José Maria (Dir.), *La economia social en iberoamérica – un acercamiento a su realidad*, Madrid, Fundip, 2006.

LLOBREGAT HURTADO, Maria Luisa, *Mutualidad y empresas cooperativas*, Barcelona, Bosch, 1990.

MACHADO, Rubens Approbato (Coord.), *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas – doutrina e prática – lei 11.101 de 9/2/2005 e LC 118 de 9/2/2005*, 2ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2007.

MACHADO, Plínio Antônio, *Comentário à lei do cooperativismo*, São Paulo, 1975.

MACLEOD, Grec, *From mondragon to America – experiments in community economic development*, University college of cape Breton Press, Siney, Nova Scotia, 1997.

MACPHERSON, Ian, *Princípios cooperativos para o século XXI*, INSCOOP, Lisboa, 1996 (Coleção estudos).

MAMEDE, Gladston, *Direito empresarial brasileiro – falência e recuperação de empresas*, São Paulo, Atlas, 2006.

MAMEDE, Gladston, *Direito empresarial brasileiro – empresa e atuação empresarial*, São Paulo, Atlas, 2004.

MARCHI, Eduardo C. Silveira, *Guia de metodologia jurídica – teses, monografias e artigos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

MARTIN, Fernando Gomez, *Convenio y liquidacion concursal*, in *Revista de la Universidad de Deusto*, v. 52/1, 112 (2004), pp. 163-193.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva – SALABERRY FILHO, Miguel, *Cooperativas de trabalho (anais de seminário) – labor cooperatives seminar*, São Paulo, LTr, 2004.

MATEOS RONCO, Alícia, *Los procesos concursales en sociedades cooperativas – especificidades en la información económico-financiera*, in *CIRIEC 60* (2008), p. 209-246.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles, *Código da insolvência e da recuperação de empresas – anotado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

MIKEL LEZAMIZ, *La experiencia práctica de un gran grupo cooperativo en Espana <<MCC>>*, in P. MORGADO PANADERO (dir.) – L. BOURGOS ROSADO (coord.), *Economia social y cooperativismo*, Salamanca, Lex Nova, 2002, pp. 203-211.

MIRANDA, Pontes, *Tratado de direito privado*, t. 49, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, *Comentários ao código de processo civil*, vol. II, 1 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

MONZÓN, José Luiz, *Cooperativas, economia social y globalización in Fundación Iberoamericana de La Economia social Economia social y cooperación al desarrollo en Iberoamérica – papel de la Fundación Iberoamericana de la economia social*, Madrid, Fundibes, 2004, pp. 13-25.

MONZON, José Luiz (coord.), *Informe para la elaboración de una ley de fomento de la economía social*, Valencia, CIRIEC, Dezembro, 2009.

MORGADO PANADERO, Purificación, *La economia social y su marco legal*, in P. MORGADO PANADERO (Dir.) – L. BOURGOS ROSADO (Coord.), *Economia social y cooperativismo*, Salamanca, Lex Nova, 2004, pp. 35-45.

MORILLAS JARILLO, Maria José – FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *Curso de Cooperativas*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2002.

MORILLAS JARILLO, Maria José, *Las sociedades cooperativas*, 1ª ed., Madrid, Iustel, 2004.

MOURA ROCHA, José de, *Comentários ao código de processo civil*, vol. IX, 1ª ed., São Paulo, RT, 1974.

NAMORADO, Rui, *Introdução ao direito cooperativo – para uma expressão jurídica da cooperatividade*, Portugal, Almedina, 2000.

NAMORADO, Rui, *Cooperatividade e direito cooperativo – estudos e pareceres*, Coimbra, Almedina, 2005.

NAMORADO, Rui, *El enquadramiento jurídico de la economía social – la introducción al caso portugués in CIRIEC 17* (2006), p. 2-26.

NASCIMENTO, Fernando Rios do, *Cooperativismo como alternativa de mudança – uma abordagem normativa*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

NEVES, Celso, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, Rio de Janeiro, Forense, 1974.

NEVES, Celso, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VII, n. 113, Rio de Janeiro, Forense, 1975.

NEWTON, Grant W., *Bankruptcy and insolvency accounting – forms and exhibits*, 5.ed., New York, John Wiley, 1994.

OLIVEIRA, João Cláudio Ribeiro, *Principais problemas envolvendo as cooperativas no novo código civil*, in BECHO, Renato Lopes (Coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 144-155.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *El derecho mercantil y derecho de la empresa*, in JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. (Coord.), *Derecho mercantil*, 11ª ed. atual., Barcelona, Ariel, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *UNCITRAL – hacia un Derecho mercantil uniforme en el Siglo XXI*, RDM 1993, pp. 9 a 37.

PACHECO, José da Silva, *Tratado das execuções – falência e concordata (execução coletiva universal)*, 2ª ed. , Rio de Janeiro, Borsoi, 1965.

PAIVA, Luis Fernando Valente de, *Da recuperação extrajudicial*, in L F. V. PAIVA (coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas* Cit. (nota__ supra), p. 561

PANIAGUA ZURERA, Manuel, *La sociedade cooperativa – Las sociedades mutuas y las entidades mutuales – Las sociedades laborales – La sociedade de garantía recíproca* in G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO (coord.); OLIVENCIA, Manuel – FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos – JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (Director), *Tratado de Derecho Mercantil*, V. I, Madrid, Marcial Pons, 2005.

PASTOR SEMPERE, Maria del Carmen, *La reforma del derecho contable y su repercusión en el régimen de los recursos propios de las sociedades cooperativas*, in *REVESCO* 90 (2006), pp. 109-141.

PASTOR SEMPERE, Maria del Carmen, *Los recursos próprios en las sociedades cooperativas*, *Cuadernos mercantiles*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.

PENALVA SANTOS, Paulo, *Brevíssima notícia sobre a recuperação extrajudicial*, in *Revista do advogado* 83 (2005), pp. 107-115.

PEROCHON, Françoise, *El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas*, in *Anuario de derecho concursal* 10 (2007), pp. 79-97.

PEREIRA, Pedro, *Código cooperativo – anotado e comentado*, Portugal, Coimbra, 1997

PERIN JÚNIOR, Ecio; KALANSKY, Daniel; PEYER, Luis (coord.), *Direito Empresarial – aspectos atuais de direito empresarial brasileiro e comparado*, São Paulo, Método, 2005.

PERIUS, Vergílio Frederico, *As sociedades cooperativas face o novo código civil*, in BECHO, RENATO LOPES (coord.), *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 287-293.

PERIUS, Vergílio Frederico, *Cooperativismo e lei*, São Leopoldo, Unisino, 2001.

PERNAZZA, Frederico, *Il ruolo dell'impresa sociale nel quadro degli enti no profit nell'ordinamento italiano* in *RDM* 145 (2007), pp. 50-9.

PEROCHON, Françoise, *El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la ley 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas*, in *Anuário de Derecho Concursal* 10 (2001), pp. 79-97.

PINASSI, Ayrton, *Prática forense civil 5 – cooperativa habitacional teoria e prática*, Campinas, Aga Juris, 1998.

PINHO, Diva, *O pensamento cooperativo e o cooperativismo brasileiro*, vol. 1, São Paulo, CNPQ, 1982.

PINHO, Diva, *Economia e cooperativismo*, São Paulo, Saraiva, 1977.

PINHO, Diva, *Cooperativas e desenvolvimento econômico*, São Paulo, Edição da autora, 1962.

PIOT, Bernard – STRANI, Carla – FAJARDO, Gemma ET ALL, *O regime legal das cooperativas – seminário internacional*, Lisboa, INSCOOP, 1994.

PIXLEY, Jocelyn, *Citizenship and employment – investigating post-industrial options*, Cambridge, University Press, 1993.

POGGI, Raffaella, Prospettive di riforma, in SCHIANO DI PEPE, Giorgio (dir.), *Crisi dell'impresa e salvaguardia dell'azienda*, Padova, CEDAM, 1995, pp. 335-348.

PROENÇA, José Marcelo Martins, *Disposições preliminares – aplicação de legislação, competência e intervenção do Ministério Público*, in R. APPROBATO MACHADO (Coord.), *Comentários à nova lei de falências e recuperação de empresas*, 2 ed. São Paulo, Quartier Latin, pp. 51-77.

PULGAR EZQUERRA, Juana, *El concurso de la cooperativa agraria y de la sociedad agraria de transformación*, in J. PULGAR EZQUERRA (DIREC.); C. VARGAS VASSEROT (COORD.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 781-819.

PULGAR EZQUERRA, Juana, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, La ley, 2005.

PULGAR EZQUERRA, Juana, *La reforma del derecho concursal comparado y español – los nuevos institutos concursales y reorganizativos*, Madrid, Civitas, 1995.

PUPO CORREIA, Miguel J. A., *Direito comercial – direito da empresa*, 9ª ed., rev. e actual., Lisboa, Forum, 2005.

QUELHO, Newton De Mello (org.), *Cooperativismo*, Brasília, Câmara dos Deputados, 1984.

REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993.

REQUIÃO, Rubens, *Direito Comercial I*, 23, Ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Renato Ventura, *Comentários ao Recurso Especial n. 244.497-PR (2000/0000350-6) – STJ – 4 turma*, in RDM 142 (2006), pp. 257-287.

RICCI, Edoardo, *Lezione sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1992.

RIBEIRO, J. J. Teixeira, *Empresa cooperativa*, in RIBEIRO, J. J. Teixeira (Redactor), *Boletim de Ciências Económicas – suplemento ao boletim da faculdade de direito*, vol. XI e XIV, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1968.

ROJO FERNANDES-RÍO, Angel José, *La reforma del derecho concursal italiano y el derecho concursal español - un apunte de derecho comparado desde una perspectiva española*, in *Anuário de Derecho Concursal* 10(2007), pp. 315-341.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio, *Cooperativismo a luz dos princípios constitucionais*, Curitiba, Juruá, 2005.

ROVELLI, Luigi, *la crisi dell'impresa fra tutela del credito e interessi generali*, in SCHIANO DI PEPE, Giorgio (Dir.), *Crisi dell'impresa e sanvanguardia dell'azienda*, Padova, CEDAM, 1995, p. 180-197.

SANCHEZ BAJO, Carlos, *Procesos de integración regional y políticas de cooperativas*, in *Premier colloque du Réseau euro-latino américain d'études en économie sociale et coopératives* (RULESCOOP) Brest, France, Brest, 22 a 24 Mai 2006.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE GULIARTE, Juan, *El presupuesto subjetivo en el derecho concursal* in SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan - VICENT CHULIÁ, Francisco - FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma *et all.*, *Estudios sobre la ley concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 1.195-1.117.

SÁNCHEZ-CALERO, Fernando – SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de derecho mercantil*, v. I, 29 ed., rev., ampl. y puesta en día, Navarra, Aranzadi, 2006.

SATIRO SOUZA JÚNIOR, Francisco; MORAES PITOMBO, Antônio Sérgio A. de, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11. 101/2005*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

SEABRA, Manoel Gonçalves, *Cooperativas mistas do estado de São Paulo*, São Paulo, Estudo de Geografia Econômica, 1977.

SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos – ABRÃO, Carlos Henrique, *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernando Campos, *A empresa em crise no direito francês e americano*, Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1987, pp.1-107.

SÉRGIO, Antônio, *O cooperativismo – objetivos e modalidades*, Porto, Centro Coope, 1960.

SERVA, Maurício – ANDION, Carolina, *A economia social no Brasil – panorama de um campo em transformação*, in J. M. PERES DE URALDE, *La economía social en Iberoamérica – un acercamiento a su realidad*, Madrid, Fundibes, 2006, pp. 39-92.

SCAPIN, Alessandra Cristina, *Cooperativas de trabalho – o que fazer, o que não fazer e como fazer*, São Paulo, EI - Edições Inteligentes, 2005.

SCHIANO DI PEPE, Giorgio (A cura), *Cooperative, consorzi, raggruppamenti*, II ed., (Milano), Ipsoa, (1999).

SCHIANO DI PEPE, Giorgio (dir.), *Crisi dell'impresa e sanvanguardia dell'azienda*, Padova, CEDAM, 1995.

SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *Alcune considerazioni conclusive intorno a un convegno su procedure concorsuali, esercizio dell'impresa e salvaguardia dell'azienda*, in SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *Il diritto fallimentare riformato – commento sistematico*, Padova, Cedam, Antonio Milani, 2007, pp. 365-369.

SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *Il diritto fallimentare riformato – commento sistematico*, Padova, Cedam, Antonio Milani, 2007.

SENENT VIDAL, Maria José, *El concepcto de interés social en la cooperativa*, in *Revista de derecho mercantil* 244 (2002), pp. 705-722.

SHIMURA, Sérgio Seiji – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Processo de execução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Claudemir da, *Dissolução e liquidação das cooperativas – conhecendo para evitar*, Goiania, Grafica Bandeirante, 2001.

SILVEIRA, Marchi Eduardo C., *Guia de Metodologia Jurídica – teses, monografias e artigos*, Itália, Del Grifo, 2001.

SINGER, Paul, *Uma utopia militante*, Petropolis, Vozes, 2000.

STURZENEGGER, Luis Carlos, *A doutrina do “patrimônio de afetação” e o novo sistema de pagamentos brasileiros* in *Revista de Direito Bancário* 11 (2001), pp. 58-101.

SZTAJN, Rachel, *Teoría jurídica da empresa – atividade empresária e mercados*, São Paulo, Jurídico Atlas, 2004.

TATARANO, Giovanni, *L'impresa cooperativa – trattato di diritto civile e commerciale – già diretto da – Antonio cicu*, volume XXX, t. 3, Milano, Dott. A. Giufree, 2003, (Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni).

TEIXEIRA JÚNIOR, Amílcar Barca – GRUPEN MACHER, Betina Treiger, *Problemas atuais do direito cooperativo*, São Paulo, Dialética, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução e cumprimento da sentença*, 24ª ed., rev., ampl. e atual., São Paulo, Leud, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *A insolvência civil: execução por quantia certa contra devedor insolvente*, 5ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Código de processo civil anotado e insolvência civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

UNITED NATION COMITION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Legislative guide on insolvency Law*, United Nation Publications, New York, 2005.

VALENTE DE PAIVA, Luis Fernando (coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005.

VALENTE DE PAIVA, Luis Fernando, *Da recuperação extrajudicial*, in VALENTE DE PAIVA, Luis Fernando (Coord.), *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 561-594.

VALLE, Javier, *Una experiência comparada reciente – la ley concursal española*, in *RDM* 134 (2004), pp. 96-106.

VALVERDE, Trajano de Miranda, *A falência no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Ariel, 1932.

VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à lei de falência – decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945 – arts. 1 a 79*, Rio de Janeiro, Forense, 1948.

VAMPRÉ, Spencer, *Repertório geral de jurisprudência doutrina e legislação – da fallencia e da concordata*. São Paulo, Saraiva, 1925.

VARGAS VASSEROT, Carlos, *La solvencia y garantías de las cooperativa en el tráfico – algunas peculiaridades de su concurso*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal – anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* 8 (2008), pp. 281-94.

VARGAS VASSEROT, Carlos, *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Navarra, Thomson, 2006.

VARGAS VASSEROT, Carlos, *Los previsibles efectos de la NIC 32 en el sector cooperativo in REVERSCO* 91 (2007), pp. 120-159.

VEIGA PEREIRA, José Manuel – GUICHARD, Raul (dir.), *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas – Estudos sobre os direito cooperativos, galego, português e comunitário*, Porto, Instituto Politécnico do Porto, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2005, pp. 25-41.

VELLASCO, Guillermo, *La reforma francesa del derecho de las empresas en dificultad*, in *Anuário de Derecho Concursal* 9 (2006), pp. 261-265.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha, *Cooperativismo – nova abordagem sócio-jurídica*, Curitiba, Juruá, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso de direito comercial 1*, São Paulo, Malheiros, 2004.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Curso de direito comercial 2*, São Paulo, Malheiros, 2006.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc, *Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência*, in L. F. VALENTE DE PAIVA, *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas – lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 e LC 118 de 9 de fevereiro de 2005*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 63-118.

VERRULOCI, Pierro, *La società cooperativa*, Milano, Giuffrè, 1958.

VIANA DE LIMA, Claudio, *Processo de execução*, 1 ed., Rio de Janeiro, Forense 1973.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Três años de ley concursal – temas de reforma*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 8 (2008), p. 113-132.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al derecho mercantil*, 20ª ed., totalmente rev., adaptada a los nuevos planes de estudios y orientada a la praxis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

VICENT CHULIÁ, Francisco – PAZ CANALEJO, Narciso, *Comentarios al código de comercio y legislación mercantil especial*, tomo XX, vol. 3 (artículos 67 al final), Madrid, Edersa, 1994.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, tomo I, vol. 2, 3 ed., Barcelona, José Maria Boch, 1991.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *el concurso de la persona jurídica*, in SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan - VICENT CHULIÁ, Francisco – FAJARDO GARCIA, Isabel Gemma *et all.*, *Estudios sobre la ley concursal – libro homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 2389-2451.

F. V. CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, in SANCHEZ CALERO – M. ALBADALEJO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, tomo XX, v. 1 e 3, Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

VILLORIA RIVERA, Iñigo (coord.), *Dossier práctico Francis Lefebvre – Reforma concursal*, Madrid, 2003.

VIVANTE, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale*, v. 1, 5 ed., Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1922.

WORD BANK, *Principles for effective insolvency and creditor rights system*, 2005, Disponível [on-line] in <http://www.worldbank.org/ifa/IPG%20-%20Revised%20Pples%20FINAL%20%5B21%20Dec%202005%5D.pdf> [03-04-. 2007].

WORD BANK, *Creditor rights and insolvency standard: based on the World Bank Revised Principles for Effective Creditor Rights and Insolvency Systems and UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, 21 dez. 2005, Disponível [On-line] in http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20774191/ICR_Standard_21_Dec_2005_Eng.pdf [08-04-07]

ZALABETA DÍAS, Marta, *la generalización del presupuesto subjetivo del concurso – especial referencia a la insolvencia del consumidor y a los concurso de grandes dimensiones*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal – anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* 8 (2008), pp. 217-228.

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

<http://www.tj.sp.gov.br/>

<http://www.tjmg.jus.br/>

<http://www.tjrs.jus.br/>

<http://www.tjrj.jus.br/>

www.senado.gov.br

www.camaradosdeputados.gov.br

www.ocb.org.br