

Introdução

Por definição, o investimento é a opção por um custo de oportunidade que: deverá produzir retornos no futuro. O risco é elemento inerente à atividade econômica e é, inclusive, causa de taxas de retorno aos agentes econômicos que performam investimentos novos bem-sucedidos; em regra, os negócios mais — lucrativos são os mais arriscados, já que o risco está associado a um pioneirismo', que se insere na lógica de resultados da lei de oferta e demanda⁴⁰.

Se por esse prisma o risco deve servir de estímulo ao investimento, também é causa de refreamento dos agentes econômicos. À sociedade deve, então, encontrar um ponto de equilíbrio em que risco e segurança estejam articulados de tal modo que as atividades econômicas não fiquem engessadas por limitações excessivas, econômicas ou legais.

É da percepção dessa necessidade de conciliar risco e segurança que decorrem, entre outros, o instituto da personalidade jurídica e a separação de patrimônio que lhe é inerente, os mecanismos de proteção aos credores (como as garantias) e os meios jurídicos de satisfação ágil e eficiente de créditos.

Especificamente nos casos de insolvência, esse mesmo interesse social sobre a atividade econômica levou, nas últimas décadas, a um movimento no direito ocidental pela superação de enfoques unilateralmente direcionados nos conflitos entre credores e devedores em crise para favorecer caminhos que possibilitem, sem prejuízo dessas posições, a inserção nessa dinâmica dos interesses sociais supraindividuais que se encerram em processos dessa natureza. Como ensina José Antônio de Sousa Lameira⁴¹, houve uma evolução no pensamento e na legislação ocidental no sentido de se passar de um regime de insolvência-liquidação para um paradigma de insolvência-saneamento, em que o norte será sempre a compatibilização dos interesses de devedores e credores, sem perder de vista a preservação da atividade econômica, que revela um interesse coletivo e que era pouco privilegiado nas sistemáticas falimentares até então vigentes⁴².

⁴⁰ O crédito, por exemplo, será tão mais lucrativo ao financiador quanto menor for a oferta ao tomador. Da mesma forma, o empresário que emprega seu capital numa atividade pioneira ou arriscada naturalmente enfrentará menor concorrência e terá maior poder de preço sobre o mercado.

⁴¹ LAMEIRA, José Antonio de Sousa. Insolvência, insolvabilidade e requisitos para a decretação da falência. Tn: LUCCA, Newton de; VASCONCELLOS, Miguel Pestana. Falência, insolvência e recuperação de empresas - estudos luso-brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 320.

⁴² Pode-se falar em uma composição triangular, com sociedade, credores e devedor ocupando, cada um, uma ponta do polígono cujas arestas se tensionam mutuamente em busca de uma solução de equilíbrio. Como leciona Daniel Cárnio Costa, enquanto no antigo paradigma falimentar “verificava-se [...] um movimento de dualismo pendular, referido por Fábio Konder Comparato, oscilando entre a proteção dos interesses do devedor e a proteção dos interesses dos credores [...] no final do século passado, com a ampla reforma implementada pelos Estados Unidos da América, desenvolveu-se um novo modelo, com inspiração diferente dos grandes modelos até então identificados, que não privilegiam a tutela do interesse dos credores nem dos devedores, mas baseava-se na divisão de ônus entre credores e devedor como fator preponderante para que se pudesse atingir a recuperação da empresa em função dos benefícios sociais e econômicos relevantes que daí advêm, inclusive, com a possibilidade de benefícios para credores e devedor no médio ou longo. prazo”.

Esse modelo irradiou sua influência para o Brasil, que ditou a Lei n.º 11.101/2005, sob a luz das mesmas premissas e dos mesmos objetivos. Para viabilizar a eficácia desse novo vetor - o interesse na preservação da atividade econômica, calibrado pelos dos credores na maximização dos ativos e do devedor no célere deslinde da falência -, a legislação falimentar deveria, ao mesmo tempo, criar as oportunidades de alienação maximizada do ativo que combinassem a necessária segurança ao investidor, seja ele um credor enredado no processo falimentar ou um novo ator externo às relações falimentares. Era preciso, portanto, superar o paradigma falimentar exageradamente estanque cristalizado no Decreto-Lei n. 7.661/1945, que, a pretexto de garantir a segurança jurídica a credores e devedores - por meio, por exemplo, da fixação de procedimentos incontornáveis, como a necessária consolidação do quadro geral de credores antes da realização do ativo⁴³ -, transformou o procedimento falimentar num longo processo de putrefação de créditos e de perpetuação do estado de quebra. A percepção geral, que culminou na reforma da legislação falimentar, era a de que “a legislação falimentar [do Decreto-Lei] não mais atende [atendia] aos reclamos da sociedade, sendo necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna⁴⁴”.

Assim, a fim de levar a cabo essa necessária transformação, a Lei n.11.101/2005 buscou compatibilizar a par conditio creditorum e a segurança jurídica dos credores e devedores com seus reais interesses – recuperação dos créditos, no caso dos primeiros, e superação do estado falimentar, no caso dos últimos - e com os anseios da sociedade na retomada da atividade econômica, ainda que o empresário falido tivesse de ser afastado da empresa. Era necessário, acima de tudo, fazer com que o processo falimentar, conquanto fosse o capítulo final da sociedade empresária ineficiente, não representasse o fim da atividade econômica em si. Em outras palavras, a falência deveria abrir uma nova oportunidade de investimentos e de giro econômico: antes de um processo em constante busca de finais, a falência deveria se converter em uma jornada por recomeços.

Como dito, se há interesses de toda ordem na continuidade da atividade empresária, para viabilizá-la é necessário distribuir ônus. A realização do ativo não poderia mais aguardar a conclusão do inquérito judicial, com a apuração de prática de possíveis atos qualificados como crimes falimentares. Era também preciso fazer o investimento em ativos de sociedades falidas atraente o suficiente para investidores normalmente focados em empresas saudáveis. Essa atração deveria decorrer, como exposto, a partir de uma ponderação equilibrada entre os riscos e a segurança do investidor, aliada a procedimentos céleres que pudessem evitar a deterioração dos ativos, que não interessaria aos adquirentes e tanto menos ao devedor falido e seus credores.

Foram esses parâmetros que nortearam as principais inovações da Lei nº11.101/2005, no que toca à realização de ativos em falência.

O presente artigo busca analisar o conteúdo dessas inovações legais, trazendo ainda as possibilidades e limitações que se abrem às partes, inclusive por meio da análise de alguns casos paradigmáticos. Por fim, serão abordados os avanços obtidos na prática e os desafios que ainda observamos pela frente.

⁴³ Art. 114, capul, c.c. art. 63, XIX.

⁴⁴ Exposição de motivos do ministro da Justiça Maurício Correa ao presidente da República por ocasião do encaminhamento da Lei n. 11.101/2005 para sanção.