

Recuperação Judicial e a excepcionalidade dos créditos garantidos por cessão fiduciária de créditos futuros.

Francisco Satiro¹

1. Objetivos da recuperação judicial

Como descreve o artigo 47 da Lei 11.101/2005, o objetivo da recuperação judicial é possibilitar a superação da crise da empresa, a fim de garantir não só o interesse do empresário, mas principalmente os interesses da sociedade, dos trabalhadores, dos credores e do mercado. A superação se dará através da negociação de um plano de recuperação entre devedor e credores, a ser aprovado tacitamente ou em Assembleia Geral, pelos credores.

O plano tem caráter de negócio jurídico; é o devedor que define seu conteúdo e os credores que o aprovam, tudo limitado somente pela preservação da ordem pública e pelas disposições de Lei, de acordo com o princípio da autonomia privada.

O que, então, impediria um devedor de negociar diretamente com seus credores e obter o mesmo resultado independentemente da utilização da estrutura da recuperação judicial? Em tese, nada. É plenamente possível a negociação direta do devedor com seus credores, aspecto inclusive ressaltado expressamente no art. 167 da Lei 11.101/2005: “O disposto neste Capítulo [recuperação extrajudicial] não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”.

¹ Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

Mas as atividades empresariais são hoje abrangentes e complexas. Um empresário em atividade regular tende a ter um grande número de fornecedores, colaboradores e parceiros, em complexos arranjos contratuais, que numa situação de crise tendem a transformar-se numa vasta gama de credores com interesses diversos e no mais das vezes conflitantes. Negociar uma solução única com um grande número de credores com interesses individuais variados e colidentes, que além de tudo sabem da situação de crise da empresa e tendem, naturalmente, a tentar antecipar o recebimento de seus créditos com receio dos efeitos de uma possível insolvência, é missão impossível na prática.

Por isso, duas medidas fazem do regime de recuperação judicial essencial à superação da crise da empresa: (i) a suspensão do curso das execuções individuais pelo prazo de negociação do plano (180 dias) e (ii) o agrupamento dos credores em classes com perfil assemelhado, obrigando-os a decidir não mais individualmente, mas por deliberação majoritária².

É a segunda medida – a substituição do princípio da obrigatoriedade do contrato (que exige a expressa manifestação de vontade dos contratantes para alteração do vínculo) pelo princípio da maioria (segundo o qual a decisão da maioria dos integrantes de um determinado grupo obrigará todos os demais, inclusive os dissidentes) – que

² Na verdade, seria possível pensar-se em outras três funções que apontam a importância da existência de mecanismos formais de reorganização à disposição do empresário: a) a possibilidade de venda de ativos de modo eficiente e desvinculado dos ônus e dívidas do vendedor; b) a possibilidade de acesso a novos meios de financiamento, o conhecido *DIP* (“*debtor in possession*”) *financing* - financiamento do devedor durante o regime de reorganização - que, na Lei 11.101/2005 é representado pelo art.67 que inquestionavelmente nunca serviu de fato como um incentivo ao “dinheiro novo”; e c) a irreversibilidade das decisões tomadas, salvo quanto aos casos específicos previstos no próprio regime.

viabiliza a aprovação de um plano de recuperação judicial³. A exceção do princípio da obrigatoriedade só pode decorrer de previsão de Lei e pressupõe que os credores agrupados em classes possuam situações jurídicas similares. Somente assim, com todos os credores submetendo-se às mesmas circunstâncias, legitima-se a deliberação majoritária⁴. O poder político na deliberação sobre o plano será tanto maior quanto maior o crédito a ela submetido.

A verdadeira essencialidade do regime da recuperação judicial é justamente a substituição impositiva do natural caráter individualista das relações de crédito por um contexto excepcional e coletivo, o que possibilita a gestão de uma solução abrangente e eficaz da crise do devedor. A seara dos direitos individuais subjetivos dos credores é invadida e limitada para viabilização dos objetivos da lei. Também por isso é tão importante assegurar-se que no procedimento de reorganização nenhum credor seja submetido a uma circunstância mais benéfica ou mais prejudicial do que seus iguais.

Na divisão dos credores em classes para manifestação sobre o plano (arts.41 e 45) há a explícita

³ Sobre o assunto ver FRANCISCO SATIRO, *Autonomia dos credores na aprovação do plano de Recuperação Judicial*, in: CAROLINA DIAS TAVARES GUERREIRO *et al* (Orgs.), **Direito Empresarial e Outros estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁴ Galgano explica que o princípio da maioria não expressa a “vontade do grupo”, mas a vontade dos integrantes que prevalecem dentro do grupo com base nos parâmetros de equidade estabelecidos pela Lei a fim de satisfazer um objetivo mediato. É por esse “bem maior” – que pode ser a estabilidade política, a eficiência econômica ou, no caso da Lei 11.101, a preservação da função social da empresa e de seu valor para a sociedade – que se submetem os dissidentes às decisões que a maioria aceitou para si. (**La forza del numero e la legge della ragione – Storia del principio della maggioranza**, Il Mulino, 2007, p. 193.

preocupação em identificar interesses comuns⁵. Alguns créditos, no entanto, foram propositalmente excepcionados do regime ordinário da recuperação judicial: os créditos de Adiantamento de Contrato de Crédito - ACCs (art. 49 §4º) e os referentes aos chamados “credores proprietários”, assim denominados aqueles titulares de garantia por alienação fiduciária, leasing, reserva de domínio e compromissários compradores de imóveis (art. 49 §3º)⁶. Salvo quanto aos últimos, em todos os demais casos o credor é o titular do bem vinculado ao débito. Nessa condição, seria difícil – para não dizer impossível – reuni-los em um único grupo com interesses similares. Cada bem tem suas características e se vincula ao débito e ao patrimônio do credor de modo diverso e por causas diferentes. Suas peculiaridades demandam tratamento extraordinário e próprio mesmo na

⁵ Os créditos tributários não mereceram tratamento especial porque se imaginava que, na aprovação do plano, um parcelamento automático eliminaria débitos fiscais anteriores ao pedido de recuperação judicial (art.57). Mas a lei que instituía esse parcelamento não foi aprovada junto com a Lei 11.101, o que gerou essa idiosincrasia do sistema.

⁶ “... No caso da alienação fiduciária e de outras formas de negócio jurídico em que a propriedade não é do devedor, mas do credor, é preciso sopesar a proteção ao direito de propriedade e a exigência social de proporcionar meios efetivos de recuperação às empresas em dificuldades. Por isso, propomos uma solução de equilíbrio: não se suspendem as ações relativas aos direitos dos credores proprietários, mas elimina-se a possibilidade de venda ou retirada dos bens durante os 180 dias de suspensão, para que haja tempo hábil para a formulação e a aprovação do plano de recuperação judicial. Encerrado o período de suspensão, todos os direitos relativos à propriedade são devolvidos ao seu titular. Como essas obrigações não se sujeitam à recuperação judicial, naturalmente o plano aprovado deverá prever o pagamento desses credores em condições satisfatórias, sob pena de estes exercerem o direito de retirada dos bens e inviabilizarem a empresa. A inspiração para essa solução decorre do disposto no art. 170 da Constituição, que tutela, como princípios da ordem econômica, o direito de propriedade e a sua função social.” (Relatório do Senador Ramez Tebet no PLC 71/2003)

falência – na qual os bens podem ser objeto de procedimento individual de restituição (art. 85)⁷.

2. Os créditos garantidos por bens alienados fiduciariamente

O fato é que créditos garantidos por bens alienados fiduciariamente ao credor estão excepcionados no regime geral da recuperação judicial, a eles aplicando-se somente a suspensão do exercício do direito de retirada quando forem essenciais à atividade da devedora⁸.

A alienação fiduciária, como negócio fiduciário que é, sempre ofereceu dificuldades ao aplicador do direito. Judith Martins Costa, em artigo emblemático, explica que o negócio fiduciário oferece desafios em razão de sua origem em outros sistemas jurídicos (em especial o germânico e aqueles de Common Law) e a fácil confusão com institutos com tratamento tradicional no Direito Brasileiro, como o negócio indireto, o negócio simulado, a fraude, o dolo, etc.⁹. Não obstante, a Lei 4.728/65 introduziu o instituto no Direito Brasileiro, com posteriores acréscimos, entre outras,

⁷ Decreto 911/69 - “Art. 7º Na falência do devedor alienante, fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente.”

⁸ Lei 11.101/2005 “Art. 49, § 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis(...) seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”

⁹ **Os Negócios Fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro** in RT, 667, pp. 37 e segs. Veja também FRANKEL, Tamar, **Fiduciary Law: Analysis, Definitions, Relationships, Duties, Remedies Over History and Cultures**, [s.l.]: Fathom Pub. Co., 2008.

das Leis 4.864/65, 9.514/1997, 10.931/2004, 13.403/2014, do Decreto 911/69 e do Código Civil (Lei 10.406/2002)¹⁰.

Na alienação fiduciária, a propriedade de um bem é transferida ao fiduciário para certa destinação e em condições pré-definidas, devendo ser restituída ao fiduciante após cumprida sua função. No caso da alienação fiduciária em garantia, a transferência destina-se a assegurar a solvência de um débito. Quando do pagamento da dívida, a propriedade do credor fiduciário resolve-se e o bem retorna ao patrimônio do fiduciante (por isso pode-se falar que a propriedade fiduciária em garantia é condicional, com cláusula resolutiva vinculada ao adimplemento da obrigação garantida¹¹).

Em vista de eventual inadimplemento, a propriedade se consolida no patrimônio do credor fiduciário mas não perde sua essência instrumental, de garantia. Daí porque o credor proprietário fiduciário não pode simplesmente decidir ficar definitivamente com o bem incorporado a seu patrimônio. Deve liquidá-lo de acordo com as formalidades previstas para cada caso, e apropriar-se do resultado pecuniário até o limite do necessário para satisfazer seu crédito, restituindo ao devedor fiduciante eventual excedente¹².

¹⁰ Não se pretende aqui fazer um levantamento da evolução do instituto no Direito Brasileiro. Para tanto, ver José Carlos Moreira Slves. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979; Orlando Gomes, **Alienação Fiduciária em Garantia**, RT, São Paulo, 1971; Fábio da Rocha Pinto e Silva, **Garantias mobiliárias em Contratos Empresariais**, Almedina, São Paulo, 2015; BORTOLINI, Pedro Rebello; DEZEM, Renata Mota Maciel M., Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros, **Cadernos Jurídicos**, p. 33, .

¹¹ Nesse sentido, Melhen Chalhub, **Negócio Fiduciário**, Renovar, 1998, pp. 155 e segs.

¹² Código Civil “*Art. 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver,*

Por outro lado, salvo nos casos excepcionais (como dos §§5º e 6º do art. 21 da Lei 9.514/97), se o resultado da liquidação da garantia não for suficiente para a satisfação da integralidade do débito, não se exonera o devedor da obrigação pelo saldo da dívida. O credor poderá executá-lo regularmente.

A constituição de garantia através da alienação fiduciária não se confunde com o contrato que deu origem ao débito principal garantido. A relação entre os negócios jurídicos é de acessório/principal. O que significa em última análise que só se justifica a permanência da propriedade fiduciária com o credor se e enquanto existir a obrigação que visa a garantir. Se o devedor pagar a dívida por outro meio válido, a propriedade fiduciária se resolve e o bem retorna ao seu patrimônio. Neste caso, resolvido o contrato principal (a dívida garantida) resolve-se também seu acessório (a alienação fiduciária em garantia). Se, ao contrário, a venda do bem alienado fiduciariamente não for suficiente para quitar o débito, o acessório (alienação fiduciária) já terá cumprido seu papel e terá sido extinto, mas, salvo exceções, o saldo não pago do valor principal garantido permanecerá, possibilitando sua execução regular por parte do credor.

O mesmo se aplica à cessão fiduciária de créditos, operação que ficou conhecida no mercado financeiro como “trava bancária”, numa equivocada referência a um de seus possíveis mecanismos de segurança, a “trava de domicílio bancário”¹³. Trata-se, na verdade, da transferência para o

ao devedor.” Trata-se da aplicação, à alienação fiduciária em garantia, da proibição típica do “pacto comissório”, que impede o credor de apropriar-se diretamente do bem dado em garantia em caso de incumprimento da obrigação. Isabel de Matos, **O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição**, Almedina, 2006, p. 23

¹³ A trava de domicílio bancário, hoje conhecida por “manutenção de domicílio bancário” e especialmente aplicada a recebíveis de cartão de crédito, obriga o devedor do crédito cedido em garantia a pagar sua

credor, não de bens, mas de créditos dos quais o devedor era titular.

Inicialmente a doutrina recusou-se a admitir a possibilidade de “alienação fiduciária de crédito” (ou, mais precisamente, “cessão fiduciária”) sob o fundamento de que se tratava de um instituto, por essência, de direito real, pressupondo transferência de propriedade de um bem (móvel ou imóvel), e portanto, à primeira vista, incompatível com a relação creditícia (tipicamente pessoal). Atualmente, no entanto, já não pairam mais dúvidas sobre a viabilidade e licitude da cessão fiduciária, com fundamento principalmente em dois argumentos¹⁴: (i) a identidade

dívida em uma agência e conta específica junto ao credor fiduciário instituição financeira, impedindo assim um eventual acerto com o devedor fiduciante para pagamento através de outras contas ou outros meios com o objetivo de frustrar a expectativa do credor fiduciário.

(“O que é a manutenção de domicílio bancário? Quando ela deve existir? Resposta: Também conhecida como ‘trava’, é a forma pela qual se garante que as vendas realizadas com cartões sejam obrigatoriamente repassadas ao domicílio bancário previamente definido pelo Estabelecimento Comercial. A manutenção de domicílio bancário é realizada pelos Bancos, mediante autorização do Estabelecimento, junto à Credenciadora, quando o Estabelecimento possui operações de crédito ou algum serviço bancário atrelados aos recebíveis provenientes das vendas realizadas com cartões de crédito e/ou débito das Bandeiras Visa e/ou MasterCard.” In Manutenção de Domicílio Bancário – Febraban, disponível em <http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvmJcFnF7I0aSDf9jvV/sitefebraban/Cartilha%20SCG%20-%20Estabelecimentos%20-%202010-06-17%20-%20final%20%285%29.pdf>).

De tal forma, apesar de estar em desuso, é possível afirmar que, em sentido estrito, poderia existir “trava bancária” sem cessão fiduciária de recebíveis em garantia (em caso de penhor, por exemplo), bem como o contrário – garantia sem a vinculação do domicílio de pagamento.

¹⁴ “RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDAPOR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃOJUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA". 1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos

ontológica entre a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária de créditos em garantia; e (ii) a expressa caracterização dos direitos pessoais de caráter patrimonial (dentre os quais os créditos) como bens móveis pelo art. 83, III do Código Civil¹⁵:

*“Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
(...)
III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.”*

Não se trata aqui da cessão de títulos de crédito em garantia – modalidade também plenamente possível. Afinal, a essência dos títulos de crédito é justamente “incorporar” o direito ao título, numa ficção jurídica que facilita

sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.2. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp Nº 1.202.918 - SP (2010/0125088-1) Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/03/2013, T3 - TERCEIRA TURMA) No mesmo sentido, uniformizando a jurisprudência do STJ: REsp 1.263.500 – ES, Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti.

Na Doutrina, veja-se por todos: Paulo F.C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2010, 4ª ed., págs. 189-190; Manuel Justino Bezerra, **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 148

¹⁵ RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965. 1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.2. Recurso especial provido. (REsp 1263500/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 12/04/2013)

sobremaneira sua circulação a partir da aplicação de regras (familiares aos comerciantes medievais que desenvolveram o instituto) que simulam a transferência de bens móveis (mercadorias)¹⁶.

Na cessão de créditos o que se transfere é um direito (o próprio crédito), não uma coisa (o título que o representa). No direito alemão, a alienação fiduciária de coisa móvel típica (*Sicherungsübereignung*) tem inclusive regime diverso da cessão fiduciária de créditos (*Sicherungsabtretung*). Apesar da distinção é possível que uma hipótese venha a venha a abranger a outra. É o caso, por exemplo, da cessão de créditos decorrentes de um determinado contrato de venda mercantil, em que o instrumento de viabilização da convenção, por lógica, tende a ser a transferência por endosso das duplicatas correspondentes. Nesse caso, a execução do contrato de cessão de direitos em garantia dá-se pela transferência, por endosso, dos títulos que o representam, como forma de agregar à operação a segurança do regime cambal.

Superada a questão da possibilidade de cessão de créditos em garantia fiduciária, e sua distinção com a cessão de títulos de crédito, interessa avaliar o conceito de “crédito futuro”.

Antes de mais nada, convém esclarecer que “crédito futuro” não se trata de “crédito certo com vencimento em data futura” – que não passa de um ato jurídico a termo (Código Civil, arts.131-135) e por isso não oferece as dificuldades aqui enfrentadas. Aliás, o pagamento diferido está na essência da ideia de crédito¹⁷: crédito

¹⁶ É nesse sentido, por exemplo, que se fala em “possuidor de boa fé” do título de crédito.

¹⁷ “A operação mediante a qual alguém efetua uma prestação presente, contra a promessa de prestação futura, denomina-se operação de crédito” (J.X. Carvalho de Mendonça, **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Volume III, Tomo II, Campinas-SP, Russell, 2003, p.58).

pressupõe uma prestação que poderá ser exigida do devedor em determinada data e sob determinadas condições. Natural, portanto, que em certos casos o vencimento dê-se em data futura.

Mas tomemos o seguinte exemplo: uma empresa oferece, em garantia do financiamento que tomou de certa instituição financeira, os futuros alugueis devidos pelo locatário de bem de sua propriedade. Imagine-se que o contrato de locação tenha sido celebrado por prazo indeterminado, com possibilidade de denúncia imotivada por qualquer das partes sem qualquer antecipação. Não há título de crédito que possa ser transferido. A cessão fiduciária terá como objeto simplesmente os direitos de crédito decorrentes do contrato de locação.

Nesse caso, à análise da garantia passa a interessar além contrato de financiamento (principal) e do contrato de cessão fiduciária de créditos em garantia (seu acessório), uma terceira relação jurídica, qual seja, a fonte da obrigação cuja prestação será transferida: o contrato de locação, que vem a ser o originador dos direitos que serão dados em garantia fiduciária.

Note-se que o crédito do locador nasce da permanência em vigor do contrato de locação. Como o contrato deu-se por prazo indeterminado, não há como se afirmar que durará 1, 10 ou 100 meses. Há enorme incerteza porque os créditos vão sendo regular e reiteradamente constituídos a cada mês de vigência. O crédito é, portanto, futuro; ainda não existe, mesmo que se possa afirmar que haja uma séria expectativa de que venha a se confirmar. É essa expectativa – provavelmente compartilhada pelas partes – que pode levar a que pretendam, ainda assim, usar o crédito futuro como garantia fiduciária.

E nada há que os impeça. A garantia é ajustada pelas partes na medida da sua conveniência. Mas as consequências são aquelas determinadas por lei.

Há dois caminhos – com idênticas conclusões – para identificação do regime jurídico aplicável à cessão fiduciária de créditos futuros.

O primeiro deles baseia-se na identidade ontológica estrutural com a alienação fiduciária de bens em geral e no conceito de “crédito” como modalidade de “bem móvel” nos termos do art. 83, III. Se os créditos são equiparados a bens móveis e se a alienação fiduciária nada mais é do que uma modalidade de alienação de bens, o art. 483 do Código Civil expressamente autoriza a alienação de bem inexistente no momento da contratação: “*A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura*”.

Esse preciso raciocínio levou o Desembargador Romeu Ricúpero, do TJSP, à conclusão do cabimento da cessão fiduciária de recebíveis futuros: “*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...(...)...o atual Código Civil, em seu artigo 483, estatui que ‘a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório’. Como é evidente, a alienação fiduciária aperfeiçoou-se com o registro do contrato celebrado, ocorrido antes da impetração da recuperação judicial, sendo inteiramente irrelevante que parte de seu objeto seja coisa futura, que só virá a existir depois do ajuizamento da recuperação judicial. (...)*”¹⁸

¹⁸ *Recuperação judicial. Despacho judicial que determinou a expedição de ofício para que a instituição financeira se abstenha de abater do seu saldo credor os novos valores recebidos após a distribuição da recuperação judicial (17/08/10), bem como para que recomponha imediatamente as respectivas contas-correntes da empresa petionária na situação exata em que se encontrava no encerramento do indigitado dia, e para que devolva os valores recebidos após aquela data. Inadmissibilidade. Cédula de crédito bancário com cessão fiduciária de títulos de crédito. Inúmeros precedentes da Câmara Reservada. Os direitos de créditos são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei 11.101/2005. Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato. Aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005. Possibilidade de alienação fiduciária de bens futuros. Agravo de*

A segunda parte da decisão aponta a solução para o problema lógico que surge com a permissão da cessão fiduciária de crédito futuro: como pode alguém transferir (em garantia ou ordinariamente) algo que ainda não tem? Afinal, na qualidade de modalidade de transferência de titularidade (ainda que em caráter condicional e para destinação específica) a cessão/alienação pressupõe que o fiduciante seja titular dos direitos que pretende transferir ao credor. Logo, a cessão fiduciária, nesse caso tem seus efeitos de garantia condicionados à futura existência do bem e à disponibilidade que o fiduciante virá a ter sobre ele¹⁹ também chamada de propriedade superveniente.

Tratando de questão análoga – a alienação fiduciária secundária, ou alienação de bem já anteriormente alienado fiduciariamente em garantia – Melhem Chalhub esclarece que “*pode eventualmente ser admitida a alienação fiduciária de propriedade superveniente, como prevê o § 3º do art. 1.361, pelo qual ‘a propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária’, bem como o § 1º, do art. 1.420, do Código Civil, que ‘torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono’. Fica claro, entretanto, que a eficácia da nova garantia fiduciária é subordinada ao advento de uma condição suspensiva, qual seja, o integral cumprimento, pelo fiduciante, da obrigação assumida por ocasião da primeira dívida. Não se trata, nessa hipótese, de alienação em 2º grau, mas sim de uma nova alienação, que uma vez registrada no Registro de Imóveis, só passará a ter eficácia se, e quando, a propriedade fiduciária garantidora*

instrumento provido. (TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 0456721-58.2010.8.26.0000, Data de Julgamento: 17/05/2011, Câmara Reservada à Falência e Recuperação).

¹⁹ Código Civil “Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.”

*da primeira dívida do fiduciante for cancelada em razão do seu integral pagamento*²⁰.

E está aí a solução da questão. Nada impede a constituição de garantia sobre bem inexistente no momento da celebração. Mas não se pode considerar plenamente eficaz a garantia fundada em um bem que não existe ou sobre o qual o fiduciante não tenha titularidade e disponibilidade. Até que efetivamente exista o bem e esteja disponível ao fiduciante, a garantia objeto da alienação fiduciária de coisa futura não é eficaz porque está sob condição suspensiva. É esse o comando do § único do art. 483 do Código Civil: “*neste caso [alienação de coisa futura] ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.*”

Essa mesma solução encontrava-se já no art. 66, da Lei 4.728/65, com a redação que lhe conferiu o Decreto Lei 911/69²¹:

“§ 2º Se, na data do instrumento de alienação fiduciária, o devedor ainda não fôr proprietário da coisa objeto do contrato, o domínio fiduciário desta se transferirá ao credor no momento da aquisição da propriedade pelo devedor, independentemente de qualquer formalidade posterior.”

Mesmo após a entrada em vigor do atual Código Civil, a disposição não foi significativamente alterada:

²⁰ CHALHUB, Melhem **Negócio Fiduciário**, Renovar, 2009, p. 225

²¹ À mesma conclusão chega Moreira Alves, quando alerta que não há como falar-se em plena eficácia de alienação fiduciária em garantia de bem que o fiduciante não poderia livremente alienar. (MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979)

“Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

(...)

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.”

Em ambos os casos espera-se que a coisa futura venha a existir. Até que exista, a eficácia do contrato no que respeita à coisa futura estará suspensa. Se em algum momento o bem futuro tornar-se sabidamente inviável qualquer que seja o motivo, ou seja, em se reconhecendo a impossibilidade de que venha a existir ou tornar-se supervenientemente propriedade do fiduciante, já não se pode mais falar em negócio sob condição suspensiva, mas em negócio definitivamente ineficaz. A condição pressupõe que o evento (surgimento do bem) seja futuro e incerto (portanto, pelo menos passível de ocorrer), e nesse caso há certeza na inviabilidade da existência coisa futura, o que leva à impossibilidade do objeto do negócio jurídico entabulado.

Destaque-se que essa consequência não pode surpreender as partes contratantes. Quem quer que contrate sobre coisa futura tem que cogitar a possibilidade de ela não chegar a existir²². Imagine-se que um produtor rural dê em alienação fiduciária em garantia o futuro produto de uma

²² “Embora não tenha o condão de atingir o crédito do agravante, decorrente de contrato autônomo de mútuo celebrado com a recuperanda, a resilição do contrato a que se vinculava a garantia prestada é fato suficiente para torná-la sem efeito. Por sua conta e risco, na condição de agente econômico livremente atuante no mercado, o agravante aceitou como garantia do empréstimo concedido à agravada a cessão fiduciária de créditos não performados, assumindo, com isso, a álea de eventual frustração dos recebíveis, fator que certamente foi levado em conta no equacionamento econômico-financeiro do contrato.” TJ-SP - AI: 20967008220158260000 SP 2096700-82.2015.8.26.0000

matriz premiada que está prenhe. Existe a possibilidade de que, por qualquer complicação biológica, o bezerro venha a não nascer com vida. Nesse caso, obviamente a alienação fiduciária não resistiria, permanecendo somente o débito original, sem garantias²³.

Enquanto a coisa futura não for além de simples expectativa, mais uma vez, por questão de lógica, não há que se falar em garantia eficaz. É o caso, de coisa futura que, no vencimento da obrigação garantida, ainda não se concretizou. Caberá ao credor executar a obrigação principal. E esperar que a coisa futura venha a se concretizar em realidade em tempo para servir de reforço na cobrança da dívida, ou a contratação terá sido em vão.

Da mesma forma, a partir do momento em que se tem certeza da inviabilidade da existência futura da coisa que foi antecipadamente prometida em garantia, não há mais que se falar em efeitos de garantia do contrato.

3. Desdobramentos, na recuperação judicial do devedor fiduciante, dos bens alienados fiduciariamente

Cabe então avaliar quais os desdobramentos dessa situação no caso de recuperação judicial do devedor. Como visto, credores proprietários (aqueles listados no § 3º do art.

²³ “RESCISÃO CONTRATUAL. Instrumento particular de compromisso de venda e compra Contrato que teve por objeto coisa futura que não veio a existir Não configuração de contrato aleatório Verificada condição a tornar sem efeito a compra e venda, nos termos do artigo 483 do Código Civil Necessário o restabelecimento das partes ao status quo ante Reconhecido o direito dos autores à devolução dos valores pagos antecipadamente Sentença reformada RECURSO PROVIDO”. (TJ-SP Apelação nº 0225812-71.2011.8.26.0100, Relator: Elcio Trujillo, Data de Julgamento: 26/08/2014, 10ª Câmara de Direito Privado)

“Impõe-se, portanto, a rescisão do ajuste, sendo irrelevante a discussão acerca da culpa de qualquer das partes, já que a medida não decorre de inadimplemento, mas de inequívoca ineficácia do contrato.” (grifamos)

49 da Lei 11.101/2005, dentre os quais os titulares de propriedade fiduciária em garantia) não terão seus créditos submetidos ao plano. Há a proibição retomada da posse do bem, desde que essencial, no prazo de 180 dias a contar do deferimento da Recuperação Judicial como meio de aumentar a possibilidade de que o devedor consiga equacionar sua situação e reerguer-se. Mas logo após, os credores poderão exercer em plenitude seus direitos sobre o bem.

Ocorre que, o caput do art.49 da Lei 11.101/2005 estabelece como marco para averiguação da classificação do crédito a data da distribuição do pedido de recuperação judicial. E no caso da cessão fiduciária de créditos futuros, se o bem dado em garantia (o crédito) ainda não existir nesse momento, a ineficácia da garantia deve ser reconhecida com a classificação do crédito como quirografário. A ele aplica-se o disposto no inciso VI do art. 83 da Lei 11.101/2005:

“Art. 83: (...)

VI – créditos quirografários, a saber:

*aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da
alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;”*

Essa foi a mesma conclusão das Jornadas de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal que aprovaram o Enunciado 51 com a seguinte redação:

Enunciado 51. *O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial.*

O privilégio de credores em razão de bens dados em garantia é sempre definido pelo valor de liquidação do

bem. É a parte do débito que está efetivamente coberta pelo valor da garantia que justifica tratamento diferenciado. O resto é crédito comum, quirografário, salvo se houver outro regime excepcional aplicável (como no caso de microempresas e empresários de pequeno porte.). No caso dos credores com garantia real ou privilégio especial o credor sequer mantém qualquer vínculo com o bem objeto de garantia no caso de decretação da falência. O bem serve simplesmente para definir por qual valor poderá o credor participar do rateio na classe II – credores com garantia real, ou na classe IV – privilégio especial. Quanto à Recuperação Judicial, também será o valor da garantia que determinará em que classe (II ou III) o credor será enquadrado para participar da Assembleia Geral de Credores e do plano.

Na alienação fiduciária – assim como nas garantias reais ordinárias – é o valor do bem que determina se e por que valor o credor se submeterá às condições da recuperação judicial de seu devedor. Um crédito só não estará submetido à recuperação judicial nos termos do art. 49, § 3º na exata medida do valor correspondente ao bem que o credor recebeu em garantia através de alienação fiduciária.

Essa conclusão é essencial à preservação da lógica da equidade dos credores (*pari passu* ou *par condicio creditorum*) na falência e na Recuperação Judicial. Qualquer outro entendimento levaria à absurda conclusão de que o credor poderia ter mais vantagens no processo de reorganização da empresa em crise do que na execução individual de seu crédito garantido. Explico. Um credor por R\$100.000,00 garantido por um bem no valor de R\$60.000,00 sabe que só terá preferência na execução individual dos R\$60.000,00. Isso tanto no caso de alienação fiduciária como de garantia real tradicional, variando entre elas simplesmente o grau de segurança e agilidade. O saldo de R\$40.000,00 deverá ser executado em igualdade de condições com os demais credores.

Imagine-se que seu devedor tenha deferido o processamento de recuperação judicial. Seu crédito na classe II será de R\$60.000,00, e o restante (R\$40.000,00) estará listado na classe III, como quirografário. No caso de alienação fiduciária em garantia, os mesmos R\$40.000,00 também deverão ser incluídos na classe III, não obstante o credor possa, nos limites do art. 49, §3º, excutir o bem garantido, não estando submetidos à recuperação judicial seus R\$60.000,00 de crédito. Mas se o bem, vendido com as formalidades de praxe, significar uma receita total de R\$50.000,00, os R\$10.000,00 de saldo deverão ser habilitados para tratamento como crédito quirografário.

Salvo quanto ao Fisco, aos sócios do devedor e aos microempresários e empresários de pequeno porte, o crédito não é classificado em função do titular, mas da sua natureza. E a natureza privilegiada do crédito garantido por bem dá-se no limite do valor da garantia (art. 83, II e IV). Então não é porque possui um bem alienado em garanti que um credor não poderá ter seu crédito submetido a recuperação judicial; somente o crédito correspondente ao valor da garantia no momento do ajuizamento do pedido estará excluído.

Seria possível argumentar que no caso de falência, se o bem alienado em garantia tivesse sido arrecadado e vendido ou perecido, o credor faria jus ao recebimento do valor equivalente ou àquele obtido com sua venda, ainda em caráter de restituição, nos termos do art. 86²⁴. Mas essa hipótese é completamente diversa. O pressuposto, no caso do art. 86, é que a coisa tenha um dia existido, tenha sido incorporada à massa falida. Não se pode pensar num tratamento semelhante se o bem futuro objeto de garantia nunca chegou a existir e nem nunca existirá.

²⁴ Art. 86. *Proceder-se-á à restituição em dinheiro:*

I – se a coisa não mais existir ao tempo do pedido de restituição, hipótese em que o requerente receberá o valor da avaliação do bem, ou, no caso de ter ocorrido sua venda, o respectivo preço, em ambos os casos no valor atualizado;

Esse o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo em decisão da lavra do Desembargador Pereira Calças:

“Agravo de instrumento. Direito Comercial/Empresarial. Mútuo garantido por cessão fiduciária de créditos futuros (não performados). A rescisão do negócio jurídico que dava origem aos créditos cedidos, sobre os quais se constituiu a propriedade fiduciária, embora não tenha o condão de interferir com o direito do credor, torna sem efeito a garantia. Esvaziamento econômico dos créditos e perda do objeto da cessão fiduciária. Agravante que, em razão do ocorrido, passou a ser quirografário da sociedade. Decisão mantida. Agravo não provido.” (TJ-SP - AI: 20967008220158260000 SP 2096700-82.2015.8.26.0000, Relator: Pereira Calças, Data de Julgamento: 24/06/2015, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 26/06/2015)

4. Conclusões

Em conclusão, parece não haver dúvidas da possibilidade jurídica da cessão fiduciária em garantia de créditos futuros. Mas como a garantia decorre justamente do valor do bem transferido, antes de sua existência não há como considerá-la eficaz. Ao caso aplicam-se por analogia as disposições do art.483 do Código Civil, ou dos arts. 66, da Lei 4.728/65, com a redação que lhe conferiu o Decreto Lei 911/69 e art 1.361 do Código Civil. Trata-se de negócio sob condição suspensiva. Em tornando-se impossível a existência da coisa futura, não há mais que se falar em crédito garantido. Por seu turno, os reflexos dessas conclusões na Recuperação Judicial levam à classificação como quirografário do crédito (ou parte dele) que não tiver garantia de bem já existente no momento do ajuizamento do pedido.

No caso das cessões fiduciárias de créditos futuros, o descolamento entre o tratamento preferencial do art. 49, § 3º e a propriedade efetiva de um bem existente, somado ao fato de que no caso de cessão fiduciária de crédito o bem a ser apreendido pelo credor é dinheiro, é capaz de abrir u perigoso precedente e esvaziar por completo o sentido da recuperação judicial. Isso porque o que é inexistente não tem limites: no exemplo acima, da locação, é possível oferecer os primeiros 5 anos de alugueis em garantia a um credor, os 10 anos seguintes a outro e assim sucessivamente, criando uma massa de credores supostamente garantidos por “bens” futuros. Se esses credores puderem ser tomados por “proprietários” para os fins de não mais submetê-los à recuperação judicial a corrida por ativos terá sido mantida apesar da implementação do regime especial da recuperação, acabando com sua razão de ser e, por consequência, com a possibilidade de consecução dos princípios e valores decorrentes do art. 47 da Lei 11.101/2005.

5. Referências bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 2.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BEZERRA, Manuel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008

BORTOLINI, Pedro Rebello; DEZEM, Renata Mota Maciel M., “Efeitos da recuperação judicial sobre as garantias prestadas por terceiros”, **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, nº 39, p. 1-200, Janeiro-Março/2015

CHALHUB, Melhen. **Negócio Fiduciário**, Renovar, 1998.

COSTA, Judith Martins. “Os Negócios Fiduciários – considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito Brasileiro” **Revista dos Tribunais**, vol 667, pp. 37 e segs.

FRANKEL, Tamar, **Fiduciary Law: Analysis, Definitions, Relationships, Duties, Remedies Over History and Cultures**, [s.l.]: Fathom Pub. Co., 2008.

GALGANO, Francesco. **La forza del numero e la legge della ragione – Storia del principio della maggioranza**, Il Mulino, 2007.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1971.

MATOS, Isabel de. **O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição**, Almedina, 2006.

MENDONÇA, J.X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Volume III, Tomo II, Campinas-SP, Russell, 2003.

MOREIRA ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979)

SATIRO, Francisco. “Autonomia dos credores na aprovação do plano de Recuperação Judicial” **Direito Empresarial e Outros estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**.

Carolina Dias Tavares Guerreiro et al (Orgs.), São Paulo: Quartier Latin, 2013

SILVA, Fábio da Rocha Pinto e. **Garantias mobiliárias em Contratos Empresariais**, Almedina, São Paulo, 2015.

STJ, 3ª Turma. REsp N° 1.202.918–SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Data de Julgamento: 07/03/2013.

_____, 4ª Turma. REsp 1263500/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 05/02/2013.

TJ-SP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Agravo de Instrumento n° 0456721-58.2010.8.26.0000, Data de Julgamento: 17/05/2011.

_____, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação n° 0225812-71.2011.8.26.0100 , Relator: Elcio Trujillo, Data de Julgamento: 26/08/2014.

TOLEDO Paulo F.C. Salles de; ABRÃO Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, São Paulo, Saraiva, 2010.