

Acesso das cooperativas operadoras de planos de saúde à recuperação judicial e falência conforme o §13 do art. 6º da Lei nº 11.101/05*

João Pedro Seefeldt PESSOA**

Thiago Bortolini TEIXEIRA***

RESUMO: O recente § 13 do art. 6º da Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, foi introduzido pela Lei nº 14.112/20, e tem dois objetivos distintos identificáveis na redação. A primeira parte do dispositivo visa excluir dos efeitos da recuperação judicial aqueles atos entre cooperativas e cooperados, enquanto a parte final declara que as cooperativas operadoras de plano de saúde estão sujeitas à lei. Apesar da sua propositura ter origem há mais de 15 anos, os impactos da pandemia de coronavírus reacenderam o interesse na discussão, gerando a promulgação do dispositivo em 2020. Todavia, os efeitos pretendidos pelo legislador chocam-se com normas infraconstitucionais, além de sua tramitação padecer de inconstitucionalidade formal. A presente pesquisa se propõe a explorar tais óbices, verificar e resolver as antinomias evidenciadas e analisar o trâmite legislativo e a existência de inconstitucionalidade formal. O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico-fenomenológico, o método de procedimento aplicado foi o monográfico e comparativo, e as técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas operadoras de plano de saúde; controle de constitucionalidade; Lei de Recuperação de Empresas e Falência.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O regime jurídico aplicável à recuperação judicial e falência de empresas no direito brasileiro; – 2.1. Da teoria geral da empresa e dos sujeitos ao regime empresarial; – 2.2. Sistemas de insolvência e crise empresarial; – 2.3. Lei de recuperação judicial e falência de empresas para novos sujeitos: superando a crise da insolvência; – 3. A regularidade da sujeição de cooperativas operadoras de planos de saúde à LRF pelo advento do § 13 do artigo 6º; – 3.1. O art. 6º, §13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas, e as cooperativas operadoras de planos de saúde; – 3.2. Do histórico legislativo do art. 6º, § 13, da LRF, e sua constitucionalidade; – 3.3. Análise da legalidade do art. 6º, §13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas; – 3.4. Dos precedentes que aplicaram o art. 6º, § 13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas; – 4. Conclusão; – 5. Referências.

TITLE: *The Access of Health Insurance Cooperatives to Judicial Recovery and Bankruptcy Procedures in Light of Paragraph 13 of Article 6 of Law n. 11.101/05*

ABSTRACT: *The newly enacted § 13 of article 6 of Law 11.101/05, that regulates judicial recovery and bankruptcy for companies and business owners was introduced by Law 14.112/20 and has two distinct and identifiable goals in its writing. Its first section seeks to exclude legal transactions between cooperatives*

* O presente artigo científico foi subvencionado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

** Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestre em Direito pela Universidad de León (Espanha). Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). *E-mail:* jpseefeldt@gmail.com. *Currículo Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/3238221565472756>. *Orcid ID:* <https://orcid.org/0000-0003-1974-0247>.

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). *E-mail:* thiagobortoliniteixeira@gmail.com. *Currículo Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/4334117160706351>. *Orcid ID:* <https://orcid.org/0000-0003-1653-7235>.

and its members from the effects of judicial recovery, whilst its final section states that health insurance cooperatives are subject to the law. Despite having been proposed over 15 years ago, the impacts of the coronavirus pandemic invigorated the interest in the topic, giving rise to the provision in 2020. However, the effects intended by the legislative collide with the infraconstitutional legislation, in addition to being unconstitutional due to a violation of the legislative process. This study intends to investigate these problems, verify and solve the identified antinomies, and analyze the legislative process and its unconstitutionality. The approach method used was the hermeneutic-phenomenological, the procedural method applied was the monographic and comparative, and the research techniques employed were the bibliographical and documental.

KEYWORDS: Health insurance cooperatives; constitutional review; Judicial Recovery and Bankruptcy Law.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The legal regime applicable to the judicial recovery and bankruptcy of companies under Brazilian law; – 2.1. The general theory of the corporate and those subject to the entrepreneurial regime; – 2.2. Insolvency systems and corporate crisis; – 2.3. Judicial recovery and bankruptcy law for new subjects: overcoming the insolvency crisis; – 3. The regularity of the subjection of cooperative health plan operators to the LRF by the advent of § 13 of article 6; – 3.1. The art. 6, §13, of the Law of Judicial Recovery and Bankruptcy of Companies, and the cooperative operators of health plans; – 3.2. From the legislative history of art. 6, § 13, of the LRF, and its constitutionality; – 3.3. Analysis of the legality of art. 6, §13, of the Judicial Recovery and Bankruptcy Law; – 3.4. Of the precedents that applied art. 6, § 13, of the Judicial Recovery and Bankruptcy Law; – 4. Conclusion; – 5. References.

1. Introdução

Nas últimas décadas, o modelo cooperativo vem ganhando força no Brasil, com o aumento no número de cooperativas e, especialmente, com o aumento de cooperativas de grande porte que competem e se equiparam a grandes empresas, tradicionalmente organizadas sob tipos sociais tais como limitadas e sociedades anônimas. A utilização das cooperativas para organizar operações de grande porte não foi previsto quando da elaboração da Lei nº 5.764 (“Lei de Cooperativas”) em 1971, e terminou por evidenciar lacunas no regime cooperativo, que não possui mecanismos para resolver questões que surgem em grandes operações econômicas.

Uma dessas lacunas é a ausência de mecanismos de enfrentamento de crises empresariais, como aqueles constantes na Lei de Recuperações Judiciais e Falências (“LRF”). Assim, considerando que a Lei de Cooperativas as sujeita ao regime de insolvência civil, a quebra de grandes cooperativas é solo fértil para irregularidades, ante a ausência dos mecanismos de controle desenvolvidos no instituto da falência, bem como a ausência de uma solução judicial para crises condena cooperativas viáveis a uma morte precoce diante da superveniência de um período de dificuldades econômico-financeiras.

A reflexão acerca dos institutos de liquidação e solução de crises de empresas recebeu

atenção especial com o advento da pandemia de COVID-19 (causada pelo coronavírus SARS-Cov-2), que teve fortes impactos na economia global, em razão das medidas de enfrentamento e distanciamento social. Como resultado, promulgou-se, no Brasil, a Lei nº 14.112 de 2020, que modificou a LRF, visando modernizar esses institutos e adequá-los à nova realidade e às novas necessidades do mercado.

Uma dessas modificações foi a inclusão do § 13 no art. 6º da LRF, o qual pretende eminentemente possibilitar às cooperativas operadoras de planos de saúde acesso à recuperação judicial. Entretanto, a forma isolada e simplória com que se realizou essa modificação provoca o seguinte questionamento: quais os limites constitucionais e legais da sujeição de cooperativas operadoras de plano de saúde aos procedimentos de falência e recuperação judicial, considerando o advento do art. 6º, §13, da Lei nº 11.101/05?

Nesse contexto, o objetivo geral da presente pesquisa é examinar, a partir do advento do art. 6º, §13, da LRF, os limites constitucionais e legais da sujeição de cooperativas operadoras de plano de saúde aos procedimentos de falência e recuperação judicial. Especificamente, a pesquisa pretende: a) abordar a teoria geral de empresa, os sistemas de insolvência e a aplicação dos procedimentos de falência e recuperação judicial da Lei nº 11.101/05 a novos sujeitos de direito; b) analisar o advento, constitucionalidade e legalidade do art. 6º, §13, da Lei nº 11.101/05, sobre a possibilidade de cooperativas operadoras de plano de saúde se sujeitarem aos procedimentos de falência e recuperação judicial.

Para tanto, utiliza-se uma metodologia científica que reflete o adequado enfrentamento da questão. Como método de abordagem, seleciona-se o hermenêutico-fenomenológico, com o objetivo de compreender o problema de pesquisa por meio do revolvimento do chão linguístico dos institutos e da interpretação do fenômeno a partir da interação do pesquisador com o mundo. Como método de procedimento, aplicou-se o monográfico e comparativo, visando determinar quais as normas aplicáveis ao tema e cotejá-las com as possíveis interpretações do art. 6º, § 13 da LRF características. E, por fim, as técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e documental, visando o estudo doutrinário e do processo legislativo.

2. O regime jurídico aplicável à recuperação judicial e falência de empresas no direito brasileiro

Antes de se analisar efetivamente quais as normas que regem o objeto de pesquisa do

presente estudo, importa investigar qual é a lógica geral adjacente a essas normas individualmente consideradas. Dessa forma, estabelece-se um referencial interpretativo e o limite legal para interpretação e ressignificação das normas individuais, em consonância com a legalidade, constitucionalidade e com a interpretação sistemática do ordenamento brasileiro.

Assim, existem três assuntos gerais dentro das quais se inserem as problemáticas do artigo, para os quais subdivide-se a presente seção em três partes: a teoria geral da empresa, que orienta a sujeição ao regime empresarial, parâmetro de aplicação da LRF; os sistemas de insolvência considerados de forma ampla como institutos jurídicos; e, por fim, os abalos que ambas as áreas vêm sofrendo ante as novas necessidades do mercado e da sociedade.

2.1. Da teoria geral da empresa e dos sujeitos ao regime empresarial

O âmbito de incidência dos institutos de recuperação judicial, extrajudicial e falência está estritamente relacionado com a teoria geral da empresa, em razão do disposto nos artigos iniciais da Lei nº 11.101 de 2005, que tratam da abrangência da aplicação da lei. Inicialmente, o art. 1º do referido diploma dispõe que se submetem aos seus institutos os empresários e as sociedades empresárias. Ou seja, o elemento central da regra geral para definir a aplicabilidade da LRF é o enquadramento da atividade da pessoa (física ou jurídica) como empresária.¹

O conceito e caracterização de empresário no sistema brasileiro se funda na teoria da empresa, que submete ao regime empresarial todos os sujeitos, chamados empresários, que exerçam atividade econômica sob a forma empresarial.² Esta substituiu a teoria dos atos de comércio, que categoriza a sujeição ao regime comercial de acordo com os atos praticados, e não de acordo com o sujeito.³

A teoria da empresa traz o fenômeno da empresa como conceito central delimitador da aplicação do regramento do direito empresarial, bem como é o que justifica a existência desse regramento e tratamento diferenciado do regime civil geral. O doutrinador italiano Alberto Asquini, expoente do desenvolvimento da teoria da empresa, defende que esta é

¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. V. 3. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 17.

² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial: volume único*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020, p. 57-58.

³ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

um “fenômeno econômico poliédrico”, com perfis oriundos dos elementos que a compõem.⁴

De acordo com Asquini, a definição jurídica de empresa varia conforme o perfil adotado para defini-la. O perfil subjetivo, do empresário que exerce a atividade; o perfil funcional, da sequência de atos e operações realizadas com fim econômico que compõem a atividade de empresa; e o perfil objetivo, dos bens materiais que são utilizados pelo empresário na atividade de empresa.⁵ Asquini acrescenta ainda o perfil corporativo, de que a empresa é formada pelo empresário e seus colaboradores, sujeitos à hierarquia necessária à organização da atividade, mas que aproxima-se mais de uma visão sociológica do que de uma categoria jurídica fundamental.⁶

A teoria da empresa foi incorporada definitivamente ao direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002 (“CC”), especificamente em seu art. 966, que toma por critério para aplicação do regime civil ou comercial a configuração da figura do empresário. Este dispositivo contempla o perfil subjetivo exposto acima, mas que está intrinsecamente ligado ao perfil funcional, pois, na esteira das tradicionais lições de Túlio Ascarelli, é a natureza da atividade que qualifica o empresário.⁷ Assim, as características que se observa para qualificar a atividade (funcional) ou o sujeito empresário (subjetivo) se aproximam, mudando apenas a perspectiva.

Em que pese não haja uma sobreposição exata dos elementos fáticos configuradores da figura do empresário, é consenso majoritário ser imprescindível pelo menos a existência de economicidade, organização, profissionalidade, e produção ou circulação de bens para o mercado, em consenso doutrinário inspirado na doutrina de Ascarelli.⁸

A mudança paradigmática do critério de aplicação do regime empresarial se deu em razão da insuficiência da teoria dos atos de comércio de acompanhar a dinamicidade, a rápida transformação e o cosmopolitismo característicos do direito empresarial.⁹ Substituindo a pretensão de tipificar e exaurir objetivamente os atos de comércio pela

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Perfis da Empresa*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 104, p. 109-126, out-dez., 1996, p. 109.

⁵ COMPARATO, op. cit. p. 114-122.

⁶ NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da Empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 69-70.

⁷ ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 139.

⁸ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 70; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial: volume único*. 10^a ed. São Paulo: Método, 2020, p. 148; NEGRÃO, Ricardo. *Comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. V. 1. 16^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 70-74; ASCARELLI, op. cit., p. 152.

⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11^a ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 60-61.

teoria da empresa, que utiliza conceitos mais abertos e é mais abrangente, possibilitou-se uma melhor adaptação do regime empresarial à realidade do momento, abandonando-se também a tarefa impossível de arrolar todos os atos de comércio.¹⁰

Entretanto, nessa transição, a doutrina comercialista critica o CC pela forma de incorporar a teoria da empresa. Ao invés de considerar a atividade de empresário como uma das possíveis manifestações da atividade econômica, como o fez o Codice Civile italiano ao tratar o empresário no Livro V - Do Trabalho -, o CC preferiu a criação de Livro específico ao direito da empresa, em reserva à pretensa unificação do direito civil.¹¹ Incluir a regulamentação de empresário junto do direito das obrigações é consentâneo à teoria da empresa, pois implica reconhecer que seu elemento central é a empresa enquanto atividade, organização para exercício profissional de atividade econômica.

Caso a definição de empresa fosse regulada junto ao direito das obrigações, enfatizar-se-ia a atividade para configuração do empresário. Reforçar-se-ia que as associações, empresários individuais, sociedades e profissionais liberais estariam (ou não) categorizados como empresários a partir da análise de sua atividade, sendo optativo ao legislador excluir umas ou outras, à sua conveniência, em definição residual de empresa (as remanescentes são empresárias).¹²

Em contraste, ao não disciplinar especificamente as atividades econômicas na seara obrigacional, utilizou-se da aplicação supletiva do regime civil geral em desvalorização dos costumes comerciais, afastando-se do Código Comercial de 1850, como faziam os arts. 121, 130 e 131¹³. Além disso, a cisão de alguns setores e atividades para fora da aplicação do regime empresarial reforçam a reserva à unificação do direito privado, bem como demonstram que não é privativo do empresário exercer atividade econômica dirigida para mercado, por expressa exclusão legislativa.¹⁴

Prova disso é o parágrafo único do artigo 966 do CC, que exclui do regime empresarial exercentes de profissões intelectuais, científicas, literárias ou artísticas.¹⁵ Nesse caso, houve expressa ressalva àqueles que exercerem as atividades excluídas com elemento de

¹⁰ Ibidem, p. 39-42.

¹¹ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

¹² Ibidem, p. 83.

¹³ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. *Código Comercial do Império do Brasil*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

¹⁴ SZTAJN, op. cit., p. 70-80.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

empresa, ou seja, prevalecendo a atividade de organização de bens e pessoas para produção voltada ao mercado sobre o elemento intelectual. Se o parâmetro para sujeição ao regime empresarial fosse o exercício de atividade empresarial, não seria necessário tal regra ou sua ressalva, pois decorreria da subsunção da cláusula geral à atividade desenvolvida caso a caso.

Por isso, também, causa certa estranheza tal previsão, por não ser claro o fundamento pelo qual se exclui ou inclui no regime empresarial aquele que exerce profissão intelectual. Do ponto de vista objetivo, o exercício de atividades intelectuais produz riqueza economicamente mensurável. Uma possível explicação seria tratar-se de opção legislativa baseada em tradição, dispensando tratamento diferenciado a estes profissionais, predominantemente liberais. Mais estranho ainda é o fato de que, apesar de positivada tal exclusão, as sociedades simples são regidas em caráter subsidiário pelas regras de sociedade empresária, podendo inclusive serem organizadas nas formas destinadas ao exercício da empresa, mas sem a aplicação de todos os institutos do regime empresarial.¹⁶

Esse tipo de discrepância é resultado da opção legislativa exposta acima. Da forma como está estruturada a lei brasileira, esta comporta exceções e dá destaque para características personalíssimas do exercente da atividade ou da própria atividade, como é o caso da atividade agrícola que faculta ao exercente a sujeição ao regime empresarial. Assim, desvirtua-se da teoria da empresa, pois na atividade agrícola podem estar presentes todos os requisitos configuradores da atividade empresarial e, ainda assim, dispensar a ela tratamento civil e vice-versa, ao mero arbítrio de quem a exerce.¹⁷

Da mesma forma, como os casos acima foram opções legislativas, as sociedades cooperativas são sempre sociedades simples, independentemente de porte, estrutura ou atividade desenvolvida, por expressa designação legal, tanto pelo art. 982, parágrafo único do CC, quanto pelo art. 4º da Lei de Cooperativas, que ainda reforça a exclusão ao instituto da falência. Outro exemplo são as sociedades de advogados, que possuem sempre natureza simples, conforme o art. 16 do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94.¹⁸

Dito isso, a legislação adotada criou o regime empresarial conforme o sujeito sem

¹⁶ SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85.

¹⁷ *Ibidem*, p. 86-87.

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

conceituar de forma expressa e organizada os conceitos de atividade de empresa e empresário. Assim, não se formou uma cláusula aberta passível de interpretação extensiva e dotada de elasticidade para acompanhar as transformações comerciais, mas uma série de regramentos individuais para cada caso, que dificultam e rejeitam interpretações analógicas, sistêmicas ou, por qualquer meio, conjuntas.

Portanto, tem-se que a teoria da empresa não foi acolhida em sua totalidade pelo ordenamento brasileiro. Seus fundamentos nucleares de categorizar e sujeitar a regime empresarial aqueles que exercem atividade de empresa, ou seja, classificar sob a análise da atividade, não substituíram os institutos preexistentes na legislação brasileira, que ainda dá destaque aos atos comerciais e não regulamenta adequadamente o que seria a atividade econômica, de modo a construir o regime empresarial ao seu redor. Reflexo disso, reitera-se, é que essa não vem disciplinada junto do direito das obrigações, mas optou-se pela criação de Livro específico para disciplina da empresa, bem como a opção legislativa pela exclusão arbitrária de agentes que exercem atividade empresária do regime empresarial.

Tal conclusão reflete diretamente no debate e nos pressupostos para discussão da abrangência dos regimes recuperatório e falimentar, enquanto institutos de direito empresarial que delimitam sua abrangência conforme a classificação do devedor como empresário, na esteira da teoria da empresa. Logo, analisando a incorporação e o tratamento da teoria da empresa no direito brasileiro, é possível embasar e fundamentar a discussão sobre a abrangência da LRF.

2.2. Sistemas de insolvência e crise empresarial

Os sistemas de insolvência surgem como resposta do Estado às diferentes crises pelas quais pode passar a empresa, cuja função social e relação com interesses de terceiros, públicos e privados, justificam a atuação estatal diante de um cenário de possível afetação dessas relações.¹⁹

Atualmente, no caso de uma empresa em crise que se apresente potencialmente recuperável, o ordenamento brasileiro oferece duas soluções judiciais gerais de superação de crises: a recuperação judicial e a extrajudicial. Além destas, há a previsão de soluções específicas para atividades de relevância pública especial, como é o caso de

¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 14-15.

operadoras de planos de saúde que possuem, como instrumento de superação de crises, a alienação da carteira e o regime de direção fiscal ou técnica, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.656/98.²⁰

Os sistemas de insolvência têm como objetivos fundamentais prevenir as crises, recuperar empresas em crise, liquidar empresas não recuperáveis e, eventualmente, punir sujeitos culpados em tais crises, buscando primordialmente a preservação da empresa.²¹ Quanto à recuperação judicial, de acordo com o art. 47 da LRF, tem por objetivo a superação da crise, de modo a possibilitar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.²² São estes os fatores que justificam a preservação da empresa, defendem sua função social e estimulam a atividade econômica, apontando a defesa do interesse social e do uso da acepção institucionalista da teoria da empresa.²³

Esses objetivos foram elencados no parecer que deu origem à LRF, e devem ser considerados no momento da interpretação da lei e na identificação de seu destinatário: a empresa em estado de crise econômico-financeira. Gize-se que houve a separação dos conceitos de empresa e empresário, com enfoque nas atividades recuperáveis, na rápida retirada daquelas não recuperáveis, na geração de riqueza e emprego e na manutenção do agregado econômico que compõe a empresa, como se observa na possibilidade de afastamento do devedor ou administradores durante a RJ, ou a alienação da empresa para empresário idôneo que preserva a atividade em caso de falência, conforme o art. 64 da LRF.²⁴ Essa estrutura se aproxima mais da teoria da empresa do que o direito empresarial brasileiro como um todo.

Na inspiração, projeto e redação, a LRF foi mais consentânea à teoria da empresa, valorizando a atividade e segregando-a do conceito de empresário, como se viu nos exemplos acima. No entanto, da mesma forma que o CC e merecendo as mesmas críticas e considerações tecidas no ponto anterior, nos arts. 1º e 2º da LRF, o legislador optou por definir sua abrangência, centrando-se no conceito do empresário e trazendo limites

²⁰ BRASIL *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

²¹ TOMAZETTE, op. cit., p. 16.

²² BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

²³ NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da Empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 23; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 32-33.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022; NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da Empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 20-21.

objetivos à aplicação dos sistemas de insolvência.²⁵

Para delimitar o âmbito de aplicação da LRF, o art. 1º utilizou a figura do empresário como balizador absoluto, indicando que a LRF e seus institutos destinam-se apenas ao empresário ou sociedade empresária.²⁶ Já, no art. 2º, tratou de fazer exclusões de pessoas que, embora se enquadrem no conceito de empresário, exploram atividades de importância estratégica para economia, na esteira da estrutura e das reservas do CC à adoção da teoria da empresa.²⁷ O art. 2º da lei arrola hipóteses de exclusão, sendo que o inciso I traz hipóteses de exclusão absoluta, enquanto o inciso II lista as exclusões relativas, permitindo ao menos a aplicação do instituto da falência.²⁸

2.3. Lei de recuperação judicial e falência de empresas para novos sujeitos: superando a crise da insolvência

Nos últimos anos a discussão acerca da expansão das entidades legitimadas a utilizar os institutos da LRF vem se intensificando, em especial com relação à recuperação judicial que oferece uma solução judicial para crises econômicas, conforme se expôs. Os benefícios que os institutos da falência e recuperação judicial oferecem tornam muito mais atrativa - e até mesmo adequada - sua utilização para entidades que não foram contempladas com legitimidade ativa para requerê-los, mas que paulatinamente se aproximaram de sociedades empresárias e de atividades de empresa, com acentuado caráter econômico, ainda que sem reverter lucros àqueles que integram seus quadros.

Exemplo disso são as próprias cooperativas médicas, agropecuárias e outras com objetos diversos que ultrapassaram muito o porte econômico que originalmente possuíam as cooperativas, em comparação com 1971 quando se promulgou a Lei de Cooperativas. De acordo com a Forbes, em 2021 a maior cooperativa do Brasil – a Copersucar – era também a 8ª maior empresa do setor agrário do Brasil, sendo que, no ano anterior, havia auferido receita de R\$ 38,7 bilhões de reais e produção de 5,4 milhões de toneladas de açúcar.²⁹

Observe-se que, nos exemplos mencionados, há o cumprimento da maioria dos

²⁵ BRASIL, op. cit. 2005.

²⁶ Ibidem.

²⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 21.

²⁸ BRASIL, op. cit., 2005.

²⁹ GIOIA, Antonio, VERA, Ondei. Veja a lista das 100 maiores empresas do agronegócio do Brasil. *Forbes*, São Paulo, n. 92, dez. 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

requisitos para configuração como sociedade empresária, os quais se aproximam muito da atividade de empresa: há economicidade, enquanto desenvolvimento de atividade voltada à produção de riquezas; há organização de caráter preponderante, sendo inerente à operacionalização de uma produção e receita vultosa e expressiva, em caráter internacional; há profissionalidade e assunção do risco. Trata-se de atividade econômica, porém sem fim lucrativo, visto que o objetivo principal é a redução dos custos dos bens ou serviços que interessam aos sócios.³⁰

Da mesma forma as associações, senão vejamos. O Conselho da Justiça Federal, na VI Jornada de Direito Civil, diante do desenvolvimento econômico acentuado dessas entidades sem fins lucrativos, editou o Enunciado nº 534, que dispõe que “as associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”.³¹ Considerando a ausência de fins lucrativos, nos termos do art. 53 do CC, eventuais lucros das associações são reinvestidos visando a melhoria da qualidade de seus produtos ou serviços, bem como o crescimento do patrimônio da própria associação, mas não dos associados.³²

Inicialmente, a classificação das associações e cooperativas como simples se justificava, visto que foram idealizadas para fins que excluiriam a característica de economicidade, ou seja, o objetivo de produção ou circulação de bens para o mercado. As cooperativas e associações visam a prestação de serviços aos seus associados - nos termos do art. 53 do CC e art. 4º da Lei 5.764/71, respectivamente - sem objetivo de lucro, de modo que a produção de riquezas ao mercado não costumava ser preponderante nessas entidades, como ainda é para a grande maioria.³³

Entretanto, hodiernamente, existem cooperativas e associações de grande porte, que desenvolvem atividade econômica voltada ao mercado, se aproximando muito de grandes sociedades anônimas em suas operações. Nesses casos, a principal característica que diverge das sociedades empresárias tipicamente legitimadas a requerer a recuperação judicial e falência é o objetivo de lucro, ausente nessas pessoas jurídicas que

³⁰ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 285.

³¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 534*. As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

³² BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

³³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022; BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

também desenvolvem atividade econômica. Entretanto, considerando a teoria da empresa e o intuito de preservar a atividade econômica, questiona-se se a ausência deste elemento seria uma justificativa adequada para excluir essas entidades dos institutos da LRF.

A emergência dessas empresas organizadas como cooperativas e associações ocasionou a subversão da lógica que as excluía da LRF. A falência e a recuperação judicial concedem prerrogativas e são pensadas para proteger o mercado e a sociedade das crises de empresas, e os benefícios e tratamentos dispensados se justificam na existência de uma atividade econômica. No entanto, o surgimento de cooperativas e associações desenvolvedoras de atividade econômica, mas sujeitas arbitrariamente ao regime das sociedades simples, não só contraria a lógica da LRF e da teoria da empresa, mas é notadamente nocivo ao mercado e à sociedade.

Isso porque esses institutos possuem soluções adequadas para lidar com estruturas empresariais em crise, como por exemplo o concurso de credores da falência. Tomando-se por exemplo a quebra de uma cooperativa, aplica-se o regime da liquidação previsto no art. 63 e seguintes da Lei 5.764/71.³⁴ Entretanto, este não possui diretrizes mínimas para orientar o processo de liquidação, de modo que inúmeros processos de liquidação judicial de cooperativas - a exemplo da Cotrijui - determinaram a aplicação subsidiária de partes da LRF, em especial as disposições atinentes ao concurso de credores.³⁵

Nesse panorama, observa-se o surgimento de uma verdadeira “crise da insolvência”, ocasionada pela distinção arbitrária entre sociedades simples e empresárias realizada pelo Código Civil, em detrimento da teoria da empresa, que culmina com a exclusão das sociedades simples e outras por expressa previsão dos arts. 1º e 2º da LRF. O regime das sociedades simples tornou-se inadequado para regular cooperativas e associações de grande porte, desenvolvedoras de atividade econômica, mas sem a estrutura normativa desenvolvida para esses sujeitos.

Em que pese esta seja a nova realidade fática empresarial, a legislação não acompanhou as necessidades do mercado e dos empresários, em um ramo que é marcado precisamente por sua dinamicidade e rápida transformação, novamente mostrando como é acertada a crítica ao acolhimento com reservas da teoria da empresa, com exclusões arbitrárias em detrimento de cláusulas abertas e adaptáveis a transformações

³⁴ BRASIL, op. cit., 1971.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Ijuí (1. Vara Cível). *Ação de liquidação judicial 0000275-12.2018.8.21.0016*. Juiz: Guilherme Eugênio Mafassioli Corrêa, Ijuí, 24 out. 2019.

econômicas.³⁶ Visando alterar essa situação, embora de forma quase dissimulada, sem enfrentar diretamente a questão, a Lei nº 14.112 de 2020 inseriu o § 13 do art. 6º da LRF, buscando legitimar a recuperação judicial de cooperativas médicas, situação que se aborda em detalhes a seguir.³⁷

3. A regularidade da sujeição de cooperativas operadoras de planos de saúde à LRF pelo advento do § 13 do artigo 6º

A alteração promovida pela Lei 14.112 de 2020 inseriu o § 13 do art. 6º da LRF, que versa acerca das cooperativas operadoras de planos de saúde e pretende legitimar e possibilitar a sujeição dessas entidades à recuperação judicial. Ocorre que o dispositivo contém inúmeras irregularidades e impasses, suscitando mais questionamentos do que os resolvendo, razão pela qual a investigação das possíveis aplicações desse normativo e sua regularidade é o objeto da segunda parte deste estudo.

Para tanto, a presente seção é subdividida em quatro partes: a primeira introduz brevemente o conteúdo do art. 6º, § 13 da LRF; a segunda aborda seu processo legislativo, analisando sua regularidade e a *mens legis*; a terceira analisa sua legalidade, contrastando o dispositivo com os demais diplomas brasileiros aplicáveis; e, por último, apresenta-se sua aplicação jurisprudencial até o momento para fins de confirmar ou refutar a crítica realizada à adoção de tal dispositivo.

3.1. O art. 6º, §13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas, e as cooperativas operadoras de planos de saúde

A alteração promovida pela Lei nº 14.112 de 2020 inseriu o § 13 do art. 6º da LRF, que versa acerca das sociedades operadoras de planos de saúde. De acordo com a Lei nº 9.656/98, a qual “dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”, operadora de planos de saúde é uma pessoa jurídica que pode ser constituída sob a modalidade de sociedade civil; comercial; cooperativa; ou ainda uma entidade de

³⁶ Diga-se, de passagem, que, no texto original da Medida Provisória nº 1.040 de 2021, havia a pretensão de transformar todas as sociedades simples em empresárias, o que possibilitaria que essas utilizassem os institutos da LRF após cinco anos de vigência da norma, nos termos do art. 38, §2º do texto aprovado inicialmente pela Câmara dos Deputados. Entretanto, essas disposições foram vetadas pelo Presidente sob a justificativa de que afetaria demasiadamente parcela significativa da população, com exposição a indesejados reflexos tributários e custos de adaptação, sobretudo após a pandemia da COVID-19, de modo que tal discussão está no horizonte do Poder Legislativo.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

autogestão que opere produto, serviço ou contrato relativo a plano privado de assistência à saúde.³⁸

Nesse contexto, surgiu a modificação promovida pela Lei nº 14.112/20, que inclui o § 13 no art. 6º da LRF, cuja redação deixa a desejar com relação à clareza de sua finalidade. Assim restou redigido o dispositivo:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

[...].

§ 13. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, conseqüentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.

Este novo parágrafo possui duas partes principais com disposições distintas. A primeira metade trata dos atos cooperativos, nos termos do art. 79 da Lei nº 5.764, que é qualquer operação destinada à consecução dos objetivos sociais da cooperativa realizada entre esta e seus cooperados.³⁹ Por não visarem ao lucro, mas ao fim comum, não se caracterizariam como operação de mercado, justificando o tratamento diferenciado de não submissão às recuperações judiciais dos cooperados.⁴⁰

Note-se que a hipótese tratada é a recuperação judicial do cooperado empresário, um produtor rural associado a uma cooperativa agrícola, por exemplo, sem nenhuma implicação com a recuperação judicial de cooperativas. Quanto à essa primeira parte e à interpretação supra, não se vislumbra vícios, de modo que não se pretende adentrar em maiores investigações.

A segunda parte do dispositivo aduz que, por consequência à disposição referida acima, as cooperativas médicas não se submeteriam à vedação do art. 2º, II da LRF. Apesar de conter o advérbio “conseqüentemente”, esta segunda parte não guarda qualquer lógica com a primeira, visto que esta trata da recuperação judicial de cooperado empresário associado a qualquer tipo de cooperativa, enquanto aquela excepciona a RJ de

³⁸ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴⁰ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 113.

cooperativas médicas.⁴¹

Ademais, emerge também o questionamento se a exceção à vedação do art. 2º implicaria permitir apenas o pedido de recuperação judicial de cooperativas médicas, visto que a falência também é inaplicável às cooperativas. Não há nenhuma hipótese de permissão apenas ao instituto da recuperação judicial, embora o art. 2º liste pessoas que se sujeitam à falência sem legitimidade para a RJ.⁴²

Trata-se de dispositivo desconexo e que contém inúmeras irregularidades em sua formação. Primeiro, questiona-se sua constitucionalidade formal, pois a segunda parte do dispositivo foi acrescentada pelo Senado sem que a alteração retornasse à Câmara dos Deputados, como determina o art. 65, parágrafo único, da Magna Carta, bem como o art. 136, do Regimento Comum do Congresso Nacional.⁴³ Em segundo lugar, questiona-se sua inconstitucionalidade indireta e legalidade, visto que se choca com inúmeros outros dispositivos da própria LRF, do Código Civil e da Lei nº 5.764. Essas questões serão mais bem analisadas a seguir, iniciando-se pelo histórico legislativo que ocasionou sua promulgação e sua (in)constitucionalidade, para depois fazer análise de sua legalidade, aproveitando as considerações de direito material trazidas até o momento.

3.2. Do histórico legislativo do art. 6º, § 13, da LRF, e sua constitucionalidade

Passa-se agora à análise do histórico legislativo do art. 6º, § 13, da LRF, acrescentado pela Lei nº 14.112 de 2020 com intuito de legitimar a recuperação judicial de cooperativas operadoras de planos de saúde. Esse estudo ajuda a esclarecer a *mens legis* por trás do dispositivo, enquanto parâmetro hermenêutico-interpretativo, bem como permite a investigação de sua constitucionalidade formal.

Inicialmente, o Projeto de Lei nº 6.229/2005, nascido na Câmara dos Deputados, visava atualizar as normas atinentes à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à

⁴¹ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 113.

⁴² BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. *Resolução nº 1, de 11 de agosto de 1970*. Regimento Comum. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/>. Acesso em: 13 jul. 2022; BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 08 fev. 2022.

falência do empresário e da sociedade empresária.⁴⁴ Na época, o dispositivo iniciou fazendo críticas às exigências de regularidade fiscal da LRF, promulgada naquele mesmo ano. Após, recebeu em apenso inúmeros outros projetos de lei que visavam a modificação da LRF, com alguns destaques relevantes ao presente estudo, como o Projeto de Lei nº 7.604, de 2006 e o Projeto de Lei nº 9.722 de 2018.⁴⁵⁻⁴⁶

Em ambos, alterar-se-ia o art. 1º da LRF, para incluir, no disciplinamento da lei, as sociedades cooperativas. Observe-se que essa proposta está em consonância com o exposto até agora, visto que é o art. 1º da LRF que apresenta o maior óbice à sujeição de qualquer cooperativa aos institutos de falência e recuperação judicial, pois os destina apenas ao empresário e à sociedade empresária. Em especial, o referido PL 9.722/18 sugeria a modificação do art. 1º para definir a LRF aplicável aos “agentes econômicos”, definidos no parágrafo primeiro como titulares de atividade econômica “independentemente de inscrição ou da natureza empresária de sua atividade”.⁴⁷

Ambas as redações sugeridas ao artigo primeiro são mais adequadas à inclusão de novos sujeitos aos regimes da LRF. Isso porque propõem a alteração do art. 1º, que é o dispositivo que disciplina a abrangência da LRF, bem como a proposta do PL nº 9.722/2018 de ter o exercício de atividade econômica como critério para aplicação dos institutos de falência e RJ é o desdobramento lógico da aplicação da teoria da empresa, desenvolvida no item 1.1 deste estudo, mas não adotada pelo ordenamento brasileiro.⁴⁸

Ratificando esse entendimento, o Projeto de Lei nº 6.150, de 2016, pretendia permitir a submissão das cooperativas aos regimes da LRF modificando seu art. 1º, bem como retirando a vedação prevista no art. 4º da Lei das Cooperativas (Lei 5.764/71), também corroborando o posicionamento do presente artigo quanto às ilegalidades e conflitos

⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.229, de 23 de novembro de 2005*. Altera as Leis nºs 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022..

⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.604, de 30 de novembro de 2006*. Altera os arts. 1º, caput; 5º, I; 6º, §§ 4º e 7º; 49; 52, § 4º; e 71, incisos I e II, bem como revoga os arts. 57 e 68 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para eliminar a correção monetária do plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.722, de 07 de março de 2018*. Emenda de Plenário nº 13. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.722, de 07 de março de 2018*. Emenda de Plenário nº 13. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

normativos decorrentes da modificação operada pela inclusão do § 13 ao art. 6º da LRF.⁴⁹ A justificativa desse projeto está em consonância com o que se comentou acerca do anacronismo da Lei de Cooperativas frente às necessidades do mercado, pois destaca que a cooperativa desenvolve atividade análoga à sociedade empresarial e sua insolvência também pode provocar graves danos à coletividade e à ordem econômica.⁵⁰

Nessa linha também, o Projeto de Lei nº 5.916, de 2019, pretendeu alterar o art. 1º para incluir sociedades não empresárias, com destaque para as justificativas que também corroboram pontos aqui destacados, tais como: o embasamento constitucional, forte no art. 174 que determina o incentivo à atividade econômica, bem como seu § 2º que incluiu nesse âmbito o corporativismo e o associativismo; que o Código Civil brasileiro, ao adotar a teoria da empresa, “criou uma repartição de tratamento para as atividades econômicas” que se reflete na LRF; e que o direito estrangeiro, em especial o italiano no qual se inspira o direito comercial brasileiro, ampliou paulatinamente o rol de legitimados a esses institutos.⁵¹

Em acréscimo a esses projetos que foram pensados, na Câmara dos Deputados, a Emenda de Plenário nº 13 foi aprovada com a seguinte redação inicial:⁵²

Art. O art. 49 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

Art.

49

.....

.....

§ 6º Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados.

Observe-se que a origem da primeira parte da redação do atual § 13 do art. 6º da LRF não incluía a disposição acerca da sujeição das cooperativas operadoras de planos de

⁴⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.150, de 14 de setembro de 2016*. Estende os regimes falimentar e recuperatório às cooperativas e às entidades beneficentes de assistência social, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.916, de 06 de novembro de 2019*. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971; a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986; a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e a Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, com a finalidade de atualizar a legislação de recuperação judicial e falência de empresas, de modo a ampliar o âmbito de sua incidência. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁵² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 9.722, de 07 de março de 2018*. Emenda de Plenário nº 13. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

saúde à recuperação judicial, e estava embasada na proteção dos demais cooperados no caso de crise de um deles. Entretanto, após a remessa ao Senado Federal, onde o PL recebeu o número 4.458/2020, foi proposta a Emenda nº 62, a qual deu ao referido dispositivo sua atual redação, sob a seguinte justificativa:⁵³

Justificativa

A presente proposição incide sobre exclusão da federação ou cooperativa médica dentre as sociedades operadoras de planos de assistência à saúde previstas no inciso II do art. 2º da Lei nº 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

[...].

A *mens legis* desta alteração reside da constatação fática de que o legislador, ao especificar uma única entidade cooperativa a ser excluída de aplicação da Lei 11.101/2005, no caso, a “cooperativa de crédito”, análoga às instituições financeiras, liberou, a contrario sensu, o acesso a todas as demais cooperativas, inclusive às cooperativas médicas, que não se caracterizam sociedades operadoras de planos de assistência à saúde.

[...].

Acrescente-se a isso que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – diante da inércia legislativa – expediu recomendação, em 31 de março de 2020, no sentido de mitigar os impactos da pandemia nas recuperações judiciais.

Com a devida vênia, a emenda e sua justificativa estão dissonantes. Primeiro, ignorando toda a discussão anterior acerca da modificação do art. 1º da LRF para legitimar regularmente a aplicação da lei para novos sujeitos, limitou-se a alegar que a exclusão apenas de cooperativas de crédito pelo art. 2º implicava o acesso a todas as demais. Um completo contrassenso, pois, se assim fosse, não haveria necessidade de uma nova modificação, bem como se estaria ignorando completamente o disposto no art. 1º da lei. Ademais, a recomendação do CNJ, citada na justificativa da emenda, em nenhum momento comenta ou recomenda a concessão da recuperação judicial a novos sujeitos, apenas incentiva a consideração do estado de crise originado pela pandemia dentro de inúmeras decisões inerentes ao procedimento de recuperação. Por fim, a justificativa ignora por completo a primeira parte da redação do § 13, bem como a *mens legis* original do dispositivo.⁵⁴

⁵³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4.458, de 03 de setembro de 2020. Emenda de Plenário nº 62*. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação CNJ nº 63, de 31 de março de 2020. Recomenda aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid -19*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

Apesar de haver modificado substancialmente a eficácia material do dispositivo, após a aprovação do Senado, o PL foi diretamente à sanção presidencial, em desconformidade com o art. 65, parágrafo único, da CF/88.⁵⁵ O Presidente da República acabou por vetar o dispositivo, sob a justificativa de que ele feria o princípio da isonomia em relação às demais modalidades societárias e traria prejuízo ao acompanhamento econômico-financeiro das operadoras pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.⁵⁶

A justificativa é plausível, trazendo a isonomia como mais um argumento quanto à irregularidade do dispositivo, além de antecipar o conflito com as prerrogativas de interferência da ANS, sobre o que discorreremos nos próximos itens do artigo. Contudo, o veto presidencial foi rejeitado pelo Congresso Nacional, de modo que a norma é vigente neste momento.

Diante de todo o exposto, quanto à constitucionalidade formal, conclui-se pela inconstitucionalidade formal do § 13 do art. 6º da LRF, visto que foi emendado pelo Senado, casa revisora, mas não retornou à Câmara para reapreciação, nos termos do art. 136, do Regimento Comum do Congresso Nacional.⁵⁷ Essa omissão afronta o parágrafo único do art. 65 da Carta Magna, de modo que o dispositivo é inconstitucional.⁵⁸

Quanto à constitucionalidade material, apresenta-se como tópico mais delicado. Por um lado, o acesso de cooperativas e sujeitos não empresariais à LRF se coaduna com a Constituição, considerando a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88) e o desenvolvimento nacional (arts. 3º, II, 23, X, 170, e 174, *caput* e § 2º da CF/88).

Por outro lado, a questão da isonomia (art. 5º, CF/88), levantada no veto presidencial, também é relevante, só podendo ser aceita se houver justificativa para o tratamento privilegiado dispensado às cooperativas operadoras de planos de saúde. Pode-se apontar como argumentos favoráveis ao privilégio dessas cooperativas a garantia ao acesso à saúde (art. 196, CF/88), mas argumentos similares poderiam ser feitos para cooperativas com objetos distintos. A crise ocasionada pela pandemia - de caráter provisório - não poderia justificar uma alteração anti-isonômica perene na lei.

⁵⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 08 fev. 2022.

⁵⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei de Conversão nº 15, de 23 de junho de 2021. *Veto nº 45/2021*. Brasília: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/>. Acesso em: 12 jul. 2022.

⁵⁷ BRASIL. Congresso Nacional. *Resolução nº 1, de 11 de agosto de 1970*. Regimento Comum. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁵⁸ BRASIL, op. cit. 1988.

Dito isso, aparentam mais contundentes os argumentos contrários à constitucionalidade material do dispositivo, embora seja possível vislumbrar uma justificativa razoável para esse tratamento especial, de modo que fica em aberto a questão, com as devidas considerações.

3.3. Análise da legalidade do art. 6º, §13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas

Investigar os objetivos e os valores legais subjacentes ao diploma é relevante quando se pretende interpretar seus dispositivos, pois fornece parâmetros para as diferentes formas de interpretação, conforme a hermenêutica jurídica, em especial os métodos: lógico; histórico-evolutivo; sistemático; teleológico; e sociológico.⁵⁹

Entretanto, observa-se que os efeitos pretendidos pelo legislador na edição do § 13 do art. 6º da LRF encontram óbices no Código Civil, na Lei de Cooperativas e na própria LRF. As sociedades cooperativas que tenham por objeto serem operadoras de planos de saúde estão excluídas por dois vieses distintos da aplicação da LRF, notadamente seus artigos 1º e 2º, inciso II.⁶⁰

A primeira hipótese de exclusão é a regra geral do art. 1º, que destina os institutos de LRF exclusivamente ao empresário ou sociedade empresária, conforme explorado no item 1.2 deste artigo. A doutrina concorda que a falência e a recuperação judicial e extrajudicial são aplicáveis apenas aos sujeitos que exercem atividade econômica que se enquadre como empresa.⁶¹

Aqui se mostra relevante o debate travado na primeira metade deste artigo, visto que essa vedação diz respeito à classificação do sujeito exercente de atividade econômica como empresário, em contraste com o regime civil que se sujeitam pessoas físicas e jurídicas. Duas questões podem ser colocadas para balizar a discussão acerca da aplicação desse dispositivo: tomando por perspectiva sua interpretação, basta que o

⁵⁹ IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 299-310.

⁶⁰ BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁶¹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 17; NEGRÃO, Ricardo. *Comercial e de empresa: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. V. 3. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020b. p. 54; SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018. p. 141.

sujeito exerça atividade econômica ou é necessário que a lei o enquadre no regime empresarial; e, tomando por perspectiva o sujeito, qual critério se está utilizando para determinar se é exercente de atividade econômica e se está sujeito ao regime civil ou empresarial.

Quanto à interpretação do art. 1º da LRF, percebe-se que o dispositivo se vinculou aos regimes civil e empresarial, não permitindo interpretação extensiva nem pretendendo ser cláusula aberta nos moldes de análise da atividade empresarial embasada na teoria da empresa. Aqui, reitera-se os argumentos do item 1.1 deste trabalho, que concluiu pelo acolhimento com reservas da teoria da empresa no ordenamento brasileiro, que a aplicou em suas cláusulas abertas, mas também incluiu exceções legais arbitrárias que devem ser respeitadas.

Uma alternativa ao Poder Judiciário para ampliação desse dispositivo seria o questionamento de sua constitucionalidade, de modo a derrogar a limitação arbitrária ao regime empresarial, embora tal solução seja questionável do ponto de vista das críticas ao ativismo judicial. O doutrinador Carlos Alberto Farracha de Castro defende que a Constituição Federal adota os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, sem distinguir atividades empresárias e não empresárias, de modo que não se sustentaria a diferenciação feita pelo art. 1º da LRF.⁶² Contudo, enquanto se mantém a vigência e a interpretação historicamente construída do art. 1º, a aplicação da LRF segue restrita ao regime empresarial.

Respondendo ao segundo questionamento, toma-se por perspectiva na investigação da aplicação do art. 1º o sujeito que pretende utilizar os institutos da LRF, neste caso as cooperativas médicas. De acordo com a teoria da empresa, a investigação acerca do enquadramento de cooperativas - assim como de qualquer pessoa física ou jurídica - deveria se atentar às características de sua atividade para investigar se possui natureza de empresa, sob a ótica dos perfis funcional e subjetivo da teoria. Seguindo esse raciocínio, seria possível classificar a atividade de uma cooperativa médica como empresarial a depender do caso concreto.

Todavia, por opção legislativa expressa e arbitrária, as sociedades cooperativas estarão sempre sob o regime civil, nos termos do art. 982 do Código Civil.⁶³ Da mesma forma, a

⁶² CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do direito falimentar*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 72.

⁶³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

Lei nº 5.764/71 ratificou a sujeição das cooperativas ao regime civil, bem como as excluiu expressamente da sujeição à falência, nos termos de seu art. 4º.⁶⁴ Dessa forma, não restam dúvidas de que as cooperativas são sociedades simples, e que não se sujeitam aos institutos empresariais da LRF.⁶⁵

Enquanto viger a vedação do art. 1º da LRF, não há margem para dúvidas. Não podem usufruir da recuperação judicial e da falência as pessoas não empresárias, e tanto a lei específica das cooperativas, quanto o Código Civil determinaram, de forma arbitrária e peremptória, que as cooperativas se sujeitam ao regime civil, nunca ao empresarial. Dessa forma, ainda que “não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica”, conforme dispõe o art. 6º, § 13 em comento, subsiste a não sujeição de cooperativas médicas à LRF, fulminando de ilegalidade a interpretação desse dispositivo como permissão para obter a recuperação judicial.⁶⁶

Essa interpretação coaduna com a hermenêutica e com os métodos de resolução de conflitos entre normas (antinomias), já que o § 13 regula o art. 6º, que não trata da abrangência de aplicação da LRF, mas sim dos efeitos da decretação da falência ou deferimento da recuperação judicial. Trata-se de uma disposição secundária ou acessória, que não guarda sentido com o principal e que, de modo mais grave, opõe-se à interpretação da LRF, da Lei 5.764/71 e do Código Civil em conjunto, não restando dúvidas de que não pode prevalecer.⁶⁷ Não sendo possível compatibilizá-lo com o ordenamento brasileiro, conclui-se por sua ilegalidade.

Em acréscimo à conclusão alcançada da interpretação do art. 1º da LRF, analisa-se a legalidade do art. 6º, §13 conforme a vedação do art. 2º da LRF, ainda que já se possa concluir pela ilegalidade daquele em razão do disposto no art. 1º da lei. Em segundo lugar, quaisquer sociedades operadoras de planos de saúde são fiscalizadas pela ANS, bem como estão sujeitas a regime especial em caso de crise financeira, notadamente aqueles previstos na Lei nº 9.656/98.⁶⁸ Com relação a esse dispositivo, poder-se-ia

⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁶⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p. 673.

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 139.

⁶⁸ BRASIL. *Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

argumentar a possibilidade unicamente de sujeição à falência, pois é esse o critério do rol de exclusões relativas do inciso II, art. 2º da LRF.⁶⁹

A doutrina entende que o inciso II do art. 2º da LRF prevê exclusões relativas, que não se sujeitam à recuperação judicial, apenas à falência, em determinadas situações. Especificamente, as cooperativas médicas se enquadrariam, nos termos desse dispositivo, como “sociedades operadoras de planos de saúde”, regidas pela Lei nº 9.656/98.⁷⁰ Para essas, há a possibilidade de falência se, no curso da liquidação extrajudicial seja constatado uma destas três hipóteses: se o ativo da liquidanda não é suficiente para o pagamento de pelo menos metade dos créditos quirográficos; se o ativo realizável da massa não basta nem ao pagamento das despesas da liquidação; ou, se houverem fundados indícios de crimes falimentares, sendo que, presentes uma dessas situações, a ANS autorizará o liquidante a requerer falência, conforme o art. 23 da Lei nº 9.656/98.⁷¹

Observe-se que essas são as regras gerais estabelecidas pela Lei nº 9.656/98 para sociedades operadoras de planos de saúde, prevendo a possibilidade de falência.⁷² Entretanto, mesmo para a falência, quando falamos de sociedades operadoras de planos de saúde organizadas sob o tipo societário de cooperativas, incidiria o art. 4º da Lei nº 5.764/71, que sujeita todas as cooperativas à insolvência civil, de modo que a mera retirada das cooperativas médicas do art. 2º, II da LRF, não bastaria para legitimá-las à falência.⁷³

Esclarecido que o afastamento da aplicação do art. 2º, II, da LRF às cooperativas médicas não as sujeita à falência, resta comentar a interpretação do art. 6º, §13 que possibilitaria a sujeição daquelas apenas à recuperação judicial. Destaca-se que não há nenhuma hipótese, na LRF e no ordenamento brasileiro, de um sujeito que pode requerer recuperação judicial, mas não se sujeita à falência, o que seria sancionado pela eficácia dessa interpretação do §13.

Nesse caso, desconsiderando a vedação do art. 1º, não haveria óbice para se requerer a recuperação judicial pelo viés do tipo societário das cooperativas. No entanto, a Lei nº

⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020, p.

⁷⁰ BRASIL, op. cit. 1998.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³ BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

9.656/98 possui seus próprios regimes especiais de intervenção nas sociedades operadoras de planos de saúde que passem por crises econômico-financeiras.⁷⁴

O art. 24 da Lei nº 9.656/98 faculta à ANS a tomada de medidas diante da “insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro” ou de “anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde”. As medidas previstas pelo artigo são: a alienação da carteira de clientela, o regime de direção fiscal ou técnica ou mesmo a liquidação extrajudicial.⁷⁵

A princípio não haveria incompatibilidade expressa que vede o requerimento de recuperação judicial por cooperativa ou sociedade operadora de plano de saúde. Entretanto, visto que uma crise que levasse a um pedido de recuperação judicial poderia também se enquadrar na situação descrita no art. 24, da Lei nº 9.656/98, que permite a intervenção da ANS, questiona-se: o que aconteceria no caso de pedido ou pendência de recuperação judicial concomitante à tomada de medida de intervenção pela autarquia?

Considerando que os atos da Administração Pública estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário apenas com relação à legalidade, pelo princípio da separação dos poderes, seria discutível a possibilidade de afastar uma decisão interventiva da ANS que fosse incompatível com a recuperação judicial, salvo em caso de ilegalidade. Apesar dessa restrição, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já cassou uma decisão da ANS que determinava a indisponibilidade de bens, por entender que não havia necessidade do mesmo no caso em análise, o que se aproxima muito da revisão do mérito administrativo que não cabe ao Poder Judiciário.⁷⁶

Entretanto, caso entendesse que a medida está dentro dos padrões de legalidade e da discricionariedade da ANS, como procederia o juiz? Adequaria a recuperação judicial à medida tomada pela ANS? Extinguiria o processo, substituindo a convolação em falência pela medida tomada pela ANS? Poderia realizar um controle do ato administrativo? Haveria a perda do interesse processual para recuperação judicial diante de uma nova medida de superação da crise?

⁷⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 08 fev. 2022.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (8. Turma Especializada). Agravo de Instrumento 0006460-88.2012.4.02.0000. Agravo De Instrumento. Administrativo. Revogação de ato administrativo que decretou indisponibilidade de bens. Regime de direção fiscal. Poder-dever da ANS de fiscalização. Relator: Poul Erik Dyrland. *Diário de Justiça Eletrônico*, Rio de Janeiro, 06 nov. 2012.

Observa-se que seria extremamente difícil conciliar ambas as intervenções. Caso houvesse medidas conflitantes, uma possibilidade seria renegociar o plano de recuperação judicial para adequá-lo à medida, com a convolação em falência caso não obtivesse aprovação dos credores. Porém, nesse caso emerge ainda outro problema, visto que não seria possível a convolação em falência (absolutamente vedada para cooperativas), sendo outra incompatibilidade com a recuperação judicial, visto que há inúmeras hipóteses legais de convolação em falência.

Quanto à realização de controle do ato administrativo, deve-se resguardar a separação dos poderes, que impede a revisão do mérito administrativo, permitindo apenas o controle de legalidade. Ainda que fosse o caso, outro questionamento seria a competência para tanto, se abarcada pelo juízo da recuperação judicial, se distribuída de forma autônoma (invadindo a jurisdição do juízo da recuperação judicial para questões patrimoniais) ou até mesmo se dirimida em conflito de competência. Ante o silêncio legislativo, não há resposta definitiva, e a eventual discussão no Poder Judiciário ocasionará a necessidade de utilizar interpretações extensivas ou analógicas.

Para além dessas reflexões acerca dos problemas concretos que a eventual utilização do instituto poderia ocasionar, não se pode esquecer, com base na reflexão do item 1.1 deste artigo, que o ordenamento jurídico brasileiro não adotou uma cláusula aberta para flexibilizar os regimes individuais que impõe conforme o tipo empresarial, o sujeito, ou atividade desenvolvida. Para o presente caso, destaca-se os seguintes pontos.

O art. 966 do Código Civil adotou a teoria da empresa sob a concepção subjetiva, enfatizando o sujeito em detrimento da atividade, além de a haver incorporado em livro específico empresarial e não junto ao direito das obrigações, o que implica que as características legais do sujeito cooperativa (exclusão do regime empresarial) são mais relevantes do que a atividade empresarial que desenvolve. Mesmo que se argumente que é a atividade que qualifica o empresário, neste caso também temos a lei especial das sociedades operadoras de planos de saúde (aplicável conforme a atividade que desenvolvem, pois) afastando o que lhe é incompatível.

Mesmo que se invoque o princípio da preservação da empresa, há de se observar a colidência com outros princípios corolários da primazia do interesse público sobre o particular, visto que os planos de saúde estão ligados à saúde pública. Dessa colidência, prevalece o segundo, aplicáveis os mesmos argumentos anteriormente expostos acerca do desprestígio que recebeu a empresa no ordenamento brasileiro. Passa-se agora a

análise de precedentes que aplicaram o art. 6º, § 13, da LRF, trazendo a discussão abordada até agora para dentro do Poder Judiciário.

3.4. Dos precedentes que aplicaram o art. 6º, § 13, da Lei de Recuperação Judicial e Falência de Empresas

Mesmo antes do advento da Lei nº 14.112/2020, já se debatia acerca da possibilidade de aplicação da LRF para não empresários, inclusive com algumas decisões concedendo recuperações judiciais para esses sujeitos, bem como aplicando as normas de falência a procedimentos análogos, como a liquidação judicial. Entretanto, considerando o novel dispositivo do art. 6º, § 13, da LRF, acresceu-se novo elemento à discussão, de modo que a análise jurisprudencial se restringirá às decisões posteriores à sua vigência até a data do presente artigo (i.e., 24/12/2020 até 12/06/2022).

Além desse critério cronológico, pesquisou-se apenas a aplicação do dispositivo em decisões dos tribunais estaduais brasileiros e do STJ, em suas respectivas ferramentas de busca, em razão de sua competência material. Por fim, a busca foi feita através da combinação das palavras “cooperativa operadora de planos de saúde” e “recuperação judicial”, objeto específico de estudo deste artigo.

Dentre os tribunais estaduais brasileiros, há apenas dois precedentes aplicáveis, oriundos dos estados do Rio Grande do Sul e da Paraíba. O precedente do TJRS é um Agravo de Instrumento, tombado sob o número 5075133-21.2021.8.21.7000, em que o tribunal reconhece a ilegitimidade ativa de uma associação civil não empresária para requerer a recuperação judicial, argumento que sustentamos ser aplicável a qualquer cooperativa.⁷⁷ Esse entendimento também foi sustentado pelo STJ, em caso análogo.⁷⁸ Além disso, no julgado, afasta-se o argumento de que a ausência de menção específica no art. 2º da LRF não implica legitimidade ativa para recuperação judicial, pois esse artigo trata de situações especiais, tais como as sociedades operadoras de planos de saúde, conforme também defendido neste artigo.⁷⁹

⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6. Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 5075133-21.2021.8.21.7000. Agravo de Instrumento. Recuperação Judicial. Deferimento do Processamento. Ilegitimidade Ativa. Associação Civil. Entidade sem fins lucrativos. Sentença reformada. Extinção da ação. Relator: Niwton Carpes da Silva. *Diário de Justiça Eletrônico*, Porto Alegre, 01 out. 2021.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 658531/RJ. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Recuperação Judicial. Tribunal concluiu que a parte pleiteante é uma associação. Ausência de registro na Junta Comercial. Impossibilidade de requerer a Recuperação Judicial. Natureza jurídica baseada nos elementos fáticos e probatórios dos autos. Reexame das provas. Súmula 7/STJ. Agravo Interno desprovido. Relator: Raul Araújo. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 abr. 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁷⁹ *Ibidem*.

Já o precedente do estado da Paraíba, trata-se de decisão da Vara de Feitos Especiais da Capital da Comarca de João Pessoa, que recebeu pedido de recuperação judicial formulado pela Unimed Norte e Nordeste (“Unimed-NN”), sociedade cooperativa operadora de planos de saúde, o qual foi deferido em 27 de abril de 2021.⁸⁰ No relatório, o juízo destacou que a Unimed-NN alegou estar em crise econômico-financeira, originada de recessão que se iniciou em 2014 – data em que adquiriu carteira de beneficiários da “Camed Vida”.⁸¹

Em razão do drástico aumento de beneficiários, a Unimed-NN firmou dois negócios jurídicos com a Central Nacional Unimed (“CNU”). Ocorre que a CNU abruptamente determinou a interrupção da prestação de serviços à Unimed-NN, obrigando-a a realizar contratações emergenciais desvantajosas e ensejando a aplicação de diversas multas aplicadas pela ANS.⁸² Diante desse cenário, instalou-se a crise econômico-financeira da Unimed-NN, ensejando o pedido recuperacional.

Analisando a possibilidade jurídica da concessão de recuperação judicial a cooperativas médicas, o juízo entendeu estar o pedido abrangido pela LRF, considerando o princípio da preservação da empresa estabelecido em seu art. 47, por ser a Unimed-NN agente econômico relevante no mercado.⁸³ Ainda, entendeu que o acréscimo do § 13 ao art. 6º da LRF, pela Lei nº 14.112/20, “expressamente concede às cooperativas médicas a possibilidade jurídica de pedirem recuperação judicial”.⁸⁴

Ademais, justifica também a aplicabilidade da LRF em razão desta ser destinada a empresários nos termos de seu art. 1º. Sustentou que a cooperativa possuía natureza empresária, preenchidos os requisitos do art. 966 do CC, que adotou a teoria da empresa cuja premissa básica é de que é a natureza da atividade que qualifica o empresário.⁸⁵

Apesar de não estar inserido no período cronológico da pesquisa jurisprudencial, pois ajuizado seis dias antes da publicação oficial da Lei nº 14.112/2020, a Unimed Manaus (“Unimed-M”) - também cooperativa médica do grupo UNIMED - ajuizou pedido de

⁸⁰ PARAÍBA. Comarca de João Pessoa (Vara de Feitos Especiais da Capital). Ação de recuperação judicial 0812924-95.2021.8.15.2001. Juiz: Romero Carneiro Feitosa. *Diário de Justiça Eletrônico*, João Pessoa, 28 abr. 2021.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ PARAÍBA. Comarca de João Pessoa (Vara de Feitos Especiais da Capital). Ação de recuperação judicial 0812924-95.2021.8.15.2001. Juiz: Romero Carneiro Feitosa. *Diário de Justiça Eletrônico*, João Pessoa, 28 abr. 2021.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

recuperação judicial sob o número 0762451-34.2020.8.04.0001, deferido em 18/12/2020. A fundamentação que levou à concessão de RJ à Unimed-M se fundamentou na função social da empresa como justificativa para não deixar prevalecer “mera formalidade do momento da constituição das pessoas jurídicas”, visto que, na realidade, a cooperativa possuía natureza empresarial. Concluiu afirmando que “o preciosismo interpretativo não é capaz de obstaculizar o soerguimento de uma companhia que gera mais de 600 empregos diretos e presta serviços essencialmente relevantes ao povo amazonense”.⁸⁶

Apesar do mérito desse posicionamento, não se trata de preciosismo interpretativo, mas sim de respeito à segurança jurídica e à separação dos três poderes: ao Poder Judiciário não cabe legislar. Conforme se destacou, o ordenamento brasileiro não deixou espaço para discricionariedade judiciária. Não se colocou a atividade de empresa como cláusula aberta de sujeição ao regime empresarial, em vista da criação de um livro específico para esse regime e da valorização da pessoa que o exerce, bem como da natureza da atividade, em detrimento do critério de sujeição conforme a caracterização de atividade de empresa.

Portanto, como a LRF optou por tomar como critério para sua aplicação a sujeição do titular ao regime empresarial, é esta a lógica normativa subjacente à discriminação entre regime cível e empresarial que irá determinar a aplicabilidade dos institutos da falência e recuperação judicial, não havendo espaço para discricionariedade judicial. A concessão de recuperação judicial para cooperativas pode ser entendida como ativismo judicial contrário à lei, à segurança jurídica e à separação dos poderes, ainda que reflita uma necessidade econômica hodierna, não podendo ser ignorado, sob a máxima imemorial de que “os fins não justificam os meios”.

4. Conclusão

O presente artigo abordou o acesso das cooperativas operadoras de planos de saúde à recuperação judicial conforme o art. 6º, § 13 da LRF, investigando a abrangência dos institutos de recuperação judicial e falência, sua construção fundamentada na teoria da empresa, a incorporação dessa ao ordenamento brasileiro e à disciplina das sociedades cooperativas, avançando para a análise da legalidade e constitucionalidade do art. 6º, § 13 da LRF e concluindo com a compatibilidade da recuperação judicial às cooperativas

⁸⁶ AMAZONAS. Comarca de Manaus (16. Vara Cível e de Acidentes de Trabalho). Ação de recuperação judicial 0762451-34.2020.8.04.0001. *Diário de Justiça Eletrônico*, Manaus, 19 dez. 2020.

operadoras de planos de saúde, objeto dessa alteração legislativa. Questionava, assim, se a atual LRF permite a concessão de recuperação judicial a cooperativas operadoras de planos de saúde.

Em análise da legislação aplicável ao tema, observou-se que o ordenamento brasileiro incorporou a teoria da empresa com restrições, desvirtuando a adaptabilidade desta ao não condicionar a sujeição ao regime empresarial de acordo com a atividade desenvolvida. Em razão disso, ao vincular a aplicabilidade da LRF ao regime empresarial no seu art. 1º, trouxe as limitações desse regramento e tornou inflexível a legitimidade ativa para os institutos da RJ e falência.

Sobre os objetivos e a eficácia da modificação do art. 6º, § 13 da LRF, entendeu-se a norma pretendeu possibilitar o acesso de cooperativas operadoras de saúde à recuperação judicial. Para tanto, analisando o histórico legislativo desse dispositivo e sua constitucionalidade formal, chega-se à conclusão de que há vício de inconstitucionalidade formal, pois o projeto de lei deveria ter retornado à casa iniciadora após modificação substancial da casa revisora, o que não aconteceu.

Comentou-se também a possibilidade de inconstitucionalidade material, na esteira do veto presidencial que restou derrubado pelo Congresso Nacional, embora argumentasse sobre uma possível violação ao princípio constitucional da isonomia, visto que o dispositivo propõe tratamento desigual e favorecimento às cooperativas operadoras de planos de saúde. Essa disciplina diferenciada poderia se justificar no valor constitucional da saúde pública.

Para análise da legalidade, necessário se fez analisar a compatibilidade da permissão do art. 6º, § 13 com o regramento da LRF, que exclui de sua aplicação toda pessoa física ou jurídica não empresária. Considerando essa exclusão peremptória, o destinatário desse dispositivo, cooperativas operadoras de planos de saúde, nunca serão empresárias, pois o Código Civil e a Lei de Cooperativas determinam que todas as cooperativas são sociedades simples, na esteira das ressalvas à teoria da empresa mencionadas anteriormente.

Por fim, há que se considerar problemas e incompatibilidades adicionais que surgiriam ainda que se cogitasse possível a concessão de recuperação judicial às cooperativas operadoras de planos de saúde, tais como: a vedação expressa de falência às cooperativas e às sociedades operadoras de planos de saúde, nos termos de suas respectivas

legislações; e o choque entre medidas da RJ e intervenções da ANS previstas na Lei nº 9.656/98.

Ante o exposto, concluiu-se que, além de formalmente inconstitucional, o dispositivo também é ilegal, e a recuperação judicial de cooperativas operadoras de planos de saúde não é possível. A vedação da aplicação da LRF para sujeitos não empresários é absoluta, assim como é absoluta a classificação das cooperativas como sociedades simples, não havendo nem mesmo espaço para flexibilizar tais regramentos, em razão da sistemática adotada pelo Código Civil com relação à teoria da empresa e sua configuração.

Apesar disso, é inegável que o sistema de insolvência e superação de crises brasileiro precisa de reformas, com a ascensão de grandes empresas constituídas sobre tipos societários de sociedade simples, mas de natureza claramente empresarial. Tais empresas necessitam das soluções desenvolvidas sob o regime empresarial. Não está encerrada a discussão acerca da melhor forma de solucionar esse problema, através dessa inadequada alteração legislativa, sacrificando a segurança jurídica ao sancionar normas contraditórias; modificando as disposições que limitam a aplicação da LRF para novos sujeitos; ou criando sistemas específicos de insolvência e resolução de crises para tais sujeitos.

Ademais, visto que o Poder Judiciário já está aplicando o novo art. 6º, § 13, da LRF, e concedendo recuperações judiciais a cooperativas operadoras de planos de saúde, será necessário discutir novamente, e de forma mais aprofundada, como solucionar as inevitáveis incompatibilidades que surgirão. Até lá, sustentam-se as críticas feitas até o momento, e instiga-se o Poder Legislativo a enfrentar diretamente e com profundidade a reforma da LRF, como inclusive foi proposto durante a tramitação da Lei nº 14.112/2020 e da Lei nº 14.195/2021, ao invés de utilizar subterfúgios que desprestigiam a segurança jurídica e incentivam um ativismo judicial exacerbado.

5. Referências

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do direito falimentar*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 104, p. 109-126, out.-dez., 1996.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VI Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 534*. As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/>. Acesso em: 29 dez. 2022.

- GIOIA, Antonio, VERA, Ondei. Veja a lista das 100 maiores empresas do agronegócio do Brasil. *Forbes*, São Paulo, n. 92, dez. 2021. Disponível em: <http://www.scielo.br/>. Acesso em: 06 jul. 2022.
- IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- NEGRÃO, Ricardo. *Comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. V. 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- NEGRÃO, Ricardo. *Preservação da Empresa*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial: volume único*. 10ª ed. São Paulo: Método, 2020.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- SCALZILLI, João Pedro, SPINELLI, Luis Felipe, TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: teoria e prática na lei 11.101/2005*. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: falência e recuperação de empresas*. V. 3. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. V. 1. 11ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

Como citar:

PESSOA, João Pedro Seefeldt; TEIXEIRA, Thiago Bortolini. Acesso das cooperativas operadoras de planos de saúde à recuperação judicial e falência conforme o §13 do art. 6º da Lei nº 11.101/05. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <<http://civilistica.com/acesso-das-cooperativas-operadoras/>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

2.1.2023

Aprovado em:

13.8.2023