



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0570539-57.2016.8.05.0001**
 Classe – Assunto: **Falência de Empresários, Sociedades Empresariais,
 Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Concurso
 de Credores**
 Autor: **Desenbahia Agência de Fomento do Estado da Bahia SA**
 Réu: **Sociedade Espanhola de Beneficência - Hospital Espanhol**

Vistos etc.

DESENBAHIA- AGÊNCIA DE FOMENTO DO ESTADO DA BAHIA S/A, integrante da Administração Pública do Estado da Bahia, qualificada na inicial, através de advogados regularmente constituídos, ingressou com a presente AÇÃO DE FALÊNCIA em face de REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA (HOSPITAL ESPANHOL), também qualificada, alegando, em síntese, o seguinte:

Inobstante a REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA seja constituída como uma associação civil de fins filantrópicos, apresenta, em realidade, intuito lucrativo, ou, ao menos, se desenvolve de maneira tal capaz de gerir o próprio negócio e cobrir seus custos, se enquadrando, assim, no conceito de sociedade empresária pela teoria da empresa.

Sustenta, ainda, que outra evidência da caracterização da natureza empresarial da sociedade em questão foi o indeferimento, pelo CEBAS - Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social, do pedido feito pela acionada para renovação da certificação, em face da impossibilidade de comprovação da sua condição de associação beneficente, evidenciando ainda mais seu caráter empresarial com fins lucrativos.

Informa, também, que a autora firmou contrato de abertura de crédito fixo com garantia fidejussória e pignoratícia, sob o nº 11372013055001, com a acionada, em 23/08/2013, que foi aditado, em 20/04/2015, sendo confessado o saldo devedor de R\$ 58.683.501,77, dado em hipoteca de 1º grau o imóvel urbano denominado HOSPITAL ESPANHOL e firmado pacto de cessão fiduciária de direitos creditórios emergentes.

Diante da inadimplência da demandada, foi ajuizada, em 23/09/2014, ação de execução, que tramita na 20ª Vara dos Feitos de Consumo de Salvador, sob o número 0552788-28.2014.8.05.0001, sendo que o Hospital Espanhol restou penhorado em



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

08/10/2015.

A dívida atual está no valor de R\$ 84.755.398,99.

Concluindo, afirma, a demandada, que, esgotados todos os meios suasórios sem resultado positivo no sentido de receber o aludido crédito, propõe a presente ação para requerer a decretação da falência da acionada.

Subsidiariamente, requer seja a presente ação conhecida como ação de insolvência civil, todavia aplicando as normas contidas na Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Falências), sobretudo no que tange à posição do crédito da acionante, qual seja, crédito com garantia real.

Juntou os documentos de fls. 49/143.

Às fls. 154/186, ofício da Justiça do Trabalho, encaminhando cópia da decisão que instaurou o procedimento de unificação de penhora, que abrange todos os processos em execução e cognição contra a ora requerida.

Contestação às fls. 804/830, acompanhada dos documentos de fls. 192/803 e 832/1034.

Réplica às fls. 1037/1080.

Contra o despacho de fl. 1081, foi interposto o AI de nº 0003518-90.2017.805.0000, conforme decisão de fls. 1146/1148.

Tentada a conciliação, não se obteve êxito (fls. 1149/1150).

Através do ofício de fls. 1170/1184, o Juiz da Coordenadoria de Execução e Expropriação, encaminhando cópia do edital do leilão dos imóveis, móveis e equipamentos que guarnecem o Hospital Espanhol, destinada à satisfação do passivo trabalhista proveniente de processos ajuizados na Justiça do Trabalho, marcado para acontecer nos dias 07/06, 28/06 e 27/07/2017.

Com vista dos autos, o Ministério Público manifestou-se pela extinção do processo sem resolução do mérito, uma vez que verificada a ilegitimidade passiva da demandada (fls. 1185/1194).

É o relatório. Decido.

DOS PEDIDOS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

O art. 1º, da Lei 11.101/2005 estabelece que *“esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”*.

O Código Civil de 2002, em seu art. 966, adotando a chamada *“teoria da empresa”*, positivou o conceito de empresário, trazendo, em sua redação, as características essenciais da atividade empresarial e do empresário, *in verbis*:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Definiu também, no artigo 1.142, que estabelecimento empresarial é todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Por fim, dispõe o art. 981, do Código Civil, que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

No caso dos autos, a REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA – RSEB / HOSPITAL ESPANHOL tem natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos ou, nos termos do art. 1º do seu estatuto social, associação civil, de fins filantrópicos e não econômicos, com atuação na área de saúde, tendo por finalidade prestar assistência médica, hospitalar e social, preferencialmente aos mais carentes (fls. 834/863).

Segundo o doutrinador Marlon Tomazette, em seu livro Curso de Direito Empresarial, no Brasil, mantém-se um duplo regime: falência para os empresários e insolvência civil para os demais devedores, ressaltando que, na recuperação judicial, é até mais justificável essa legitimação específica, uma vez que a recuperação visa manter a atividade e são os empresários que exercem a atividade empresarial. Embora concorde com



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

as críticas a essa restrição da aplicação da falência, conclui que deve-se limitar a aplicação da falência aos empresários individuais e às sociedades empresárias, em razão do que dispõe a Lei 11.101/2005.

Com bem salientado pela ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer, não se caracterizando como sociedade empresária, a demandada não está sujeita ao regime falencial, ante a sua flagrante ilegitimidade. Seguindo a mesma lógica, conclui afirmando que aquele que não tem legitimidade para falência, também não pode recorrer ao instituto da recuperação judicial, vez que esta se destina às sociedades empresárias e o empresário individual.

Nesse sentido, é o entendimento dos nossos tribunais:

“AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. DIREITO FALIMENTAR. SOCIEDADE CIVIL COM CARÁTER FILANTRÓPICO E SEM FINS LUCRATIVOS. FALÊNCIA. DECRETAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 11.101/2005. INAPLICABILIDADE. PEDIDO DE FALÊNCIA. INDEFERIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A agravada representa uma associação privada ou sociedade civil sem fins lucrativos, destinada, em suma, a promover o "desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde", conforme ato constitutivo e situação cadastral junto à Receita Federal, ambos acostados aos autos. 2. Não sendo comerciante, não pode ter a falência decretada, logo, correta a extinção do processo nos termos do artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil (precedentes do STJ). A contraprestação por serviços de saúde não pode equiparar-se a atos de comércio. Aqueles são atos acessórios, sendo o principal o exercício da medicina. 3. Agravo regimental conhecido, porém não provido. Decisão inalterada.” (TJCE, 5ª Câmara Cível, Agravo Regimental 0147342-48.2015.8.06.0001, Rel. DES. TEODORO SILVA SANTOS, data do julgamento: 16/09/2015).

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Associação Civil. Indeferimento da inicial. Impossibilidade. Recuperação Judicial já deferida. Extinção do processo sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir. Artigo 267, IV, do CPC. Apelante que não pode pleitear recuperação judicial. Instituto restrito aos empresários e às sociedades empresárias. Apelante que sequer é sociedade, muito



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

menos empresária. Extinção do processo sem resolução do mérito mantida, por fundamento diverso. Recurso não provido, com observação.” (TJSP - 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL - APELAÇÃO N. 0010036-39.2011.8.26.0189, Relator DES. TASSO DUARTE DE MELO, Julgamento: 25/03/2013).

“APELAÇÃO CÍVEL. ASSOCIAÇÃO SEM FIM LUCRATIVO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.101/2005. O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PRESSUPÕE APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE DO DEVEDOR NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS. NATUREZA ASSOCIATIVA DA APELANTE, CUJO ESTATUTO EXPRESSAMENTE TRAZ SEU CARÁTER FILANTRÓPICO E BENEFICENTE DESTITUÍDA DE FINS LUCRATIVOS. ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS NO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS. NÃO INCIDÊNCIA DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO, DEVENDO-SE OBSERVAR AS REGRAS DO CAPÍTULO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (TJRJ - SEXTA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL N. 0440514-05.2012.8.19.0001, REL. DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO, Julgamento: 30/07/2014).

"Falência. Execução frustrada de sentença em reclamação trabalhista. Ação ajuizada contra escola, sociedade simples, cuja atividade econômica organizada consiste na prestação de serviços intelectuais. Não sujeição à falência. Inteligência do disposto no parágrafo único do art. 966 do CC. Sentença confirmada de extinção, sem exame do mérito. Apelação não provida." (TJSP; Relator(a): Romeu Ricupero; Comarca: Cubatão; Data do julgamento: 04/05/2010; Data de registro: 20/05/2010).

Sustenta, a parte autora que, embora seja constituída como uma associação civil de fins filantrópicos, a demandada apresenta, em realidade, intuito lucrativo, ou, ao menos, se desenvolve de maneira tal capaz de gerir o próprio negócio e cobrir seus custos, se enquadrando, assim, no conceito de sociedade empresária.

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA**

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

Os documentos constantes dos autos não são suficientes para convencer dessa realidade apontada pela requerente.

Acolher a argumentação da requerente, no sentido de que a realidade fática demonstra que a requerida teria abandonado a condição de associação sem fins lucrativos para se constituir em sociedade empresária e, por consequência, que se apropriou, em algum momento de seu funcionamento, do lucro eventualmente obtido com suas atividades, é questão que necessitaria estar robusta e substancialmente comprovada nos autos, o que não é o caso.

De acordo com o conceito legal, trata-se, a demandada, de mera associação de pessoas para realização de um fim comum, na qual o lucro, se existir, será reinvestido em suas atividades, proibida sua distribuição entre os associados ou beneficiários, ao passo que na sociedade deverá ser distribuído entre os sócios, já que objetivam o lucro da atividade.

Do seu estatuto social, verifica-se que o HOSPITAL ESPANHOL tem por finalidade prestar assistência médica, hospitalar e social, preferencialmente aos mais carentes, sem objetivar lucro, sendo suas rendas, recursos e eventual resultado operacional integralmente aplicados na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, com expressa vedação de distribuição de lucros, dividendos, bonificações e participação patrimonial.

Assim, a forma de organização, formação e o seu objetivo, é que diferenciam uma associação de uma sociedade, mormente empresária, de forma que a sociedade objetiva o lucro, diferentemente da simples associação de pessoas.

Por fim, em relação ao status da REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA junto a Certificação das Entidades Beneficentes de Assistência Social – CEBAS, da análise dos documentos de fls. 125/131, verifica-se que o requerimento de renovação do certificado de entidade beneficente de assistência social na área de saúde foi indeferido pelo fato da instituição ter deixado de apresentar a documentação completa solicitada pelo Ministério da Saúde.

Tal fato, de maneira alguma, é suficiente para evidenciar o caráter empresarial



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

do HOSPITAL ESPANHOL, com fins lucrativos, como sustentado pela DESENBAHIA, tendo em vista que a finalidade primordial da referida certificação é, apenas, se obter isenção no pagamento de contribuições sociais.

De acordo com a análise técnica feita pelo Ministério da Saúde, a entidade atendeu à maioria dos requisitos legais, deixando de apresentar, contudo, o relatório de atividades referente ao exercício de 2009, informando o número de internações hospitalares para o SUS, deixando de comprovar a prestação de serviços ao SUS no percentual mínimo de 60%, além de ter deixado de apresentar documentação contábil.

Tratam-se, portanto, de irregularidades formais que não têm o condão de descaracterizar a natureza jurídica de associação civil sem fins lucrativos da REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA, muito menos de comprovar o caráter empresarial da instituição.

Consultando no site do TJBA a movimentação da ação de nº 0209230-26.2007.805.0001 (mencionado no documento de fls. 256/258), proposta pela REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE BENEFICÊNCIA em face do MUNICÍPIO DE SALVADOR, em trâmite na 7ª Vara da Fazenda Pública, é possível extrair do teor do acórdão relatado pelo Des. Gesivaldo Britto, da Segunda Câmara Cível do TJBA, publicado em 07/05/2013, que a instituição foi tratada como entidade filantrópica.

Além disso, embora este Magistrado não tenha tido acesso ao conteúdo da decisão, vale a pena registrar a notícia veiculada no Jornal Tribuna da Bahia, de 15/03/2017, informando que o HOSPITAL ESPANHOL voltou a exercer a condição de entidade filantrópica após vencer um processo contra uma dívida previdenciária com valor aproximado de R\$ 200 milhões. De acordo com os advogados que representam a entidade, o processo estava na justiça desde 2008 e a filantropia revogada retroativamente desde o ano 2000. Segundo, ainda, a matéria, os conselheiros da Receita Federal reconheceram e devolveram a isenção ao hospital por unanimidade.

Assim sendo, diante do conjunto probatório dos autos, não há como acolher a argumentação da DESENBAHIA de que a REAL SOCIEDADE ESPANHOLA DE



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

BENEFICÊNCIA é uma sociedade empresária ou se apresentaria como tal.

Com efeito, não se caracterizando a demanda como sociedade empresária, não pode ser deferida nem a falência nem a recuperação judicial, ante sua patente ilegitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, em razão de não se lhe aplicar o regime da Lei 11.101/05, não havendo motivo justificado e suficiente para remoção do óbice legal, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva *ad causam* e falta de interesse de agir.

DA INSOLVÊNCIA CIVIL

Subsidiariamente, a DESENBAHIA requer seja a presente ação conhecida como ação de insolvência civil, todavia aplicando as normas contidas na Lei n.º 11.101/2005, sobretudo no que tange à posição do crédito da acionante, qual seja, crédito com garantia real.

Em relação a essa questão, com bem salientado pelo Ministério Público em seu pronunciamento, *“diferentemente do que foi aqui pugnado, diante da situação vivida pela Ré, que não vem honrando com suas obrigações, fato que é público e notório, pode recorrer a Ré ou demais legitimados do art. 753 do CPC/73, aplicável à espécie, em razão do contido no art. 1.052, CPC/2015, ao instituto da INSOLVÊNCIA CIVIL, o que não é possível pela Autora, que possui crédito com garantia.*

Portanto, o pedido de subsidiário de reconhecimento da insolvência civil da Ré, fundamentado na Lei n. 11.101/2005, viola as disposições expressas dos arts. 748 a 786-A, do CPC/73, notadamente quanto à legitimação ativa (vide art. 753, CPC/73), evidenciando o imbróglio de institutos jurídicos diversos, não podendo prosperar”.

Segundo a doutrina, o credor com garantia real não é parte legítima, justamente porque a sua dívida está garantida, não necessitando concorrer com os quirografários. Deverá, sim, participar do processo, mas estará a salvo do concurso. Se a execução tem por finalidade maior satisfazer ao direito do credor e sua dívida está garantida, com relação a ele não haverá insolvabilidade do devedor. O credor titular de direito real não tem legitimidade para requerer insolvência.

Com efeito, não poderia ser decretada insolvência civil a pedido do credor com garantia real, por ausência de legitimidade ativa, bem como não existe a possibilidade de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
5ª Vara Cível e Comercial

Rua do Tingui, s/n, Campo da Pólvora, Sala 307 do Anexo Prof.
Orlando Gomes, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6751,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

aplicação do regramento falimentar, como já fundamentado anteriormente.

Caberia, em tese, ao credor instaurar um concurso de credores na Justiça do Trabalho, para que seja respeitada sua preferência na distribuição dos valores auferidos com a venda em hasta pública dos bens e equipamentos do hospital.

Assim sendo, em relação ao pedido de insolvência civil, impõe-se a extinção do feito, por ilegitimidade ativa *ad causam*.

DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, verificada a ausência de legitimidade e de interesse processual, declaro a EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com fundamento no art. 485, inciso VI, do NCPC.

Em face da sucumbência, condeno a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em R\$ 12.000,00 (doze mil reais), levando-se em consideração a tabela de honorários da OAB/BA, a não decretação da falência, a importância da causa, o trabalho realizado pelos advogados da demandada e o tempo exigido para o seu serviço, com fundamento no art. 85, do NCPC.

P. R. I.

Salvador, 17 de março de 2017.

JOANISIO DE MATOS DANTAS JÚNIOR
Juiz de Direito

