

## DEBÊNTURES. APLICAÇÃO ADEQUADA DA LEI FALIMENTAR

Processo n.º 3.138

As debêntures com garantia fluante e que têm reforçada esta garantia com o ônus a que se refere o § 5.ª do art. 58 da Lei 6.404/76, asseguram a seus titulares privilégio geral, não estando sujeitos à moeda da concordata, porque não quirografários, devendo ser excluídos da lista a que se refere o inciso V do art. 159 da Lei Falimentar. Aplicação do inciso III do art. 102 da Lei de Falências, tanto ao processo falimentar como ao concordatário, em harmonia com as normas do art. 147 e art. 58 da Lei 6.404/76.

MM. Juiz:

### PARECER

1. As argumentações apresentadas pela concordatária, através dos pronunciamentos de fls. 591/604 e 605/614, não abalaram a convicção deste Curador de Massas a respeito do entendimento sobre a classificação do crédito dos debenturistas, com garantia fluante, na categoria de credores com privilégio geral, quer no concurso universal da falência, quer na concordata e, em conseqüência, não estão sujeitos à moeda da concordata, não devendo integrar a lista a que se refere o inciso V do art. 159 da Lei Falimentar.

2. As ponderações apresentadas pelo Agente Fiduciário dos Debenturistas, de fls. 1038/1056, quanto à interpretação das normas dos artigos 102 e 147 da Lei Falimentar, estão afinadas com a melhor doutrina a respeito do assunto.

3. Quando o § 1.º do art. 58 da Lei 6.404/76 assegurou aos titulares de debêntures fluantes privilégio geral sobre o ativo da companhia emissora, não fez distinção quanto à classificação do crédito na falência ou na concordata.

4. A doutrina de Fran Martins, em *Comentários à Lei das S/A*, 1.ª Vol. 2.ª Edição, Forense, pág. 364, é no sentido de que esse privilégio se aplica, também, na falência e que os debenturistas com garantia fluante se colocam acima dos credores quirografários. Se vê, pois, que se trata de dar aplicação ao inciso III do art. 102 e 147 da Lei Falimentar, que se harmonizam com o art. 58 da Lei 6.404/76.

5. A norma do art. 102-III da Lei de Falências se aplica ao processo falimentar e ao de concordata, o que leva à convicção de que os titulares de créditos com privilégio geral, como os debenturistas, com garantia fluante, não estão sujeitos aos efeitos da concordata.

6. Ora, a garantia fluante não se refere, obviamente, a certos e determinados bens da companhia emissora, mas assegura a seu titular privilégio geral sobre o ativo, que não pode ser confundido com a garantia dos credores quirografários, que é destituída de qualquer preferência ou privilégio.

7. A Lei 6.404/76 criou 4 espécies de debêntures: com garantia fluante, com garantia real, sem preferência ou quirografária e a subordinada aos demais credores da companhia. As debêntures sem preferência ou quirografária têm no patrimônio da companhia emissora sua garantia, mas sem nenhum privilégio e seus créditos estão sujeitos à concordata. As subordinadas estão colocadas abaixo dos credores quirografários e, no caso de falência ou concordata, não concorrem com os credores quirografários, porque só após estes serem pagos é que serão satisfeitos, em concurso com os acionistas, na partilha da sobra do numerário ou ativo remanescente da emissora.

8. Não nos parece razoável equiparar os credores com privilégio geral, portadores de debêntures com garantia flutuante, com os credores portadores de debêntures sem preferência ou quirografários, e, certamente, essa não foi a intenção do nosso legislador.

9. Relevantíssimo, em nosso entender, o disposto na cláusula 2.12 da escritura de emissão de debêntures, de fls. 1058/1071. Ficou, nela, pactuado o compromisso da companhia emissora, ora concordatária, de não constituir ônus adicional sobre o imóvel localizado na Rua Moura Brasil, 44 — Laranjeiras, de propriedade da emissora.

10. A matéria foi consagrada pelo § 5.º do art. 58 da Lei 6.404/76. Registrada no Registro Imobiliário a escritura de emissão, na forma do inciso II do art. 62, e nela constando essa obrigação negativa, torna-se oponível a terceiros, se averbada a mencionada obrigação no registro competente do imóvel, objeto do ônus.

11. Ao que consta dos autos, a averbação da garantia assumida pela companhia emissora não foi providenciada. Apenas foi promovido o registro da escritura de emissão no registro de imóvel. Portanto, uma coisa é o registro da escritura no registro de imóvel e outra coisa é a averbação da garantia, prevista na cláusula 2.12, no registro competente do imóvel, no registro imobiliário.

12. Tal omissão, apenas, impede que este ônus seja oponível a terceiros, como está estabelecido na regra cristalina do § 5.º do art. 58 da Lei 6.404/76, mas entre as partes vige em toda plenitude.

13. Com a cláusula 2.12, da escritura de emissão, de fls. 1058/71, ficou estabelecida uma outra garantia a favor dos portadores ou titulares das debêntures, adquiridas da companhia emissora, uma, a garantia flutuante, a outra, garantia real atípica, embora prevista na lei. Assim, a garantia flutuante, que é um privilégio geral para os titulares de debêntures, não excluiu a garantia ou ônus real atípico, disciplinado no § 5.º do art. 58 da Lei 6.404/76, incidente sobre o imóvel da Rua Moura Brasil, 44.

14. Não pode, portanto, com muito maior razão, ser equiparado ao crédito quirografário, como entende a concordatária, porque, averbado o gravame, pode ser contraposto a eventuais e posteriores credores hipotecários, pignoratícios e, também, a arrestos e seqüestros.

15. Inegável que o agente fiduciário, quando da celebração do mútuo, procurou amparar os direitos dos debenturistas, desprovidos de garantia especial, e protegeu seus investimentos da falta de uma garantia mais robusta. Esta garantia mais sólida foi criada e pactuada na escritura de emissão e ela dá aos seus titulares uma preferência no concurso de credores em relação a esse bem.

16. A concordata não os atinge porque não são quirografários e sim titulares de dupla garantia, uma geral, como debenturista com garantia flutuante e, outra especial, por força da obrigação de não constituir ônus sobre o imóvel, a que se refere a cláusula 2.12 da escritura de emissão.

17. Foram pactuados nesta cláusula verdadeira garantia especial e direito que se reveste de seqüela, aderindo à coisa, devendo ser observado por todos, sujeitos passivos indeterminados, desde que averbado no registro do imóvel competente. Estabeleceu o § 5.º do art. 58 um direito absoluto e vinculado à coisa, gerando dever jurídico de todos.

18. Não procedem, de outro lado, e há, aqui, desvio de foco no argumento da concordatária, no que diz respeito à perda da força executiva das debêntures.

Afirmam a impossibilidade de se fazer atuar o privilégio porque as debêntures teriam perdido com o advento do C.P.C. de 1973 a qualidade de título executivo extrajudicial.

19. A perda da executividade teria se dado porque não foi transpassado para o C.P.C. atual a norma do inciso VIII do art. 298 do anterior C.P.C. e que não teria aplicação o inciso VII do art. 585 do atual C.P.C. porque a Lei 6.404/76 não atribuiu força executiva ao referido título de crédito.

20. A atuação do privilégio geral se revela, hoje, também, com força executiva, não pela norma do inciso VII, e, sim do inciso II, do art. 585 do C.P.C.. A escritura de emissão, registrada no registro de imóveis, se reveste dos requisitos apontados no inciso II do referido artigo do C.P.C..

21. Trata-se de documento particular, assinado pelo devedor concordatário e pelo agente fiduciário, com a subscrição de 2 (duas) testemunhas, contendo a obrigação de pagar quantia determinada ou mesmo determinável, face aos elementos concretos constantes do documento, apuráveis por simples operação aritmética.

22. Portanto, a materialização do privilégio geral se revela na força executiva do documento particular de escritura de emissão de debêntures e, com base nele, o agente fiduciário pode promover a cobrança dos créditos, pela via de execução, protegendo os direitos dos debenturistas e defendendo seus interesses e, por tal razão, e, independentemente de serem as debêntures títulos executivos, requerer a falência, como dispõe a letra "c" do § 3.º do art. 68 da Lei 6.404/76.

23. Irrelevante a questão relativa de serem ou não as debêntures títulos executivos e, mesmo que não sejam, se teria como fazer atuar o privilégio geral do crédito. A materialização da força executiva do crédito dos debenturistas está no documento de escritura de emissão, por força da regra cristalina do art. 585-II do C.P.C..

Por tais razões, opinamos no sentido desse juízo determinar a exclusão dos credores debenturistas da lista a que se refere o inciso V do art. 159 da Lei Falimentar, com a redação da Lei 7.274/84.

Rio de Janeiro, 29-11-85.

**LUÍS CARLOS DE ARAUJO**

Promotor de Justiça