

A Incompatibilidade do pedido de Recuperação Judicial pelas Cooperativas Médicas com o Regime Administrativo da Liquidação Extrajudicial

Letícia Agostinho Mouro¹
Lucas Goulart Consulmagnó Prata²
Paulo Renato Rodrigues Assis³

RESUMO

O presente artigo visa analisar a possibilidade ou não do pedido de recuperação judicial pelas operadoras de planos de saúde, incluindo sociedades cooperativas médicas a partir da análise do ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, buscamos analisar como o tema é tratado pelo ordenamento jurídico nacional, em especial, à luz das Leis 9.656/98, 11.101/05 14.112/2020 e o Código Civil, sob uma perspectiva unitária e harmônica das disposições legais, bem como a doutrina e a jurisprudência se posicionam sobre o tema. Para realizar a análise, foi realizada tanto uma pesquisa bibliográfica a partir de doutrinas brasileiras, quanto uma pesquisa documental e jurisprudencial sobre o tema, constatando por meio das pesquisas que há uma divergência entre os autores em relação à possibilidade ou não do pedido de recuperação judicial das operadoras de planos de saúde e cooperativas médicas. Após realizada uma profunda análise das fontes utilizadas nesse trabalho, concluiu-se pela impossibilidade do pedido de recuperação judicial das cooperativas, pois, em que pese a constitucionalização do direito empresarial ea necessária análise legal sob a ótica constitucional, não se vislumbra a possibilidade do pedido recuperacional por expressa vedação legal e incompatibilidade do pedido com o procedimento de Liquidação Extrajudicial, não podendo o judiciário ignorar as normas que impedem o pedido.

PALAVRAS CHAVES: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. COOPERATIVAS MÉDICAS.

¹ Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (2020). E-mail: leticiamouro@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (2018). E-mail: lucasconsulmagnó@hotmail.com

³ Pós-graduado em Processo Civil (2021). E-mail: paulorenato.adv@outlook.com

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.101/2005 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da recuperação judicial e extrajudicial, acarretando um grande avanço no campo do direito empresarial ao permitir a preservação da empresa por meio do referido instituto, viabilizando que a empresa em situação de crise, superasse tal quadro mantendo o emprego dos seus trabalhadores, respeitando os interesses e direitos dos credores, além de atender à função social da empresa tão interessante para um Estado pautado na livre iniciativa.

Contudo, a própria Lei 11.101/2005, ao definir quem seriam os agentes sujeitos à Lei, acabou por excluir determinados sujeitos, entre estes as sociedades que fossem consideradas não empresárias, conforme art. 1º, caput da referida lei. A problemática da exclusão das sociedades não empresárias, é que por expressa determinação do Código Civil, as sociedades cooperativas são sociedades simples, e portanto, é inaplicável a recuperação judicial a essas sociedades.

Porém, não se deve analisar as cooperativas médicas por um ponto de vista estritamente legal. No plano fático as cooperativas médicas se enquadram no conceito que o legislador, por meio da Teoria da Empresa, definiu como empresário em nosso ordenamento. Dessa forma, surgem dúvidas sobre a possibilidade de aplicação do regime de Recuperação Judicial e Extrajudicial da Lei 11.101/05, tendo em vista que há uma possível incompatibilidade entre a realidade e o texto legal, aumentando ainda as incertezas com a introdução do art. 6º, §13º na Lei 11.101/05 pela Lei 14.112/2020.

Não obstante, as cooperativas médicas e as operadoras de planos de saúde possuem regulação específica pela Lei 9.656/98. Na análise específica desta norma, o artigo 23, prevê uma impossibilidade das operadoras requerer concordata e não sujeição das mesmas à falência ou insolvência civil, e mais, aplicando-se a elas, exclusivamente o regime de liquidação extrajudicial.

Dessa forma, nos pareceu que o objetivo do legislador, foi criar um arcabouço legislativo que impede as aplicações dos institutos da Lei 11.101/2005, em especial da Recuperação Judicial e Extrajudicial, principalmente por possuir um objetivo

principal a proteção aos direitos dos beneficiário dos planos de saúde, e não a preservação da empresa. Além disso, ressalta-se que há época da Lei 9.656/98, não havia no ordenamento o instituto da Recuperação Judicial, sendo impossível uma lei vedar algo que na época nem existia.

Corroborando com tal entendimento sobre a prevalência de um regime de liquidação extrajudicial, a ANS, por meio da Resolução Normativa 316/2012, dispõe sobre o procedimento dessa liquidação.

Portanto, há um claro conflito entre o objetivo principal da recuperação judicial e da liquidação extrajudicial. Tais institutos são tratados em leis diversas, mas vigentes no mesmo ordenamento jurídico, portanto, devem ser analisadas de forma integrada e harmônica.

1. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A recuperação judicial, é um aparato estatal previsto no ordenamento jurídico brasileiro, para fornecer meios de superação das crises que afetam as empresas. O exercício da atividade empresária, como bem aponta Tomazette (2017, p. 35), pode ensejar dificuldades naturais do próprio exercício da empresa, que podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos.

Dentre as crises que a empresa pode se sujeitar, a doutrina usualmente aponta a crise de rigidez, eficiência, econômica, financeira e patrimonial. Tais crises podem existir em conjunto ou isoladamente na empresa, contudo, nem todas essas crises por sua relevância merecem a devida proteção do ordenamento jurídico, como destaca Tomazette (2017, p. 38) “as crises econômicas, financeiras e patrimoniais são mais preocupantes, na medida em que podem representar a inadimplência e o aumento do risco dos credores, bem como a redução de empregos”.

Ressalte-se que preferencialmente as crises devem ser superadas pelo que se chama de soluções de mercado, sem a intervenção estatal, tendo em vista o princípio da livre-iniciativa, sendo a solução estatal a última via de superação de crise em um mundo ideal. As soluções estatais, são meios que o próprio Estado desenvolve e fornece para os empresários superarem suas crises, no Brasil, destaca-

se a Recuperação Judicial e Recuperação Extrajudicial.

O artigo 47 da Lei 11.101/2005, dispõe que:

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

Pela leitura do texto legal, percebe-se que o legislador reconhece a possibilidade de a empresa entrar em uma crise, e tendo em vista o princípio da preservação da empresa, entende que é necessário um mecanismo que viabilize a manutenção da atividade empresária, a fim de evitar prejuízos a todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente nas relações empresariais.

A Recuperação Judicial, vai além de ser um simples meio de superação de uma crise econômico-financeira, pois, na realidade é um instrumento cooperativo de superação da crise, uma vez que visa atender diversos interesses envolvidos no exercício da atividade empresarial, dos devedores, credores, consumidores e do próprio Estado, como bem aponta Sacramone (2021).

Sacramone (2021) destaca que a Lei 11.101/2005, ao elevar a preservação da empresa como principal alicerce da Recuperação Judicial, afasta a ideia que o concurso de credores possui um caráter meramente liquidatório, e obriga, a todos os interessados, a conciliarem seus interesses dentro do processo de recuperação, assegurando interesses de empregados, consumidores e terceiros.

A superação da crise é necessária e muito desejável, pois, com o encerramento das atividades empresárias ou pela decretação da falência, há a demissão de funcionários, diminuição de circulação de produtos e serviços ofertados no mercado, prejuízo para credores, consumidores, fornecedores e demais outras consequências. Contudo, como bem aponta Salomão (2020, p. 24) “a regra, portanto, é buscar salvar a empresa, desde que economicamente viável.”, ou seja, não basta somente que exista a situação de crise na empresa, mas também deve existir a possibilidade de superação da mesma.

É importante utilizar com cautela os meios estatais para a solução das crises da empresa, sob pena de se transferir o risco da insolvência da empresa aos seus

credores e funcionários, atingindo diretamente toda a sociedade, em especial, os hipossuficientes que possuem relação com essas empresas, afinal, como bem apontam Sacramone (2021, p.124) “a função social da empresa somente será produzida se a atividade for lucrativa e eficiente. Apenas a atividade economicamente eficiente tem condição de se perpetuar em mercados competitivos e gerar os benefícios pretendidos pela Lei a todos”.

1.1. Sujeitos da Recuperação Judicial

O legislador nos artigos primeiro e segundo da Lei 11.101/2005, definiu disposições sobre os sujeitos passivos da recuperação judicial, vejamos:

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

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Pela simples leitura, observa-se que é possível a recuperação judicial do empresário e da sociedade empresária, por outro lado, é inadmissível a recuperação de empresas públicas, sociedade de economia mista, instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às já citadas.

A regra é que somente sociedades consideradas empresárias pelo ordenamento pátrio estão sujeitas à recuperação judicial, estando as demais pessoas jurídicas de direito privado, excluídas do rito ordinário da Lei 11.101/05.

Para se definir o que seriam sociedades empresárias, o Brasil adotou expressamente a chamada Teoria da Empresa, importando o conceito de empresarialidade para delimitar a incidência do regime jurídico comercial como bem aponta Ramos (2020, p.78).

O Código Civil, em seu artigo 966, define ser empresário aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação

de bens ou de serviços.”. A doutrina ao analisar o dispositivo legal, destaca alguns elementos indispensáveis à caracterização de empresário, sendo eles a profissionalidade, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços, contudo, divergir na nomenclatura utilizada para tais características.

Profissionalidade está ligada à forma com que aquela pessoa, física ou jurídica, exerce a atividade empresária, devendo ela ser sua profissão habitual. Coelho (2020, p. 22), também destaca a profissionalidade sob o aspecto da personalidade e o empresário como detentor do monopólio das informações daquela atividade ou serviço da sua empresa.

Atividade, como bem explica Teixeira (2020, p. 76), está ligado a série de atos executados de forma organizada e racional para alcançar determinado fim, que no caso, é a produção ou circulação de bens ou serviços, logo, a empresa é uma atividade. Na visão de Ramos (2020, p.148), a atividade é exercida com finalidade lucrativa, contudo, a ideia de lucro está relacionada a utilidade, e não propriamente dinheiro.

Por organizada, Coelho (2020, p. 23) entende que “A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, os quatro fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia.”

Por fim, a produção ou circulação de bens ou serviços também é elemento essencial para definir atividade empresária, pois, somente por esses atos, é possível que ocorra a mudança de titularidade dos produtos e a consequente circulação do capital.

Ressalte-se que as operadoras de planos privados de assistência à saúde, à princípio, não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão somente ao regime de liquidação extrajudicial. De acordo com a Lei n.º 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), somente estão sujeitas ao regime falimentar quando no curso da liquidação extrajudicial, for verificado que:

- I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários;
- II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou
- III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

Veremos que em relação às Cooperativas de Plano de Saúde, porém, há uma discussão sobre a possibilidade de aplicação do Instituto da Falência e da Recuperação Judicial nos mesmos moldes de sociedades empresárias, notadamente após a Reforma implementada pela Lei nº 14.112/2020.

2. DISCIPLINA NORMATIVA APLICÁVEL ÀS SOCIEDADES OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E COOPERATIVAS MÉDICAS

2.1. Sociedades Operadoras de Planos de Saúde, Cooperativas Médicas e a (im) possibilidade do Pedido de Recuperação Judicial

As Cooperativas segundo o artigo 4º da Lei 5.764/71 “são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados (...)”.

A forma da delimitação da incidência do regime jurídico comercial no Brasil, foi a adoção no Código Civil de 2002 da Teoria da Empresa, já explicitada no item anterior. Contudo, o legislador pátrio foi além, e determinou no parágrafo único do artigo 982 que independentemente do seu objetivo, as cooperativas serão consideradas sociedades simples, portanto, não empresárias.

Segundo Polonio (2004), a grande diferença entre as sociedades empresárias e as cooperativas, é a finalidade do lucro, que não ocorre nesta, sendo a cooperativa mera prestadora de serviços a seus associados. Em razão, quem de fato busca o lucro são os associados das cooperativas e não a sociedade.

Ao analisarmos as cooperativas sob a ótica da Teoria da Empresa, percebemos que várias cooperativas existentes em nosso país, enquadram-se na definição de empresário definido pelo Código Civil, estando, em princípio, enquadrada nos moldes da sociedade empresária citada no caput do art. 1º da Lei 11.101/05.

A evidente marca da empresarialidade é facilmente observada quando analisamos os dados referentes às cooperativas no Brasil. Em 2018, a revista Exame⁴ divulgou um ranking com as 1000 maiores e melhores empresas do Brasil, dessa lista, 66 são cooperativas e 4 aparecem nas primeiras 100 colocadas.

⁴<https://www.somoscooperativismo.coop.br/noticia/21213/mais-de-60-cooperativas-estao-entre-as-maiores-e-melhores>

Porém, apesar do seu enquadramento fático como uma sociedade empresária, a disposição legal do parágrafo único do art. 982, afasta tal tese, ao afirmar que independentemente de seu objeto, a cooperativa será considerada uma sociedade simples, criando uma possível celeuma jurídico.

Além disso, parece haver um eventual conflito de normas, uma vez que o art. 18 da Lei 5.764/71, determina que as cooperativas devem ser registradas na Junta Comercial, reforçando a natureza empresarial das cooperativas, enquanto o artigo 1.150 do Código Civil afirma que a sociedade simples deverá ser registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Explanando essa nebulosidade acerca da natureza das cooperativas, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

“Embora não se trate de um tipo de sociedade empresária, possuindo regime jurídico próprio, reveste-se na realidade da condição de ente híbrido, pois, tanto a lei, como a jurisprudência, têm lhe estendido alguns institutos próprios das sociedades empresárias [...] desta maneira, as cooperativas ficam a meio caminho entre as sociedades civis e as sociedades empresárias, cabendo-lhe a natureza jurídica de ente híbrido, ou de sociedade “sui generis”.

Nos parece cristalino que há um claro desarranjo legal sobre o tema, uma vez que claramente a maioria das cooperativas exercem atividades empresárias e apesar disso, são consideradas sociedades simples por opção do legislador.

A pergunta que ainda paira é se as cooperativas de planos de saúde podem ou não se valer da recuperação judicial. Teixeira (2019, p. 700- 701), sustenta que:

[...] Há decisões no Poder Judiciário autorizando a recuperação de cooperativas em razão do princípio da preservação da empresa, como, por exemplo, em Minas Gerais, Comarca de Alpinópolis, Processo n. 0009255-05-2011, em que foi deferida a recuperação judicial a uma cooperativa rural. Tem-se justificado a aplicação da recuperação de empresas à cooperativa, quando esta estiver organizada como empresa, ou seja, desenvolvedora de atividade econômica organizada com profissionalidade, visando a produção ou a circulação de bens ou de serviços. [...] o instituto da recuperação de empresas pode ser aplicado às cooperativas em geral (não as cooperativas de crédito) por desenvolverem atividade empresarial e em razão do princípio da preservação da empresa (que visa a manutenção dos empregos, o recolhimento de tributos etc.). Porém, as cooperativas não se submetem à falência, mas sim a liquidação extrajudicial por força da exclusão do art. 2º, *caput*, da Lei n. 5.764/71;

Cumprе destacar que o tema não é pacífico na doutrina, existindo autores que defendem a impossibilidade da recuperação judicial pelas cooperativas de plano de saúde. Na prática, há decisões judiciais se posicionando tanto pela possibilidade quanto pela impossibilidade, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. COOPERATIVA SUJEITA À LIQUIDAÇÃO. EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI DE FALÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As sociedades cooperativas não se sujeitam à falência, dada a sua natureza civil e atividade não-empresária, devendo prevalecer a forma de liquidação extrajudicial prevista na Lei 5.764/71, que não prevê a exclusão da multa moratória, nem a limitação dos juros moratórios posteriores à data da liquidação judicial condicionada à existência de saldo positivo no ativo da sociedade. (AgRg no REsp 999.134/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 21/09/2009).

Noutro giro, tivemos um caso pioneiro da Unimed Petrópolis/RJ, em outubro de 2018 no processo de nº 0022156-21.2018.8.19.0042, em tempo, o Exmo. Sr. Juiz Jorge Luiz Martins Alves, entendeu pela legitimidade do pedido de recuperação judicial, tendo em vista que a atividade da mesma é empresarial e que o resultado previsto pela Lei 9.656/98, seria extremamente lesivo aos contraentes da referida cooperativa, sendo a forma prevista na Lei 11.101/05 a mais adequada para a continuidade do negócio, nas palavras do magistrado:

[...] as Cooperativas Operadoras de Planos de Saúde têm formato híbrido na medida em que os destinatários de suas atividades são pessoas distintas, quais sejam: de um lado, os cooperativados, via de regra profissionais da medicina e efetivos prestadores do serviço oferecido pelo plano de saúde e, de outro lado, os usuários contratantes do serviço. [...] entendo que Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico não mais se adequa à definição e propósitos primevos da espécie "cooperativa" porquanto a interrelação e a conexidade com plúrimos segmentos negociais que estão indissociavelmente imbricados para a efetividade de sua atividade-fim, deslocam-na para um fato consumado porque observamos que ocorre uma espécie de transmutação metafísica para a categoria de "atividade empresária" na qual adquirem relevo sua função social [...] Exatamente porque Unimed Petrópolis Cooperativa de Trabalho Médico ostenta essas peculiaridades tanto em sua atividade-meio, quanto em sua vitoriosa (no espectro social) atividade-fim, estou convencido de que inexistente qualquer óbice à submetê-la, sem restrição, ao regramento da Lei 11101/05, instrumento legal que reúne todos os meios e modos que lhe permitirão afastar os transtornos, encontrar a solução para os problemas que lhe afligem e retomar o prestígio sócio-econômico [...]

Recentemente o STJ no AgInt no TP 3.654/RS, decidiu em sede recursal que Associações civis sem fins lucrativos com finalidade e atividades econômicas detêm legitimidade para requerer recuperação judicial. Apesar de ser um instituto diverso das operadoras de saúde, os fundamentos levantados no julgamento se mostram muito pertinentes, vejamos:

“(...) Em diversas circunstâncias, as associações civis sem fins lucrativos acabam se estruturando como verdadeiras empresas do ponto de vista econômico, em que, apesar de não distribuírem o lucro entre os sócios, exercem atividade econômica organizada para a produção e/ou a circulação de bens ou serviços, (...) apesar de não serem sociedade empresária propriamente dita, possuem imenso relevo econômico e social, seja em razão de seu objeto, seja pelo desempenho de atividades perfazendo direitos sociais e fundamentais em que muitas vezes o Estado é omissivo e ineficiente, criando empregos, tributos, renda e benefícios econômicos e sociais. (...) É justamente em razão de sua relevância econômica e social que se tem autorizado a recuperação judicial de diversas associações civis sem fins lucrativos e com fins econômicos, garantindo a manutenção da fonte produtiva, dos empregos, da renda, o pagamento de tributos e todos os benefícios sociais e econômicos decorrentes de sua exploração.

Diante do exposto, resta claro que as principais teses que sustentam o pedido dessas empresas, é que as cooperativas, apesar de serem sociedades simples, em sua maioria realizam no campo fático, atividade evidentemente empresarial, e que o encerramento de suas atividades causariam um prejuízo à todos envolvidos economicamente, mas em especial aos consumidores.

2.2. Lei 14.112/2020: Uma abertura para a recuperação judicial das cooperativas?

Ressalte-se que a análise até agora foi feita antes da entrada em vigor da Lei 14.112/2020, que alterou diversos dispositivos da Lei 11.101/05 e adicionou diversos outros, entre eles o §13º do art. 6º da referida lei, que dispõe que:

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.

De início, percebe-se que o referido comando normativo tem claramente duas

partes, uma que dispõe sobre a não sujeição dos efeitos da recuperação judicial aos atos cooperativos, e de outro, com uma redação mais confusa, argumentando que “consequentemente” não se aplica a vedação do art. 2º, inciso II, quando a sociedade cooperativa médica.

A palavra “consequentemente” remete a algo conclusivo, é o resultado de algo, contudo, a segunda parte da norma citada, em nada dialoga com a primeira parte, estando o referido texto legal completamente fora de sintonia.

Na realidade, é tão confuso o texto legal que é difícil extrair qual era a real intenção do legislador, se era de fato excluir da vedação contida no art. 2º, inciso II para as sociedade operadora de plano de assistência à saúde, ou se era tão somente prever a exclusão para as cooperativas médicas, o que seria atecnia, uma vez que a vedação ao pedido da recuperação judicial pelas cooperativas médicas não decorre do art. 2º, inciso II, e sim do art. 1º da lei 11.101/2005, como bem aponta Marcelo Barbosa Sacramone⁵.

Cumprе ressaltar que o dispositivo havia sido objeto de veto presidencial e, nesta oportunidade, o Ministério da Saúde apontou contrariedade ao interesse público e violação à isonomia por dar tratamento diferenciado às cooperativas médicas em relação aos demais tipos societários na saúde suplementar, que se sujeitam, igualmente, ao regime de liquidação extrajudicial. Além disso, a Mensagem de veto pontuou que a “excepcionalidade impacta nas concessões de portabilidade especiais de carências a beneficiários de operadoras a serem compulsoriamente retiradas do mercado regulado”, com risco de desassistência.

Vale ressaltar que nem toda sociedade operadora de plano de assistência à saúde é cooperativa médica, havendo inúmeras sociedades empresariais que exercem a atividade na saúde suplementar e, que, por força do art. 2º, inciso II, da Lei n.º 11.101/05, são afastadas do tratamento conferido pelo Diploma normativo.

Fato é que com o dispositivo legal em vigor, houve interessante decisão no processo de nº 0812924-95.2021.8.15.2001⁶, cujo objeto era o pedido de recuperação

⁵<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/342636/rejeicao-dos-vetos-presidenciais-as-alteracoes-na-lei-11-101-05>

⁶<https://www.tjdft.jus.br/institucional/administracao-superior/corregedoria/comunicados-falencias/revogacao-judicial/uni-med-norte-nordeste-federacao.pdf>

da Unimed Norte e Nordeste, tendo o juiz da causa, o Sr. Romero Carneiro Feitosa, deferido o processamento do pedido recuperacional, utilizando-se do referido fundamento legal, vejamos: “A lei é verdadeiramente clara. Após a reforma, não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de se deferir a recuperação às sociedades cooperativas médicas operadoras de plano de saúde que estejam em crise”.

Não obstante o entendimento do referido magistrado, continua havendo debates na doutrina sobre a clareza e a constitucionalidade do referido texto legal, bem como suas possíveis implicações jurídicas, sendo certo, porém, que a alteração conferida com exclusividade às cooperativas médicas ignora a proteção especial conferida ao exercício da atividade, que motivou o legislador à previsão de Regime Especial de Direção Fiscal e de Liquidação Extrajudicial, conforme abordado a seguir.

3. O REGIME ESPECIAL APLICÁVEL ÀS OPERADORAS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

3.1 Regime Especial de Direção Fiscal e de Liquidação Extrajudicial

De forma similar às instituições financeiras e outras espécies de seguradoras, a Lei Federal n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estipula a aplicação de regime de execução concursal de natureza extrajudicial, vedando o requerimento do antigo instituto da concordata e a aplicação do regime de falência ou insolvência civil, salvo nos casos previstos pelo §1º do art. 23 (BRASIL, 1998).

As condições para abertura do regime especial na esfera administrativa são expressamente previstas pelo texto legal, notadamente no art. 24 da Lei n.º 9.656/1998, que atribui à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a prerrogativa de determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica ou a liquidação extrajudicial, nos termos abaixo:

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), por sua vez, dotada de função fiscalizadora, regulamenta a matéria por meio da Resolução Normativa n.º 316, de 30 de novembro de 2012, alterada pela Resolução Normativa n.º 401, de 25 de fevereiro de 2016, estipulando as hipóteses e efeitos da instauração do Regime Especial de Direção Fiscal ou Técnica, bem como do procedimento de Liquidação Extrajudicial.

O Regime Especial de Direção Fiscal ou Técnica garante o acompanhamento da ANS à Operadora em situação de anormalidade econômico-financeira grave, mediante designação de diretor fiscal, sem poderes de gestão e com competências voltadas à auditoria de contas, colheita de documentos contábeis e fiscais e emissão de relatórios econômico-financeiros. Trata-se, portanto, de regime que busca investigar a situação da Operadora, identificando a existência de riscos financeiros e eventuais irregularidade na aplicação dos recursos resultantes da operação interna.

Ao contrário do Regime de Direção Fiscal, que se volta à investigação da situação da operadora, a Liquidação Extrajudicial consiste em procedimento de dissolução compulsória decretada em face da existência, em caráter irreversível, de anormalidades administrativas ou econômico-financeiras graves que inviabilizam a sua continuidade (ANS, 2016a, p. 26). Dessa forma, embora o Regime de Direção Fiscal seja apto a prover informações e análises técnicas sobre situações de risco, a Liquidação Extrajudicial poderá ser decretada independentemente da instauração prévia do regime especial, sempre que a gravidade das anormalidades econômico-financeiras ou administrativas impliquem risco iminente à manutenção do atendimento à saúde, nos termos do §1º do art. 17, da RN n.º 316/2012.

Da previsão de decretação da dissolução compulsória em caso de “risco iminente à manutenção do atendimento à saúde”, verifica-se o destaque garantido pela Agência Reguladora ao objetivo de preservação dos atendimentos aos beneficiários dos planos de saúde, o que é corroborado pela previsão de que, previamente à liquidação extrajudicial, deverá ser realizada a alienação da carteira de beneficiários da operadora ou garantida portabilidade especial (art. 18, RN n.º 316/2012).

Com efeito, a atividade reguladora e fiscalizadora da ANS às operadoras em crise econômico-financeira fundamenta-se no objetivo de mitigar ou evitar os prejuízos ocasionados à assistência à saúde, tendo em vista que o cancelamento de uma operadora acarreta inúmeras dificuldades aos beneficiários, que são compelidos a buscar outros planos de saúde dentro de suas expectativas financeiras e de serviços de assistência médico-hospitalar. Nesse contexto, a garantia de Portabilidade Especial, prevista pela RN n.º 438/2018, assume especial relevância para a manutenção do atendimento, já que permite a mudança de operadora sem o cumprimento de novos períodos de carência ou cobertura parcial temporária por doença preexistente.

Vê-se, portanto, que a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ampara-se no interesse público decorrente do caráter essencial da atividade, o que garantiu ao legislador a preocupação de determinar a aplicação de regime diferenciado conduzido exclusivamente na seara administrativa. Ricardo Negrão (2017, p. 645) justifica essa opção:

O Estado reservou para si a autorização para funcionamento e a fiscalização de determinadas atividades de cunho empresarial, visando o controle de crédito público e evitando, dessa forma, os efeitos negativos sobre o sistema financeiro nacional ou áreas consideradas de grande interesse estratégico pelo Estado, quando essas empresas se encontrem em situação de inadimplência ou ofereçam perigo a depositantes, beneficiários do sistema e aplicadores do mercado.

Não obstante o especial destaque garantido à manutenção da assistência, Souza (2014) menciona que a dificuldade de transferência da carteira de beneficiários durante um procedimento de liquidação extrajudicial pode resultar em colapso do Sistema Único de Saúde (SUS), conduzindo os beneficiários a buscarem a rede pública de saúde para atendimento. No entanto, embora seja inegável a compreensão da saúde suplementar enquanto sistema concomitante ao sistema público e, portanto, como fator relevante para a formulação de políticas públicas, é evidente o papel assumido pela ANS de mitigar os efeitos de uma dissolução compulsória, notadamente pela assunção da alienação da carteira e pela garantia de portabilidade especial.

3.2 A incompatibilidade do regime administrativo de liquidação extrajudicial e da Recuperação Judicial prevista pela Lei n.º 11.101/05

Analisadas as diretrizes que permeiam o regime especial aplicável às Operadoras de Planos de Saúde, percebe-se que o procedimento administrativo confere tratamento especial ao setor de Saúde Suplementar, na medida em que busca, como finalidade primordial, a manutenção da assistência à saúde dos beneficiários, ainda que seja necessária a alienação da carteira de beneficiários para a continuidade da assistência por outra Operadora de Plano de Saúde. Nesse sentido, em que pese a alteração insculpida pela Lei 14.112/2020, que almeja garantir abertura para a recuperação judicial de cooperativas médicas, há que se ressaltar três principais entraves para a admissão do processo judicial e aplicação da Lei n.º 11.101/05 para entidades que, além de cooperativas, são Operadoras de Planos de Saúde.

Em primeiro lugar, permanece em vigor, na própria Lei de Falência e Recuperação Judicial, o art. 1º, que prevê a aplicação do Diploma Normativo para o “empresário” e para a “sociedade empresária”, impedindo-se, nessa toada, a aplicação para sociedades simples, tais como as cooperativas. Vê-se, pois, que o afastamento da regra insculpida pelo art. 2º, inc. II, da Lei n.º 11.101/05, conforme pretendida pela Reforma, por si só, não é suficiente para garantir às cooperativas médicas a aplicação do Regime Falencial e de Recuperação Judicial e Extrajudicial.

Para além deste impedimento, verifica-se que a Lei de Planos de Saúde, Lei n.º 9.656/98, em seu art. 23, *caput*, já impedia a requisição da concordata, indicando a impossibilidade de adoção do regime de recuperação judicial após a edição da Lei n.º 11.101/05 para as sociedades Operadoras de Planos de Saúde, independentemente de sua natureza de sociedade empresária ou cooperativa. Casagrande e Tibúrcio (2018, p. 21) afirmam que:

Por outro lado, as operadoras de planos de saúde não têm direito, ainda, à recuperação judicial ou extrajudicial, uma vez que à época da edição da Lei de Falências e Recuperação de Empresas estavam proibidas de requerer concordata, nos termos do art. 23, *caput*, da Lei 9.656/98. Assim, incide primeiramente a vedação constante do art. 198 da Lei 11.101/2005. Não bastasse a vedação do artigo supramencionado, o impedimento à concessão de recuperação judicial ou extrajudicial já se extrai do art. 2º, II, da Lei 11.101/2005, que exclui a incidência da Lei de Falências e Recuperação de

Por derradeiro, é de suma importância compreender que se sobrepõe aos argumentos de contrariedade legal, acima explicitados, a impossibilidade de admissão de recuperação judicial às sociedades Operadoras de Planos de Saúde em razão da incompatibilidade do regime administrativo e do regime judicial, cujas finalidades e diretrizes são distintas.

Conforme analisado, a Recuperação Judicial e Extrajudicial norteia-se pelo Princípio da Preservação da Empresa, que visa conciliar os interesses empresariais, além dos interesses dos credores, devedores, consumidores e do Estado (SACRAMONE, 2021). Não obstante, no regime de Liquidação Extrajudicial, regulado pela Resolução Normativa n.º 316/2021, eleva-se os interesses dos beneficiários a patamar prioritário, diante da importância da manutenção da assistência e da preservação da saúde.

A incompatibilidade de diretrizes e funções dos Institutos da Recuperação Judicial e da Liquidação Extrajudicial conduzem ao entendimento de que deve haver a prevalência do regime administrativo, dotado de maior especificidade técnica e condições de conduzir o processo de solução da crise com especial atenção às necessidades dos beneficiários. Casagrande e Tibúrcio (2018, p. 18) destacam que:

A intervenção judicial, seja pela concessão de recuperação extrajudicial ou pela decretação da falência de uma operadora, sem a prévia mediação da Agência Reguladora, desorganiza o sistema protetivo idealizado pelo legislador. Assim, a imediata tutela judicial pode resultar em grave dano ao mercado e aos consumidores da saúde suplementar, tendo em vista o déficit informacional do Judiciário sobre os elementos sistêmicos envolvidos e a ausência de meios judiciais adequados para conduzir o processo de solução da crise econômico-financeira da Operadora.

Evidencia-se, assim, a incongruência da alteração normativa implementada pela Reforma da Lei de Falência e Recuperação Judicial, que, para além da redação confusa e das atecniais percebidas na nova redação do §13º, do art. 6º, realiza a supressão de um modelo aplicável na esfera administrativa e baseado precipuamente em diretrizes protetivas aos beneficiários. Além disso, gera uma disparidade e, evidentemente, uma inversão normativa no tratamento das Operadoras de Planos de Saúde, ao permitir tão somente que as Operadoras cuja natureza jurídica seja Cooperativa Médica possam requerer a aplicação da recuperação judicial, persistindo

o impedimento para as que possuem natureza de sociedade empresária, em que pese o arcabouço legal da recuperação destinar-se à preservação das atividades empresariais deste último grupo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar concisamente o instituto da Recuperação Judicial, podemos perceber que a finalidade do mesmo é auxiliar as empresas na superação das crises, tendo em vista os princípios constitucionais, em especial o princípio da função social da empresa e da preservação da empresa.

Por outro lado, percebemos que o legislador deu especial atenção para determinados tipos societários, excluindo, aparentemente do âmbito de incidência da recuperação judicial as Operadoras de Planos de Saúde, as quais, em razão das especificidades do setor de Saúde Suplementar, estão sujeitas aos regimes específicos de Direção Fiscal e Liquidação Extrajudicial, regulados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Porém, diante de um cenário fático em que as Cooperativas Médicas se apresentam definitivamente como empresas, com o que a doutrina chama de empresarialidade, foi aprovada pelo Congresso Nacional, com posterior derrubada do veto do Presidente da República, alteração na Lei n.º 11.101/05, que busca garantir a aplicação do regime de falência e recuperação judicial às Operadoras de Planos de Saúde com natureza jurídica de Cooperativa Médica.

Ocorre que a atividade reguladora e fiscalizadora da ANS às operadoras em crise econômico-financeira assume o condão de oferecer especial proteção à assistência à saúde, notadamente por meio de uma alienação de carteira que leve em consideração os efeitos para o mercado e a garantia de Portabilidade Especial.

Portanto, a alteração prevista para as Cooperativas Médicas que ofertam planos de saúde apresenta significativa incongruência com o regime legal da Lei dos Planos de Saúde e da própria finalidade da Lei de Falências e Recuperação Judicial, que se volta às sociedades de natureza empresária. Com efeito, a admissão de abertura do processo de Recuperação Judicial, sem o adequado tratamento em sede

administrativa, desorganiza o setor de Saúde Suplementar, e inverte as diretrizes norteadoras do modelo regulado, cujo foco principal é a proteção dos beneficiários.

**THE INCOMPATIBILITY OF THE REQUEST FOR JUDICIAL RECOVERY BY
MEDICAL COOPERATIVES WITH THE ADMINISTRATIVE REGIME OF
EXTRAJUDICIAL LIQUIDATION**

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility or not of the request for judicial recovery by health plan operators, including medical cooperative societies from the analysis of the national legal system. In this context, we seek to analyze how the subject is treated by the national legal system, in particular, in the light of Laws 9,656/98, 11,101/05 14,112/2020 and the Civil Code, under a unitary and harmonious perspective of the legal provisions, as well as the doctrine and jurisprudence position themselves on the subject. To carry out the analysis, both a bibliographic research was carried out based on Brazilian doctrines, as well as a documentary and jurisprudential research on the subject, noting through the research that there is a divergence between the authors in relation to the possibility or not of the request for judicial recovery. health plan operators and medical cooperatives. After carrying out a thorough analysis of the sources used in this work, it was concluded that the request for judicial recovery of cooperatives is impossible, because, despite the constitutionalization of business law and the necessary legal analysis from the constitutional point of view, there is no possibility of recovery request due to express legal prohibition and incompatibility of the request with the Extrajudicial Liquidation procedure, and the judiciary cannot ignore the rules that prevent the request.

KEY WORDS: JUDICIAL RECOVERY. HEALTH PLAN OPERATORS. MEDICAL COOPERATIVES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. (2016a). Relatório de atividades 2015. Rio de Janeiro: ANS.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar ANS. Resolução Normativa nº 316, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&form=raw&id=MjMxNA==>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei 11.101** de 09 de fevereiro de 2005, Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. **Lei nº 9.656**, de 3 de junho de 1998, Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

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.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Comarca Petrópolis). *Processo nº 0022156-21.2018.8.19.0042*. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=000419C40ABB98F759EA4E784E6F34853294C5091315252A>>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *A intercalação administrativa na regulação da saúde suplementar: implicações constitucionais do afastamento relativo do regime falencial*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 9-35, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/58717/37383>. Acesso em: 14 abr. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. Novo manual de direito comercial : direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. -- 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

FELIPE, S. L. Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência - Teoria e Prática. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530991623. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991623/>. Acesso em: 22 Jul 2021

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São

Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 109-110.

MAMEDE, Gladston. Falência e recuperação de empresas / Gladston Mamede. – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. *Curso de direito comercial e de empresa – volume 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

POLONIO, Wilson Alves. Manual das sociedades cooperativas - 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2004.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial: volume único / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SACRAMONE, Marcelo B. COMENTÁRIOS À LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. 9786555595925. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595925/>. Acesso em: 02 mai. 2022.

SOUZA, R. M. L. de. (2014). *O mercado de saúde suplementar no brasil- regulação e Resultados econômicos dos planos privados de saúde*. (Tese de Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, Rio de Janeiro.

TEIXEIRA, Tarcisio. Direito empresarial sistematizado : doutrina, jurisprudência e prática / Tarcisio Teixeira. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v. 3 / Marlon Tomazette. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017.