

REVISTA DE
**DIREITO BANCÁRIO
E DO MERCADO
DE CAPITAIS**
RDB

ANO 19 • 72 • ABRIL-JUNHO • 2016

COORDENAÇÃO:

ARMANDO LUIZ ROVAI

ILENE PATRÍCIA DE NORONHA NAJJARIAN

MARIA EUGÊNIA REIS FINKELSTEIN



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial: requisitos e limites à luz da jurisprudência

Marcelo Barbosa Sacramone¹

Fernanda Neves Piva²

Resumo

O crescente número de recuperações judiciais e a necessidade de consolidação de questões ainda controvertidas na jurisprudência dos tribunais brasileiros motivaram a apreciação dos principais elementos e efeitos da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial. Dentre esses, figuram a possibilidade de cessão de créditos futuros, a necessidade de registro do instrumento de cessão fiduciária como requisito da constituição da propriedade fiduciária e a amortização do débito garantido.

Abstract

The increasing number of judicial reorganization proceedings and the need to seek for uniform interpretation of some matters by the Brazilian courts motivated the analysis of the main elements and effects of the fiduciary assignment of credits in the reorganizations. Among the issues, the possibility of assignment of future receivables, the need for registration of the assignment instrument as a requirement of the constitution of the fiduciary property and amortization of the secured debt are present.

Sumário

1. Introdução; 2. A cessão fiduciária como crédito não sujeito à recuperação judicial; 3. Requisitos da cessão fiduciária; 3.1 Sujeitos do contrato; 3.2 Objeto do contrato e a possibilidade de cessão de recebíveis a performar; 3.3 O registro do instrumento de cessão

¹Bacharel, Mestre e Doutor em direito comercial pela Universidade de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz de direito da 2^a Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.

²Bacharel e Mestre em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

fiduciária; 3.3.1 Os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça; 3.3.2 O registro do contrato de cessão fiduciária como requisito da constituição da propriedade fiduciária; 4. Efeitos: a possibilidade de amortização; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O crítico momento econômico em que o país se encontra é facilmente constatado quando se tem acesso a o número de pedidos de recuperação judicial submetidos no primeiro bimestre de 2016. Em 2015, foram 116 as recuperações judiciais requeridas por empresas em crise nos dois primeiros meses do ano. Já em 2016, esse número subiu para 251 pedidos, o que representa um aumento de 116,4% em relação ao ano passado³.

A despeito do aumento dos pedidos de recuperação judicial, apenas um diminuto percentual das empresas que obtêm a recuperação judicial efetivamente logra recuperar-se da crise⁴. Dentre os diversos motivos apontados para esse insucesso aparecem o grande endividamento dos empresários e a não submissão de todos os créditos à recuperação judicial⁵.

O crédito garantido por cessão fiduciária alcança importância singular nesse contexto. A cessão fiduciária permite à instituição financeira reduzir o risco de inadimplemento e permite ao empresário obter recursos financeiros menos onerosos. A não submissão desses créditos à recuperação judicial, entretanto, poderia comprometer a

³ De acordo com matéria publicada em 07.03.2016 pelo jornal O Estado de São Paulo, disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pedidos-de-recuperacao-judicial-sobem-116-4-no-1-bimestre-e-batem-recorde,10000019956>

⁴ Segundo estudo realizado em 2013 pela Corporate Consulting e pelo escritório de advocacia Moraes Sales, apenas 1% das empresas que pediram recuperação judicial no Brasil desde a entrada em vigor da Lei 11.101/2005 conseguiram recuperar-se efetivamente. Matéria disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>

⁵ Sobre o tema, Ivo Waisberg pondera que “o grande número de hipóteses de não sujeição previstas na Lei nº 11.101/2005 é uma patologia grave que retira a eficiência do instituto recuperacional e dos seus benefícios sistêmicos”. Propõe, então, uma sugestão inicial de reforma legislativa, que corresponderia ao “fim dos créditos eventualmente não sujeitos à recuperação judicial ou extrajudicial com a criação de uma nova sistemática de classe e votação/adesão”. WAISBERG, Ivo. “O Necessário Fim dos Credores não Sujeitos à Recuperação Judicial”. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 200 e 208.

viabilidade de uma reestruturação do empresário em crise econômico -financeira em detrimento dos demais credores submetidos ao plano de recuperação⁶.

Sua relevância é ainda mais ressaltada em razão da insegurança jurídica dos agentes econômicos decorrente de díspares decisões judiciais sobre os seus elementos e efeitos, notadamente sobre (i) a possibilidade de serem cedidos em garantia créditos futuros, também chamados de "recebíveis a performar"; e (ii) a essencialidade do registro do instrumento de cessão fiduciária de crédito para constituição da propriedade fiduciária.

2. A cessão fiduciária e sua não sujeição à recuperação judicial

O art. 49, da Lei 11.101/05, Lei de Recuperação e Falência (LRF), determina que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Exceção a essa regra geral, o art. 49, §3º, estabelece que, dentre outros créditos excluídos, “o credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis” não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, de modo que prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais estabelecidas anteriormente pelas partes.

A alusão pelo texto legal à *posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis* fez com que parte da doutrina sustentasse a inaplicabilidade da exceção legal à cessão fiduciária de créditos.

Para uma primeira corrente, “a adoção do vocabulário ‘bens’ no texto do §3º, do artigo 49, da Lei 11.101/2005, ao se referir à posição de ‘proprietário fiduciário’, guarda o sentido originário de ‘coisas’ corpóreas e materiais em sentido estrito, até mesmo fungíveis – donde não caber a degeneração de coisas em créditos ou direitos abstratos”⁷.

Essa corrente doutrinária era acompanhada por parcela da jurisprudência, a qual preconizava uma interpretação restritiva do art. 49, §3º, da LRF. Para essa orientação jurisprudencial, o credor titular de posição de proprietário fiduciário, excluído da

⁶ Écio Perin Jr. é um dos autores que sustenta a inconstitucionalidade do instituto ao criar tratamento desigual entre os credores: “a polêmica reside no fato de que, ao outorgar esse verdadeiro (*fast track*) privilégio às instituições financeiras, elas poderão imediatamente expropriar do patrimônio da devedora-recuperanda, por exemplo, fluxo de caixa presente, e inclusive futuro, uma vez que não estariam sujeitos ao plano recuperação, o que agrava a situação da empresa”. PERIN JR., Écio. “A polêmica da chamada ‘trava bancária’: efeitos da alegação e cessão fiduciária de recebíveis em garantia na recuperação judicial”. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 206.

⁷ RESTIFFE NETO, Paulo e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária de imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

recuperação judicial, não se confundiria com o cessionário fiduciário de crédito em garantia. A falta de previsão expressa da exceção no dispositivo legal não permitiria ao aplicador uma interpretação extensiva diante da regra hermenêutica de que a exceção legal deve ser compreendida restritivamente⁸.

Essa corrente doutrinária e a posição jurisprudencial que a acompanha, contudo, não subsistem após maior compreensão do instituto da propriedade fiduciária.

A cessão fiduciária consiste em espécie de negócio fiduciário, cuja característica determinante é a transmissão de propriedade para a satisfação de uma finalidade convencionada entre as partes e que não se restringe à atribuição do direito real⁹. Caracteriza-se o negócio fiduciário pela transmissão da propriedade para “*um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a que se transmite*”¹⁰.

A cessão fiduciária é espécie desse gênero negócio fiduciário. Consiste em negócio jurídico pelo qual o cedente transfere ao cessionário a titularidade de direitos (cessão de direitos creditórios) ou títulos de crédito (cessão fiduciária de títulos de crédito) em face de terceiro com a finalidade de garantir a satisfação de uma dívida. O cessionário fiduciário, credor de uma obrigação anterior, passa a ser o titular dos direitos cedidos e poderá exercer todos os poderes inerentes a esses direitos, como exigir sua satisfação do devedor. Essa titularidade, entretanto, é resolúvel. Satisfeitos os débitos contraídos pelo cedente, deverá o cessionário restituir ao fiduciante os direitos ou títulos cedidos ou o produto deles resultante¹¹.

⁸ TJPE, AI 271857801, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Jones Figueiredo, j. em 26.07.2012. TJES, AI 30089000142, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Góes Coutinho, j. em 24.06.2008.

⁹ Nesse sentido, ensina Tullio Ascarelli : “Também o negócio fiduciário constitui um negócio indireto: o fim realmente visado pelas partes, com efeito, não corresponde ao fim típico do negócio adotado: o negócio é querido e seriamente querido pelas partes, mas para fim diverso do seu fim típico. O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, êle, a uma transmissão da propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquêle fim seja preenchido. Ao passo que os efeitos de direito real, isoladamente considerados e decorrentes do negócio adotado, vão além das intenções das partes, as ulteriores convenções obrigacionais visam justamente restabelecer o equilíbrio; é assim possível o uso da transferência da propriedade para finalidades indiretas (ou seja, para fins de garantia, de mandato, de depósito)”. ASCARELLI, Tullio. "O negócio indireto". In: *Problemas das Sociedades Anônimas*, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 96.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 115.

¹¹ “É negócio jurídico em que uma das partes (cedente fiduciante) cede à outra (cessionário fiduciário) seus direitos de crédito perante terceiros (“recebíveis”) em garantia do cumprimento de obrigações, geralmente as de mutuário. O cessionário fiduciário titula a propriedade (ou “titularidade”) fiduciária dos “recebíveis”, de modo que o inadimplemento da obrigação garantida importa a consolidação deles em seu patrimônio” (COELHO, Fábio Ulhoa. “Cessão Fiduciária de Títulos Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v.3 7-jul/ago-

Depurado o conceito de negócio fiduciário e de cessão fiduciária, a falta de exclusão, expressa, da posição do cessionário fiduciário de direito pela Lei 11.101/05, que apenas fez referência ao proprietário fiduciário dos bens, não pode ser utilizada como argumento para a inclusão dos créditos na recuperação judicial. A cessão fiduciária em garantia, assim como as demais espécies de negócio fiduciário, como a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária para fins de cobrança, a venda com fins de administração, etc., são apenas os contratos que geram a constituição da propriedade fiduciária¹². A propriedade fiduciária, e não o contrato que gera a obrigação de sua transferência, seja ele de que tipo de negócio fiduciário for, é excluída pela LRF da recuperação judicial e da falência¹³.

Outrossim, quanto ao objeto da propriedade fiduciária, o legislador, por ocasião da redação do art. 49, §3º, da LRF, determinou que “*prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa*”. A utilização do termo *coisa*, de fato, remete a objeto material. Para Caio Mário da Silva Pereira, coisa é espécie de bem e expressa apenas os bens materiais, em contraposição aos demais imateriais¹⁴. *Bem*, por seu turno, é gênero, em que se englobam todos os objetos que podem ser submetidos a relações humanas.

Os direitos estão justamente inseridos dentro do gênero bens e, tecnicamente, não se confundiriam com as coisas, espécie de bens corpóreos. Nesse sentido, nos termos do art. 83, III, do Código Civil, consideram-se bens móveis os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Em que pese a utilização do termo *coisa*, o artigo 49, §3º, também menciona a “*posição de proprietário fiduciária dos bens móveis ou imóveis*”. A utilização, ora do termo *bens*, ora do termo *coisas*, indica que não houve utilização inequívoca ou técnica pelo legislador brasileiro.

Mais que se apoiar em redação literal vacilante, a exclusão da trava bancária aos efeitos da recuperação é decorrente da própria natureza do instituto. Sua não

2010, p.21). Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 51.

¹² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 3.

¹³ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira e PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade. “Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência”. In: *Cadernos Jurídicos – Direito Empresarial*, ano 16, n. 39. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, janeiro-março de 2015, p. 12.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - Introdução ao direito civil - Teoria geral do direito civil*, v. 1, 21ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 401. Nesse sentido, também, Renan Lotufo sustenta que “Os bens se distinguem das *coisas* em razão da materialidade; as *coisas* são materiais, têm concreitude, enquanto ao *bem* é reservada uma idéia mais ampla de objeto da relação jurídica, para designar também o imaterial, o abstrato” (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200).

submissão decorre justamente da titularidade dos direitos de crédito ou dos títulos de crédito que lhe foram cedidos.

Pelo contrato de cessão fiduciária, o credor recebe a titularidade dos direitos ou dos títulos de crédito que lhe foram cedidos em garantia da satisfação de um débito anterior. Ainda que sua titularidade seja limitada em razão da possibilidade de adimplemento da obrigação principal, a ponto de ser submetida a essa condição resolutiva, os créditos cedidos não mais pertencem à esfera patrimonial do devedor principal. Desse modo, não se submetem ao novo regime imposto ao patrimônio deste pela recuperação judicial¹⁵.

Portanto, o art. 49, §3º, da Lei 11.101/05, ao excepcionar todo proprietário fiduciário de bens móveis, excluiu o credor cessionário fiduciário de direitos ou de títulos de crédito em garantia da submissão aos efeitos da recuperação judicial¹⁶.

3. Requisitos da cessão fiduciária

Os requisitos para a constituição da propriedade fiduciária variam conforme os bens objeto da transferência entre os contratantes.

O Código Civil, em seus artigos 1.361 e seguintes, regulou a propriedade fiduciária de coisas móveis infungíveis. Ao disciplinar a propriedade fiduciária das

¹⁵ Para Eduardo Secchi Munhoz, na hipótese de devedor solvente, não haveria diferença substancial entre o penhor de direitos e títulos de crédito e a cessão fiduciária de créditos, embora o tratamento dos institutos tenha sido totalmente diverso na Lei 11.101/05. A semelhança dos institutos, segundo o autor, deveria exigir o tratamento idêntico conferido ao penhor, com a possibilidade de substituição das garantias, à cessão fiduciária de direitos (MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa”. In: *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX, São Paulo: AASP, setembro de 2009, pp. 41/45).

Contudo, a transferência da titularidade diferencia a cessão fiduciária de direitos do penhor de direitos creditórios. No penhor, os direitos penhorados permanecem no patrimônio do devedor, de modo que, na hipótese de falência, os créditos são submetidos ao concurso de credores e, se recuperação judicial, submetem-se aos seus efeitos, como a exigência de habilitação, possibilidade de participação na assembleia de credores ou da satisfação de seu crédito ser alterada pelo plano de recuperação judicial. A lei apenas, no art. 49, §5º, determina que as garantias poderão ser substituídas ou renovadas se forem liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto isso não for feito, o valor recebido em pagamento por essas deverá ser conservado em conta vinculada pelo período de suspensão. Nesses termos, COELHO, Fábio Ulhoa. “A trava bancária”. In: *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX. São Paulo: AASP, setembro de 2009, p. 63.

¹⁶ Súmula 59 do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de crédito podem ser objeto de cessão fiduciária”; STJ, REsp 1.202.918, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, j. em 07.03.2013. No mesmo sentido: RESPs 1.412.529 e 1.559.457, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015. Também é essa a interpretação das Câmaras Especializadas do TJSP (v., a esse respeito: AI 2273783-85.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 09.05.2016; AI 0250023-49.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, j. em 12.03.2013).

coisas, o Código Civil restringiu sua disciplina aos bens materiais ou corpóreos e infungíveis.

Estabeleceu o Código Civil, ainda, que as demais espécies de propriedade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Duas são as leis especiais que tratam sobre as demais formas de propriedade fiduciária.

A primeira delas, a Lei 4.728/1965, em seu art. 66 -B, regula a propriedade fiduciária de coisas móveis fungíveis e a cessão fiduciária de direitos, fungíveis ou infungíveis, desde que o credor fiduciário seja instituição financeira¹⁷. Conforme o dispositivo alterado pela Lei 10.231/2004, tanto as coisas fungíveis, quanto os direitos, fungíveis ou infungíveis, podem ser objeto de alienação (coisas) ou de cessão (direitos): *“é admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (...)”*.

A segunda é a Lei 9.514/1997, que disciplina a alienação fiduciária de coisa imóvel e a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis (art. 17).

Os direitos de crédito, direitos pessoais de caráter patrimonial, instrumentalizados ou não em títulos de crédito, independentemente de sua natureza fungível ou infungível, são considerados bens móveis incorpóreos, nos termos do art. 83, III, do Código Civil e da Súmula 59, do Tribunal de Justiça de São Paulo. Submetem-se, portanto, ressalvada a hipótese de serem decorrentes de contratos de alienação de imóveis, aos requisitos estabelecidos na Lei 4.728/1965, Lei do Mercado de Capitais.

3.1 Sujeitos do contrato

O Código Civil assegurou a utilização da propriedade fiduciária por quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, mas restrita, pelo art. 1.361, às propriedades fiduciárias sobre coisas móveis infungíveis. O dispositivo legal estendeu a legitimidade para se tornar credor e para receber a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível em garantia da satisfação da obrigação a qualquer pessoa¹⁸. Referida extensão da

¹⁷ Para Francisco Loureiro, a Lei 4.728/1965 regularia a propriedade fiduciária de bens fungíveis ou não fungíveis, corpóreos ou incorpóreos, desde que o credor fiduciário seja instituição financeira (LOUREIRO, Francisco. Comentário ao art. 1368 -A, in PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007, p. 1257).

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 381.

legitimidade, entretanto, não é admissível na propriedade fiduciária de coisas móveis fungíveis ou direitos¹⁹.

Tratando-se de coisa móvel fungível alienada fiduciariamente ou de direitos cedidos em garantia, a propriedade fiduciária é disciplinada pela Lei do Mercado de Capitais, que, para controlar a utilização do crédito, submete os agentes à fiscalização pelo Banco Central. A disciplina material do instituto foi complementada pelo Decreto-Lei 911/1969, o qual previu uma tutela jurisdicional especial, célere, com a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, para reduzir os riscos dos credores e para fomentar o desenvolvimento do mercado.

Essa previsão do instituto da busca e apreensão pelo Decreto Lei reduzia a possibilidade de ampla defesa pelo devedor antes de serem efetivadas medidas constritivas sobre os bens. Sua utilização irrestrita poderia provocar desigualdade entre as posições contratuais, com a prevalência do credor em face do devedor, de modo que a doutrina²⁰ e a jurisprudência²¹ do período restringiram originariamente a legitimidade dos credores fiduciários às instituições financeiras, às sociedades a elas equiparadas e entidades estatais ou paraestatais.

Essa posição doutrinária que propugnava por uma interpretação restritiva da legitimidade dos credores fora confirmada pela Lei 10.931/2004. Mesmo após a extensão da propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis realizada pelo Código Civil, a tutela jurisdicional de busca e apreensão prevista no Decreto Lei 911/69 circunscreveu-se às alienações fiduciárias constituídas no âmbito do mercado financeiro e de capitais e para fins de garantia do débito fiscal ou previdenciário (art. 8 -A, do Decreto- Lei 911/1969).

3.2 Objeto do contrato e a possibilidade de cessão de recebíveis a performar

Nos termos do art. 104, II, do Código Civil, o negócio jurídico da cessão, para ser válido, precisa contar com objeto lícito, possível e determinado ou determinável.

¹⁹ STJ, REsp 1.101.375, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 04.06.2013.

²⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit*, p. 120.

²¹ STF, RE 111219, Segunda Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 10.12.1987; STF, RE 92736, Primeira Turma, rel. Min. Thompson Flores, j. em 24.06.1980.

O direito de crédito de uma obrigação pecuniária em face de terceiro também chamado de *recebível*, é direito patrimonial disponível, cuja possibilidade de transferência não é proibida pelo direito e perfeitamente possível.

A especificidade do objeto, por seu turno, guarda especial relevância na discussão quanto à admissibilidade ou não do contrato de cessão com objeto consistente em créditos futuros ou, na nomenclatura econômica, “recebíveis a performar”. Enquanto recebível performado é o crédito já existente, mas ainda não satisfeito, por ocasião do contrato de cessão fiduciária, o recebível a performar é o crédito ainda não contraído, não constituído ainda por ocasião da cessão.

Para Orlando Gomes, os créditos futuros apenas podem ser objeto de cessão nas hipóteses em que puderem ser determinados. Segundo o autor, a impossibilidade de individualização do recebível a performar, portanto, impediria sua transmissão ao cessionário²².

Pela inadmissibilidade, posicionam-se Cláudia Patrícia Borges de Azevedo e Paulo Calheiros. Para ambos, “*em primeiro lugar, não parece possível estabelecer uma garantia sobre algo incerto. O cliente da empresa mutuária pode inadimplir o título contra ele emitido. Ou, ainda, por causa alheia como divergências comerciais, o título pode deixar de ser performado. Esta incerteza não se coaduna com as garantias em geral, em especial aos limites legais específicos previstos para o caso de alienação fiduciária (...). Devem ainda as partes atender a outras exigências próprias para que o contrato que envolva garantia fiduciária obedeça à regularidade formal necessária, como o registro perante o cartório competente e a individualização pormenorizada dos títulos dados em garantia – algo que é bastante difícil quando se trata de títulos de crédito, ao menos em comparação com outros bens móveis*”²³⁻²⁴.

²² A esse respeito, aponta o autor que “Uma vez que a cessão de crédito é *negócio dispositivo*, seu objeto deve ser determinado, não se permitindo a transferência de créditos que não possam ser individualizados. Assim, não vale a cessão de todos os créditos futuros procedentes de negócios. Seria *contrato imoral*. (...) Todo crédito pode ser cedido antes do *vencimento*, inclusive os que dependem, para a sua constituição, de uma *condição imprópria (conditio juris)*, como, por exemplo, o que consiste em aluguéis de casa ainda não alugada. Trata-se de *ato antecipado de disposição* cuja eficácia se condiciona, obviamente, ao nascimento do *futuro crédito*”. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17a ed., revista e atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248.

²³ AZEVEDO, Patrícia Borges de e CALHEIRO, Paulo. “A relação entre as empresas em recuperação e a atividade bancária”. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais e CALHEIROS, Paulo (org.). *Recuperação de empresas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 116-117.

²⁴ O posicionamento doutrinário fora também seguido por parte substancial da jurisprudência. Nesse sentido: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Agravo de instrumento contra a decisão que determinou a restituição de valores descontados de contas bancárias de recuperandas. (...) Não há dúvida de que, em relação aos créditos performados, tem a recuperanda livre disposição sobre estes bens. O mesmo não se pode afirmar em relação aos créditos a performar, quesequer existiam, no momento da celebração do ajuste. Na constituição de garantias, devem ser observados princípios básicos, dentre eles, o princípio da

A cessão de crédito futuro ou a performar, entretanto, não pode ser considerada inválida em razão de ser indeterminável seu objeto²⁵.

A cessão de direito futuro, inexistente por ocasião da cessão, mas cujo surgimento é apenas esperado, é admitida pelo Código Civil. Em seu artigo 458, o Código regula a hipótese dos contratos aleatórios, em que as coisas ou fatos futuros são objeto da contratação.

Outrossim, a possibilidade de convenção de contrato dispendo sobre a propriedade fiduciária de bem futuro é expressamente prevista pelo Código Civil em relação aos bens móveis infungíveis, cuja diferença de tratamento para os bens móveis fungíveis, dentre eles os créditos, não se justifica. No art. 1.361, §3º, estabeleceu-se que a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

Em complemento, quanto à Cédula de Crédito Bancário, a Lei 10.931/2004 estabeleceu, em seu art. 31, que a garantia real poderá constituir-se em bem patrimonial de qualquer espécie, material ou imaterial, presente ou futuro.

Além de ser admissível, pelo direito brasileiro, o contrato estabelecido com objeto consistente em bem futuro, a especificidade do objeto não impede também sua constituição. Sem dúvida, a especificação deve ser realizada a permitir a identificação dos créditos quando vierem a existir, eis que o objeto precisa ser determinável, ainda que não determinado. Realizar a individualização, contudo, não significa afirmar que precisam ser

especialização, que exige perfeita individualização do valor garantido, o que não se pode verificar nos créditos a performar, cuja existência sequer pode ser confirmada, visto que podem, ou não, vir a existir. Também cumpre observar que os créditos a performar têm destinação específica no desenvolvimento e na manutenção futuros da empresa. No caso em exame os créditos a performar estão atrelados ao pagamento de fornecedores da recuperanda, que já entregaram os bens de consumo adquiridos pelos clientes no Supermercado. Não há dúvida, portanto, de que estes créditos têm afetação na rotina da empresa, isto é, estão vinculados de maneira direta e imediata à atividade empresarial essencial - oferecimento de bens de consumo no mercado. (...) Recurso parcialmente provido apenas para afastar a imposição de multa diária referente à obrigação pecuniária - restituição dos valores indevidamente retidos pelo agravante, mantida a multa no que se refere ao cumprimento da obrigação de não fazer - não desconto dos créditos pretendidos das contas bancárias, considerando-se, ademais, a nulidade da garantia referente aos créditos a performar” (TJSP, AI 2029505 -80.2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 11.11.2015).

²⁵ Para Pontes de Miranda, o crédito futuro poderá ser perfeitamente cedido, desde que especificado (PONTES DE MIRANDA, José Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 275) . No mesmo sentido, para Jorge Lobo, os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis podem ser tanto os créditos presentes (performados), quanto os futuros (a performar), pois não haveria qualquer diferenciação entre eles pelo Código Civil. LOBO, Jorge. “Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar”. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETTI, Sidnei (coords.). *10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.87/88.

apontadas todas as características individuais de cada um dos créditos, mas deve ser possível a correta identificação da garantia por ocasião de seu surgimento²⁶.

Essa possibilidade de serem cedidos em garantia créditos futuros poderá, entretanto, efetivamente comprometer o desenvolvimento do instituto da recuperação judicial. A despeito da controvérsia doutrinária a respeito da necessidade de reforma legislativa, já referida, a norma fora estabelecida pelo legislador e é perfeitamente clara a ponto de não deixar margem ao intérprete ou aplicador²⁷.

3.3 O registro do instrumento de cessão fiduciária

A questão da essencialidade do registro do instrumento de cessão fiduciária no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor para a constituição da propriedade fiduciária (e conseqüente não sujeição do crédito aos efeitos da recuperação judicial) é há muito discutida no âmbito do direito recuperacional e havia se pacificado.

A discussão histórica a respeito da finalidade do registro, se formalidade exigida para a constituição da propriedade fiduciária ou somente para dar publicidade ao negócio fiduciário fora apaziguada pela Corte Paulista. Após diversos julgados, o Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou entendimento sobre o assunto ao editar a Súmula 60, que prevê que “ a propriedade fiduciária **constitui-se** com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor”²⁸.

O recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, porém, trouxe à tona novamente a discussão a respeito do assunto.

²⁶ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Se não há nenhuma dúvida de que pode haver alienação fiduciária de direitos sobre coisas móveis, creio que também não pode haver dúvida de que a alienação fiduciária pode ter por objeto coisas ou fatos futuros, visto que o atual Código Civil, assim como o revogado, dedica uma seção ao contrato aleatório, ou seja, aquele que diz respeito a coisas ou fatos futuros (cf. artigos 458 a 461 do atual Código Civil e artigos 1.118 a 1.121 do revogado Código Civil de 1916)”. TJSP, AI 6276594300, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Romeu Ricupero, j. em 28.07.2009; Em sentido idêntico, TJSP, AI 2021503-92.2013.8.26.0000, rel. Des. Teixeira Leite, j. em 06.02.2014.

²⁷No julgamento do REsp 1263.500/ES, a Min. Maria Isabel Galloti apontou: “se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de títulos de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz a diminuição do spread bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo” (STJ, 4ª Turma, j. em 05.02.2013).

²⁸ Uma breve análise dos julgados das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial permite concluir que, para a Corte Paulista, o registro do instrumento de cessão fiduciária é essencial à exclusão do crédito dos efeitos da recuperação judicial. Nas hipóteses em que não havia registro do contrato, o crédito era considerado quirografário.

3.3.1 Os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça

Entendimentos recentes da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais 1.412.529 -SP²⁹ e 1.559.457-MT³⁰, ambos relatados pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, foram em sentido diametralmente oposto ao posicionamento consagrado pela jurisprudência construída até então.

Segundo os acórdãos, o registro do instrumento de cessão não é essencial à constituição da propriedade fiduciária. Isso porque o art. 1.361, § 1º, do Código Civil, que estabelece, para a constituição da propriedade fiduciária, a obrigação de registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, seria inaplicável à cessão fiduciária de créditos.

Nas referidas decisões, sustenta-se que o Código Civil limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária dos bens móveis infungíveis, razão pela qual seria incompatível com as outras espécies de propriedade ou titularidade fiduciária.

Assim, no sentir da Corte Superior, o art. 1.368 -A, do Código Civil, ao estabelecer que *"as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial"*, excluiu a aplicação da disciplina do Código Civil à cessão fiduciária em garantia. O dispositivo legal permitiria a incidência da lei geral, no que tange à propriedade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, apenas em caráter excepcional.

Para o Superior Tribunal de Justiça, nesse ponto, a Lei 4.728/1965, que regula a cessão fiduciária de crédito, não seria omissa quanto à constituição da propriedade fiduciária. Não apenas não haveria uma lacuna que exigisse a aplicação supletiva da lei geral, como haveria também incompatibilidade entre elas, uma vez que, *"a partir da contratação da cessão fiduciária – e não de seu registro –, nos termos da lei de regência, há a imediata transferência (sob condição resolutiva) da titularidade do bem dado em garantia (direitos creditícios) ao credor fiduciário"*³¹.

A corroborar esse posicionamento, Luiz Rodrigues Wambier também sustenta a incompatibilidade entre a Lei 4.728/1965 e o Código Civil. Para o autor, o art.

²⁹ STJ, REsp 1.412.529, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

³⁰ STJ, REsp 1.559.457, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

³¹ STJ, REsp 1.412.529-SP, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

18 da Lei 9.514/1997³², aplicável à cessão fiduciária de créditos em razão do disposto no art. 66-B, § 4º, da Lei do Mercado de Capitais³³, estabelece que o instrumento de cessão, por si só, transfere os créditos ao credor fiduciário³⁴. Ainda, o silêncio das Leis 9.514/1997 e 4.728/1965 a respeito do registro do contrato de cessão para a constituição da propriedade fiduciária evidenciaria a sua desnecessidade, uma vez que, “*quando entende imprescindível tal formalidade, a lei assim o estabelece, então, em termos expressos*”³⁵.

Outrossim, fundamentam-se os referidos acórdãos na finalidade do registro do contrato de cessão fiduciária de créditos. Para a Corte, o registro teria efeito exclusivamente publicista e não constitutivo: “*a consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando -lhes a correlata publicidade*”³⁶. A própria celebração do contrato de cessão fiduciária em garantia operaria a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida. O registro do contrato apenas produziria efeitos quanto a terceiros, embora a transferência da titularidade não pudesse ser ignorada pelas partes contratantes enquanto referido registro não fosse realizado.

Segundo a 3ª Turma do STJ, a função publicista, única finalidade do registro em se tratando de cessão fiduciária de créditos, decorreria do previsto no art. 42, da Lei 4.728/1965. Introduzido pela Lei 10.931/2004, o dispositivo legal estipula que “*a validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei*”.

³² “Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes: (...)”.

³³ “§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997”.

³⁴ “Essa incompatibilidade, por sua vez, em relação à cessão fiduciária de crédito, existe. Basta lembrarmos que essa modalidade de transmissão do crédito, quando ainda disciplinada de maneira restrita no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (Lei 9.514/1997, *já se constitui validamente, entre as partes*, mediante a assinatura do contrato de cessão. De acordo com o art. 18 da lei 9.514/1997, *o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos...*’ (grifos nossos). Note-se: o contrato de cessão, por si só, já é apto a viabilizar a transferência dos créditos para a esfera jurídica do credor fiduciário” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Negócio Fiduciário e Cessão Fiduciária de Créditos na Falência e Recuperação Judicial de Empresas”. In: *Pareceres – Processo Civil*. São Paulo: RT, 2012, p. 550).

³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, pp. 550/551.

³⁶ STJ, REsp 1.412.529-SP, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015. STJ, REsp 1.559.457-MT, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

Nessa interpretação, a garantia consistente na transferência da titularidade fiduciária do bem permaneceria perfeitamente válida e eficaz entre os contratantes ³⁷. Apenas seus efeitos perante terceiros seriam restritos e, quanto a esses, restringir-se-iam aos devedores dos títulos ou dos créditos e não aos demais credores. A função do registro seria apenas a detornar possível a excussão da garantia junto aos devedores da recuperanda vinculados ao crédito cedido e não opor aos demais credores a não sujeição dos créditos objeto de cessão fiduciária aos efeitos da recuperação judicial.

Em síntese, de acordo com os mencionados julgados recentemente prolatados pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, constitui-se a propriedade fiduciária, em se tratando de cessão fiduciária de bens móveis fungíveis, regida pela Lei 4.728/1965, no momento em que celebrado o contrato. A partir desse momento, então, independentemente de registro, o crédito garantido não mais se submeteria a uma futura recuperação judicial³⁸.

3.3.2 O registro do contrato de cessão fiduciária como requisito de constituição da propriedade fiduciária

O posicionamento pela desnecessidade de registro da garantia não subsiste, entretanto, a uma interpretação sistemática da legislação nacional.

A controvérsia quanto à necessidade do registro remonta à discussão doutrinária sobre a própria natureza jurídica da cessão fiduciária em garantia.

Para uma primeira corrente doutrinária, o contrato de cessão fiduciária teria natureza exclusivamente consensual³⁹, porquanto, embora constitua título para a constituição da propriedade fiduciária, não a originaria. Pelo instrumento, portanto, a parte apenas se obrigaria a transmitir a propriedade (e não a transmitiria efetivamente).

³⁷Ao interpretar o art. 18 da Lei 9.514/1997, aplicável à cessão fiduciária de créditos por força do disposto no art. 66 -B, § 4º, da Lei 4.728/65, apontou a 3ª Turma que o próprio contrato de cessão “*opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)*”.

³⁸Nas palavras do relator do acórdão prolatado no julgamento do REsp 1.412.529, Min. Marco Aurélio Bellizze: “como assinalado, todos os direitos e prerrogativas conferidos ao credor fiduciário, decorrentes do contrato de cessão fiduciária (suficiente, em si, a perfectibilizar a propriedade fiduciária, concebida como direito real em garantia) são exercitáveis imediatamente à sua contratação, ostentando, desde então, a condição de titular resolúvel do crédito dado em garantia”.

³⁹Pelo caráter obrigacional da cessão de crédito: ALSTER, Maria Izolina Schaurich. “A cessão de crédito: natureza jurídica”. In: *Revista dos Tribunais*, v.682, São Paulo, 1992, pp. 38-49.

A Lei 4.728/1965 solucionou a controvérsia ao adotar o posicionamento doutrinário dominante. Essa segunda corrente adotada sustentava a natureza real do contrato de cessão fiduciária⁴⁰.

Pela natureza real, o contrato de cessão fiduciária apenas surge com a transmissão da propriedade fiduciária pelo cedente fiduciante ao cessionário fiduciário. A Lei 4.728/1965, ao estabelecer, no art. 66 -B, §4º, a aplicação supletiva dos artigos 18 a 20 da Lei 9.514/1997, previu expressamente que “o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida(...)” (art. 18, da Lei 9.514/1997).

A constituição da propriedade fiduciária, nestes termos, é requisito para o aperfeiçoamento do contrato real de cessão fiduciária de créditos em garantia. Essa constatação do contrato como real e que transfere a propriedade do bem, entretanto, não significa que não existam outros requisitos a serem preenchidos para que o contrato se aperfeiçoe ou para que ocorra a transferência da propriedade.

A cessão fiduciária de créditos está disciplinada, como já apontado, no art. 66-B, da Lei 4.728/1965 (Lei do Mercado de Capitais), incluído pela Lei 10.931/2004. Dentre os requisitos para a sua validade, o dispositivo previu a necessidade de que o contrato inclua a taxa de juros, cláusula penal, o índice de atualização monetária e as demais comissões e encargos. Nada estabeleceu *expressamente* em sua redação, contudo, a respeito da necessidade de registro do contrato.

A lei 4.728/1965, entretanto, previa, em seu art. 66, §1º, pela redação do Decreto-Lei 911/1969, que a alienação fiduciária somente se provaria por escrito e que seu instrumento, público ou particular, seria obrigatoriamente arquivado no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros.

O dispositivo legal era consentâneo ao art. 129, §5º, da Lei 6.015/73, que determina que estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros, os contratos de alienação fiduciária referentes a bens móveis.

Pela redação de ambos os dispositivos, controvertia-se sobre a formalidade do registro: se era requisito de validade ou apenas de eficácia perante terceiros do contrato. O artigo 66, §1º, da Lei 4.728/1965, contudo, fora revogado pela Lei

⁴⁰ A respeito da natureza de direito real da cessão fiduciária, Melhim Namem Chalhub aponta que “A cessão fiduciária tem caráter de direito real, que tem como objeto o direito creditório, somente tendo eficácia *erga omnes* depois de averbado o contrato no Registro de Imóveis competente (art. 17, § 1º), quando se tratar de crédito imobiliário, ou no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, quando se tratar de cessão fiduciária sobre direitos ou títulos de crédito em geral, contratada no âmbito do mercado financeiro e de capitais” (CHALHUB, Melhim Namem, *Op. cit.*, p. 393).

10.931/2004, a qual, ao dar nova redação ao art. 66 -B, estabeleceu que o contrato de cessão fiduciária deve preencher os requisitos definidos no Código Civil.

A determinação da Lei 4.728/1965 é corroborada pelo próprio Código Civil. O Código preconizou, no art. 1368-A, a aplicação supletiva da disciplina prevista para a alienação fiduciária de coisas móveis infungíveis às outras modalidades de propriedade fiduciária, desde que não haja incompatibilidade.

Quanto à exigência de registro, o Código Civil é expresso ao regular os requisitos da propriedade fiduciária de coisas móveis infungíveis. Seu art. 1.361, § 1º, determina que a *constituição* da propriedade fiduciária ocorre com o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos.

Pela redação do Código Civil, a qual é plenamente aplicável, por assim prever a Lei 4.728/1965, à cessão fiduciária de créditos, o registro é requisito não apenas de eficácia perante terceiros, mas da própria transferência da propriedade ao cessionário-fiduciário⁴¹⁻⁴².

Ainda que não houvesse remissão expressa quanto ao registro ser requisito de constituição da propriedade fiduciária, a conclusão não poderia ser diferente a ponto de a produção dos efeitos da transferência de propriedade ocorrer somente entre as partes mas não influir no direito de terceiros. Isso porque é efeito imanente ao direito real ser oponível *erga omnes*.

Pelo direito de propriedade, o titular poderá perseguir o objeto onde quer que esteja e poderá reivindicá-lo de qualquer pessoa que injustamente o possua. Esses poderes perante terceiros são fundamentais à sua existência, de modo que sua inexistência

⁴¹ São inúmeros os julgados das Câmaras Especializadas do TJSP nesse sentido: “RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Crédito garantido por cessão fiduciária em garantia, e que, por tal razão, estaria excluído dos efeitos da recuperação judicial. Propriedade fiduciária que se constitui pelo registro junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor Providência levada a efeito pelas partes. Assim, dá-se provimento ao recurso, com observação, ou seja, para autorizar a devolução dos valores discutidos até o limite da garantia, o que deverá ser observado pelo juízo” (TJSP, AI 2011883 -85.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, j. em 26.8.2015). No mesmo sentido: TJSP, AI 2059568 -59.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ramon Mateo Jr., j. em 29.06.2015; TJSP, AI 2044851 -71.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. em 08.04.2015.

⁴² Nesse mesmo sentido é a doutrina de Cesar Amendolara para quem “uma polêmica que permeia a cessão fiduciária refere-se à necessidade ou não do registro do instrumento de cessão para a constituição da garantia. A nosso ver, à medida em que o art. 66 -B da Lei 10.931/04 considera os requisitos do Código Civil de 2002 como também requisitos do contrato de alienação fiduciária e que o Código Civil de 2002, por sua vez, no § 1º do art. 1.361 dispõe que o registro é um requisito de constituição de garantia, não há dúvidas quanto à sua necessidade” (AMENDOLARA, Cesar. “Alienação fiduciária como instrumento de fomento à concessão de crédito”. In: FONTES, Marcos R. Olim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coords.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 189). Também, LOUREIRO, Francisco. *Op. cit.*, p. 1.242; CHALHUB, Melhim Namem. *Op. cit.*, p. 353.

prejudica a própria formação do direito real. A falta de produção de efeitos perante terceiros, assim, impediria a própria constituição da propriedade fiduciária.

Logo, o registro do contrato de cessão fiduciária em garantia é requisito imprescindível para a constituição da propriedade fiduciária e para a produção de todos os seus efeitos. Antes do registro, a propriedade fiduciária não se constituiu e o contrato de cessão fiduciária, contrato real, não se aperfeiçoou.

À míngua do registro, a garantia real é ainda mera expectativa, de modo que o crédito titularizado pelo cessionário -fiduciário submete-se à recuperação judicial, nos limites e com a natureza jurídica contratados⁴³.

4. Efeitos: a possibilidade de amortização

Presentes os elementos à constituição da propriedade fiduciária, a cessão fiduciária de créditos ou títulos de crédito em garantia transfere ao credor, nos termos do art. 18, da Lei 9.514/1997, a titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida.

Referida transferência de propriedade é submetida a uma condição resolutiva. A propriedade permanece com o cessionário fiduciário para a garantia de adimplemento da obrigação principal que motivou a contratação. Promovida a liquidação da dívida garantida, contudo, resolve-se automaticamente a propriedade do cessionário fiduciário, retornando ao cedente fiduciante.

Enquanto a condição resolutiva não é implementada, a propriedade do cessionário permanece limitada. Não poderá o cessionário livremente dispor do bem, na propriedade fiduciária de coisas infungíveis, o qual permanece, até o implemento da condição resolutiva, afetado à garantia da obrigação principal e segregado tanto do patrimônio do fiduciante quanto do fiduciário⁴⁴.

Quanto às coisas móveis infungíveis, ainda, apenas o inadimplemento da obrigação principal e a constituição em mora consolidam definitivamente a titularidade

⁴³ A esse respeito, ensina MOREIRA ALVES: “Ora, ao acentuar que a alienação fiduciária somente valerá contra terceiro se tiver seu instrumento arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos, estabeleceu o referido dispositivo legal que a propriedade fiduciária (que é a garantia real resultante do contrato de alienação fiduciária) necessita desse registro para ser oponível contra terceiros. (...) Antes do registro, o contrato de alienação fiduciária em garantia é apenas título de constituição da propriedade fiduciária, que ainda não nasceu, porquanto seu nascimento depende do competente registro desse título. E não se constituindo, ainda, a propriedade fiduciária, inexistente para o credor garantia real” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Op. cit.*, pp. 78 e 81; grifamos). ”

⁴⁴ NAMEM, Chalhub Melhim. *Op. cit.*, p. 135.

dos direitos cedidos ao patrimônio do cessionário fiduciário. Referida consolidação, entretanto, não permite que o cessionário conserve consigo a propriedade. Nos termos do art. 1.364, do Código Civil, o credor fica obrigado a vender a coisa a terceiro, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança e a devolver o saldo remanescente ao devedor, se houver.

Na cessão fiduciária de direitos ou de títulos de crédito, a Lei 4.728/1965, em seu art. 66, §6º, também vedava o pacto comissório. Sua vedação implicava a proibição de que o proprietário fiduciário dos bens permanecesse com o bem após o inadimplemento da dívida pelo cessionário. Essa disposição não fora mantida na redação atual da Lei 4.728/1965, após a alteração realizada pela Lei 10.931/2004.

Nos termos do art. 19, da Lei 9.514/1997, que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis e é aplicável, como visto, à cessão fiduciária regulada na Lei 4.728/1965 (art. 66-B, §4º), a propriedade fiduciária dos bens permite que o cessionário fiduciário exerça de modo mais amplo os poderes decorrentes de sua titularidade, ainda antes do inadimplemento do devedor cedente.

A lei permite que o cessionário, logo após a cessão, conserve e recupere a posse dos títulos que instrumentalizam o crédito cedido, que o cessionário intime os devedores dos créditos que não tenham efetuado o pagamento das obrigações e, inclusive, promova todas as medidas de cobrança e execução a que o cedente teria direito. Para tanto, conferiu o art. 19, IV, da Lei 9.514/1997, ao credor fiduciário, o poder de dar quitação aos devedores pela satisfação das obrigações.

A ampliação dos poderes decorrentes da titularidade do cessionário garante que as importâncias recebidas dos devedores dos créditos cedidos possam ser utilizadas diretamente para amortizar o débito do cedente⁴⁵. O cessionário poderá, na operação de cessão fiduciária, creditar ao devedor cedente os valores recebidos, até a final liquidação da dívida e encargos (art. 19, §1º, da Lei 9.514/1997).

Essa amortização dos débitos antes da mora do devedor fiduciante não é obstaculizada pela LRF. O art. 49, §3º, da Lei 11.101/05 garantiu, durante a recuperação judicial do devedor fiduciante, a prevalência dos direitos de propriedade do bem transferido fiduciariamente. Entretanto, a posse direta dos bens cuja propriedade fora fiduciariamente transferida não poderia ser retomada durante o prazo do *stay period*, previsto no art. 6º, §4º, da LRF.

A impossibilidade de retomada dos bens durante o período de suspensão, contudo, é inaplicável à cessão fiduciária de créditos ou títulos de crédito. O art. 49, §3º,

⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, p. 546.

da LRF, apenas impossibilita a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à atividade empresarial e, por bens de capital, devem ser entendidos os maquinários ou instalações para a produção da atividade. O crédito cedido fiduciariamente não pode ser considerado bem de capital, ainda que seja imprescindível para o desenvolvimento da empresa⁴⁶⁻⁴⁷.

Outrossim, na cessão fiduciária de crédito e de títulos de créditos, ao contrário dos negócios fiduciários sobre os demais bens, não há o desdobramento da posse, de modo que ela necessite ser retomada com o inadimplemento do devedor fiduciante. Quanto aos direitos cedidos, a posse é atribuída tanto a direta, quanto a indireta, ao credor fiduciário, exceto convenção em contrário (art. 66-B, §3º, da Lei 4.728/1965).

Em razão dessa posse direta, o art. 19, IV, da Lei 9.514/1997, permitiu ao cessionário receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente. A posse direta permite ao credor cessionário dar quitação das obrigações aos terceiros devedores e, inclusive, restituir a esses os títulos de crédito por ocasião da satisfação da dívida.

As importâncias resultantes do adimplemento dos referidos créditos, nos termos do art. 19, §1º, da Lei 9.514/1997, serão utilizadas pelo cessionário fiduciário para amortizar a dívida do cedente. As importâncias obtidas serão creditadas pelo cessionário ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos.

5. Conclusão

A Lei 11.101/05, ao excluir do regime da recuperação judicial os credores titulares de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, procurou mitigar os riscos contraídos pelas instituições financeiras e os ônus financeiros aos devedores. Garantidas pela satisfação das obrigações, as instituições financeiras poderiam

⁴⁶Nesse sentido: “Cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos de crédito. (...) Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação. Recebíveis não são bens de capital na forma prevista na parte final do §3º do art. 49” (TJSP, AI 655.134.4/8-00, Câmara Reservada de Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. em 15.12.2009). No mesmo sentido: STJ, REsp nº 1.263.500-ES, Quarta Turma, rel. Min. Isabel Galotti, j. em 05.02.2013.

⁴⁷ Em sentido contrário, Eduardo Secchi Munhoz: “seria, porém, uma interpretação excessivamente apegada ao sentido literal da norma, e absolutamente desvinculada da finalidade da Lei, afastar, exclusivamente por conta da qualificação bem de capital, a aplicação dessa orientação à cessão fiduciária de direitos de crédito” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Op. cit.*, p. 44).

disponibilizar, por meio de financiamentos a taxas de juros menores, o capital de giro imprescindível à recuperação do empresário em crise.

Como modalidade de propriedade fiduciária, a cessão fiduciária de créditos é alternativa consentânea ao ordenamento jurídico pátrio para que o empresário, ainda que carente de bens materiais, possa garantir as obrigações que pretende contratar. Em sua constituição, o empresário cedente poderia dispor não apenas sobre os créditos já existentes de titularidade do devedor, como também poderia versar sobre créditos futuros, ainda inexistentes por ocasião da contratação da garantia, os recebíveis a performar.

Referida amplitude de objeto, todavia, contrasta com os demais requisitos exigidos. A cessão fiduciária de créditos ou títulos de crédito é garantia restrita às instituições financeiras, sociedades a elas equiparadas e entidades estatais ou paraestatais.

O contrato de cessão também somente se torna perfeito com o preenchimento do requisito formal consistente no registro. Apesar da polêmica jurisprudencial recente, o registro do contrato não apenas condiciona a produção dos efeitos do contrato de cessão em face de terceiros. A interpretação sistemática da legislação pátria evidencia que a propriedade fiduciária, direito real em garantia oponível *erga omnes*, apenas se constitui com o registro do instrumento contratual, sem o qual o credor não figura como proprietário fiduciário e fica submetido aos efeitos da recuperação judicial do devedor.

O preenchimento desses requisitos necessários ao contrato de cessão fiduciária em garantia, embora restrinja a aplicação do instituto, confere amplo poderes à instituição financeira e sociedades equiparadas. Não apenas poderá o cessionário exigir o montante do crédito cedido diretamente dos terceiros devedores, como poderá, com o produto recebido, amortizar o débito do cedente, inclusive antes do inadimplemento da obrigação garantida.

Embora a extensão desses poderes mitigue o risco de inadimplemento do crédito disponibilizado pelas instituições financeiras e permita ao empresário a contratação de empréstimos menos onerosos, o cessionário fiduciário é beneficiado em detrimento dos demais credores, os quais deverão submeter-se ao plano de recuperação. Com a possibilidade de cessão fiduciária de créditos futuros, esse benefício às instituições financeiras é ainda mais extenso e poderá comprometer o fluxo de caixa projetado, ao permitir a essas diretamente a utilização dos recursos obtidos pelo desenvolvimento da atividade empresarial para a amortização de seu crédito, o que poderá acabar por afetar, em última instância, a própria eficiência do instituto da recuperação judicial.

6. Bibliografia

ALSTER, Maria Izolina Schaurich. “A cessão de crédito: natureza jurídica”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 682, São Paulo, 1992.

AMENDOLARA, CESAR. “Alienação fiduciária como instrumento de fomento à concessão de crédito”. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (Coords.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ASCARELLI, Tullio. "O negócio indireto". In: *Problemas das Sociedades Anônimas*, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1969.

AZEVEDO, Patrícia Borges de e CALHEIRO, Paulo. “A relação entre as empresas em recuperação e a atividade bancária”. In: LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais e CALHEIROS, Paulo (org.). *Recuperação de empr esas e falência: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira e PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de Andrade. “Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência”. In: *Cadernos Jurídicos – Direito Empresarial*, ano 16, n. 39. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, janeiro-março de 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria giuridica della circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. “A trava bancária”. In: *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX. São Paulo: AASP, setembro de 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. “Cessão Fiduciária de Títulos Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v.37 -jul/ago-2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, 17ª ed., revista e atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBO, Jorge. “Cessão fiduciária em garantia de recebíveis performados e a performar”. In: ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei (coords.). *10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOUREIRO, Francisco. Comentário ao art. 1368-A, in PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado*. Barueri: Manole, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa”. In: *Revista do Advogado*, n. 105, ano XXIX. São Paulo: AASP, setembro de 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil - Introdução ao direito civil - Teoria geral do direito civil*, v. 1, 21ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERIN JR., Écio. “A polêmica da chamada ‘trava bancária’: efeitos da alegação e cessão fiduciária de recebíveis em garantia na recuperação judicial”. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Direito Processual Empresarial: estudos em homenagem ao professor Manoel de Queiroz Pereira Calças*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954 e t. XXIII, 3ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RESTIFFE NETO, Paulo e RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Propriedade fiduciária de imóvel*. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAISBERG, Ivo. “O Necessário Fim dos Credores não sujeitos à Recuperação Judicial”. In: ELIAS, Luis Vasco (coord.). *10 Anos da Lei de Recuperação de Empresas e Falências: Reflexões sobre a Reestruturação Empresarial no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Negócio Fiduciário e Cessão Fiduciária de Créditos na Falência e Recuperação Judicial de Empresas”. In: *Pareceres – Processo Civil*. São Paulo: RT, 2012.

Jurisprudência

STF, RE 111.219, Segunda Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 10.12.1987.

STF, RE 92.736, Primeira Turma, rel. Min. Thompson Flores, j. em 24.06.1980.

STJ, REsp 1.101.375, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 04.06.2013.

STJ, REsp1.202.918, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, j. em 07.03.2013.

STJ, REsp 1.263.500, Quarta Turma, rel. Min. Maria Isabel Galloti, j. em 05.02.2013.

STJ, REsp 1.412.529, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

STJ, REsp 1.559.457, Terceira Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 17.12.2015.

TJES, AI 30089000142, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Góes Coutinho, j. em 24.06.2008.

TJPE, AI 271857801, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Jones Figueiredo, j. em 26.07.2012.

TJSP AI 655.134.4/8-00, Câmara Reservada de Falência e Recuperação, rel. Des. Pereira Calças, j. em 15.12.2009.

TJSP, AI 0250023 -49.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Maia da Cunha, j. em 12.03.2013.

TJSP, AI 2011883 -85.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Enio Zuliani, j. em 26.08.2015.

TJSP, AI 2021503 -92.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. em 06.02.2014.

TJSP, AI 2029505 -80.2015, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. em 11.11.2015.

TJSP, AI 2044851 -71.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. em 08.04.2015.

TJSP, AI 205 9568-59.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ramon Mateo Jr., j. em 29.06.2015.

TJSP, AI 2273783 -85.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 09.05.2016.

TJSP, AI 627659 4300, Câmara Reservada de Falência e Recuperação, rel. Des. Romeu Ricupero, j. em 28.07.2009.

REVISTA DE

DIREITO BANCÁRIO E DO MERCADO DE CAPITAIS

RDB

ANO 19 • 72 • ABRIL-JUNHO • 2016

Crédito bancário: elementos jurídicos e econômicos para o seu desenvolvimento no Brasil – Análise de risco jurídico e sua relevância para a sedimentação de uma governança corporativa sólida no âmbito das instituições financeiras – Aspectos jurídicos dos registros de sociedades anônimas no mercado de capitais – Problemas no ressarcimento do investidor prejudicado no direito brasileiro – O *trust* e o direito brasileiro – A cláusula de *close-out netting* e sua admissão no direito brasileiro – Cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial: requisitos e limites à luz da jurisprudência – Responsabilização de diretores na administração de sociedade anônima – Los sindicatos de voto su tratamiento comparado – Notas sobre a revisão judicial dos atos de gestão em sociedades anônimas: os tribunais judiciais podem aprender com a CVM? – A perda da personalidade jurídica na falência – Uma revolução silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial – Aspectos criminais da Lei de Regularização 13.254 – Responsabilidade de instituições financeiras por fraude eletrônica.

ISSN 1518-2703

9771518270001 00072



41753779



THOMSON REUTERS