

Nesta Edição

Reestruturação

Assembléia de Credores na Recuperação Judicial <i>Antonio Carlos C. Mazzuco</i>	2
--	---

Infraestrutura

Conceito de PPP, Concessão de Obra e Serviço <i>Mariana Kauche Maldonado</i>	5
---	---

Jurisprudência

1. Prazo Prescricional – Tributo	9
2. Súmula 326 – STJ	9
3. Substituição Tributária	9
4. Execução Fiscal. Sócios	9
5. Dívida. Sociedade. Quotas	10

Assembléia de Credores na Recuperação Judicial

Antonio Carlos C. Mazzuco

A lei 11.101, aprovada em 09.02.2005, criou os institutos da recuperação judicial e extra-judicial, extinguiu os regimes da concordata preventiva e suspensiva e trouxe uma série de alterações ao procedimento falimentar.

Um dos maiores avanços da Lei 11.101 foi a atribuição de poderes para os credores decidirem sobre os rumos da empresa em recuperação judicial.

Na legislação até então vigente sobre falência e concordata (Decreto-Lei 7.661, de 21.6.1945) a concessão ou não do benefício da concordata dependia apenas da decisão do juiz. Os credores não eram necessariamente ouvidos. Bastava que o devedor demonstrasse ao juízo o atendimento a determinados requisitos (p.ex. existência de um passivo não maior do que 50% do respectivo ativo) para que o juízo concedesse o benefício da concordata. Evidentemente que os credores poderiam, com base em alegado descumprimento de um ou outro requisito legal, impugnar a concessão do benefício. No entanto, a decisão cabia ao juiz.

Essa situação alterou-se com a Lei 11.101. De acordo com a nova lei, a decisão sobre os rumos da empresa e sua viabilidade econômica ou não cabe aos próprios credores, reunidos em Assembléia Geral de Credores (AGC).

Não obstante a sua importância, a AGC é um órgão facultativo, que poderá ou não ser instalado. Isso porque, uma vez apresentado o plano de recuperação pelo devedor e não havendo, no prazo de trinta dias, impugnação de qualquer credor, o plano será aprovado tacitamente, sem necessidade de instalação da AGC.

A AGC é organizada entre as seguintes classes de credores: (i) titulares de créditos trabalhistas ou decorrentes de acidentes de trabalho; (ii) titulares de créditos com garantia real; e (iii) titulares de créditos com privilégio especial¹, quirografários e subordinados.

Além da competência para deliberar sobre o Plano de Recuperação² do devedor, em se tratando de processos de Recuperação Judicial, a AGC deverá se manifestar sobre as seguintes matérias:

(i) aprovação ou rejeição do plano de recuperação. Embora a AGC possa propor mudanças ao Plano de Recuperação, não tem competência para impor tais mudanças, que deverão ser acordadas com o devedor (que poderá aceitá-las ou rejeitá-las);

¹ Art. 83 da Lei 11.101, conforme art. 964 do Código Civil, leis civis e comerciais e direito de retenção sobre coisa dada em garantia.

² Art. 54 da Lei 11.101.

(ii) deliberar sobre a instalação do Comitê de Credores e indicar os respectivos membros;

(iii) deliberar sobre pedido de desistência do processo de recuperação, eventualmente apresentado pelo devedor;

(iv) em havendo afastamento dos controladores do devedor, indicar o nome do gestor judicial; e

(v) deliberar sobre outras matérias que afetem os interesses dos credores.

A convocação da AGC será feita sempre pelo juiz, podendo a sua instalação ser requerida pelos credores, pelo Comitê de Credores ou pelo Administrador Judicial³, mediante publicação de edital em veículo oficial e em órgão de imprensa de grande circulação. Entre a convocação e a realização da AGC deve decorrer ao menos quinze (15) dias. A AGC será instalada, em primeira convocação, com a presença de credores representando mais da metade dos créditos de cada uma das classes. Em segunda convocação, porém, será instalada com qualquer número de credores.

Quanto às deliberações, serão aprovadas aquelas que receberem o voto favorável da maioria dos créditos presentes à AGC. O quórum para a aprovação do Plano de Recuperação é, porém, distinto e será verificado separadamente em cada uma das classes de credores. Assim, na classe de

³ Art. 36, Lei 11.101.

credores titulares de créditos trabalhistas, a aprovação exige o voto favorável da maioria dos credores presentes à AGC. Já no caso dos credores titulares de créditos com garantia real ou de créditos quirografários, a aprovação do Plano de Recuperação exige o voto favorável da maioria dos credores e dos créditos presentes na AGC. Adotou-se, portanto, um sistema de dupla maioria (valor do crédito e quantidade de credores).

A legitimidade para participar da AGC depende da condição de credor. Essa condição deverá ser declarada na lista de credores em vigor na ocasião. O processo de recuperação judicial prevê a publicação de três listas de credores: (i) relação de credores apresentada pelo devedor; (ii) relação de credores elaborada pelo Administrador Judicial; e (iii) Quadro Geral de Credores aprovado pelo juízo⁴. Também poderão votar credores que tenham seu crédito reconhecido judicialmente ou credores de valores ilíquidos que tenham obtido reserva de valor. Não terão direito de voto os credores que tenham habilitado seus créditos fora do prazo legal. Da mesma forma, não terão direito de voto os credores cujo valor do crédito e condições de pagamento não sejam alterados pelo Plano de Recuperação.⁵

A lei 11,101 criou uma situação que pode resultar em prejuízo para os credores. Trata-se da possibilidade de realização da AGC

⁴ Arts. 7º. e seq. da Lei 11.101.

⁵ Art. 45, parágrafo 3º. da Lei 11.101.

antes da definição do quadro geral de credores. Pela lei a AGC pode ser realizada assim que divulgada a lista de credores definida pelo Administrador Judicial. Se, portanto, decidir o Administrador Judicial excluir qualquer credor restará a este impugnar essa decisão perante o juízo. No entanto, nem sempre essa impugnação poderá ser apreciada em tempo hábil para viabilizar a participação do credor na AGC. Trata-se de uma falha na lei que resultou em um excesso de poderes para o Administrador Judicial.

Há diversas circunstâncias que podem acarretar a anulabilidade da própria assembléia geral, de uma ou mais deliberações tomadas na AGC, ou do voto proferido por qualquer credor. A disciplina das nulidades, contudo, não foi prevista na Lei

11,101 e deve ser buscada nas regras gerais previstas no Código Civil.

As negociações para a aprovação de um plano de recuperação judicial deverão, na maior parte dos casos, passar ao largo da AGC. Isso porque a complexidade que os planos de recuperação deverão assumir não permitirão que as negociações sejam feitas no curso de uma AGC. Além disso, a dinâmica de um processo de recuperação implicará na polarização das negociações entre o devedor e os maiores credores de cada uma das classes previstas em lei. Não obstante, quanto mais complexos os processos de recuperação judicial, a AGC, na medida em que passa a ser o foro decisório, representará um dos momentos mais críticos e imprevisíveis do processo para o qual cada uma das partes envolvidas deverá ser preparar cuidadosamente.

Conceito de PPP, Concessão de obra e serviço

Mariana Kauche Maldonado

Breve histórico do surgimento da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Lei 11.074/2004 instituiu no Brasil normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas ("PPP") no âmbito da Administração Pública. Referida lei é resultado de um processo que visou primordialmente a busca por uma alternativa para a implementação de atividades originariamente sob a sua responsabilidade.

Tendo em vista a escassez de recursos do setor público, bem como, em muitas ocasiões, a carência de conhecimento técnico especializado, a criação das PPP, surgiu como a solução para a consecução de projetos que abrangem desde obras de infra-estrutura até projetos nas áreas de segurança pública, administração penitenciária, habitação, etc.

Conceito de Parceria Público-Privada

Nos termos do artigo 2º da Lei 11.079/04, a parceria público-privada é viabilizada através

de um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, celebrado entre a Administração Pública (União, Estados e Municípios) e o investidor privado.

Inovações trazidas pela Lei 11.079/2004

A concessão a que se refere a Lei 11.079/2004 e difere da concessão comum, regulada pela Lei nº 8.987/95.

A Lei 11.079/2004 criou as seguintes modalidades de concessão:

(a) **concessão patrocinada:** para serviços ou obras públicas incluídas no conceito da lei de concessão de serviços públicos (Lei 8.987/95) e que envolvam além da tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação devida pelo Poder Público ao concessionário;

(b) **concessão administrativa:** um contrato de prestação de serviços em que a administração pública é a usuária direta ou indireta.

A concessão instituída pela Lei 11.079/2004 consiste em um contrato pelo qual a Administração Pública (Poder Concedente) transfere à iniciativa privada a administração de um serviço ou a consecução de uma obra, por um período determinado, sob fiscalização do Poder Concedente. Na concessão da Lei 8.987/95 o concessionário recebe apenas uma tarifa paga pelo usuário como meio remuneratório. Já na PPP, o concessionário

recebe, além da tarifa, uma remuneração do Poder Concedente.

Nas concessões patrocinadas, o ente público contratante participará financeiramente do custeio do serviço público, em que o concessionário receberá parte da remuneração do usuário, mediante o pagamento da tarifa, e parte do Poder Concedente, mediante pagamento de preço em complementação à tarifa paga pelos usuários.

Nas concessões administrativas, o concessionário receberá o preço do Poder Concedente, que por sua vez, receberá a tarifa paga pelo usuário. Pela concessão administrativa, o Poder Concedente contrata o parceiro, via PPP, para executar serviços de que necessita, seja com ou sem obras, ou fornecimentos de bens. São exemplos: a construção e reforma de estradas, de um estádio ou complexo esportivo de interesse da comunidade, etc. Ficaram excluídos da PPP a mera construção de obras públicas, como viadutos, pontes, praças públicas, etc., bem como outros ajustes de interesse público, como o fornecimento e a instalação de equipamentos e cessão de mão-de-obra, que continuam regulados pela Lei nº 8.666/94¹.

Outra novidade trazida pelas PPP é que a remuneração do parceiro privado ficará condicionada ao seu desempenho e será aferida com base em indicadores de resultado especificamente definidos, certificados por

¹ Art. 2º. da Lei 11.079/2004.

verificadores independentes. Além disso, a remuneração somente será devida a partir da entrega da obra ou da disponibilização dos serviços, o que difere do regime da concessão comum regida pela Lei 8.987/95.

Dentre as diferenças com relação à concessão comum, deve-se ressaltar que, nas PPP existe o compartilhamento dos riscos entre as partes contratantes. A alocação dos riscos nas PPP se dá de forma objetiva e de acordo com a capacidade dos parceiros em melhor gerenciá-los, o que permite alcançar o melhor resultado para o projeto, em termos de prazo, custos e qualidade, ensejando maior eficiência no emprego dos recursos públicos. Já no sistema de concessão comum, o risco econômico da exploração é suportado pelo concessionário/permissionário.

Um requisito importante para que o projeto de parceria público-privada possa ser implementado consiste na necessidade de se demonstrar a sustentabilidade financeira do projeto. O projeto deve também apresentar vantagens sócio-econômicas em comparação com a disponibilização do serviço público ou da obra diretamente pelo próprio Poder Concedente.

Limitações aos projetos de PPP

Os projetos devem apresentar valor mínimo de R\$ 20.000.000,00, ter um período mínimo de prestação dos serviços de 5 anos, comprometer apenas 1% da receita líquida corrente e o capital público investido não pode ultrapassar 70% do valor total dos recursos a serem investidos no projeto.

Conceito de Obras e Serviços

Muito embora tenha criado novas modalidades de concessão, a Lei 11.079/2004 não alterou diversos conceitos já existentes e que são aplicáveis às PPP. Trata-se dos conceitos de obra e serviço público, bem como das modalidades de execução de contratos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define serviço público: "*Toda atividade material que a Lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*".²

A Lei 8.987/95 não define, nem tampouco elenca, os serviços públicos sujeitos a concessão. Sobre essa questão a doutrina se posiciona da seguinte forma: "*O que se defende é que não basta a oferta de utilidades pessoais indeterminadas para surgir um serviço público. O fundamental é a pertinência entre a utilidade ofertada e a necessidade a ser satisfeita. Dito em outras palavras, serviço público não é sinônimo de serviço ao público. Indica serviço indispensável, diretamente relacionado com a satisfação de necessidades essenciais à integridade do ser humano*".³ Dessa forma, enquanto alguns serviços públicos são

² "Direito Administrativo", SP, Ed. Atlas.

³ Marçal Justen Filho, "Teoria Geral das Concessões de Serviço Público", Ed. Dialética, 2003, São Paulo, p. 47.

essenciais e ficam reservados ao Poder Público (Polícia, a Justiça e as Forças Armadas, p.ex.), outros podem ser delegados à iniciativa privada.

Com relação às obras públicas, os termos da Lei 8.666/93 referem-se toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta.

Regimes de Execução de Contratos.

Nos termos da Lei 8.666/93, a execução indireta, ou seja, aquela feita por terceiro que não o Poder Público, pode-se dar sob qualquer das seguintes modalidades:

(a) **empreitada por preço global:** quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

(b) **empreitada por preço unitário:** quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

(c) **arefa:** quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; ou

(d) **empreitada integral:** quando se contrata um empreendimento em sua integralidade compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante, em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização

em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada.

Para a contratação de serviços, identificados estes como toda atividade destinada a obter determinada utilidade para a administração (art. 6º, II da Lei 8.666/93), é necessário discriminar detalhadamente o que se pretende, providenciando, para esse fim, a elaboração de projeto básico e/ou executivo, quando se trate especificamente de obras e serviços de engenharia.

Conforme definido pelo art. 6º, inciso IX da Lei 8.666/93, **projeto básico** consiste no *"conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução,..."*.

O inciso X do referido art. 6º define **projeto executivo** como *"... conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT"*.

Pode-se concluir portanto, que os conceitos de projeto básico e projeto executivo aplicam-

se a obras e serviços de engenharia, não sendo compatíveis com outros tipos de serviços.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles: *"Na verdade, a melhor interpretação da Lei 8.666, de 1993, é no sentido de que a exigência de projeto básico refere-se fundamentalmente a obras e serviços de engenharia. O mesmo se pode dizer com referência ao projeto executivo (art. 7º, II). Muitos outros serviços podem ser licitados sem a exigência de projeto básico, desde que seu objeto esteja perfeitamente caracterizado e descrito. Isto vale não só para serviços técnicos especializados (que não sejam de engenharia), como para outros bastante simples, como os de limpeza de edifícios públicos, vigilância etc."*⁴

O artigo 7º da Lei 8.666/93, portanto, que faz exigências relacionadas a "orçamento detalhado em planilhas", "previsão de recursos orçamentários" e "produto contemplado nas metas do plano plurianual", deve ser interpretado restritivamente, aplicando-se somente a obras e serviços de engenharia.

Nesse sentido é a orientação acolhida por MARÇAL JUSTEN FILHO que, referindo-se ao tema, assevera: *"O art. 7º tem de ser interpretado em termos. Sua redação retrata, uma vez mais, as concepções fortemente relacionadas com o campo da engenharia. É*

⁴ "Licitação e Contrato Administrativo". 12ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 42/43.

*claro que "projetos básico e executivo" são figuras relacionadas exclusivamente com obras e serviços de engenharia..."*⁵

Com relação aos demais serviços e obras, especializados ou comuns, a lei exige o planejamento prévio da contratação, devendo a administração descrever aquilo que pretende contratar de forma minuciosa no edital, ou detalhando em memorial descritivo, ou simplesmente providenciando a elaboração de um projeto (e apenas isto) voltado e compatível à área de conhecimento de que se trate a contratação.

Portanto, os conceitos de obra e serviço público, bem como o respectivo regime de execução e as exigências para a sua contratação, ainda que não dispostos na Lei 11.079/2004, aplicam-se às PPP, devendo ser observados tanto pelo Poder Público quanto pelos parceiros privados.

⁵ "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 109/110.

Jurisprudência

Prazo Prescricional – Tributo

Obrigação tributária informada em declara o. DCTF. Débito declara o e não pago. Prescri o quinq enal. Termo Inicial. Vencimento da Obriga o. 1. Tratando-se de tributos lançados por homologa o, ocorrendo a declara o do contribuinte, por DCTF, e na falta de pagamento da exa o no vencimento, mostra-se incabivel aguardar o decurso do prazo decadencial para o lançamento. Tal declara o elide a necessidade da constitui o formal do débito pelo Fisco, podendo este ser imediatamente inscrito em d vida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notifica o ao contribuinte. 2. O termo inicial do lustro prescricional, em caso de tributo declarado e não pago, não se inicia da declara o, mas da data estabelecida como vencimento, o valor declarado a título de tributo não pode ser exigido pela Fazenda Pública, razão pela qual não corre o prazo prescricional da pretensão de cobrança esse período. 3. Recurso Especial promovido. (RESP n  782.770-PR)

Súmula n  326 – STJ

A Corte Especial, em 22 de maio de 2006, aprovou o seguinte verbete de Súmula: **Na a o de indeniza o por dano moral, a condena o em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.**

Substitui o Tributária.

A Turma reafirmou que a nova reda o dada ao art. 31 da Lei n. 8.212/1991 pela Lei n. 9.711/1998, que veio a responsabilizar as tomadoras de serviços pelo recolhimento da contribui o previdenciária devida pelas prestadoras de serviço, não infringiu o disposto no art. 128 do CTN e, assim, deu provimento ao recurso do Instituto. Precedentes citados: AgRg no REsp 694.267-SP, DJ 7/11/2005; REsp 745.877-SP, DJ 5/9/2005, e REsp 734.642-SP, DJ 15/8/2005. **REsp 433.031-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 23/5/2006.**

Execu o fiscal. Sócios

A Turma, ao continuar o julgamento, entendeu, por maioria, que, na hipótese,   possível presumir a dissolu o irregular da sociedade e, em conseq ncia, redirecionar a execu o fiscal para seus sócios, visto que certificado por oficial de justiça que ela não mais existe no endereço indicado (art. 127 do CTN). No Direito Comercial, há que se valorizar a aparência externa da sociedade, e a mera suposi o de que estaria a funcionar em outro endereço, sem que o tivesse comunicado   Junta Comercial, não pode obstar o crédito da Fazenda. **REsp 800.039-PR, Rel. originário Min. Peçanha Martins, Rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, julgado em 25/4/2006**

Dívida. Sociedade. Quotas

Salvo hipóteses taxativamente previstas em lei, o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade. Por isso, via de regra, impossível a penhora das quotas sociais em execução movida contra a pessoa jurídica. Precedentes citados: REsp 114.130-MG, DJ 31/3/2000, e REsp 86.439-ES, DJ 1º/7/1996. **REsp 757.865-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 20/4/2006.**

Esta Newsletter e as informações nela contidas foram elaborados por Madrona, Hong, Mazzuco, Kawamura – Sociedade de Advogados para finalidades meramente informativas e não constituem propaganda, solicitação de clientela de terceiros ou recomendação legal. As informações fornecidas por intermédio desta Newsletter são de caráter genérico e podem ou não refletir a posição mais atualizada com relação a questões legais específicas.