

ZARA
LAW OFFICES

**ADMINISTRANDO OS RISCOS DE CONDUZIR
NEGÓCIOS COM
PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS NOS
ESTADOS UNIDOS**



111 John Street, Suite 510
Tel: +1-212-619-4500
zara@zaralawny.com

New York, NY 10038, USA
Fax: +1-212-619-4520
www.zaralawny.com

Nos Estados Unidos, pequenas a médias empresas, também conhecidas como “SMEs”, são assim definidas por empregarem menos de 500 pessoas. As estatísticas mostram que 99.7% das empresas americanas estão nesta categoria.

Assim sendo, se você pretende conduzir negócios nos EUA, você provavelmente o fará, em algum momento, com uma SME. Por estas razões, antes de começar a exportar para, ou fazer negócios nos EUA, é importante entender os riscos que exportadores estrangeiros encontram ao fazer negócios com estas SMEs nos EUA, e as medidas a tomar para reduzir tais riscos.

Este artigo destina-se a ajudar você, como exportador e importador estrangeiro, ou comprador, a administrar os riscos inerentes ao comércio internacional, particularmente os riscos que você poderá encontrar ao comprar ou vender produtos de pequenas e médias empresas americanas; e ajudá-lo a proteger seus interesses de acordo.

D) IDENTIFIQUE SUAS CONTRA-PARTES

1. Com quem você planeja lidar?

Tipicamente, as SMEs são empresas privadas, o que significa que não estarão listadas. Em comparação às restrições aplicáveis às empresas listadas, ou públicas, os regulamentos aplicáveis às SMEs são muito menos restritivos, especialmente no que se refere à divulgação de informação ao público. De fato, diferente de muitos países europeus, não há banco de dados público que forneça informações sobre as SMEs nos Estados Unidos. Assim sendo, é frequentemente muito difícil, especialmente de outro país, identificar os acionistas, gerentes ou oficiais de uma SME e determinar sua situação legal e condição financeira.

Por esta razão, antes de começar qualquer atividade com uma SME, você precisa coletar informação compreensiva sobre a mesma. Segue uma lista de informações amplas e relevantes que você deverá adquirir:

- Qual tipo de empresa? Quando foi incorporada? Onde está localizada sua sede?
- Qual é o histórico financeiro da empresa? Que reputação esta tem no mercado?
- Há quanto tempo a empresa está neste mercado? Quantas pessoas a empresa emprega?
- Quais são seus números de vendas? A empresa tem lucro? Quem são seus maiores clientes e fornecedores?
- Seus gerentes ou oficiais já montaram outra empresa antes? Sua situação atual.
- A empresa já foi processada? Se positivo, por quem? Quando? Por que razão? Qual o resultado da ação?

Existem alguns sites na internet onde você pode, por uma pequena quantia, adquirir tais informações (ex.: www.knowx.com).

2. A ausência de requerimento de capital mínimo

As leis referentes à entidades comerciais nos EUA tipicamente não estipulam requerimentos de capital mínimo (exceto bancos, companhias de seguro e certas entidades financeiras). Isto significa que mesmo uma pessoa com recursos limitados e/ou histórico de crédito ruim pode abrir uma empresa nos Estados Unidos. Em geral, é mais fácil abrir uma empresa nos Estados Unidos do que na maior parte dos países europeus, onde requerimentos estatutários tendem a ser mais restritivos.

Teoricamente, os membros de uma SME devem começar a operar sua empresa com capital inicial razoável¹, para que não sejam considerados responsáveis pelas dívidas / débitos da mesma. Contudo, você deve saber que nos EUA, é bastante difícil conseguir que os diretores e acionistas sejam considerados pessoalmente responsáveis pelos fracassos financeiros da empresa (o conceito legal de considerá-los pessoalmente responsáveis é por vezes referido como “piercing the corporate veil” – desconsideração da personalidade jurídica).

Para determinar se os gerentes e oficiais de uma empresa são pessoalmente responsáveis por seus débitos, tribunais levam vários fatores e circunstâncias em consideração. Estes irão avaliar a alegada falta de capital, determinar se os diretores e acionistas usaram os ativos da empresa para propósitos pessoais, se eles mantiveram bons registros comerciais ou se distribuíram salários exorbitantes. Estes são os elementos principais que um tribunal analisa para decidir se deve desconsiderar a personalidade jurídica da empresa. Consequentemente, se a única questão é a falta de capital (undercapitalization), um tribunal não considerará automaticamente os diretores e oficiais pessoalmente responsáveis pelos débitos da empresa.

3) SMEs não têm a obrigação de operar a partir de um escritório

Em geral, membros de uma SME não são obrigados, exceto em certas indústrias como a vinícola, a manter um escritório. Além disso, a Internet e novas tecnologias permitem pequenas e médias empresas a apresentarem-se como maiores do que realmente são. Por exemplo, quando você telefona à empresa, você pode ser transferido a departamentos diferentes e conectado a diversas pessoas. Você pode ter a impressão de que está lidando com uma grande empresa – no entanto, esta empresa pode ser de fato baseada em uma residência e seus correspondentes estarem utilizando diferentes linhas telefônicas e extensões para criar esta falsa impressão.

Por isso, você precisará coletar o máximo de informação possível sobre a entidade com a qual você planeja fazer negócios para evitar surpresas desagradáveis.

¹ O valor de um capital inicial adequado é sui-generis. Isto é, este depende de circunstâncias: o que é razoável para uma SME pode ser considerado totalmente insuficiente para uma outra, que pertença a uma indústria completamente diferente e/ou que possua um modelo de negócios completamente diferente.

4) A ausência de estatutos específicos aplicáveis às SMEs

A falta de requerimentos legais e a ausência de leis específicas aplicáveis às SMEs aumentam os riscos de não-pagamento e tornam o comércio com SMEs mais arriscado do que com outras entidades comerciais.

Para reduzir tais riscos e proteger seus interesses, você como vendedor, antes de começar qualquer operação com uma SME nos EUA, deve descobrir o que puder sobre esta empresa e preparar um bom acordo de vendas.

II) AS PROTEÇÕES OFERECIDAS PELA LEI DOS EUA – COMO PROTEGER-SE DO RISCO DE NÃO-PAGAMENTO PELO COMPRADOR?



1. Garantias Pessoais ou de Terceiros

Os proprietários, gerentes ou oficiais das SMEs, assim como empresas afiliadas, ou até mesmo empresas não relacionadas, podem fornecê-lo garantias pessoais / de terceiros que o protejam da falta de pagamento da empresa.

- **Garantia de Pagamento**

O fiador é primariamente responsável pelo débito. Nesse caso, você pode exigir pagamento diretamente deste, mesmo sem antes processar o comprador.

- **Garantia de Recebimento**

O fiador é secundariamente responsável pelo débito. Você pode exigir o pagamento do fiador somente após não haver conseguido receber do comprador.

2. Contratos de Garantia

Ao entrar em um contrato de garantia com o comprador, este concorda em fornecer-lhe direito de garantia sobre seus ativos, produtos enviados, ou nos recebíveis de terceiros. Sujeito a registro do direito de garantia em cartório municipal (county clerk's office) aplicável, no caso de o comprador não cumprir pagamento ou declarar falência, você se beneficiará de prioridade sobre os credores não-segurados. Sendo assim, você terá o direito de receber pagamento antes destes, no caso de falência do devedor ou no caso de uma nomeação para o benefício dos credores² (sujeitos ao contrato de garantia).

Considerações Importantes:

- Você deve determinar se uma terceira parte tem um prévio direito de garantia sobre os ativos do comprador (ex.: bancos que possuam direito de garantia podem ter prioridade sobre as contas bancárias e/ou ativos de seus clientes).
- Você deve determinar se a pessoa ou entidade que executará a garantia pessoal (contrato de prestação de garantia fidejussória) de fato possui fundos e ativos para pagar suas contas à receber.

Garantias Pessoais ou de Terceiros, ou Contratos de Garantia podem ser incluídos em contratos de venda assim como em contratos independentes.

3. Confissão por Sentença

Você pode requerer a chamada “Confissão por Sentença” do comprador, no valor do preço de compra. Nesse caso, o comprador terá que atestar sob juramento que ele/a lhe deve certa quantia e que este o pagará em determinada data. Assim, no caso de falta de pagamento, você poderá obter sentença sem precisar começar uma ação, sem ter que estar presente em audiências ou cumprir o processo caro e demorado de descoberta de provas. O comprador será declarado como “Devedor por Sentença” (“Judgment Debtor”) e você poderá executar a sentença contra o mesmo, como se houvesse ganho a causa.

4. Carta de Crédito

Carta de Crédito é um documento emitido por um terceiro partido, geralmente uma instituição financeira, no qual é estipulado um comprometimento incondicional em pagar ao beneficiário (você) certa quantia, desde que você produza certos documentos indicados na carta de crédito.

² Certos estados como Nova Iorque e Massachusetts, possuem leis que autorizam os devedores, como alternativa à falência, a nomear um Gestor fiduciário, que cobrará os recebíveis do devedor, venderá seus ativos e distribuirá estes rendimentos aos credores em ordem de prioridade.

Contudo, mesmo que você possua o benefício da Carta de Crédito, você ainda assim precisará de um acordo de vendas por escrito e bem-feito, para reduzir os riscos de não-pagamento.

Mesmo que bancos normalmente congelem a soma correspondente ao valor da carta de crédito (mais taxas bancárias aplicáveis) das contas de seus clientes antes de emití-las, não significa que você terá facilidade em obtê-las de uma SME. No entanto, se você conseguir uma carta de crédito, você deve também considerar que:

- É impossível contestar ou modificar os termos de cartas de crédito não-negociáveis e irrevogáveis após sua emissão. Sendo assim, insista em uma carta de crédito não-negociável e irrevogável, com pagamento à vista.

- O contrato de vendas:
 1. Deve claramente especificar que o pagamento será feito sob forma de Carta de Crédito.
 2. Deve possuir uma cláusula estipulando que o comprador não poderá nem tentar reter o pagamento do banco após a produção dos documentos requeridos. E que senão você estará intitulado a recuperar danos incluindo as custas legais e honorários advocatícios.
 3. Deverá claramente indicar que, no caso de você não ser capaz de cumprir com termos não-essenciais da carta de crédito, o comprador lhe fornecerá uma renúncia de seus direitos sob a carta de crédito (por escrito) e que ele/a fará o que estiver ao seu alcance para que o banco faça o pagamento como indicado na Carta de Crédito.



- A data do pagamento na Carta de Crédito deve ser definida no acordo de vendas como “30 dias”, “30 dias após aceitação”, ou “30 dias após embarque.”

- A menos que haja suspeita de fraude, o banco é obrigado a pagar o valor indicado na Carta de Crédito desde que você produza, dentro do prazo, os documentos ali listados.
- Note que os bancos são responsáveis pelo controle de conformidade dos documentos e não dos produtos.

Finalmente, você deve estar ciente das conseqüências relacionadas à Lei de Falência dos EUA. Se uma empresa for incapaz de honrar suas dívidas, esta poderá pedir falência sob o Capítulo 7 ou 11 do Código de Falências dos EUA ante o Tribunal Federal de Falências.

Capítulo 7: Sob o Capítulo 7 do Código de Falências, os ativos do devedor serão liquidados e os rendimentos desta serão distribuídos aos seus credores. A empresa falida cessará suas operações e será dissolvida. A distribuição dos rendimentos da liquidação aos credores dependerá de seus potenciais direitos de prioridade: um credor segurado (o beneficiário de um contrato de garantia) receberá pagamento antes daqueles não-segurados, e geralmente, os últimos recebem a menor percentagem do dinheiro. Por esta razão, torna-se vital assegurar suas transações com contratos de garantia.

Capítulo 11: Diferente do procedimento mencionado no Capítulo 7, a empresa não é dissolvida e continua a conduzir negócios sob as disposições do Capítulo 11. Neste procedimento, o devedor recebe uma chance de preparar um plano para reorganizar a empresa e concordar com os credores em um plano de pagamento, enquanto parte ou a totalidade dos negócios continua em funcionamento.

Após o devedor pedir falência sob o Capítulo 11, ele/a tem 120 dias, a contar da data de entrada da petição, para apresentar seu plano de reorganização aos seus credores e ao Tribunal de Falências. Se o devedor falhar em submeter seu plano neste prazo, ou se seus credores recusarem seu plano de pagamento dentro de 180 dias, qualquer credor pode submeter seu próprio plano.

Um plano de reorganização deve incluir todas as classes de credores: funcionários, profissionais interessados na falência da empresa, credores segurados e/ou não-segurados. Este plano deve claramente indicar a identidade dos credores a serem pagos, as formas, ofertas e data de pagamento. Todas as classes identificadas devem aprovar o pagamento com 2/3 dos votos. Além disso, o Tribunal deve crer na viabilidade do plano de reorganização e na boa-vontade do devedor em honrar os termos do plano de pagamento.

No caso de nenhum dos credores aceitarem o plano de reorganização, o devedor ainda assim pode tentar “forçá-los” a aceitar este plano. Isto é chamado de “cram-down”. O devedor pode fazê-lo se puder provar que os credores receberão menor quantia no caso de dissolução – em contraste a aplicar seu plano de reorganização.

O devedor somente pagará as dívidas que estiverem listadas em seu plano e aos credores que tiverem corretamente dado entrada em prova de demanda; sujeita ao direito do devedor de contestá-la. Assim sendo, uma vez que o Tribunal aceite o plano, a empresa continuará suas atividades, mas geralmente com uma dívida bem menor.

Quando uma empresa pede falência, qualquer procedimento legal direcionado contra o devedor é paralisado. Assim sendo, nenhuma ação legal pode ser aberta contra ele e seus credores somente receberão pagamento aprovados, de acordo com as disposições do Tribunal de Falências.

Ao implementar os importantes conselhos mencionados neste artigo, você será capaz de reduzir significativamente os riscos de pagamento inerentes ao comércio internacional, assim reduzindo os riscos de negociar com SMEs americanas. É imperativo ressaltar a importância de obter o máximo de informação possível da empresa com a qual você planeja fazer negócios, e de produzir um bom acordo de vendas. Em adição, insista em beneficiar-se de um Direito de Garantia ou de Garantias Pessoais/de Terceiros de pessoas/entidades confiáveis. Estas simples precauções o ajudarão a melhor proteger seus interesses, e a beneficiar-se ao máximo do enorme e muito lucrativo mercado norte-americano.

Boa Sorte!



Termo de Isenção de Responsabilidade:

Os materiais contidos neste Artigo são apenas para sua informação. Eles de forma alguma têm a intenção de constituir conselhos legais ou as opiniões dos Escritórios de Advocacia Zara ou de seus funcionários. Os Escritórios de Advocacia Zara não são responsáveis por, e expressamente isentam-se de toda obrigação por, danos de qualquer natureza decorrentes de seu uso, referência ou confiança em qualquer informação contida neste Artigo.

O uso de qualquer informação contida neste Artigo não cria uma relação advogado-cliente. Você não deve agir baseado em, ou contar com qualquer informação contida neste website sem procurar o conselho de um advogado familiarizado com as particularidades de seu caso.

Nós o convidamos a contactar-nos e seus telefonemas, fax, cartas e e-mails são bem-vindos. Contudo, por favor note que comunicações com esta firma (incluindo as mencionadas acima) não criam uma relação advogado-cliente. Tal relacionamento somente é criado através da assinatura de uma carta de compromisso entre você e os Escritórios de Advocacia Zara. Nós não assumimos qualquer obrigação legal em responder correspondência não-solicitada.

Nós fortemente desaconselhamos o envio de informação confidencial ou privilegiada a este escritório antes que uma relação advogado-cliente tenha sido estabelecida. Além disso, nós desaconselhamos o envio de informação confidencial ou privilegiada por e-mail em qualquer situação, já que não podemos de maneira alguma garantir a segurança de seu e-mail. Nós lhe recomendamos que primeiramente nos telefone com uma breve descrição de seu caso.

A intenção de quaisquer links que por ventura apareçam neste Artigo é somente de facilitar a identificação e acesso a outras fontes de informação e não de estabelecer associações, indicações, referências, endossos, aprovação ou patrocínio dos materiais, websites e/ou guias contidos em tais links. Os Escritórios de Advocacia Zara não são responsáveis pelo uso de marcas, marcas registradas, símbolos, ou logotipos nestes por ventura contidos.

Apesar de periódicas atualizações nas informações aqui contidas, não garantimos que estas estarão corretas, completas ou atualizadas.

Direitos Autorais © 2007 Escritórios de Advocacia Zara. Todos os direitos reservados.