

Requerentes: Banco Paulista S/A e Outros

Relator: Marcelo Fernandez Trindade

Relatório

01. Trata-se de pedido de renúncia feito pelos Bancos Tricury S/A (" Banco Tricury" ou "Requerente"), da função de agente fiduciário da 1ª emissão de debêntures e Paulista S/A ("Banco Paulista" ou "Requerente"), da função de agente fiduciário da 3ª emissão de debêntures, ambas da Feniciapar S/A ("Feniciapar" ou "Companhia"). Protocolaram os requerentes, em 16.08.2005, correspondência renunciando à referida função, comunicando, ainda, a convocação de uma Assembléia Geral de Debenturistas para deliberar sobre suas substituições.

02. Em 16.09.2005 foram expedidos os OFÍCIO/CVM/SRE/GER-3/Nº1708/2005 (fls. 03) e OFÍCIO/CVM/SRE/GER-3/Nº1709/2005 solicitando o atendimento das seguintes exigências:

- i. encaminhamento das atas das assembléias de debenturistas que deliberaram sobre a escolha do novo agente fiduciário, nos termos dos arts. 7º, 8º e 10 da Instrução 28/83;
- ii. envio da minuta da aditamento à escritura de emissão para aprovação da CVM, nos termos dos arts. 5º e 9º da Instrução 28/83;
- iii. remessa do relatório anual de agente fiduciário, referente ao exercício de 2004, de que trata o art. 12, inciso XVII, da Instrução 28/83, não protocolizado até a data da expedição dos ofícios.

03. Em resposta, os Requerentes enviaram, em 11.10.2005 (Banco Paulista) e em 14.10.2005 (Banco Tricury) os documentos e as informações que seguem (fls. 07/31):

- i. ata da Assembléia de Debenturistas, realizada em 19.09.2005;
- ii. cópias dos relatórios de agente fiduciário referentes ao exercício de 2004; e
- iii. informação de que não ocorreu a escolha de novos agentes fiduciários na Assembléia de Debenturistas realizada.

Dos Fatos

04. A Feniciapar é uma sociedade de propósito específico ("SPE") constituída em 1994 exclusivamente para adquirir os recebíveis das Lojas Arapuã S/A ("Lojas Arapuã") e emitir valores mobiliários (debêntures) lastreados nesses recebíveis. Com base em tal propósito, ocorreram as 1ª e 3ª emissões, tendo sido colocadas em circulação a quantidade de 82.939 debêntures (fls. 15).

05. Em 20.10.2005, a Feniciapar protocolou requerimento junto a esta Autarquia solicitando permissão para a manutenção de suas debêntures de emissão pública sem a necessidade de manutenção de agentes fiduciários, tendo em vista os pedidos de renúncia formulados pelos Bancos Paulista e Tricury. Fundamentou a Companhia seu pleito nos seguintes argumentos:

- i. os créditos flutuantes das Lojas Arapuã, cedidos por conta de operação de securitização, não estão sendo revertidos em favor Feniciapar, em razão de inadimplência da cedente, bem como sua condição de empresa em processo de concordata;
- ii. a Feniciapar encontra-se em processo de negociação/repactuação com os titulares das debêntures emitidas para a extinção da securitização;
- iii. elevados custos de manutenção de uma companhia aberta, dentre eles: (a) gastos com publicação de atas; (b) necessidade de contratação de auditores; e (c) pagamento de agente fiduciário para a proteção dos interesses dos debenturistas, os quais atingiriam um montante equivalente a R\$ 40.000,00 mensais; e
- iv. tanto o Banco Paulista como o Banco Tricury não desejam mais manterem-se na posição de agentes fiduciários.

06. Subsidiariamente, foi solicitado um posicionamento formal da CVM quanto à desnecessidade de manutenção de agente fiduciário, tão somente no período em que perdurar a repactuação das debêntures e eventuais desdobramentos dessa negociação, o qual não ultrapassaria o prazo de sessenta dias, contados da data do recebimento da consulta.

07. Também foi requerida a concessão de prazo adicional, sem a indicação de qualquer agente fiduciário por conta da CVM, conforme previsto no art. 2º, § 3º da Instrução 28/83, em razão dos escassos recursos da Feniciapar.

Consulta à Procuradoria Federal Especializada

08. Foi encaminhada consulta à Procuradoria Federal Especializada ("PFE"), através do MEMO/CVM/SRE/GER-3/Nº182/05, de 25.10.05, com objetivo de serem esclarecidas as seguintes questões:

- i. violação do dever de diligência, uma vez que houve omissão por parte do agente fiduciário, tendo em vista que o mesmo foi autorizado, na assembléia de debenturistas realizada em 24/5/2002, a propor todas as medidas judiciais necessárias à execução dos créditos debenturísticos representativos da emissão;
- ii. obrigatoriedade de o agente fiduciário arcar com as despesas relativas à realização da referida execução;
- iii. viabilidade de um agente fiduciário renunciar à função, sem que haja nomeação de um substituto em assembléia de debenturistas;
- iv. competência desta Autarquia na escolha aleatória de um substituto para o cargo de agente fiduciário, tendo em vista que a companhia emissora encontra-se inadimplente com suas obrigações;
- v. momento em que se encerra o dever do agente fiduciário de defender e proteger os direitos dos debenturistas.

09. Em resposta, a PFE emitiu o MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº 298/05, de 14.11.05, com as seguintes considerações:

- i. o artigo 14, § 1º, da Instrução 28/83 determina ao agente fiduciário a prestação de contas perante a companhia emissora das despesas necessárias à salvaguarda dos direitos e interesses dos debenturistas, a fim de ser imediatamente por ela ressarcido, cabendo ao agente fiduciário realizar as despesas e, posteriormente, buscar o seu ressarcimento, mediante prestação de contas;

- ii. não pode o agente fiduciário eximir-se de suas obrigações pelo fato de a companhia não ter provisionado o adiantamento de despesas ordinárias relativas a ações para proteção de direitos e interesses dos debenturistas. No entanto, a ausência de pronto ressarcimento pode configurar motivo justificador para sua renúncia, caso não possua condições de continuar arcando com os encargos financeiros, cabendo-lhe promover o pedido de substituição perante a assembléia de debenturista;
- iii. não poderá haver vacância no cargo por prazo superior a 30 dias, dentro do qual deverá ser realizada assembléia dos debenturistas para escolha do novo agente fiduciário. Ultrapassando esse período sem que haja deliberação pela escolha de um novo representante dos debenturistas, "poderá" a CVM nomear um substituto provisório, ou seja, trata-se de ato discricionário do Agente Regulador;
- iv. nas hipóteses ensejadoras de substituição, dentre as quais se insere a renúncia, deverá ele permanecer no cargo até que haja nomeação de substituto, na forma do artigo 6º da Instrução;
- v. no caso do pedido de renúncia da Requerente, embora se cuide de juízo discricionário, a indicação de um substituto provisório pela CVM mostra-se recomendável, pelo fato de a mesma ter atuado em conformidade com a legislação, convocando a assembléia de debenturistas em tempo hábil e considerando que os debenturistas e a companhia emissora não compareceram; e
- vi. as obrigações do agente fiduciário perduram até o resgate de todas as debêntures pela companhia.

Manifestação da Área Técnica

10. Constatou a área técnica a impossibilidade de permanência dos agentes fiduciários no exercício de suas funções, tendo ressaltado, em suas considerações, que:

- i. na reunião realizada 08.08.05, os agentes fiduciários informaram aos debenturistas que o caixa da Feniciapar encontrava-se praticamente zerado;
- ii. o agente fiduciário da 1ª emissão comunicou que havia consultado os acionistas da Feniciapar quanto à possibilidade de um aporte de capital para a manutenção das atividades da companhia, bem como à adoção de medidas para a redução de seus custos, tendo recebido como resposta que eles estavam dispostos a ouvir as sugestões dos debenturistas e tomar as providências plausíveis, desde que não implicassem em aporte de recursos;
- iii. na reunião realizada 24.11.05, os debenturistas salientaram que todas as despesas existentes em relação às debêntures são de responsabilidade da emissora, razão pela qual poderiam aguardar o desfecho da concordata das Lojas Arapuã;
- iv. em 28.08.06, a Feniciapar protocolou resposta a Ofício enviado pela CVM, informando que os últimos pagamentos dos honorários aos agentes fiduciários das 1ª e 3ª emissões foram efetuados em setembro de 2005, relativos à prestação de serviços em agosto de 2005;
- v. nem a Feniciapar nem os 58 debenturistas estariam cumprindo os termos da escritura de emissão das debêntures em tela, arcando com as despesas necessárias para que os agentes fiduciários defendam os interesses da comunhão dos debenturistas; e
- vi. em 28.11.06, Carlos Eduardo Giugni, diretor do Banco Tricury, agente fiduciário da 1ª emissão de debêntures, informou, em contato telefônico com esta Autarquia, que a função de agente fiduciário não está sendo efetivamente desempenhada, em virtude da falta de recursos da emissora, que também não efetua mais o pagamento dos auditores independentes.

11. Dessa forma, tendo em vista a inexistência de recursos, ressaltou-se não ser apropriado obrigar os agentes fiduciários a permanecerem no exercício de uma função sem condições de ser desempenhada, igualmente como deliberado no Processo RJ-2003-5400, que tratou da renúncia da C&D DTVM Ltda, agente fiduciário da 1ª emissão de debêntures da Cidadela Trust de Recebíveis S/A.

12. Quanto ao fato de os agentes fiduciários solicitarem a nomeação de substitutos, visto que não houve deliberação acerca da escolha de novo agente fiduciário na AGD realizada em 19.09.05, o entendimento foi no sentido de que o disposto no § 3º do artigo 2º da Instrução 28/83 trata de uma faculdade a ser exercida pelo órgão regulador em casos que julgue aplicável, não um compromisso da Autarquia.

Precedentes do Colegiado sobre Renúncia de Agentes Fiduciários

13. Apresentou a área técnica, por fim, dois casos anteriores em que se tratou da necessidade de substituir participante do mercado de valores mobiliários. São eles: (i) renúncia da instituição administradora do Fundo de Investimento Imobiliário Terra Encantada Rio – Processo nº RJ 1997/2929; e (ii) nomeação de administrador temporário para os fundos de investimentos administrados pelo Banco Santos – Deliberação 482, de 09.05.2005.

É o relatório.

Voto

01. São duas as questões a serem analisadas neste voto. A primeira diz respeito aos pedidos de renúncia à função de agente fiduciário feito pelos requerentes Banco Paulista e Banco Tricury. A segunda refere-se aos pedidos da Feniciapar relacionados à: (i) permissão para a manutenção de suas debêntures sem a necessidade de nomeação de agentes fiduciários, tendo em vista os pedidos de renúncia formulados pelos Bancos Paulista e Tricury; e (ii) não nomeação de um agente fiduciário pela CVM, no período em que perdurar a repactuação das debêntures e eventuais desdobramentos dessa negociação (pedido subsidiário), o qual não ultrapassaria o prazo de sessenta dias contados da data do recebimento da consulta.

02. Quanto à primeira questão, verifica-se dos autos que o pedido de renúncia à função de agente fiduciário foi feito com fundamento no art. 67 da Lei 6.404/76(1), no art. 2º da Instrução 28/83(2), assim como nas cláusulas IX, item 3, do Instrumento Particular de Escritura da 1ª Emissão para Oferta Pública de Debêntures da Feniciapar e VIII, item 3, do Instrumento Particular de Escritura da 3ª Emissão Pública, em Série única de Debêntures Conversíveis da Feniciapar ("Escrituras de Emissão").

03. A Nota Explicativa 27/83 esclarece que a presença do agente fiduciário nas emissões públicas de debêntures deve ser contínua, de forma a propiciar uma atuação permanente e ininterrupta, visando à proteção continuada dos direitos daqueles que representa.

04. Não se quer dizer, com isso, que se está negando ao agente fiduciário a prerrogativa de renunciar às funções assumidas quando da assinatura da Escritura de Emissão. Entretanto, por se tratar de forma imprópria de extinção de obrigações do agente fiduciário, ela deve obedecer às regras específicas previstas para tal hipótese.

05. A Lei 6.404/76 e a Instrução 28/83 disciplinam a questão, sendo que o art. 2º da Instrução 28/83 dispõe que a escritura de emissão deve estabelecer expressamente o procedimento a ser observado para a substituição do agente fiduciário, de modo que, ocorrendo fatos que impeçam a continuidade do exercício de suas funções ou no caso de renúncia, deverá ser convocada assembléia de debenturistas para o efeito de escolher e nomear um novo

agente fiduciário.

06. As escrituras de emissão de debêntures da Feniciapar estabelecem que: (i) nas hipóteses de ausência e impedimentos temporários, renúncia, liquidação, dissolução ou qualquer outro caso de vacância do cargo de agente fiduciário, será realizada, dentro do prazo máximo de trinta dias contados do evento que a determinar, assembléia dos debenturistas para a escolha do novo agente fiduciário; (ii) todas as despesas pagas com procedimentos legais, inclusive os administrativos, em que o agente fiduciário venha incorrer para resguardar os interesses dos titulares de debêntures deverão ser previamente aprovadas e adiantadas pelos debenturistas, e posteriormente ressarcidas pela emissora; (iii) essas despesas a serem adiantadas incluem gastos com honorários advocatícios de terceiros, custas judiciais, taxas judiciárias e os ônus decorrentes de sucumbência nas ações propostas pelo agente fiduciário; e (iv) a remuneração do agente fiduciário, na hipótese de a emissora permanecer inadimplente por período superior a sessenta dias, também deverá ser adiantada pelos debenturistas.

07. O exame das atas das assembléias dos debenturistas realizadas (fls. 08/10) revela, por sua vez, que o tema da substituição do agente fiduciário não chegou a ser deliberado de forma efetiva. Vale dizer, não ocorreu a escolha de um novo agente fiduciário, nem se fez consignar as razões pelas quais se deixou de indicar um novo agente. O que se tem é, apenas, a informação dada aos debenturistas das respectivas renúncias e a menção de que não houve qualquer indicação de um novo agente por quaisquer das partes envolvidas.

08. Parece-me, portanto, que a renúncia não produziu efeitos, pois segundo as escrituras de emissão a assembléia deveria ter nomeado substituto, o que não fez. Embora a renúncia seja um ato unilateral, a produção de seus efeitos, por se tratar de uma função que constitui um *munus* em favor dos debenturistas, somente ocorreria com a nomeação de substituto.

09. Frise-se que não se trata, aqui, de hipótese de impedimento do agente fiduciário, em que caberia à assembléia indicar substituto. Nesse caso, tendo em vista a impossibilidade de exercício das funções pelo agente fiduciário, caso a assembléia não indicasse substituto poderia incidir a regra que confere à CVM a faculdade de fazê-lo. Mas, em se tratando de renúncia, e prevendo as escrituras de emissão que compete à assembléia nomear substituto, meu entendimento é o que, enquanto essa nomeação não se der, a renúncia não produz efeitos.

10. Por outro lado, é importante ressaltar que as escrituras de emissão deixam claro o ônus desses mesmos debenturistas de adiantar as despesas necessárias a tal atuação, o que, em um caso como o em análise, em que os créditos que lastreavam a emissão deixaram de ser transferidos, diante da falência da cedente, pode não parecer conveniente aos próprios debenturistas.

11. Se for esse o caso, cabe aos agentes fiduciários convocar assembléia para deliberar sobre a não adoção de medidas, ou a sua adoção com o adiantamento das despesas necessárias, não sendo o caso, contudo, de renúncia, e, portanto, muito menos de permanência de debêntures em circulação sem agente fiduciário.

12. O caso concreto é bem diverso do processo RJ2003/5400, julgado em 11.07.2005, que foi tomado como precedente pela Companhia e tratou da questão da renúncia e dispensa do agente fiduciário. Ali se tratava de um único debenturista,⁽³⁾ não havendo propriamente comunhão de interesses a ser tutelada pela ação do agente fiduciário.

13. Dessa forma, a manutenção das Requerentes como agentes fiduciários se impõe, com a finalidade de resguardar os interesses dos titulares das debêntures, até que a assembléia de debenturistas delibere sobre a nomeação de um novo agente fiduciário, sendo possível a convocação de assembléia para deliberar pela não atuação do agente fiduciário, diante da possibilidade de repactuação dos créditos, e da situação judicial da sociedade cedente de créditos que lastrearam a emissão, ou pelo adiantamento dos custos necessários à atuação, como previsto nas escrituras de emissão.

É como voto.

Rio de Janeiro, 08 de maio de 2007.

Marcelo Fernandez Trindade

Presidente-relator

(1) Art. 67. A escritura de emissão estabelecerá as condições de substituição e remuneração do agente fiduciário, observadas as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários fiscalizará o exercício da função de agente fiduciário das emissões distribuídas no mercado, ou de debêntures negociadas em bolsa ou no mercado de balcão, podendo:

- a. nomear substituto provisório, nos casos de vacância;
- b. suspender o agente fiduciário de suas funções e dar-lhe substituto, de deixar de cumprir os seus deveres.

(2) Art. 2º A escritura de emissão deverá estabelecer, expressamente, as condições de substituição do agente fiduciário, nas hipóteses de ausência e impedimentos temporários, renúncia, morte, ou qualquer outro caso de vacância, podendo, desde logo, prever substituto para todas ou algumas dessas hipóteses.

§1º Em nenhuma hipótese a função de agente fiduciário poderá ficar vaga por período superior a 30 (trinta) dias, dentro do qual deverá ser realizada assembléia dos debenturistas para a escolha do novo agente fiduciário.

§ 2º A assembléia a que se refere o parágrafo anterior poderá ser convocada pelo agente fiduciário a ser substituído, pela companhia emissora, por debenturistas que representem 10% (dez por cento), no mínimo, dos títulos em circulação, ou pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Se a convocação não ocorrer até 8 (oito) dias antes do termo final do prazo referido no § 1º, caberá à companhia emissora efetuar-la.

§3º A CVM poderá nomear substituto provisório nos casos de vacância.

(3) No caso do processo RJ 2003/5400 tinha-se como único debenturista o Estado do Paraná.