

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

NEWSLETTER

No. 1 - Dezembro - 2003

NESTA EDIÇÃO

A Recuperação Judicial na Nova Lei De Falências

As Principais alterações do Código Tributário Nacional em virtude da Nova Lei de Falências

Fundos de Investimento em Participações e a possibilidade de gestão de credores nas empresas em recuperação

NOTAS:

▪ Em 14.10.2003, **Luiz Fernando Valente de Paiva**, sócio de Pinheiro Neto Advogados, participou da Sessão da Câmara dos Deputados, transformada em Comissão Geral, no Plenário Ulysses Guimarães, com a finalidade de debater o Projeto de Lei nº 4.376/93 (Lei de Falências) e o Projeto de Lei Complementar nº 72, de 2003, que propõe alterações ao Código Tributário Nacional para adequá-lo à Nova Lei de Falências.

▪ Em sessão plenária realizada em 15.10.2003, a Câmara dos Deputados aprovou por 245 votos favoráveis e 24 contrários, o Projeto de Lei No. Lei nº 4376/1993, que trata da recuperação judicial, a extrajudicial e a falência. Na mesma oportunidade foi aprovado o Projeto de Lei Complementar nº 72/2003, que propõe alterações ao Código Tributário Nacional para adequá-lo à Nova Lei de Falências. Ambos os Projetos seguiram para o Senado Federal, para oportuna apreciação e votação.

▪ O Projeto de Lei No. Lei nº 4376/1993, que trata da recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, foi distribuído no Senado Federal sob o No. 71/2003, e tramitará pela CAE - Comissão de Assuntos Econômicos, e, posteriormente, pela CCJ - Comissão de Constituição e Justiça. O Projeto será relatado pelo Senador Ramez Tebet, que também é o presidente da CAE.

Essa é uma publicação de PINHEIRO NETO ADVOGADOS e tem a intenção de fornecer aos nossos clientes informações atualizadas na área de Recuperação de Empresas e Falências no Brasil. Para sua conveniência, essa publicação também pode ser encontrada em nossa *web page*.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Atualmente aguardando aprovação pelo Senado Federal, após ter sido aprovado pela Câmara dos Deputados em sessão plenária realizada em 15.10.2003, o Projeto de Lei de Falências - Projeto de Lei nº 4376/1993 ("Projeto")⁽¹⁾ - pretende dar nova face ao sistema falimentar brasileiro: ao invés de priorizar a liquidação da empresa em dificuldades financeiras, tal como contemplado na atual legislação falimentar, o Projeto busca privilegiar sua efetiva recuperação, em razão de sua indiscutível importância econômica e social.

Nesse contexto, dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Projeto, destaca-se o instituto da recuperação - que pode ser judicial ou extrajudicial - e que vem a substituir o ultrapassado instituto da concordata. Em linha com o tratamento dispensado às empresas pelo Novo Código Civil, o instituto da recuperação judicial tem como pedra angular permitir que a empresa realize sua função social, - que, aliás, constitui princípio constitucional - mesmo quando enfrenta dificuldades financeiras, mediante a preservação de sua capacidade produtiva, do emprego de seus trabalhadores e do recolhimento de tributos, assegurada aos seus credores proteção para a recuperação de seus créditos.

Definida pelo Projeto como sendo a ação judicial destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira da empresa devedora, assim compreendida aquela sujeita a dificuldades temporárias do seu negócio, evidenciada, sobretudo, pela falta de liquidez, a recuperação judicial é mecanismo jurídico que busca viabilizar a reabilitação da empresa devedora, através da ampla reorganização de suas atividades e passivo financeiro, desde que comprovada a viabilidade econômica da atividade exercida pela devedora.

Nesse sentido, denominados pelo Projeto como "*devedor*", podem requerer a recuperação judicial, além das sociedades empresárias, as sociedades simples e os empresários que exerçam profissionalmente, há mais de 02 (dois) anos, atividade econômica organizada para a produção de bens e/ou de serviços. Além do requisito temporal, para requerer a recuperação judicial o devedor deverá ainda preencher outros requisitos formais, dentre os quais não ser falido, nem ter requerido recuperação judicial há menos de 05 (cinco) anos.

O devedor deverá instruir a petição inicial de recuperação judicial, dentre outros documentos, com um plano de recuperação, que contemplará, além de diagnóstico da situação econômico-financeira e demonstração da

viabilidade da atividade por ele exercida, uma proposta para o pagamento de suas dívidas. Nesse particular, o Projeto estabelece um rol - exemplificativo - de meios e mecanismos de recuperação judicial que podem ser considerados pelo devedor na elaboração do plano de recuperação, dentre os quais destaca-se:

- (i) a concessão de prazos e condições diferenciadas para o pagamento das obrigações vencidas e/ou vincendas;
- (ii) cisão, incorporação, fusão e/ou cessão de cotas ou ações da empresa devedora, respeitados os direitos dos cotistas ou acionistas;
- (iii) emissão de debêntures;
- (iv) transformação de créditos em capital da empresa, ou aumento de capital social;
- (v) substituição total ou parcial dos administradores do devedor, ou concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto sobre determinadas matérias que o plano especificar;
- (vi) celebração de acordo coletivo de trabalho, inclusive para reduzir salários;
- (vii) dação em pagamento ou novação de dívidas; e
- (viii) constituição de sociedades de propósito específico para adjudicar em pagamento dos créditos os ativos do devedor.

Os meios de recuperação judicial elencados no Projeto não são exaustivos e denotam a clara intenção do legislador de permitir a efetiva recuperação do devedor, mediante o equacionamento do seu passivo financeiro, assegurado aos credores o recebimento de seus créditos pelas mais variadas e criativas formas de alienação dos ativos do devedor, bem como de reestruturação e reorganização de suas atividades e/ou operações.

Ao contrário do que se verifica na atual legislação falimentar – que fixa o prazo máximo de 02 (anos) para o cumprimento da concordata, seja ela preventiva ou suspensiva - o Projeto não estabelece prazos e condições para o cumprimento do plano de recuperação. Tal flexibilização representa efetivo avanço, na

medida em que os devedores poderão equacionar o pagamento de suas dívidas, ao longo do tempo, de acordo com o seu fluxo de caixa.

Registre-se, outrossim, que diferentemente do que ocorre na atual concordata – em que apenas os credores quirografários, ou seja, aqueles sem garantia e/ou privilégio, são atingidos pelos seus efeitos - a recuperação judicial atinge toda a comunidade de credores do devedor anterior ao pedido de recuperação, o que permitirá ao devedor sua efetiva reabilitação econômico-financeira por ocasião do encerramento do processo de recuperação judicial. Encerrado o processo de recuperação, todo o passivo do devedor – e não apenas aquele quirografário - terá sido devidamente equacionado. De outro lado, a sujeição de todos os credores à recuperação permitirá ao devedor projetar o seu fluxo de caixa, elaborando um plano de recuperação adequado.

Divididos por classes⁽²⁾, os credores deverão aprovar o plano de recuperação judicial para que esse produza seus jurídicos efeitos, em assembléia geral de credores convocada pelo juiz especificamente para tal mister. Terão direito a voto - que será proporcional ao valor do seu crédito – as pessoas declinadas no quadro geral de credores, ou, em sua ausência, na lista de credores que também deverá instruir a petição inicial do pedido de recuperação judicial.

Em regra, considerar-se-á aprovado o plano de recuperação que obtiver o voto favorável de credores que representem mais de 50% (cinquenta por cento) da totalidade dos créditos representativos de cada classe de credores referida no Projeto, e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes na referida assembléia geral. Como exceção, o plano poderá ser aprovado pela maioria de apenas duas classes de credores, desde que preenchidos alguns requisitos cumulativos. Destaque-se, contudo, que os credores poderão rejeitar o plano apresentado pelo devedor e/ou apresentar plano alternativo de recuperação.

O juiz terá o prazo de 180 (cento e oitenta) – prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias – para aprovar e homologar o plano de recuperação judicial apresentado, conforme o caso, pelo devedor

devedor ou credor(es). Note-se que todas as ações e execuções pendentes contra o devedor⁽³⁾ serão suspensas pelo prazo necessário para aprovação do plano de recuperação.

Restando rejeitadas todas as alternativas e propostas de plano de recuperação no prazo anteriormente indicado, o juiz deverá decretar a falência do devedor. De outra parte, aprovado o plano, o juiz deferirá a recuperação judicial, devendo o devedor ficar em período de observação pelo prazo máximo de dois anos, findo o qual o processo deverá ser encerrado.

Conclui-se, à luz do exposto, que em sendo aprovado o Projeto pelo Senado Federal, as empresas e empresários em dificuldades financeiras terão à sua disposição mecanismo jurídico efetivamente apto, legítimo e seguro para reorganizar suas atividades, reestruturar suas operações e equacionar suas dívidas, de modo a permitir sua reabilitação econômico-financeira, mediante o integral pagamento de seus credores e manutenção de suas atividades.

Para tanto, espera-se que o instituto seja compreendido e utilizado pelos operadores do direito de maneira ampla, a fim de permitir a efetiva realização do principal objetivo do Projeto, que desnuda-se na recuperação e manutenção da empresa devedora enquanto ente economicamente organizado e produtivo.

(1) No Senado Federal o Projeto foi distribuído sob o No. 71/2003, e tramitará pela CAE - Comissão de Assuntos Econômicos, e, posteriormente, pela CCJ - Comissão de Constituição e Justiça. O Projeto será relatado pelo Senador Ramez Tebet, que também é o presidente da CAE.

(2) São 03 (três) as classes de credores contempladas no Projeto: (i) credores trabalhistas; (ii) credores com direitos reais de garantias ou privilégios especiais; e (iii) credores quirografários e com privilégios gerais.

(3) A regra possui exceções. Não serão suspensas as ações e/ou execuções em que estejam sendo (i) demandadas quantias ilíquidas, discutidas questões trabalhistas; e (ii) cobrados créditos decorrentes de financiamento, desde que garantidos por penhor sobre determinados direitos, títulos e valores mobiliários de titularidade do devedor.

AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM VIRTUDE DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

No mês de outubro último, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei de Falências - Projeto de Lei nº 4376/1993 - e o Projeto de Lei Complementar nº 72/2003 (PLC 72/03), que altera dispositivos do Código Tributário Nacional (CTN) para adequá-lo à nova legislação falimentar. Os Projetos representam um avanço ao sistema falimentar brasileiro, que passará a privilegiar a recuperação de empresas, manutenção de empregos e geração de impostos.

O Projeto de Lei de Falências foi identificado no Senado Federal como PLC 71/03 e o Projeto de Lei Complementar ao Código Tributário Nacional cadastrado como PLC 70/03. No Senado, os Projetos tramitarão pela CAE - Comissão de Assuntos Econômicos, e, depois, pela CCJ - Comissão de Constituição e Justiça e serão relatados pelo Senador Ramez Tebet, que também é o presidente da primeira Comissão.

O PLC 70/03 tal como aprovado tem como principal mérito minimizar dois grandes entraves à economia nacional. O primeiro consiste na transferência de débitos tributários e previdenciários do vendedor em crise financeira ao adquirente de bens, em especial de estabelecimentos empresariais. É notório que o risco de sucessão impede a recuperação de empresas, pois afasta novos investidores, levando o devedor à bancarrota.

O segundo entrave consiste no tratamento privilegiado conferido ao crédito tributário em processos de falência. Esse privilégio afasta os credores do processo falimentar e encarece o custo do crédito, por tornar remota a possibilidade dos demais credores recuperarem seus créditos na hipótese de falência.

O PLC 70/03, caso aprovado pelo Senado, irá produzir as seguintes alterações no CTN relacionadas à recuperação de empresas e falências:

(i) eliminação da sucessão tributária nos casos de alienação judicial realizada em processos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial. Trata-se de fundamental inovação trazida pelo PLC 70/03.

O Projeto da Nova Lei de Falências possui como principal característica o princípio da recuperação das empresas e, para atingir tal finalidade, elenca uma série de meios de recuperação judicial, dentre os quais: cisão, incorporação, fusão e/ou cessão de cotas ou ações da empresa devedora, e a constituição de sociedades de propósito específico. Ocorre que a implementação de tais meios de recuperação somente será viável, como previsto no PLC 70/03, com a eliminação do risco de sucessão tributária, previdenciária e também trabalhista, para toda e qualquer transferência de ativos de empresas sob o regime da Nova Lei de Falências;

(ii) paridade de tratamento dos credores com garantia real ao crédito tributário, o qual passará a concorrer, em igualdade de condições, na proporção de um para um sobre o produto da venda dos bens objeto da respectiva garantia. Conquanto a melhor solução fosse a equiparação do crédito tributário ao quirografário, a equiparação estabelecida no PLC 70/03 é um avanço em relação à legislação atual, conferindo ao credor com garantia real uma expectativa de efetivo recebimento de parte de seu crédito na hipótese de falência; e

(iii) ampliação das situações em que há, em benefício do Fisco, presunção de fraude na alienação de ativos. Discordamos dessa proposta uma vez que a regra atual relativa à presunção de fraude já protege o Fisco. A sua ampliação trará novos ônus ao adquirente de bens e dificultará a concessão de crédito, o que opõe-se à orientação do novo sistema falimentar.

Para atingir a plenitude dos objetivos declarados nas justificativas do Projeto de Lei de Falências e dos Projetos de Lei Complementar, entendemos que o texto do PLC 70/03 pode ser aprimorado no Senado Federal de forma a incluir as seguintes propostas contempladas pelo PLC 97/03, de autoria do Deputado Sandro Mabel:

(i) responsabilidade tributária: Há casos esdrúxulos em que procuradores de sócios ou acionistas são demandados para pagar débitos de empresas nas quais não detêm participação e nas quais não praticaram qualquer ato de gestão. Esses casos são mais frequentes nas situações de falência, nas quais a devedora principal não

possui bens suficientes para pagamento do débito tributário. O PLC 97/03 continha disposição que eliminava dúvida quanto à interpretação e extensão da responsabilidade tributária, conferindo segurança jurídica aos procuradores e facilitando a representação das sociedades; e

(ii) o PLC 97/03 introduzia no CTN, em consonância com o novo regime da recuperação de empresas, a possibilidade de transferência de créditos tributários a fundos de recuperação de empresas ou por meio de leilão, que constituiria mais uma medida para viabilizar a manutenção da atividade da empresa em crise.

FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES E A POSSIBILIDADE DE GESTÃO DE CREDORES NAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO

Um dos principais avanços do Projeto da Nova Lei de Falências (PL nº 4.376/93), recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e que aguarda votação no Senado, é a criação de condições reais para a recuperação das empresas, em contraste à lei atual que privilegia a liquidação da devedora. O Projeto extingue o mecanismo da concordata e introduz os institutos da recuperação extrajudicial e judicial como procedimentos que visam evitar a falência da empresa, estabelecendo regras de preservação da manutenção da atividade produtiva, do emprego e dos interesses dos credores.

A introdução desses mecanismos de recuperação, para reabilitar financeira e operacionalmente as empresas, representa um avanço importante. Para os credores, participar das negociações e da reestruturação é essencial para garantir a recuperação da companhia e, conseqüentemente, o recebimento dos créditos. Todavia, considerando a multiplicidade de interesses envolvidos na atividade empresarial, os credores terão dificuldades de fazer valer os interesses da classe da qual participam, mesmo que sejam majoritários.

Nesse contexto, os Fundos de Investimento em Participações (FIP), criados pela Instrução nº 391 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), de 16.7.2003, figuram como importantes instrumentos para a recuperação judicial e extrajudicial das empresas e grandes aliados dos credores.

A Instrução CVM nº 391/03 autoriza que as cotas do FIP constituído para aplicação de recursos em companhias em processo de recuperação sejam integralizadas com bens ou direitos, inclusive créditos, vinculados ao processo de recuperação. Dessa forma, credores da companhia em processo de recuperação podem adquirir cotas do FIP, cedendo ao fundo seus créditos contra a companhia, ou mesmo ativos que venham a receber em dação em pagamento.

Assim, considerando que os credores terão, em princípio, participação no processo decisório da companhia em recuperação, por meio da assembléia geral de credores, na qual se decidirá, entre outros, aprovação ou não do plano de recuperação proposto pelo devedor, o FIP poderá ter um papel importante para a governabilidade da assembléia e do processo de recuperação como um todo. Isto porque, tendo o credor integralizado e, portanto, transferido o seu crédito ao FIP, este assumirá a condição de credor e terá direito a votar na assembléia, na qual os votos são computados obedecidos o valor e a classificação respectivamente.

Dessa forma, portanto, que credores minoritários de uma determinada classe se organizem em um fundo para atuar expressivamente na recuperação da empresa e, conseqüentemente, dos seus créditos.

Uma das maiores características do FIP é a possibilidade de o fundo adotar um regulamento que melhor atenda às suas necessidades, sem precisar submeter-se às diversas regras impostas pela CVM aos demais fundos, possibilitando o atendimento das mais variadas classes de investidores.

É, portanto, possível acomodar dentro do FIP interesses variados, de classes de credores distintas, a exemplo de credores trabalhistas. Isso porque, diferentemente dos Fundos Mútuos de Investimento em Empresas Emergentes e dos Fundos de Investimento em Títulos e Valores Imobiliários, o FIP pode emitir mais de uma

Classe de cotas, com direitos políticos e econômicos diversos.

Anteriormente à instrução nº 391, a aprovação de um fundo de investimento pela CVM era morosa e suscitava dúvidas, por conta da ausência de uma regulamentação específica. No entanto, atualmente, o registro do fundo é automático e perfaz-se com o registro prévio e apresentação, perante a CVM, dos documentos exigidos pela nova instrução.

A administração do FIP caberá à pessoa jurídica autorizada pela CVM que responderá por eventuais prejuízos causados aos cotistas, com culpa ou dolo, e que indicará o diretor ou sócio-gerente responsável pela representação do fundo perante a CVM. A administração, portanto, deverá ser profissional e diligente no que se refere aos interesses dos credores na recuperação.

Além do fato do FIP poder congrega credores de diversas classes, obtendo representatividade de modo a influir nas votações assembleares, o fundo poderá vir a deter participação na companhia em recuperação, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão.

Tais possibilidades poderão eventualmente servir de estímulo para os credores investirem no fundo, uma vez que, além da perspectiva de recebimento de seus créditos, eles poderão ampliar seus ganhos com dividendos ou com a venda da companhia recuperada.

Os fundos, se forem bem utilizados, poderão, de um lado, vir a constituir um importante instrumento para a congregação dos interesses dos credores e, de outro, para a efetiva recuperação da empresa em crise.

GRUPO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

Luiz Fernando Valente de Paiva

lfpaiva@pinheironeto.com.br

Tel: (55-11) 3247-8883

Fax: (55-11) 3242-3569

Giuliano Colombo

giucolombo@pinheironeto.com.br

Tel: (55-11) 3247-8661

Patrícia Barbi Costa

barbicosta@pinheironeto.com.br

Tel: (55-11) 3247-8822

Mila de Avila Vio

milavio@pinheironeto.com.br

Tel: (55-11) 3247-8830

© 2003. Direitos Autorais reservados a **PINHEIRO NETO ADVOGADOS**.

Essa publicação foi redigida meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerada uma opinião legal para qualquer operação ou negócio específico.

PINHEIRO NETO ADVOGADOS

R. Boa Vista, 254, 9º andar
São Paulo - SP
01014-907 Brasil
Tel. (55-11) 3247-8400
Fax (55-11) 3247-8600

Av. Nilo Peçanha, 11, 8º andar
Ed. Jockey Club - Rio de Janeiro - RJ
20020-100 Brasil
Tel. (55-21) 2506-1600
Fax (55-21) 2506-1660

SCS, Quadra 1, Bloco 1, 6º andar
Ed. Central - Brasília - DF
70304-900 Brasil
Tel. (55-61) 312-9400
Fax (55-61) 312-9444