

Recuperação Judicial das Fundações Privadas

“(...) da mesma forma leis e instituições (...) devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.”¹ John Rawls

“*La tarea del jurista (...) consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos.*”²

I – O racionalismo crítico de Sir Karl Popper

Este estudo foi inspirado na “simplicidade do realismo popperiano do senso comum”.³

Os argumentos, dos quais lanço mão, vêm do Direito Comparado e decorrem das semelhanças entre as sociedades empresárias e as fundações de direito privado sob os aspectos formal, estrutural, funcional, patrimonial, substancial e em relação ao Poder Público e da diferença entre ambas quanto ao escopo e à destinação de lucros.

As conclusões, sintetizadas ao final, são simples e sensatas, lastreadas em evidências, fruto de paciente observação, cuidadosa análise e ponderada crítica: a uma, porque é de senso comum que as fundações privadas em estado de crise

¹ *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, 2002, p. 4. Eis o texto completo: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.” (p. 3/4). E prossegue: “(...) as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres (...).” (p. 6)

² Karl Larenz, *Derecho Justo: Fundamentos de Etica Juridica*, Civitas, 1993, p. 19

³ David Miller, assistente de Popper na *London School of Economics*, in *Introdução, Textos Escolhidos de Popper*, Contraponto, PUC/RJ, 1a.ed., p. 11. Popper, em sua obra *Conocimiento Objetivo*, ao discorrer sobre as duas faces do senso comum, explica que “*La ciencia, la filosofía, el pensamiento racional deben surgir todos del sentido común.*” (Tecnos, 1992, 4^a. ed., p. 42) Segundo Adam Augusto da Silva e Silva, o consagrado filósofo da ciência não “reduz a ciência a *doxa* ou ao senso comum”, pois “(...) reconhece que a ciência vai além do senso comum (...), que ela é um “senso comum esclarecido”, in *Senso comum e ciência em Popper*, disp. www.repositorio.ufpa.br. Sobre a distinção entre ambos, vide AA da Silva, art. cit., pags. 46 e segs. Neste trabalho, adoto a noção de “senso comum ingênuo” e não do “senso comum científico”, ou técnico, ou esclarecido, eis que qualquer simples mortal entende que, sempre, inexoravelmente, serão péssimas as consequências do indeferimento da petição inicial da recuperação judicial de uma fundação privada, inclusive para o(s) fundador(es) ou seus herdeiros.

econômico-financeira grave, se não “socorridas”⁴ desaparecerão com prejuízos às comunidades às quais servem, sobrelevando notar que a transferência do seu patrimônio, se houver, o que dificilmente ocorrerá, para outra instituição filantrópica (CC, arts. 63 e 69), não minimizará os impactos negativos de sua liquidação; a duas, porque se impõem a quem olha, a um só tempo, o que diz a (letra *fria* da) lei e os (desastrosos) efeitos imediatos e mediados das decisões que indeferem o processamento de recuperação judicial de fundações privadas

O que me move *não* é dissertar sobre o sentido e o alcance do art. 1º da Lei nº 11.101, de 2005, - Lei de Falências e Recuperação de Empresas – LFRE, à luz dos princípios e regras de hermenêutica jurídica; *não* é testar a hipótese da (possível) insuficiência do método/raciocínio lógico dedutivo⁵ na descoberta da *mens legis*; *não* é empreender uma especulação teórica sobre as repercussões próximas e remotas do julgado, que impeça as fundações privadas de se reorganizarem e se reerguerem, mas explorar o tema com uma visão factual, consequencialista, isto é, privilegiá-lo sob um enfoque empírico,⁶ ao invés da exegese literal do art. 1º da LFRE, para descobrir o “direito justo”.⁷

O direito é uma ciência cultural e histórica, uma ciência normativa, porque fundada em valores; não obstante, como as normas jurídicas são elaboradas, votadas, sancionadas, promulgadas e publicadas para reger atos e fatos sociais, políticos, econômicos, culturais, há aspectos e elementos que devem ser, necessariamente, considerados, porquanto essas normas, quando aplicadas, vão se transformar de “direito abstrato” (Lieberman) em “direito concreto”.

II – A obsolescência⁸ do art. 1º da LFRE

⁴ O “socorro” pode vir de doações, legados, auxílio estatal etc. Aqui, falo do auxílio do Judiciário.

⁵ Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid, in *A Lógica Dedutiva sob a Ótica da Interpretação Jurídica e da Teoria da Decisão*, escreve: “A ideia de que a lógica dedutiva deva embasar as decisões judiciais vem sendo ferozmente atacada pela teoria do direito contemporâneo. A aplicação do direito, visando somente à obediência das leis, é uma visão retrógrada, que muitas vezes não consegue atingir sua maior finalidade, que é a realização da justiça.”, disp. journal.unoeste.br

⁶ Gilles Deleuze, in *A Filosofia Crítica de Kant*, Edições 70, 1ª. ed., p.8, após relatar que, para Kant, “os fins supremos da razão formam o sistema de Cultura. (...) Reconhecemos já nestas definições uma dupla luta: conta o empirismo e contra o racionalismo dogmático”, acentua: “(...) por conseguinte, há menos diferença do que se poderia crer entre o racionalismo e o empirismo”.

⁷ Para Stammler, há um direito justo, outro injusto e outro parcialmente justo e injusto, *apud* Larenz, ob. cit., p. 21. No caso do art. 1º da LFRE, o direito é, sem dúvida, injusto.

⁸ De 1859 até 1983, na Argentina, como, até hoje, aqui, só os comerciantes podiam ser declarados falidos ou recorrer à concordata preventiva.

A substituição, empreendida pelo Código Civil de 2002, das figuras do comerciante (CCom, art. 1º) e da sociedade comercial (CCom, art. 287), clássicas desde o Código de Comércio francês de 1807 (CCom.fr, arts. 1.er e 19), pelas do empresário (CC, art. 966) e da sociedade empresária (CC, art. 982) e da mercancia (CCom, art. 4º) e dos atos de comércio (Reg. nº 737, de 1850, art. 19, n 1 a 4, e CCom.fr, art.1.er)) pela atividade empresarial e a teoria da empresa; o desaparecimento da sociedade civil (CC de 1916, art. 16, I), a criação da sociedade simples (CC, art. 997) e a acirrada polêmica, aqui e alhures, ontem e hoje, sobre os conceitos jurídicos de sociedade empresária, ou, simplesmente empresa, e de sociedade simples repercutiram no Projeto de Código Civil – Mensagem nº 160, de 10/06/1975 -, no Código Civil em vigor e na LFRE.

Embora *revista* em 2020, a LFRE é antiquada no que tange ao direito de *todas* as pessoas físicas e jurídicas serem legitimadas a recorrer, quando se mostrar imperativo, à recuperação judicial ou extrajudicial, visando:

- (a) à reorganização administrativa, econômico-financeira, operacional, de recursos humanos, de governança, de publicidade e *marketing*, e, por vezes do controle societário, e, ainda, até mesmo, à revisão do modelo de negócio;
- (b) preservar os direitos dos sócios, postos de trabalho e credores;
- (c) compor, total ou parcialmente, dívidas vencidas e vincendas,
- (d) atender ao interesse público e cumprir sua função social.

A LFRE “parou no tempo” quanto ao *pressuposto subjetivo da recuperação judicial* devido ao arraigado conservadorismo dos operadores do direito: conservadorismo, que tem início no curso de bacharelado, cujas raízes datam do Século XIX, quando se ensinava – e continua a ser ensinado até hoje - que o direito é um conjunto sistemático de regras na esteira da concepção kelseniana, segundo o qual pouco importa se as normas são justas ou injustas, porém se são válidas ou inválidas, isto é, o que sempre deve prevalecer é o “direito posto”, o direito positivo; conservadorismo, que prossegue no exercício do magistério, da judicatura, do Ministério Público e da advocacia, porquanto as questões formais e a teoria estrutural do direito (o direito limita-se a permitir e a proibir) prevalecem sobre as questões de fundo, a teoria funcional do direito (o direito se manifesta

também através de sanções positivas, ou sanções premiais de incentivos, e sanções negativas na acepção de Norberto Bobbio)⁹ e o realismo-pragmático (as decisões judiciais devem mirar os melhores resultados)¹⁰; conservadorismo, que culmina na elaboração de leis, repletas de “jabuticabas”, inseridas na undécima hora por um Poder Legislativo despreparado para o exercício do seu relevante mister e sujeito a grupos de pressão, o que talvez explique a crítica de Richard A. Posner: “A redação das leis é frequentemente um processo apressado e pouco cuidadoso.”¹¹

O Poder Executivo, através de projeto de lei, e o Legislativo, por iniciativa própria, ou na qualidade de responsável pela tramitação de projetos do Executivo, ao invés de mudarem, radicalmente, a redação do art. 1º da LFRE, criaram duas exceções – gloriosas exceções e não exceções odiosas (as exceções são, em regra, odiosas) -, para reparar, timidamente, o vácuo do atual diploma falimentar.

A Lei nº 14.112/2020 incluiu o § 13, no art. 6º, da LFRE, para permitir que cooperativas médicas operadoras de planos de saúde possam recuperar-se judicialmente, havendo o Plenário do STF julgado, por 6 votos a favor e 5 contra, a constitucionalidade na tramitação do processo legislativo que deu origem à lei de 2020.

A mesma Lei nº 14.112/2020 adicionou, ao art. 48, da LFRE, os §§ 2º a 5º, que regulam a forma de comprovação do exercício de atividade rural, e o art. 70-A, que legitima o produtor rural a “apresentar plano especial de recuperação judicial” nos termos da Seção V, do Capítulo III, (arts. 70 a 72), tendo o STJ estabelecido, no Tema Repetitivo 1145, que, “ao produtor rural, que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos, é facultado requerer recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento de formalizar o pedido, independentemente de registro.”

Logo após, para atender aos consumidores, pessoas naturais, endividados, a Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) alterou o CDC, que passou a dispor sobre o “processo de repactuação de dívidas de consumidores pessoas

⁹ *Da estrutura à função*, Manole, 1ª. ed., p. LII e segs.

¹⁰ *Um manifesto pragmático*, in *Problemas de Filosofia do Direito*, Martins Fontes, 2007, p. 607, e *Teoria Econômica do Direito*, in *Fronteiras da Teoria do Direito*, Martins Fontes, 2011, p. XI.

¹¹ *A interpretação revisitada*, in *Problemas* cit., p. 360.

naturais” (art. 104-A) e o “processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação de dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório” (art.104-B) com a finalidade de auxiliá-los na composição de suas dívidas.

III. Pressuposto subjetivo da recuperação judicial no direito comparado

À luz de modernas leis de reorganização econômico-financeira de pessoas naturais e jurídicas em estado de pré-insolvência, o seu arcaísmo¹² salta aos olhos: é chocante compará-la à Lei de Falências da Espanha, Título I - “*A declaração de falência*”, Capítulo I - “*Os pressupostos da falência*”, “Art. 1. “*Pressuposto subjetivo*”, que estatui em uma oração clara, simples, infensa a questionamentos: “*A declaração de falência abrange qualquer devedor, seja pessoa natural ou jurídica.*” (art. 1º, 1.)

A - Pressuposto subjetivo no direito alemão

A Lei de Insolvência da Alemanha (InSo), promulgada em 01/01/1999, atualizada em 01/12/2001, legitima *pessoas jurídicas, com ou sem personalidade jurídica*, e naturais, inclusive consumidores, o espólio, a comunhão de bens e a pessoa jurídica de direito público, a postularem a declaração de insolvência, que redundará ou em recuperação ou em liquidação (art. 11).

B - Pressuposto subjetivo no direito argentino

A Lei de Concursos e Falências da Argentina (Lei nº. 24.522/1995¹³), no art. 2º, reza que podem ser declarados em concurso as pessoas naturais (*las personas de existencia visible*)¹⁴, as pessoas jurídicas de direito privado (*las de existencia ideal de carácter privado*) e as sociedades em que o Estado, as províncias e os municípios tenham qualquer participação

C - Pressuposto subjetivo no direito belga

¹² Idêntica crítica deve ser endereçada ao berço do direito falimentar, eis que, na Itália, o *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, art. 2º, estabelece: “*Definizioni: Nell'ambito del presente códice si intende per: 1. debitore: l'imprenditore individuale o collettivo, l'ente, anche si previ di personalità giuridica, che esercita un'attività economica organizzata ou una profissione intellettuale*”.

¹³ Alterada pelas Leis nos. 25.589, 26.086 e 26.684.

¹⁴ *Manual de Derecho Concursal*, Leonardo Balduzzi, Sofia Inés Giménez, Francisco Junyent Bas e Natalia Rócio Navarro advertem que, após a promulgação do Código Civil e Comercial argentino, não se deve mais “falar de pessoa de existência visível”, mas de “*persona humana*”. (Advocatus, 2^a. ed., p. 39)

O Código de Direito Econômico da Bélgica, no Livro XX, art. I.1.1º, que define a empresa como toda *pessoa física* que exerce de forma independente uma atividade profissional, *toda pessoa moral* e toda outra organização sem personalidade jurídica.

D - Pressuposto subjetivo no direito espanhol

A Lei de Concursos da Espanha (Lei nº 22/2003, atualizada pelo Real Decreto Legislativo 1/2020, de 05/05/2020), ao tratar do pressuposto subjetivo, art. 1, prima, como ressaltei, pela concisão: “*A declaração de concurso abrange qualquer devedor, seja pessoa natural ou jurídica.*”

E - Pressuposto subjetivo no direito francês

O Código de Comércio da França, nos títulos “*prevenção das dificuldades das empresas*” (art. L611-1), “*procedimento de proteção*” (art. L. 620-1) e “*reorganização judicial*” (art. L. 631-1, 2 e 3), confere legitimidade a “qualquer pessoa que exerça uma atividade comercial ou artesanal, a qualquer agricultor, a qualquer outra pessoa física que exerça uma atividade profissional independente, incluindo uma profissão liberal sujeita a um estatuto legislativo ou regulamentar ou cujo título seja protegido, bem como a qualquer pessoa jurídica de direito privado.” para reorganizar-se judicialmente.

F - Pressuposto subjetivo no direito norte-americano

O Código de Falências dos Estados Unidos da América (11USC, art. 109) considera devedor (*Who may be a debtor*) tanto a pessoa física, quer quando atua pessoalmente, quer quando opera comercialmente, quanto a *pessoa jurídica* sob qualquer das formas previstas na legislação americana.

G - Pressuposto subjetivo no direito português

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas de Portugal (Dec. Lei nº 53/2004, de 18/03), no art. 20, preceitua que podem ser sujeitos do processo de insolvência quaisquer *pessoas coletivas* ou singulares, a herança jacente, as associações sem personalidade jurídica, as comissões especiais, as sociedades civis, definindo o Código Civil, art. 157º, que são pessoas coletivas as associações, fundações e sociedades civis e comerciais.

IV – Os beneficiários da recuperação judicial na atualidade

Hoje, nos mencionados países e em tantos outros,¹⁵ é incontável o número de pessoas físicas e jurídicas que podem valer-se desse instituto se e quando comprovado desequilíbrio econômico-financeiro que possa redundar em liquidação, repita-se, *i.e.*, (a) Alemanha: *pessoas jurídicas, com/sem personalidade jurídica, mesmo que não exerçam atividade econômica*; (b) Argentina: *pessoas jurídicas*; (c) Bélgica: *toda pessoa moral*; (d) Espanha: *qualquer pessoa jurídica*; (e) EUA: *pessoas jurídicas*;¹⁶ (f) França: *toda pessoa moral de direito privado*; (g) Portugal: *pessoas coletivas*.

Entre nós, são titulares da ação de recuperação judicial: o empresário (LFRE, art. 1º); o produtor rural (LFRE, arts. 48, § 3º, e 70-A); a sociedade empresária (LFRE, art. 1º); a sociedade rural (LFRE, art. 48, § 2º); a microempresa (LFRE, art. 70); a empresa de pequeno porte (LFRE, art. 70); a sociedade de transporte aéreo e de infraestrutura aeronáutica (LFRE, art. 199); a cooperativa médica (LFRE, art. 6º, § 13), e, entre outras, as concessionárias de serviços públicos de telecomunicações (Oi) e de energia elétrica (Light), apesar da proibição expressa do art. 18 da Lei 12.767/12.

Nesta lista, não estão as fundações privadas: ou elas repactuam suas obrigações e equacionam suas dívidas em tormentosas composições extrajudiciais, ou são ... *dissolvidas*, vale dizer, *extintas*.¹⁷

V – As fundações privadas e os fundos patrimoniais filantrópicos

Exatamente um ano e um mês *antes* da promulgação da Lei nº 14.112, de 2020, que *revisou* a LFRE, entrou em vigor a Lei nº 13.800, de 03/01/2019, para regulamentar a constituição, organização, objeto, gestão, governança, transparência etc. dos “fundos patrimoniais filantrópicos” (FPF) (*endowments*), formados pelo “somatório da dotação inicial e das doações supervenientes” (art.

¹⁵ Vide *Il Fallimento nel Mondo – Panorama dei sistemi esecutivi concorsuali nelle realtà nazionali*, coord. Piero Pajardi, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1988.

¹⁶ A *Borrego Community Health Foundation*, operadora de clínicas de saúde a comunidades de baixa renda, que requereu e foi deferida - com base no 11USC – a sua reorganização pelo Tribunal de Falências para o Distrito Sul da Califórnia.

¹⁷ A fundação de direito privado, por definição, não tem finalidade lucrativa. Observe-se, contudo, que não há, nos arts. 62 a 69 do CC, que regulam a constituição, funcionamento, escopo, fiscalização e extinção das fundações, qualquer referência a “*fins não econômicos*”, ou “*sem objetivo de lucro*”, expressões que são empregadas, respectivamente, no art. 53 do CC, ao ministrar a noção de associação, e no art. 3º da Lei das Cooperativas, ao discriminar os requisitos da “celebração do contrato de sociedade cooperativa”.

2º, V) de pessoas físicas e jurídicas com a *finalidade* de estimular o financiamento de instituições, programas e projetos de interesse público, v.g. educação, ciência e tecnologia, pesquisa e inovação, cultura, saúde, meio ambiente, assistência social, desporto, segurança pública, direitos humanos (parágrafo. único, do art. 2º).

Agora, início de 2025, tramita, no Senado Federal, o PL nº 2.440, de 2023, que pretende estender, aos FPF, *isenção do imposto de renda dos ganhos de suas aplicações*, para permitir, aos 74 fundos existentes, que administram mais de R\$ 156 bilhões, ampliar a sua capacidade de fomentar o bem estar humano e suprir a ausência do Estado nesses campos de atividade.

Por conseguinte, na mesma época, a Lei nº 13.800/2019 inovou e incentivou pessoas físicas e jurídicas a prodigalizarem recursos corpóreos e incorpóreos para a filantropia, enquanto a Lei nº 14.112/2020, por uma equivocada medida de política-legislativa, manteve vedada, proibida, sem justificativa, a reorganização judicial das fundações privadas.

VI - A disfuncionalidade da LFRE

O fato de a LFRE não contemplar as associações e sociedades sem fins lucrativos e, em particular, as fundações privadas deixa clara a falta de adequação da lei às prementes necessidades sociais da contemporaneidade.

A disfuncionalidade é gritante sobretudo em relação à fundações privadas, eis que o seu louvável escopo é servir à comunidade, amiúde a de baixa renda; desenvolver atividades nas áreas de assistência social, saúde, educação, ciência, cultura, pesquisa, meio ambiente, cujo desaparecimento causa sérios impactos sociais, áreas, frise-se, nas quais o país tem carência histórica, v.g., deficiências estruturais, dificuldade de financiamento, insuficiência de investimentos, baixa qualificação dos profissionais, desigualdade de acesso aos serviços, em especial na periferia das grandes cidades, etc.¹⁸

Em virtude de a Lei nº 14.112/2020 só haver incluído no extenso rol dos sujeitos ativos da recuperação judicial e extrajudicial as “cooperativas médicas”

¹⁸ O Globo, ed. de 30/10/2024, p.14, sob o título “Governo reduz bloqueio; saúde e educação são áreas mais afetadas no ano”, informa que o bloqueio de gastos, anunciado pelo Executivo, “impacta principalmente na saúde (R\$ 4,3 bilhões) e educação (R\$ 3 bilhões)”.

não significa que *não* deva ser elaborado *novo* projeto de lei, que conte com as fundações privadas.

VII – As sociedades empresárias e as fundações privadas

Toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado deveria ter legitimidade para dirigir-se ao Judiciário e invocar a proteção da lei, se e quando em vias de tornar-se inadimplente de obrigações civis e comerciais; contudo, entre nós, o pressuposto subjetivo da recuperação judicial *não* é o objeto imediato, a atividade que realiza, porém o objeto mediato, a obtenção de lucro.

Por isso, as microempresas podem beneficiar-se da LFRE; as fundações privadas, mesmo com patrimônio, receitas e despesas de vulto e atuação em todo território nacional nas importantíssimas áreas de saúde, educação, segurança alimentar e nutricional, pesquisa científica, promoção da ética, da cidadania, da democracia, dos direitos humanos (CC, art. 44, III), *não!* Ou seja, a microempresa, que fatura R\$ 360.000,00 ao ano; emprega algumas pessoas, muitas vezes parentes; vende/presta serviços a poucos clientes, vizinhos do seu pequeno estabelecimento; registra, à mão, suas operações mercantis nos livros comerciais e contábeis, pode recorrer à LFRE (art.70).

A Fundação Getúlio Vargas, por exemplo, não pode implorar a ajuda do Judiciário, não obstante seja pessoa jurídica de direito privado, reconhecida de interesse público, formada por 4 unidades, 7 escolas e uma extensa rede de conveniados, que oferece cursos de administração, direito, economia, finanças, educação executiva, MBAs, entre outros, presenciais, customizados e a distância, em mais de 140 cidades brasileiras; mantenha 200 parcerias internacionais e mais de 90 Centros de Estudos e Pesquisas; haver sido, em 2020, classificada em 5^a lugar entre as *think tanks* do mundo e considerada a 1^a. mais bem administrada pelo terceiro ano consecutivo; o alcance de sua marca ser superior a R\$ 6 bilhões em valoração publicitária; ter mais de 4.6 milhões de seguidores e mais de 100.000 alunos.¹⁹

VIII – As fundações privadas se assemelham às empresas?

¹⁹ Cfr. Relatório Anual de 2023, disp. portal.fgv.br.

As fundações privadas, escolas e universidades de ensino, hospitais, casas de saúde, clínicas médicas e odontológicas, associações e sociedades sem fins lucrativos *não* são empresas, *não* são sociedades empresárias, quer sob o aspecto jurídico, quer econômico, quer unitário (jurídico e econômico a um só tempo).

Responder se há *semelhança* entre as fundações privadas e as sociedades empresárias não é tão simples,²⁰ pois, enfatiza Jean Paillusseau, “*(...) rien n'est plus déconcertant de parler d'entreprise! Les aspects de l'entreprise sont tellement nombreux, varies, complexes et importants.*”²¹

George Ripert é da mesma opinião, ao doutrinar sobre a “Imprecisão da noção jurídica da empresa”: “*La notion d'entreprises 'applique à des situations très différentes, depuis le petit producteur travaillant seul jusqu'à la moyenne ou grande société, ou encore aux entreprises publiques ou nationalisées*”, aduzindo que “*(...) en droit positif, l'entreprise est partois présentée comme un objet de droit, (...) d'autres textes considèrent l'entreprise comme un sujet de droit.*”²²

Asquini, profligando o esquema jurídico unitário proposto por Vivante, assevera ser a empresa um fenômeno poliédrico e que não se deve fixar um conceito jurídico da empresa, mas examinar, separadamente, os quatro perfis em que ela se apresenta: subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo, assim retratado com maestria por Evaristo de Moraes Filho, meu mestre na FND:²³²⁴ “*(...) a) subjetivo, empresa = empresário; b) funcional ou dinâmico, empresa = atividade do empresário; c) patrimonial ou objetivo, empresa = patrimônio comercial e estabelecimento; d) corporativo, empresa = instituição.*”²⁵

²⁰ Meu artigo *A empresa: novo instituto jurídico*, RDM, vol. 25, jan/março de 2002, e Revista Forense, vol. 363, set/out de 2002.

²¹ *Qu'est-ce que l'entreprise?* in *L'entreprise, nouveaux apports*, Economica, 1987, p.11.

²² *Traité Elémentaire de Droit Commercial*, LSDJ, 1980, vol. I, p. 219.

²³ *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*, Forense, 1960, vol. II, p. 22, n° 199.

²⁴ Uma curiosidade sobre o estadista, jurisconsulto, sociólogo, filósofo, membro da Academia Brasileira de Letras e Professor Catedrático de Direito do Trabalho da Faculdade Nacional de Direito: ele possuía, em Copacabana, dois apartamentos contíguos: um era a sua residência; o outro, sua biblioteca com milhares de livros

²⁵ Sylvio Marcondes, em seu excelente estudo sobre o "conceito de empresa", in *Problemas do Direito Mercantil*, Max Limonad, 1970, págs. 25 e segs., n. 12 a 14, leciona: “*(...) na doutrina italiana, esses aspectos logram dividir os escritores, pela preferência que dão, ora a um, ora a outro, como elemento preeminente na caracterização jurídica da empresa, e, assim, os perfis traçados, polarizando correntes da opinião, servem de guia na observação de controvérsia.*” (p. 26)

Carvalho de Mendonça, a propósito da definição de empresa, pontua: "(...) empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade."²⁶

Jean Paillusseau, ao abordar o tema, ressalta: "*L'entreprise n'a pas la personnalité morale, elle n'est donc pas une personne juridique. La notion même d'entreprise n'est pas une notion juridique. L'entreprise appartient au domaine des réalités économiques et sociales. L'entreprise est une notion économique et sociale complexe.*"²⁷

A partir dos ensinamentos desses e de outros grandes mestres, é razoável dizer-se que as fundações de direito privado e as sociedades empresárias *sob certos aspectos se assemelham, se equiparam.*

Por serem *semelhantes, análogas, afins*,²⁸ às sociedades empresárias, as fundações privadas “merecem fazer jus” (a redundância é intencional!) aos privilégios, benefícios e vantagens de que gozam empresários, sociedades empresárias, sociedades rurais e cooperativas médicas! As fundações privadas fazem jus e têm legitimidade para pleitear recuperação judicial por *extensão*

²⁶ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Freitas Bastos, 1953, vol. I, p. 492, nº 345.

²⁷ *Qu'est-ce que l'entreprise?* cit., pags. 11/88. Esta lição é reproduzida na página 2, item 4, do livro *Cession d'Entreprise*, Dalloz, 4^a. ed.

²⁸ Jean Paillusseau, Jean-Jacques Caussain, Henry Lazarski e Philippe Peyramauare, *in Cession d'Entreprise*, cit., p 1 e segs., ao discorrerem sobre *la notion d'entreprise*, discriminam 8 características que lhes são próprias, 6 das quais se aplicam por inteiro às fundações, com exceção do fato de a empresa ser *une activité économique e un “actionnariat”*. (p. 2 a 8) É evidente que a escolha do legislador pátrio é baseada em uma *visão reducionista* de um tema complexo, pois privilegia um único aspecto – o fim lucrativo -, ignorando os múltiplos pontos que as fundações e as empresas têm em comum.

analógica²⁹ do art. 1º da LFRE,³⁰ pois muito se assemelham e pouco se diferenciam das empresas: *muito se assemelham sob os aspectos formal, estrutural, funcional, patrimonial, substancial e em relação ao Poder Público*, por terem “entre si um certo número de pontos de semelhança”; ³¹ *distinguem-se, porém, quanto ao objeto e à destinação dos lucros.*

Assemelham-se – formalmente -, porque (a) são pessoas jurídicas direito privado; (b) devem estar (i) registradas no CNPJ (Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas), no DIRF (Declaração de Imposto de Renda), no INSS (Instituto Nacional de Previdência Privada), no FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), na Secretaria Estadual da Fazenda e na Secretaria da Receita Municipal, dependendo das operações que realizam, no PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais) e no PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), (ii) cadastradas no eSocial; (c) possuem livros contábeis, fiscais,³² de registro de empregados, de inventário e registro de patrimônio, de atas de reuniões dos conselhos curador e fiscal e da diretoria; (d) realizam reuniões periódicas, que são lavradas em livros de atas, para deliberar sobre assuntos pertinentes ao seu objeto institucional; (e) o estatuto é dividido em capítulos, que definem denominação, natureza, sede, prazo de duração, formação do patrimônio,

²⁹ Entende-se por *extensão analógica* aplicar, por inferência e com base no princípio da igualdade jurídica, uma regra legal existente a uma hipótese semelhante não prevista em lei, pois fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. Esta noção foi formulada a partir dos ensinamentos de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 6^a ed.: “(...) “Passar, por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa é raciocinar por analogia. Esta se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança, possam consequentemente assemelhar-se quanto a um outro mais.” (p. 257) “A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.” (p. 260). “Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico.” (p. 261). “(...) (o princípio) da igualdade jurídica exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes.” (p. 262). “A analogia *legis* apoia-se em uma regra existente, aplicável a hipótese semelhante na essência.” (263) A respeito da diferença entre analogia e aplicação extensiva, Francesco Ferrara, *Interpretação e Aplicação das Leis*, Arménio Amado, 1987, págs. 150/1, e Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito* cit., págs. 267/8.

³⁰ Alípio Silveira, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, RT, 1968, 1º. vol., calcado em Henri de Page e Del Vecchio, emprega a expressão “extensão analógica” ao referir-se à aplicação da analogia.

³¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 257.

³² Assinale-se que nem todas as fundações privadas gozam de imunidade/isenção tributária. Para ficarem livres do pagamento de impostos, devem preencher determinados requisitos e ser reconhecidas como entidades de assistência social sem fins lucrativos. Entende-se por imunidade o direito de determinadas entidades não serem obrigadas a recolher impostos por força da CF; por isenção, a liberação de impostos concedida por específicas disposições legais.

finalidades, origem das receitas, administração, extinção e destinação do patrimônio.

Assemelham-se – estruturalmente -, porque têm (a) sede, onde funciona o seu centro de comando, e filiais, quando necessário; (b) estrutura hierarquizada, composta por profissionais de capacidade comprovada e ilibada reputação; (c) conselho curador; (d) diretoria com funções operacionais (cujos membros são remunerados dentro dos parâmetros do mercado (Lei nº 9.532/1997) e da regulamentação da Receita Federal), sendo-lhes facultado instalar conselho fiscal e contratar auditoria externa.

Assemelham-se – funcionalmente -, porque o conselho curador tem a atribuição de deliberar sobre o balanço patrimonial, as demonstrações financeiras e contábeis, o orçamento anual e o programa de trabalho, elaborado pela diretoria com base nos princípios da publicidade e transparência; manifestar-se sobre o planejamento estratégico, a gestão financeira e orçamentária, a política de recursos humanos e eventuais propostas de incorporação, fusão, cisão e transformação da fundação; autorizar a contratação de financiamentos, empréstimos, oneração e alienação de ativos, cujo valor ultrapasse determinado montante; fixar a remuneração dos membros da diretoria; (b) à diretoria incumbe contratar empréstimos e financiamentos; alienar, ou permutar, e onerar bens imóveis ou móveis; garantir adequada e segura gestão do capital de giro e do fluxo de caixa; revisar e aprovar o balanço patrimonial; (c) ao conselho fiscal compete controlar/fiscalizar a gestão contábil, financeira e orçamentária; pedir e examinar documentos contábeis e relatórios econômico-financeiros; emitir parecer técnico sobre as atividades institucionais e contas do exercício social; auxiliar na política de investimentos e na tomada de decisões; informar ao conselho curador, à diretoria e ao Ministério Público irregularidades/ilegalidades, cumprindo destacar que os integrantes desses órgãos devem agir com cuidado e diligência no exercício de suas funções e observar princípios e regras de governança corporativa e *compliance*, e não respondem pelas obrigações contraídas pelas fundações, salvo se agirem com dolo, culpa ou violação do estatuto ou da lei.

Assemelham-se – patrimonialmente -, porque possuem patrimônio social, oriundo, de início, de doação e/ou legado de ativos pelo instituidor (dinheiro, bens imóveis e móveis, títulos e valores mobiliários, direitos de propriedade intelectual), mantido e ampliado por legados e doações de pessoas físicas e jurídicas, rendimentos de aplicações e investimentos financeiros, parcerias e convênios com os setores público e privado, receitas decorrentes de suas atividades institucionais, de marcas, patentes, direitos autorais e de imagem, de convênios ou subvenções governamentais.

Assemelham-se – substancialmente -, porque as fundações privadas, tal qual as empresas, possuem patrimônio material e imaterial, geram receitas e realizam gastos e despesas, contraem obrigações e dívidas, adquirem e cedem direitos, movimentam recursos financeiros e econômicos, celebram contratos de diversas espécies com fornecedores de bens, serviços e créditos, visam produzir impacto social, atender ao interesse público, operar com eficiência e mirar resultados positivos, e, ademais, porque, não obstante as empresas visem produzir lucros e as fundações, atender às demandas de interesse público, ambas obtêm lucros: as empresas, através do exercício exitoso de suas atividades; as fundações, de ganhos de capital e de rendimentos oriundos de investimentos bem sucedidos, de locação de bens móveis e imóveis, de venda/cessão onerosa de bens e direitos ou de publicações, material técnico, dados e informações, exploração de direitos de propriedade intelectual.

Assemelham-se em relação ao Poder Público, porque (a) apresentam declarações à Receita Federal: DIRF (declaração do imposto sobre a renda retido na fonte), EDF-Contribuições (escrituração fiscal digital das contribuições), ECD (escrituração contábil digital), ECF (escrituração contábil fiscal); (b) escrituram as contribuições do PIS/Pasep, incidentes sobre a folha de salários pagos (INRFB nº 2.005, de 2021) no eSocial e declaram na DCTFWeb; (c) prestam contas aos órgãos de fiscalização, quando gozam de imunidade/isenção tributária; (d) recolhem as contribuições destinadas ao INSS e FGTS; (e) retêm o imposto de renda sobre os pagamentos realizados a título de salários, pro labore, aluguers, remuneração paga a terceiros; (f) pagam imposto de renda sobre “os rendimentos e ganhos de capital

auferidos em aplicações financeiras de renda fixa ou variável” (Lei nº 9.532, de 1997, art. 15, § 2º), de alugueres (pagamento pelo carnê-leão, mensalmente), de royalties, venda de produtos etc.³³

Distinguem-se, todavia, porque o objeto das empresas é econômico; o objeto das fundações, filantrópico, isto é, “*o ganho é alma das empresas*”, o bem estar humano, a “alma” das fundações.³⁴

Distinguem-se, ainda, porque, nas empresas, o lucro pode ser destinado (a) à conta de reserva legal, de reserva estatutária, de reserva de lucro; (b) para reinvestimento, contingências, compensação de prejuízos acumulados, constituição de fundo de incentivos ou de benefícios (c) ao pagamento de juros sobre capital próprio ou distribuição de dividendos; enquanto, nas fundações, o lucro é exclusivamente empregado para realização dos fins estatutários e reinvestidos nas atividades sociais, sendo-lhes vedado distribuí-los aos fundadores, administradores ou terceiros.

Distinguem-se, outrossim, porque as empresas, apurado lucro, devem recolher IRPJ, CSLL, PIS e COFINS; as fundações privadas, dedicadas a saúde, educação e assistência social, atendidos determinados requisitos (CTN, art. 14), têm imunidade tributária, que as desobrigam do recolhimento do imposto sobre a renda (CF, art. 150, VI, “c”); reconhecidas como entidades sem fins lucrativos de caráter filantrópico, recreativo, cultural ou científico (Lei nº 9.532/1997, art. 15) e atendidos determinados requisitos, podem ficar isentas do recolhimento do IPTU e do ISS por meio de lei ordinária.

Isto posto, o que – verdadeiramente - importa (e deve preocupar) não é se as fundações privadas são empresas, ou não, mas se elas, capitalizadas com lucros auferidos, doações e legados públicos e privados, programas especiais de financiamento para instituições filantrópicas e auxílio estatal através de incentivos fiscais, são econômica e financeiramente viáveis (LFRE, art. 53, II)!

³³ Este ponto demanda longa exposição, porque, em situações especiais, as fundações têm imunidade quanto ao pagamento do IR (CF, art. 150. § 4º) e à isenção do IPTU (STF, Súmula nº 57) e do ISS (STJ, REsp. nº 144.900/SP). Sobre o tema, *Fundações privadas e imunidade tributária das atividades conexas*, disp. vanin.com

³⁴ Para os gregos, toda ação filantrópica tem por base o “amor à humanidade”.

As fundações não geram, porém auferem lucros, decorrentes, reitere-se, de ganhos de capital e de rendimentos oriundos de investimentos bem sucedidos, de locação de bens móveis e imóveis, de venda/cessão onerosa de bens e direitos ou de publicações, material técnico, dados e informações, exploração de direitos de propriedade intelectual etc.

Destarte, o Poder Judiciário pode – e deve – aplicar, por analogia, o art. 1º da LFRE e deferir os pedidos de recuperação judicial ajuizados por fundações de direito privado,³⁵ como ocorreu nos pedidos formulados – e deferidos – por várias entidades sem fins lucrativos, v.g. Universidade Cândido Mendes, Grupo Metodista de Educação, Hospital Evangélico da Bahia, Fundação Comunitária Tricordiana de Educação, Organização Hélio Alonso de Educação e Cultura, Universidade de Cruz Alta, Associação Luterana do Brasil, Hospital Casa de Portugal, Rede Ulbra de Educação, Fundação Educacional do Município de Assis, Fundação Osório, Fundação São Paulo, Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais; Figueirense Futebol Clube; Associação Chapecoense de Futebol; Futebol Clube Santa Cruz; Coritiba Foot Ball Club; Guarani Futebol Clube; Cruzeiro Esporte Clube; Joinville Esporte Clube.

O deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial das fundações privadas pode embasar-se, outrossim, nos bem lançados fundamentos desses precedentes e no pragmatismo e realismo jurídicos.

IX - O positivismo e as correntes que a ele se opõem

Eméritos magistrados e juristas de escol, na interpretação do art. 1º da LFRE, são fiéis ao princípio da segurança jurídica,³⁶ ao postulado da vinculação do juiz à lei³⁷ e à lição de Montesquieu: “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei.”

³⁵ Se temerário o pedido de recuperação, o juiz, além de indeferir a petição inicial, poderá “oficiar ao MP para tomada das providências criminais eventualmente cabíveis.” (LFRE, art. 51-A, § 6º).

³⁶ Claus – Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª. ed., págs. 134 e segs., ao lecionar sobre os sistemas móveis e imóveis do direito, observa que o sistema de direito alemão é imóvel (como o nosso, ressalte-se), porque “prefere a formação rígida de previsões normativas, que exclua uma determinação variável das consequências jurídicas, em função da discricionariedade do juiz.”

³⁷ Vide A. Kaufmann e W. Hassemer (org), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª. ed., pag. 299.

Essa respeitável corrente de pensamento apregoa que o juiz deve limitar-se à estrita aplicação do direito positivo, eis que “(...) o juiz, no Estado legalista, não pondera os interesses de acordo com a sua fantasia, mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador. Vale o princípio da fidelidade à lei,”³⁸ porquanto “o direito é o comando do soberano” (Hobbes) e o juiz, “o oráculo do direito” (Blackstone), só estando autorizado a criar “direito” quando ele for omissio, ou expresso em palavras vagas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados.

Ilustres opositores asseveram que o direito, como ciência prática, é um instrumento a serviço do ideal de justiça, que o magistrado deve aplicar a norma legal em função do contexto factual e dos efeitos práticos da decisão e que os julgados devem perseguir os melhores resultados possíveis sob o aspecto da eficiência econômica e social na linha traçada pelo realismo-pragmático ou pragmatismo-realista.³⁹

A - Positivismo jurídico

O positivismo jurídico clássico, ou dogmatismo, ou normativismo,⁴⁰ argumenta que o direito é um conjunto sistemático, completo, harmônico e perfeito de conceitos, expresso em regras positivas, que interagem e se completam, sem lacunas, sem obscuridades, sem antinomias, sem contradições, razão pela qual o juiz deve ater-se à lei e analisá-la cuidadosa e metódicamente através dos elementos histórico, gramatical, lógico, sistemático e teleológico, do processo analítico-lógico-dedutivo e do princípio da subsunção.

O positivismo jurídico atual não se limita às escolas da exegese, da jurisprudência analítica e da jurisprudência conceitual, porque ele é, também, o positivismo utilitarista e descritivo de Austin; o positivismo sociológico-analítico de Hart, alvo de acirrado ataque de Ronald Dworkin;⁴¹ o positivismo, primeiro,

³⁸ Karl Engish, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 6^a. ed., pag. 370.

³⁹ Posner entende que o pragmatismo é o “meio-termo” entre o “formalismo e o realismo”, *Introdução: pragmatismo, economia e realismo, in Para além do direito*, Martins Fontes, 1^a. ed., págs. 4/5.

⁴⁰ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*”, Saraiva, 12^a. ed., p. 410, nº 159.

⁴¹ Herbert Hart, na primeira parte do pós-escrito do seu mercedidamente famoso *O conceito de direito*, Martins Fontes, 2018, escreve que Dworkin “sustentou que praticamente todas as teses que distinguem o presente livro estão radicalmente equivocadas”, aduzindo que outros adversários “afirmaram haver, na exposição de algumas de minhas teses, não só obscuridades e imprevisões, mas, em alguns pontos, efetiva incoerência e contradição” (pag. 308), admitindo, com a invejável humildade dos autênticos homens de

estruturalista, depois, funcional, de Bobbio; o positivismo hartiano pré-inclusivo de David Lyons,⁴² o positivismo normativo de Maccormick.⁴³

O juspositivismo é cada um deles (com certos e determinados reparos) e todos eles juntos (com as necessárias revisões/adaptações/atualizações), embora sempre haverá de existir, como em qualquer teoria das ciências humanas ou culturais, espaços a preencher, imprecisões a aclarar, dúvidas a dirimir.

Observe-se, por oportuno e a bem da verdade, que as críticas ao positivismo jurídico⁴⁴ não abalaram nem os seus alicerces, nem o seu prestígio (ele permanece o método hegemônico de interpretação e aplicação da lei), nem a sua utilização diuturna e contínua pelos operadores do direito.

Não obstante, frise-se, embora predominante aqui e alhures, ontem e hoje, há situações, como sói ser a do art. 1º da LFRE, nas quais o juspositivismo acarreta indiscutível denegação de Justiça.

Até Hans Kelsen admitiria que, *in casu*, há negação do direito justo, se considerada sua concepção de direito justo: “O direito justo é imanente à realidade social e somente pode ser encontrado através de cuidadosa análise desta mesma realidade, e não pela análise de quaisquer leis estaduais.”⁴⁵

Para o magnífico líder do movimento de “purificação do direito”,⁴⁶ direito justo é produto natural e necessário da vida do homem em sociedade (“imanente à

bem, “que, num número incomodamente grande casos, meus críticos estavam certos, (...) aproveitando o pós-escrito para tornar mais claro o que estava obscuro e para revisar o que havia escrito originalmente nos pontos incoerentes e contraditórios.” (p. 309).

⁴² Positivismo hartiano pré-inclusivo: considera que as críticas de Dworkin foram mal-entendidas e que não há nada para ser reelaborado na teoria original de Hart.

⁴³ Positivismo normativo: o positivismo não é uma descrição de como o direito é, porém como deveria ser para atender aos ditames de uma sociedade livre e democrática.

⁴⁴ A doutora em Filosofia do Direito da Universidade de Salamanca, Loiane Prado Verbicaro, e a assessora jurídica junto à Procuradoria Geral do Estado do Pará, Flávia Góes Costa Ribeiro, in *A Renovação do Positivismo Jurídico sob a Perspectiva de sua Versão Inclusiva*”, resultado de laboriosa pesquisa no Direito Comparado, esclarecem: “(...) as considerações apresentadas na pesquisa” seriam “em torno da desmistificação do senso comum e dos discursos falaciosos sob a teoria positivista do direito, a qual é alvo de más compreensões e interpretações por parte da academia, de forma a demonstrar que tal doutrina, atualmente, a despeito dos questionamentos, não foi superada”. O seu profícuo trabalho levou-as a anotar: “(...) as teorias partiram de incompreensões da teoria positivista (...) o aparente ataque não realizou nenhuma crítica real e efetiva ao positivismo, seja considerando a recuperação e/ou atualização do modelo positivista, para adequar-se e responder à tentativa de ataque desestrutivista. Trata-se de modelo hegemônico no mundo anglo-saxão, dominado pela filosofia analítica.” (Revista Jurídica Cesumar, 2017, vol. 17, nº 2, págs. 401/3).

⁴⁵ *Teoria pura do direito*, Martins Fontes, 2018, p. 281

⁴⁶ Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, Saraiva, 12ª. ed., 456

realidade social”); exclusivamente uma “cuidadosa (isenta e responsável) análise” da “realidade” pode “encontrá-lo”, jamais “pela análise (pura e simples) de quaisquer leis estaduais”, cumprindo ressaltar, por oportuno, que, nesta passagem, ele não se afasta, muito menos nega, a essência do seu pensamento, mas o amplia/complementa, dando-lhe uma dimensão prática, como o teriam feito os realistas jurídicos.⁴⁷

B – Realismo jurídico

Direito é um produto da vida do homem no mundo real, fruto de fatos sociais e históricos; ele não surge do nada, do vazio, nem é cria da legislação, de noções metafísicas, de valores transcendentais, proclamam os adeptos do realismo jurídico.

Alf Ross,⁴⁸ prócer da Escola de Copenhague e integrante do realismo escandinavo, acentua que é crucial, para escorreita compreensão e aplicação do direito, eliminar os apriorismos racionalistas ou axiomáticos, concebidos pelos idealistas (o direito faz parte essencial do mundo das ideias), eis que o direito é pura e simplesmente um inquestionável fato social, que só pode ser entendido através de critérios empíricos e aplicado com apoio em considerações baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado.⁴⁹

C – Pragmatismo jurídico

O pragmatismo jurídico rejeita a abordagem metafísica no campo do direito e da moral, fundamenta-se no conceito empírico e materialista da realidade e vale-se dos princípios da observação e verificação dos fatos e fenômenos sociais na esteira do neopositivismo ou neoempirismo lógicos, para entender, interpretar e aplicar o direito ao caso concreto submetido ao Judiciário.

Richard A. Posner, expoente da Universidade de Chicago e defensor do pragmatismo jurídico norte-americano, em seu *Problemas de filosofia do direito*,⁵⁰ critica os formalistas (positivistas e jusnaturalistas) por insistirem - contra todas as

⁴⁷ Reale, ao discorrer sobre a doutrina de Kelsen e acentuar que há “crescentes pontos de contato” entre as escolas do “neopositivismo, no campo da Filosofia científica, e outra, a de Kelsen, nos domínios do Direito,” destaca: “A Teoria Pura é, nesse sentido, uma teoria radicalmente realista e empírica.” (ob. cit., p. 458, nota de rodapé nº 4).

⁴⁸ *Direito e Justiça*, Edipro, 2.000, págs. 165/174.

⁴⁹ Ob. cit., p. 175.

⁵⁰ Martins Fontes, 2.007.

evidências - que o direito é um sistema homogêneo, completo e autônomo de ideias, basicamente um “conceito ou um grupo de conceitos”,⁵¹ que tem em mira a exatidão formal e não material,⁵² sem nenhuma preocupação com os efeitos teóricos e práticos, imediatos e mediados, das decisões judiciais.

Devido aos efeitos bons ou maus, próximos ou remotos, que as decisões de sua lavra vão produzir, o juiz deve “olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana”,⁵³ “limitação da razão humana” que manteve intocada a redação do art. 1º da LFRE, cuja aplicação literal conduzirá à derrocada as fundações privadas que vierem a enfrentar sérias dificuldades financeiras, muitas vezes provocadas pela ignobil cupidez de credores empedernidos, os quais, obstinadamente, insistem em fazer prevalecer o seu direito de crédito, pouco lhes importando as péssimas consequências que advirão da quebra de uma instituição benficiante.

X – O direito é uma ciência prática, uma ciência aberta

A – O direito como ciência prática

“O fim é o criador de todo o direito”,⁵⁴ o direito, “uma prática social”,⁵⁵ uma atividade, que visa à tomada de decisões, uma ferramenta a serviço da Justiça, o que conduz à indagação de Robert Alexy: “*Qué es ló debido en los casos reales o imaginarios?*”,⁵⁶ isto é, o que é correto, adequado, pertinente, justo, em situações reais/concretas ou imaginárias/hipotéticas? O que cumpre ao juiz fazer com base na lei, na moral e, sobretudo, nos “princípios universais de justiça”? (John Rawls), ou na linha do tridimensionalismo jurídico: fato-contexto social, valor-princípios e norma-lei em vigor? (Miguel Reale), ou de acordo com a “justiça corretiva” da *Ética a Nicômaco*? (Aristóteles)

⁵¹ Ob. cit. p. 614.

⁵² Idem, p. 610.

⁵³ Posner, idem, p. 621.

⁵⁴ Rudolf Von Ihering, no prefácio à sua obra seminal, o fim do direito, afirma: “(...) *El pensamiento básico de la obra presente consiste en esto, que la finalidad es la creadora de todo el derecho, que no hay ningún precepto jurídico que no deba su origen a un objetivo, es decir a un motivo práctico.*”, in *El fin en el derecho*, Comares, 2000, p. LX.

⁵⁵ Richard Posner, *Um manifesto pragmático*, in *Problemas de Filosofia do Direito* cit., p. 608.

⁵⁶ “(...) *la ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central resa: ¿Qué es ló debido en los casos reales o imaginarios? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez.*” *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª. ed, p 33.

Nos conflitos de interesses, submetidos ao crivo do Poder Judiciário, a solução deve ser pautada pelo direito positivo, inclusive com o uso da interpretação extensiva ou analógica, pelos princípios gerais do direito e – insisto – pelo ideal de Justiça; nas formulações abstratas, o juiz deve, através das teorias da argumentação e do raciocínio jurídicos, encontrar os meios capazes de dar respostas válidas e eficazes aos litígios que tiver que dirimir.

B- O direito como ciência aberta

O direito é uma “ciência aberta”⁵⁷ (porque inspirado/criado/imposto/mantido/alterado/revogado/caído em desuso, no tempo/espaco, por fatores humanos/políticos/sociais/econômicos), representado, no mundo real, por um conjunto dinâmico (eis que em permanente mudança/evolução/retrocesso), nem sempre harmônico (devido às antinomias), incompleto (porquanto padece de lacunas), imperfeito (porque muitas vezes vago, poroso, obscuro, contraditório ... injusto), amiúde formulado em linguagem demasiadamente genérica, ambígua, imprecisa, com elevado grau de abstração, prenhe de “casos difíceis” em virtude de normas de “textura aberta” e “zonas de penumbra de incerteza”, que não abarcam imprevisíveis situações do homem em sociedade, ou não as resolvem satisfatoriamente, daí porque o juiz, quando chamado a julgar o “caso concreto”, não pode circunscrever-se à lei, nem limitar-se ao uso do método analítico-lógico-dedutivo e ao processo de subsunção, muito menos ignorar os resultados práticos do seu julgamento, cabendo ressaltar que não me refiro ao “consequencialismo jurídico” norte americano, eis que a LINDB se inspirou nessa corrente, porém não a acolheu totalmente, eis que o seu art. 20 somente pode ser invocado quando a decisão for tomada “com base em valores jurídicos abstratos”.

Consciente de que o direito positivo anda - vezes sem conta - a reboque dos fatos e fenômenos sociais, das exigências da vida, do “direito vivo”, do “direito concreto”, do “direito real”, o juiz, além de arrimar-se, como ponto de partida, nos textos legais, deve socorrer-se de elementos empíricos, metalegais,

⁵⁷ Expressão colhida no artigo *O consequencialismo jurídico e os reflexos de sua utilização na sociedade brasileira*, de Daiana El Omairi Schanoski, Odilon Rogério Burgath e Simone Alexandra Damas Chaicoski, disp. dej.fgv.br

metanormativos, adequar à lei aos dados da realidade e desvendar o direito no mundo dos fatos, para fazer justiça, fim último do direito.

Mesmo diante de claros dispositivos de lei - como sói ser o caso do art. 1º da LFRE -, para fazer justiça ao jurisdicionados que invoquem a sua proteção, o juiz deve empenhar-se, além de uma exegese com respaldo nos meios clássicos de interpretação do direito e do processo de subsunção, na interpretação analógica/pragmático/realista/construtiva, única maneira de equacionar as miríades de velhos e novos fatos, atos, negócios e situações que se sucedem em vertiginosa velocidade nos dias atuais em todos os ramos do direito e atender aos reclamos de uma sociedade em célebre, incontida e perene transformação.

XI – Conclusões

Embora *revista* há apenas quatro anos, a LFRE não concede, *expressamente*, o benefício da recuperação judicial às fundações de direito privado, porém *por extensão analógica*, o que me leva a concluir:

1ª. O arcaísmo do art. 1º da LFRE salta aos olhos *vis-à-vis* a diversas leis de reorganização judicial e extrajudicial de pessoas físicas e jurídicas em estado de crise econômico-financeira; é chocante compará-lo ao art. 1º, 1., da Lei de Concursos da Espanha, que trata do pressuposto subjetivo e estatui em uma oração contundente: “*La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*”, ou ao art. L-611-1 do Código de Comércio da França: “*(...) toute personne morale de droit privé (...)*”.

2ª. Embora as fundações privadas não sejam sociedades empresárias, a elas se equiparam sob os aspectos formal, estrutural, funcional, patrimonial, substancial e em relação ao Poder Público; quanto ao objeto e à destinação dos lucros, não se equiparam.

3^a. O fato de o ganho ser a “alma” das empresas e o bem estar humano, a “alma” das fundações, ao invés de impedi-las de recorrerem ao Judiciário, deveria ser fundamento para lhes ser assegurado o privilégio de valerem-se da LFRE.

4^a. A regra do art. 1º da LFRE deve ser aplicada por extensão analógica às fundações de direito privado por haver entre elas e as sociedades empresárias mais pontos de conexão e convergência do que de diferenças e divergências, e, outrossim, com base nos sólidos argumentos dos precedentes discriminados no item VIII supra e nas lições do pragmatismo e realismo jurídicos e do racionalismo crítico de Popper.