

CESSÃO DE UMA CARTEIRA DE CRÉDITOS LITIGIOSOS. CESSÃO DE CRÉDITO, CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL E PROMESSA DE LIBERAÇÃO

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 63/2014 | p. 219 | Jan /
2014

DTR\2014\1206

Carlos Augusto da Silveira Lobo
Advogado.

Rafael de Moura Rangel Ney
Advogado.

Daniel Ferreira da Ponte
Advogado.

Área do Direito: Civil; Bancário

Resumo: A partir da análise do caso concreto, o presente parecer trata da qualificação do negócio jurídico da cessão de uma pluralidade de créditos litigiosos e sua compreensão sob a ótica dos contratos aleatórios, abordando, inclusive, a garantia da existência dos créditos nesta perspectiva. Distingue os contratos de cessão de crédito, cessão de posição contratual e promessa de liberação.

Palavras-chave: Cessão de crédito - Cessão de posição contratual - Cessão de crédito litigioso - Contratos aleatórios - Promessa de liberação.

Abstract: Upon the examination of a specific case, this legal opinion analyzes the qualification of the assignment of a portfolio of distressed credits and its understanding vis-à-vis the aleatory contracts doctrine, also examining the guarantee of the existence of the credit under such perspective. This legal opinion differentiates the assignment of credit agreements from the subrogation in a contractual provision and the promise of release.

Keywords: Assignment of credit - Subrogation in a contractual position - Assignment of distressed credits - Aleatory agreements - Promise of release.

Sumário:

1.Consulta - 2.A carta de intenção e os contratos de cessão de crédito - 3.Cessão de crédito, cessão de posição contratual, cessão de crédito litigioso e promessa de liberação - 4.O enquadramento jurídico do negócio entabulado - 5.Análise dos contratos - 6.Respostas aos quesitos

1. Consulta

O Banco A, por seus ilustres advogados, consulta-nos a respeito de dois contratos de cessão de crédito celebrados entre o Banco B e empresa securitizadora ("Cessionária"), nos quais o Banco A figurou como interveniente. Esses contratos de cessão de crédito serão a seguir designados "Contratos de Cessão de Crédito" e, por vezes, simplesmente "Contratos", cumprindo notar que, neste parecer, serão sempre citados em conjunto por apresentarem teores substancialmente idênticos.

O Banco B, que à época da celebração dos Contratos de Cessão de Créditos era controlado pelo Banco A, veio a ser posteriormente incorporado a este último, que assim o sucedeu nos Contratos.

O Consulente esclareceu a matéria sob consulta mediante circunstanciada exposição dos fatos, apresentou documentos de interesse para o deslinde da questão e formulou os

questos que serão respondidos ao final deste parecer, após algumas considerações gerais, com que os signatários julgam conveniente iniciar seu trabalho.

2. A carta de intenção e os contratos de cessão de crédito

Neste parecer, designa-se “Carta de Intenção” o documento mediante o qual o Banco A outorgou à controladora da Cessionária opção para a compra de um portfólio de créditos vencidos e não pagos, de titularidade do Banco B (“Créditos”). Do exercício dessa opção, resultaram os Contratos de Cessão de Crédito.

A Carta de Intenção, no seu corpo e nos anexos, já estabelecia, com o nível de detalhes próprio de um contrato preliminar, os termos dos Contratos de Cessão de Crédito, caso a opção fosse exercida. Nas linhas a seguir, focalizamos os pontos da Carta de Intenção e dos Contratos de Cessão de Crédito que consideramos importantes para a solução das questões postas na consulta.

Da Carta de Intenção, cumpre considerar o seguinte:

- no cabeçalho, os Créditos são qualificados de distressed;¹
- no item 1, a controladora da Cessionária declara que já realizara uma due diligence preliminar (a “Primeira Due Diligence”) antes de o Banco A ser declarado vencedor da licitação da venda do controle do Banco B, e reconhece que tomou conhecimento de que os Créditos poderiam presentemente ou no futuro ser objeto de litígios judiciais, com possibilidade de os resultados desses litígios serem adversos às pretensões do Banco B;
- no item 2, como resultado da Primeira Due Diligence, bem como da análise e avaliação dos Créditos, a controladora da Cessionária concluiu que o valor indicativo dos Créditos correspondia a 2,4695% do valor nominal atualizado (“Legal Balance”) de certos créditos listados no Anexo B da Carta de Intenção e 1,4166% dos demais;
- no item 3, prevê-se a realização de uma segunda due diligence (“Additional due diligence”) pela controladora da Cessionária, com a cooperação do Banco B, tendo por objetivo estabelecer o portfólio definitivo dos Créditos e os respectivos valores (“Final Portfolio”);
- no item 4, a controladora da Cessionária se declarou ciente de que o “Final Portfolio” seria composto de Créditos baixados do ativo e lançados na conta créditos compensados contra a provisão, no balanço do Banco B;
- no item 5, o Banco A conferiu à controladora da Cessionária uma opção irrevogável de compra dos Créditos por preço determinável de acordo com os critérios fixados na Carta de Intenção;
- no item 6, foram estipulados os critérios para a determinação do preço da cessão;
- no item 7 e em anexo (Exhibit A), foram estipuladas cláusulas e condições a serem incluídas nos Contratos de Cessão de Crédito, dentre os quais se destacam as seguintes:
 - nem o Banco A nem o Banco B serão obrigados a reembolsar a Cessionária por honorários ou outras perdas ou danos incorridos em consequência dos litígios referentes aos Créditos; e
 - a Cessionária deverá substituir o Banco A e o Banco B nos processos judiciais relativos aos Créditos e, no caso de não obter aprovação para a substituição, habilitar-se como assistente e reembolsar o Banco A e/ou o Banco B de todos os gastos que tiverem em decorrência dos litígios.

Nos Contratos de Cessão de Créditos, cumpre focalizar especialmente as disposições a seguir resumidas:

- os Créditos são cedidos, a partir da data de celebração dos Contratos, no estado em que se encontram, abrangendo os contratos, direitos, deveres, obrigações, garantias, interesses, causas de pedir, documentação etc., bem como os pagamentos e recebimentos a partir da data em que foi firmada a Carta de Intenção (a Cut-off Date);
- o Cedente garante a existência dos Créditos na data da celebração dos Contratos, ficando eximido de responsabilidade pela solvência dos devedores, não sendo, assim como o Banco A, considerado devedor ou coobrigado dos obrigados diretos pelos Créditos;
- o Cedente transfere à Cessionária todos os seus direitos, deveres, obrigações, titularidade e interesses nos Créditos;
- ; a documentação relativa aos Créditos, a ser entregue pelo Cedente à Cessionária, incluirá todos os documentos necessários à sua adequada administração, cobrança, execução e transferência; de acordo com a legislação brasileira, assegurando o Cedente que tal documentação é suficiente para a cobrança dos Créditos de acordo com seus termos;
- os Créditos estão registrados como vencidos e não liquidados de acordo com a legislação e regulamentação tributárias e bancárias e os princípios de contabilidade geralmente aceitos no Brasil;
- caso uma decisão judicial declare que um crédito não pode ser cobrado de acordo com a lei, ou reduza a taxa de juros pactuada, ou iniba a aplicação de juros compostos, o Cedente pagará à Cessionária os percentuais previstos na cláusula 4.2 sobre a diferença entre o valor declarado nos anexos aos Contratos e o valor que a decisão judicial declarar que pode ser cobrado;
- nem o Cedente nem o Banco A reembolsarão a Cessionária de quaisquer perdas e danos oriundos de litígios relativos aos Créditos, nem honorários advocatícios ou outras despesas e desembolsos que a Cessionária tiver em tais litígios;
- a Cessionária assumirá todas as ações judiciais de cobrança dos créditos já iniciadas pelo Cedente, assim como todas as ações presentes e futuras dos devedores contra o Cedente, relacionadas aos créditos;
- ; a Cessionária adotará as providências legais necessárias para substituir o Cedente como autor ou réu nas demandas relacionadas aos Créditos ou, se for o caso, para atuar como assistente em tais ações, ficando certo que a Cessionária responderá em face do Cedente pelos efeitos da sentença judicial e reembolsará o Cedente pelo que este for condenado a pagar, no caso de a substituição não se concretizar.

Identificadas as disposições contratuais, passe-se à análise da questão.

3. Cessão de crédito, cessão de posição contratual, cessão de crédito litigioso e promessa de liberação

Os arts. 286 e ss. do CC/2002 (LGL\2002\400) disciplinam a cessão de crédito como contrato bilateral mediante o qual o credor se faz substituir por um terceiro (o cessionário) na sua posição na relação obrigacional creditícia. Com efeito, a relação jurídica objeto da cessão encerra em cada polo um direito e uma obrigação; mediante o contrato de cessão de crédito, o direito de crédito constante da posição do credor na relação é destacado e transferido ao cessionário.²

O Código Civil de 1916 (LGL\1916\1) contemplava apenas a cessão de crédito e silenciava a respeito do negócio jurídico destinado a transferir a obrigação que o acompanha na mesma relação. Todavia, a transferência de posição devedora em uma relação contratual já era pacificamente admitida pela doutrina e a jurisprudência no direito anterior. O Código Civil (LGL\2002\400) de 2002 tornou expressa a



admissibilidade desse negócio, que denominou assunção de dívida, nos arts. 299 e ss.

Parafraseando a definição de cessão de crédito, é possível definir a cessão de dívida como o contrato bilateral, mediante o qual o devedor faz substituir-se por um terceiro (o cessionário) na sua posição na relação obrigacional que criou o crédito.

Como se disse, na cessão de crédito, apenas o crédito é objeto do negócio, permanecendo a obrigação no patrimônio do cedente. Por seu turno, na cessão de dívida, apenas a obrigação é transferida, permanecendo no patrimônio do cedente o crédito, se houver.

Evidentemente, se é possível a cessão apenas do crédito em um ato e da dívida em outro, possível também será a contratação, em um só ato, da cessão simultânea do conjunto de créditos e débitos originados de uma relação contratual. Temos então uma cessão de posição contratual, também chamada cessão de contrato.

Nas três hipóteses acima referidas, as cessões provocam alterações meramente subjetivas no contrato original. Por isso, na cessão de crédito, basta a notificação do devedor para que fique certo sobre a quem deve efetuar o pagamento e de quem receber quitação. Porém, na cessão de dívida, exige-se a anuência do credor, pois se reconhece o seu justo interesse em que o devedor original não seja substituído por um cessionário cuja idoneidade financeira não tenha sido por ele, credor, aprovada.

As necessidades do comércio jurídico trouxeram à luz uma variante da cessão de dívida de há muito consagrada pela doutrina: a promessa de liberação, negócio pelo qual um terceiro se obriga perante o devedor a saldar a dívida no vencimento, sem o substituir na relação creditícia.

Trata-se de negócio entre o promitente e o devedor, sem a participação do credor. Se o devedor permanece na relação creditícia, não se justifica a exigência de consentimento do credor, pois, sendo a promessa de liberação um ato *inter alios*, o credor dela não toma conhecimento e continua podendo exigir a prestação do devedor.

As noções sumariamente expostas nas linhas precedentes correspondem a figuras abstratas e hipotéticas, pelas quais o Direito modela os respectivos institutos. Os códigos e a doutrina trabalham com abstrações e hipóteses, assim concebendo as figuras jurídicas de que tratam. Todavia, ao celebrarem contratos, as partes podem acrescentar disposições atípicas que, a seu juízo, são requeridas pela realidade do caso concreto. Permite-se inclusive que as partes combinem aspectos de contratos típicos, praticando uma verdadeira *dépêchage*, para desenhar uma figura contratual específica, que consulte as suas intenções mútuas.

Este é o quadro em que se apresentam as figuras, necessariamente hipotéticas e abstratas, que o Direito previu e regulou. Entretanto, o deslinde das questões formuladas, relativas a um litígio potencial ou em ato, requer do jurista que, sem perder de vista as normas e os institutos aplicáveis, ingresse na realidade e na lógica do negócio em concreto sujeito a exame.

Nesse contexto, ao se examinar um contrato em concreto, não basta enquadrá-lo em uma forma típica prevista em lei e repetir as lições já conhecidas da doutrina e jurisprudência, para mais uma vez analisar a figura abstrata, e não mais que a figura abstrata. É necessário analisar também as cláusulas e condições, que as partes validamente acrescentaram ao modelo legal, para que se conheça por inteiro o negócio efetivamente contratado.

As cessões de créditos litigiosos ou potencialmente litigiosos,³ de uso corrente nas práticas empresariais de hoje,⁴ constituem sugestivos exemplos da necessidade de se acrescentar, ao modelo puro e simples de cessão de crédito, regras contratuais que equacionem responsabilidades surgidas de litígios já ajuizados ou em potencial, que cercam o crédito cedido. Isso é necessário porque os horizontes da disciplina legal da



cessão de crédito não vão além dos créditos não litigiosos. Nas cessões de crédito litigioso, a vontade das partes acrescenta ao negócio outras disposições, que respondem às suas peculiares preocupações pelos incidentes dos litígios.

A cessão de crédito litigioso distingue-se da cessão de posição contratual, pois aqui não se trata de transferência de posições credora e devedora em uma relação jurídica pertinente a um contrato bilateral, mas da criação de uma nova relação jurídica voltada à atribuição, entre as partes, dos riscos inerentes aos litígios que pendem sobre as relações obrigacionais geradoras dos créditos cedidos.

Vale ressaltar que as obrigações advindas dos riscos não são acessórias ao crédito cedido, até porque não se extinguem com a extinção deste e não se confundem com as obrigações geradas pela relação contratual que o gerou, estas sim disciplinadas pela cessão de dívida.

Dessa forma, emerge da realidade contratual específica uma cesta de créditos, que passaram à órbita do Banco A ao adquirir o controle do Banco B, créditos esses já baixados do ativo e lançados a provisão nas demonstrações financeiras do Banco B. Vários desses créditos são objeto de contestação em processos judiciais em curso, outros são sujeitos a controvérsias e potenciais litígios. Essa situação – a negociação de um restolho do patrimônio do Banco B, do qual o Banco A desejava livrar-se – não se enquadra nos modelos hipotéticos acima aludidos, razão pela qual as partes, ao celebrarem os Contratos de Cessão de Crédito, resolveram estipular sobre matéria não prevista naqueles modelos.

Sem dúvida, não se denega às partes em contrato de cessão de créditos pactuar sobre a responsabilidade do cessionário pelas obrigações emergentes das pugnas relativas aos créditos cedidos. Foi o que fizeram, legitimamente, no caso, as partes, ambas instituições financeiras, uma interessada em desvencilhar-se de uma cesta de créditos de má qualidade herdada no processo de privatização do Banco B; outra, aceitando os riscos da litigiosidade, em vista do ínfimo preço da cessão.

4. O enquadramento jurídico do negócio entabulado

Pelos Contratos de Cessão de Crédito, o Banco B, na qualidade de cedente, e a Cessionária, com a interveniência do Banco A, entabularam negócio jurídico complexo, composto por uma cessão de créditos de liquidação duvidosa e uma promessa de liberação de dívidas eventuais, figuras conhecidas da praxe civil e comercial.

A cessão de crédito, já se disse, consiste em negócio jurídico típico, regido pelos arts. 286 a 298 do CC/2002 (LGL\2002\400), mediante o qual o credor faz-se substituir por um terceiro (o cessionário) na sua posição na relação obrigacional que criou o crédito.

A circunstância de os créditos cedidos serem litigiosos, na acepção adotada neste parecer, não desnatura o instituto regulado nos arts. 286 a 298 do CC/2002 (LGL\2002\400), mas a peculiar natureza dos créditos objeto da cessão em foco impõe o exame do negócio jurídico celebrado entre Cedente e Cessionária sob a perspectiva do sistema aplicável aos contratos aleatórios, enunciado nos arts. 458 a 461 do CC/2002 (LGL\2002\400).

No dizer da doutrina, “a álea deve ser compreendida pela incerteza de ambos os contratantes, existente no momento da celebração do negócio, quanto ao lucro ou prejuízo, em termos de atribuição patrimonial, que dele decorrerá, a depender da verificação de evento incerto e incontrollável, embora previsto pelas partes”.⁵ No caso vertente, parece-nos inquestionável a presença desses elementos.

Com efeito, a causa determinante⁶ da realização da cessão dos Créditos, nos termos e condições em que pactuado no bojo de um negócio complexo, foi, precisamente, o caráter litigioso dos Créditos cedidos, vale dizer, o fato incontroverso de os Créditos – frise-se, os próprios Créditos – estarem expostos a riscos extraordinários. As partes

estavam perfeitamente cientes da natureza controvertida dos Créditos cedidos (ainda que a controvérsia não estivesse, em alguns casos, judicializada); mais do que isso, o que as motivou a celebrar os Contratos de Cessão de Créditos foi justamente tal característica, que determinou a fixação do preço pago pela cessão (e também pela eventual retrocessão) e as animou a pactuar diversas outras regras destinadas a regular as consequências advindas dessa peculiar natureza dos Créditos cedidos.

Nesse contexto, é relevante a análise dos arts. 295 e 460 do CC/2002 (LGL\2002\400).

O art. 295 do CC/2002 (LGL\2002\400) estabelece que “na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que se não responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo que lhe cedeu. A mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé”.

O art. 460, por outro lado, estatui que, “se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato”.

Não há nada no Código Civil (LGL\2002\400), na doutrina ou na jurisprudência que possa levar à conclusão de que a disciplina regedora dos contratos aleatórios seja incompatível com o negócio jurídico da cessão de créditos. Muito ao revés, a interpretação conjunta dos dispositivos acima transcritos dá-se de modo perfeitamente harmônico, revelando a possibilidade de se pactuar a cessão de créditos que, conquanto existentes “ao tempo em que” cedidos, “no dia do contrato”, possam deixar de existir ou deteriorar-se em momento posterior ao da cessão, em virtude da materialização do risco ao qual já estavam expostos quando da celebração do contrato e que foi conscientemente assumido pelo cessionário.

No caso vertente, se é verdade que Cedente e Cessionária optaram por estipular que a existência dos Créditos era garantida pelo Cedente, “ao tempo em que lho cedeu”, não é menos verdade que também estipularam que obrigações, deveres e pagamentos relativos aos Créditos cedidos não mais caberiam ao Cedente, após a data da celebração dos instrumentos de cessão, estipulando, ainda, a obrigação de a Cessionária “assumir (...) todas as ações presentes e futuras dos devedores contra o Cedente”.

Vale dizer, Cedente e Cessionária livremente acordaram que, apesar de o Cedente se responsabilizar pelo fato de os Créditos existirem “no dia do contrato” (nos termos do art. 460 do CC/2002 (LGL\2002\400)) – ou, nas exatas palavras do Contrato, “na data do presente” –, o risco de os Créditos deixarem de existir após a data fixada no respectivo instrumento translatício foi assumido pela Cessionária. Em uma palavra, valendo-se do conceito doutrinário de álea, as consequências patrimoniais da materialização do evento incerto e incontável previsto pelas partes foram contratualmente atribuídas à Cessionária.

Bem se vê que somente sob a ótica dos contratos aleatórios pode ser corretamente compreendida a garantia de existência de um crédito litigioso, como o de que ora se cuida, em linha com o entendimento da melhor doutrina.

Nesse passo, Caio Mário da Silva Pereira⁷ manifesta-se taxativamente pela aplicabilidade do regime dos contratos aleatórios à cessão de crédito:

“Quer no tocante à cessão onerosa, quer na gratuita, a responsabilidade do cedente pela veracidade do crédito pode ser objeto de convenções especiais. É válida a cláusula que o exime da responsabilidade pela realidade da dívida na cessão onerosa, ou daquela em que o assume na gratuita. É lícito, ainda, estipular que o cessionário assume os riscos da existência do crédito (contrato aleatório), e, neste caso, nada tem a repor o cedente, se dele nada vier a existir”.

A doutrina francesa, pela autorizada voz dos irmãos Mazeud,⁸ não discrepa desta visão:



“I. – Garantia e cessão de direitos aleatórios – O cedente deve, nos termos do art. 1.693 do Código Civil (LGL\2002\400), garantir ao cessionário a existência do crédito. É permitido ao cedente, contudo, apesar da regra supletiva prevista no art. 1.693, suprimir contratualmente tal garantia (...); mas é preciso, evidentemente, que as partes estejam de acordo e manifestem reciprocamente sua intenção. O mesmo se passa quando a cessão se refere a créditos litigiosos transacionados por profissionais no âmbito de aquisições especulativas; a cessão de créditos litigiosos é feita sem garantia da existência da dívida, mesmo na ausência de cláusula de inexistência de garantia. É fácil justificar, sob o ponto de vista jurídico, determinados precedentes jurisprudenciais justos e úteis, observando que as próprias circunstâncias sob as quais a cessão ocorreu são indicativas da vontade dos contratantes”.⁹

No mesmo sentido, confira-se a lição de Arnaldo Wald:¹⁰

“Salvo convenção em contrário que as partes manifestem desde logo o conhecimento do caráter litigioso do crédito, o cedente é responsável perante o cessionário pela existência real do crédito, o que abrange não apenas o fato de haver crédito como também o de ser o cedente titular dele, não tendo havido entre o cedente e o devedor compensação ou pagamento anteriormente à cessão”.

Washington de Barros Monteiro¹¹ afirma que “só desaparece a garantia legal [da existência do crédito cedido], quando o cessionário tem conhecimento dos riscos e perigos do crédito”, destacando precedente jurisprudencial do qual se colhe “a lição de Laurent (Principes de Droit Civil, 24, n. 538)”, segundo a qual “a garantia de direito desaparece quando o cessionário conhecia os riscos e perigos do crédito e assim mesmo o adquiriu (Laurent, obr. e vol. cit. n. 551); isto está conforme os princípios da ação de enriquecimento ilícito”.¹²

Entender de forma diversa, com efeito, importaria em enriquecimento sem causa da Cessionária, que ficaria livre do risco que assumiu quanto à perda dos Créditos, após ter pago um preço reduzidíssimo, mediante aplicação de expressivo deságio sobre o valor de face dos Créditos, exatamente em função desse mesmo risco de que posteriormente se pretendeu ver eximida, em transgressão ao sinalagma que condicionou a contratação originária.

Assentados esses conceitos, a improcedência, no caso, de se considerar que a posterior decretação de nulidade de um crédito transferido vulnera a garantia de sua existência pode ser compreendida também à luz da teoria dos atos jurídicos. Perceba-se: o art. 295 do CC/2002 (LGL\2002\400) estabelece a regra geral da garantia, pelo cedente, quanto à existência do crédito cedido. Ocorre que a deterioração de um crédito existente ao tempo da cessão ordinariamente dá-se em outros planos, como os da invalidade e da eficácia.

Conforme exposto por Antônio Junqueira de Azevedo,¹³ a nulidade de um negócio jurídico não o afeta no plano de sua existência:

“Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama ‘negócio inexistente’. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um tertium genus de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia ‘negócio existente – negócio inexistente’, de um lado, e a tricotomia

'negócio válido – negócio nulo – negócio anulável', de outro, estão em planos diferentes.

Da mesma forma, o negócio ineficaz em sentido restrito também não é, ao lado do nulo e do anulável, um tertium genus (ou quartum genus, para os que admitem também a inexistência). Ao negócio ineficaz se opõe o negócio eficaz.

Portanto, temos: no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito”.

Imagine-se que a circunstância peculiar de se estar diante de uma cessão de crédito litigioso não alterasse em nada a garantia do credor sobre a existência do crédito proclamada no art. 295 do CC/2002 (LGL\2002\400). Ainda assim, restaria preservada a conclusão pela ausência de violação do cedente à garantia de existência do crédito, porquanto este teria sido atingido no plano de validade ou eficácia.

Também por esse motivo, a garantia de existência do crédito litigioso ao tempo da cessão não poderia ser entendida como vulnerada pela cedente, caso sobrevenha a decretação de nulidade do crédito.

No caso ora submetido pela Consulente, precisamente à vista do caráter litigioso dos Créditos, e em respeito ao ânimo de contratar a transferência, pelo Cedente à Cessionária, das obrigações, responsabilidades e pagamentos relativos a esses mesmos Créditos, as partes optaram por pactuar, ao lado do instituto da cessão de crédito (temperado com a álea própria dos créditos litigiosos), uma figura contratual consagrada pela doutrina, que guarda parentesco próximo com a assunção de dívida: a promessa de liberação.

Segundo Orlando Gomes:¹⁴

“A promessa de liberação é o contrato pelo qual alguém se obriga para com o devedor a lhe pagar a dívida. Trata-se de negócio a que é inteiramente estranho o credor. Por ele, o promitente não se substitui ao devedor; apenas contrai com este a obrigação de cumprir a prestação, tanto que exigida. Não pode o credor dirigir-se a ele, nem toma conhecimento de sua promessa. O devedor continua obrigado, não se registrando, pois, qualquer transmissão de débito. O promitente não assume, com efeito, a dívida, quer isolada, quer cumulativamente, mas, tão-só, o cumprimento. É a figura que os italianos chamam *accollo*. A liberação prometida pode resultar de contrato oneroso ou gratuito. Cumpre-se quando o promitente salda a dívida. Se falta à promessa, responde ao devedor por inadimplemento de obrigação contratual”.

Pois foi exatamente isso o que se pactuou nos Contratos de Cessão de Crédito, nos quais a Cessionária, no âmbito de um negócio jurídico oneroso, prometeu ao Cedente liberá-lo das dívidas eventualmente decorrentes das relações de crédito que lhe foram transferidas, não exercendo as contrapartes das relações creditícias qualquer papel na avença, que, com relação a elas, é *res inter alios*.

Daí porque, ainda conforme Orlando Gomes, “ao credor é indiferente que cumpra, ou não, visto como a promessa em nada o afeta”.¹⁵

É copiosa a doutrina que identifica a promessa de liberação como figura que dispensa a anuência do credor, como se vê dos seguintes entendimentos:

Caio Mário da Silva Pereira:¹⁶

“O questionamento mais comum diz respeito ao que ocorre se o credor não dá o seu consentimento para essa cumulatividade subjetiva passiva. Na hipótese, há uma verdadeira assunção cumulativa de dívida ou se está diante de outro negócio jurídico? Se o credor expressamente consente com a cumulatividade, a obrigação se torna solidária, podendo o mesmo cobrar tudo de qualquer um dos devedores. A doutrina mais

recente nega a solidariedade neste caso, já que esta não se presume, entendendo que há uma relação de subsidiariedade. O credor, então, passa a dispor de mais um devedor, aumentando a sua garantia. Contudo, se não há assentimento do credor, surge um novo negócio jurídico, que vincula apenas os devedores entre si. Trata-se da Promessa de Liberação. Aqui, o terceiro que assume a obrigação ao lado do devedor primitivo ou em sua substituição se compromete perante este a liberá-lo daquela obrigação em face do credor. Este tipo de negócio é plenamente válido e eficaz. Os seus efeitos é que se resumem apenas ao compromisso de liberação do devedor primitivo em face do credor originário”.

Carlos Roberto Gonçalves:¹⁷

“A assunção de dívida tem afinidade com outras figuras jurídicas, das quais deve, no entanto, ser distinguida.

A maior semelhança observada é com a promessa de liberação do devedor, ou assunção de cumprimento, que se configura quando uma pessoa (promitente) se obriga perante o devedor a desonerá-lo da obrigação, efetuando a prestação em lugar dele. É o que sucede quando, por exemplo, o donatário se obriga perante o doador a pagar certas dívidas deste, ou o locatário se compromete a pagar certos tributos que a lei impõe ao locador.

A semelhança entre a assunção de dívida e a promessa de liberação está no ponto em que, em ambas as situações, uma pessoa se compromete a efetuar uma prestação devida por outrem. A diferença entre elas resulta, todavia, da circunstância de ‘a promessa de liberação ser efetuada perante o devedor, não tendo o credor nenhum direito de exigir o seu cumprimento, enquanto na assunção de dívida a obrigação é contraída perante o credor, que adquire o direito de exigir do assuntor a realização da prestação devida”.

Mário Júlio de Almeida Costa:¹⁸

“Alude-se, a propósito, a outras duas figuras que a doutrina costuma distinguir: a promessa de liberação e o contrato a favor do credor. Na simples promessa de liberação, também chamada assunção de cumprimento, a convenção produz, em princípio, apenas efeitos entre o devedor e o terceiro, é puramente interna: quer dizer, o terceiro promitente não fica devedor do credor, mas tão só obrigado para com o devedor a pagar a dívida desta. Pelo contrário, concluindo-se que as partes celebraram um contrato em benefício do credor, configurado como contrato a favor de terceiro (cfr., supra, p. 315 e ss.), já o credor adquirirá um direito contra o promitente, podendo exigir-lhe o cumprimento”.

Passemos agora à análise dos contratos à luz dos conceitos acima delineados.

5. Análise dos contratos

Já se viu que, na gênese do negócio jurídico entabulado entre Banco B e Cessionária, estava a identificação de uma carteira de recebíveis de recuperação improvável, originalmente de titularidade do Banco B. Tratava-se de créditos oriundos de mais de 45.000 contratos, cujos valores de face somavam cerca de R\$ 2.500.000,00.

Em carteira dessa natureza, pesam sobre a condição de credor múltiplos custos e riscos. De fato, a prática mostra que são elevadas as despesas incorridas nos procedimentos judiciais e extrajudiciais na tentativa de recuperação dos créditos. A isso se acrescem os riscos decorrentes de demandas deflagradas pelos devedores, que reagem não apenas defensivamente à cobrança judicial dos débitos, mas também, por vezes, formulando pretensões contra o credor fundadas nas mesmas relações contratuais originadoras dos créditos. Em situações tais pode ocorrer até mesmo a reversão do saldo, passando o detentor do crédito à condição de devedor da contraparte.

Tais inconvenientes, contrastados com a baixa expectativa de recebimento dos valores devidos, ensejaram a formação de um mercado especializado em aquisição de direitos creditórios, no qual figuram, de um lado, credores a quem é desinteressante o alto investimento na recuperação de créditos com essas características e, de outro lado, investidores que têm por expertise exatamente a gestão de procedimentos judiciais e extrajudiciais em face de devedores duvidosos.

Conforme o perfil da carteira e de cada parte envolvida, o negócio pode apresentar condições e nuances as mais diversas. Dependendo da disposição de cada investidor para assumir riscos, pode ser negociada a transmissão de menos ou mais ônus pertinentes à posição de credor, v.g. com ou sem o compromisso do cedente pela solvência dos devedores, com ou sem a transferência dos custos relacionados à recuperação de créditos etc. Em contrapartida ao maior ou menor grau de riscos e ônus transmitidos, o preço pago pela carteira de recebíveis varia para menos ou para mais. Noutras palavras, o grau de riscos transferidos oscila de modo proporcional ao deságio aplicado sobre o valor de face dos créditos, na formação do preço da cessão.

As cláusulas dos Contratos, interpretadas em seu conjunto, denotam que as partes ajustaram um negócio oneroso, com a seguinte finalidade: transmitir à Cessionária uma carteira de recebíveis com todos os seus bônus e vantagens, mas também com riscos e ônus inerentes à posição de credor, posição essa ocupada, originalmente, pelo Banco B.

Ou seja, um negócio jurídico complexo, que mescla institutos típicos e cláusulas atípicas, para muito além de simples cessão de crédito, como se extrai de várias disposições, que preveem o deslocamento, do Cedente para a Cessionária, não só do dinheiro arrecadado com os procedimentos de recuperação dos créditos, como também da responsabilidade pelo pagamento de verbas incorridas como decorrência de litígios com os respectivos devedores.

Com efeito, o racional dos Contratos era transmitir apenas a repercussão econômica das relações creditícias, com seus ônus e bônus. Portanto, a Cessionária passou a ser titular do direito de receber valores recuperados e assumiu a responsabilidade pelos riscos inerentes à posição de credora, como, por exemplo, condenações oriundas de litígios deflagrados por devedores.

E quanto à aquiescência das contrapartes, por que ela era desnecessária? Porque não se excluía o Cedente das posições devedoras decorrentes dos litígios (salvo nos casos em que a substituição processual fosse anuída pelo devedor): a Cessionária comprometeu-se com o Cedente para, inter alios, mantê-lo indene de custos, ônus e condenações originados do relacionamento com os devedores dos créditos cedidos. Em outras palavras: a promessa de liberação da obrigação de arcar com tais custos, ônus e condenações. Aliás, se assim não fosse, o negócio seria inviável, tendo em vista a evidente impossibilidade de se obter a anuência dos credores em 46.442 relações contratuais.

Daí o entendimento de que o caso envolve negócio formatado mediante a conjugação da figura típica da cessão de crédito com outras cláusulas atípicas, entre elas a promessa de liberação.

Retome-se, então, o detalhamento dos Contratos, como evidência das razões determinantes de contratar e da lógica negocial que animou as partes.

A vontade de, juntamente com os créditos, transferir riscos/responsabilidades e regular as consequências de tais transferências traduziu-se no estabelecimento de cláusulas que transcenderam sobremaneira a mera cessão de créditos. Não se limitaram as partes a dispor a respeito dos riscos de solvência dos devedores. Não se adstringiram a tratar de eventual invalidação dos negócios de base dos quais os créditos foram destacados.

Os Contratos claramente regularam as consequências da consumação de outros riscos.

Pactuaram-se o instituto da retrocessão e os casos e condições em que ela se daria. Impôs-se à Cessionária a responsabilidade por substituir o Cedente em processos judiciais travados contra os devedores, inclusive naqueles em que o Banco seria réu. Se e quando não lograsse implementar a substituição, deveria atuar nas causas como assistente do Cedente. Em qualquer hipótese, responsabilizou-se a Cessionária por suportar as condenações eventualmente deferidas às contrapartes em tais litígios, promovendo os depósitos das quantias delas decorrentes ou o respectivo reembolso ao Banco A, conforme o caso.

Vejamos, então, as cláusulas relevantes à compreensão do negócio, já descritas neste parecer.

De início, destacam-se as cláusulas 1.2 e 2.1, que contemplam a transmissão, de Banco B para Cessionária, de créditos e ainda “contratos”, “deveres”, “obrigações” e “causas de pedir”. Em linha com tais disposições, e para regular as suas consequências, a cláusula IX, intitulada “Substituição Processual”, estabelece o dever de a Cessionária adotar as providências pertinentes ao seu ingresso nas ações judiciais de cobrança dos créditos, assim como em “todas as ações presentes e futuras dos devedores contra o cedente e relacionadas aos Créditos” (em substituição como parte ou, subsidiariamente, como assistente do Cedente).

Induvidosamente, tais cláusulas evidenciam, de per se, que o negócio é mais abrangente que mera cessão de crédito, importando, também, na assunção de deveres e obrigações pela Cessionária.

Na cláusula IV, as Partes cuidaram de estabelecer uma série de declarações e garantias a respeito de cada crédito, cada uma delas “verdadeira e correta na data do presente e na data de transferência da documentação relativa aos Créditos prevista na Cláusula VI” (cláusula 4.1 dos Contratos, grifou-se).

Nesse sentido, entre outras previsões, pactuou-se que “o Cedente responde pela existência dos Créditos, mas não por sua liquidação ou pela suficiência ou subsistência das respectivas garantias. O Cedente e o [Banco A] em nenhuma circunstância: (i) serão responsáveis pela solvência de qualquer dos devedores dos Créditos; (ii) serão considerados devedores ou coobrigados dos obrigados diretos dos Créditos; e (iii) exceto pelas declarações e garantias prestadas neste contrato, terão quaisquer responsabilidades relativas aos Créditos que não as previstas no art. 1.073 do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro” (cláusula 4.1, a).

A leitura conjunta da cláusula 4.1 com o disposto em seu subitem a mostra que, com relação especificamente aos créditos (aqui, não se trata de deveres e obrigações pelos quais a Cessionária se responsabilizou), foi prestada garantia de sua existência, porém de forma marcada no tempo. Assegurou-se que os créditos existiam na data de assinatura dos Contratos e na data de transferência da documentação relativa aos Créditos prevista na Cláusula VI.

E, como se viu no capítulo anterior, a responsabilidade pela existência do crédito ao tempo da transferência há de ser apreendida no contexto aplicável à cessão de créditos litigiosos, com sua inafastável característica aleatória.

Logo, apenas riscos consumados antes da celebração dos Contratos dão ensejo à designada retrocessão dos créditos, nos termos da cláusula 4.2 e seus respectivos subitens.

Limitadas à data da celebração dos negócios transláticos, as garantias não são violadas pela materialização posterior dos riscos judiciais inerentes aos créditos, até porque tais riscos foram, ou deveriam ter sido, avaliados antes da consumação do negócio mediante duas diligências realizadas pela Cessionária.

Daí a importância da data do trânsito em julgado de eventual decisão judicial que



determine a perda do crédito, para se concluir sobre a responsabilidade do Cedente. O trânsito em julgado representa a consumação do risco judicial inerente aos Créditos. Logo, apenas créditos extintos por decisão transitada em julgado antes dos Contratos ensejam retrocessão. A perda judicial dos créditos em momento posterior constitui álea assumida pela Cessionária.

Cumpra, todavia, ressaltar que, como expressamente cuida a disposição dos Contratos em exame, haverá retrocessão sempre que o crédito cedido decorrer de fraude praticada com o uso de documentos de terceiros, assinaturas falsas etc., porque, nesses casos, a relação de base de que os créditos seriam destacados jamais foi verdadeiramente estabelecida com os devedores.

Embora o preço contratual tenha sido estabelecido de modo global para toda a carteira de créditos, deveres e obrigações cedidos (cláusula I), a disciplina da retrocessão delinea a metodologia de individualização do valor de cada crédito para efeitos de restituição no caso de retrocessão. Conforme a cláusula 4.2, os créditos foram divididos em três grupos. O percentual de deságio aplicado sobre o valor de face dos créditos para a formação do preço varia de grupo para grupo. Assim é que, em caso de retrocessão de:

- i) crédito listado no "grupo I do Anexo I", o Cedente deveria pagar à Cessionária valor correspondente a 4,302% sobre o valor de face, mais encargos;
- ii) crédito listado no "grupo II do Anexo I", caberia ao Cedente pagar valor correspondente a 0,00% sobre o valor de face; e
- iii) crédito listado no "Anexo II", incumbiria ao Cedente pagar valor correspondente a 1,4166% sobre o valor de face, mais encargos.

A confirmar que tais percentuais sobre o valor de face representam a individualização do valor de cada crédito cedido, a cláusula 4.2.3 esclarece que a verificação da hipótese dessa cláusula (isto é, a retrocessão) implica "devolver à cessionária o valor integral pago pelo Crédito". Ou seja, é possível a identificação do valor contratualmente atribuído a cada crédito, na formação do valor total pago pela aquisição da carteira (com todos os seus bônus, ônus e riscos).

Quando implementada, a retrocessão repõe as partes, parcialmente, ao status quo ante. O Cedente restitui à Cessionária a parcela do preço correspondente ao que esta pagou pelo crédito respectivo; a Cessionária devolve ao Cedente o crédito em questão. Trata-se, portanto, de desfazimento parcial do negócio jurídico em que se consubstanciam os Contratos, pois não atinge a integralidade dos Contratos firmados entre as partes, preservando o negócio quanto ao restante da carteira que não foi objeto de retrocessão.

A disciplina da retrocessão traz elemento fundamental para a compreensão do que pactuaram as partes nos Contratos. Ao permitir a individualização do valor de cada crédito, os Contratos precificaram os riscos assumidos, sendo relevante observar que, para certo grupo de créditos, no âmbito de negócio jurídico oneroso, o valor contratualmente atribuído foi zero (cf. cláusula 4.2, item ii).

A prevalecer a tese da Cessionária de que as obrigações e os deveres por ela assumidos se limitam àqueles pertinentes à manutenção e execução dos créditos, concluir-se-á que o preço global não abrange o referido grupo de créditos. Ou seja, nesta parte, os Contratos seriam gratuitos, incompatíveis com a lógica e a natureza do negócio jurídico em questão e com o perfil das partes envolvidas, integrantes de conglomerados financeiros que não têm por finalidade a prática de liberalidades.

Se a Cessionária, ao assumir o crédito, tem o potencial de recuperar algo entre zero e o valor de face do crédito, ceder por zero significa que ela nada teria assumido de risco.

E nem se argumente que as despesas e contingências relacionadas à cobrança (honorários advocatícios, condenação em sucumbência etc.) importariam em onerosidade do negócio. Trata-se de encargos ínsitos ao titular do bem. Por exemplo: em caso de comodato de imóvel, a assunção, pelo comodatário, de despesas e contingências pertinentes à manutenção e ao uso da coisa não desnaturam o contrato como negócio gratuito. Se o comodatário lesar outro condômino e tiver de assumir os efeitos de condenação imposta ao comodante, nem por isso se estará diante de negócio oneroso.

Além de tornar o negócio gratuito, a supressão do preço retira em sua prática totalidade da álea ínsita ao negócio (ao menos no que toca aos créditos do mencionado grupo), o que não se coaduna com o que concretamente se pactuou. Como compatibilizar a alegação de que o único risco (que foi determinante para a fixação do preço) seria a solvência do devedor, se nada foi pago pelo crédito cedido? Risco haveria se algo fosse pago e nenhuma parte do crédito fosse recuperada.

A nosso ver, os Contratos somente terão preservada sua lógica se a transmissão de “contratos, obrigações e deveres”, explicitamente prevista, implicar a assunção, pela Cessionária, de todas as dívidas que possam ser impostas ao cedente no âmbito de demanda que tenha por causa de pedir o contrato de onde se origina o crédito cedido. Do contrário, esvai-se a álea e desnatura-se a onerosidade do negócio.

A fixação de preço fechado para a totalidade da carteira de créditos não afasta o ilogismo da não onerosidade. Afinal, o instituto da retrocessão evidencia a potencial divisibilidade do negócio, podendo resultar em seu desfazimento, v.g., com relação a todos os créditos para os quais foi ajustado preço superior a zero. A simples possibilidade de identificação dos negócios com preço zero é o quanto basta para comprovar que, sem outra contraprestação, o negócio seria gratuito no particular.

A outra contraprestação, no caso, é a já mencionada promessa de liberação: o compromisso da Cessionária de responsabilizar-se pelos deveres e obrigações conexos aos Créditos, entre os quais aqueles originados de litígios movidos por devedores.

Essa nos parece a interpretação razoável dos Contratos, à luz da causa determinante da sua celebração, qual seja, a litigiosidade dos Créditos, como forma de impedir a caracterização de parte do negócio como gratuita, além de refletir o comportamento das partes desde a assinatura, diante de situações assemelhadas (venire, supressio etc.), inclusive à luz do que estatui o art. 131 do Código Comercial,¹⁹ que, vigente à época da celebração dos Contratos, contém regra hermenêutica de necessária observância.

Nesse passo, dê-se a palavra a Arnaldo Wald:²⁰

“Devido à sua amplitude, entendia-se a aplicação analógica das regras do Código Comercial aos contratos de direito civil com base no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400).

O novo Código Civil (LGL\2002\400), além de estabelecer a busca da intenção das partes (art. 112) e a interpretação conforme a boa-fé e os usos e costumes (art. 113) e determinar que os negócios jurídicos benéficos (unilaterais, na denominação do Código Civil de 1916 (LGL\1916\1)) e a renúncia devem ser interpretados restritivamente (art. 114), acrescentou dois princípios que devem ser considerados pelo intérprete: (a) função social do contrato e (b) princípio da boa-fé objetiva.

O fim econômico, ou seja, a causa do contrato, que se revela pelo estudo das circunstâncias especiais em que foi realizado, correspondendo à *occasio legis* na interpretação da lei, é fato de grande importância na determinação do sentido das manifestações de vontade das partes”.

6. Respostas aos quesitos

À vista do que se expôs nas linhas precedentes e das conclusões ali formadas, passamos a responder sucintamente aos quesitos formulados pela Consulente.

1. Quais são as diferenças de regime entre (i) a cessão de créditos comutativa, (ii) a cessão de créditos litigiosos e (iii) a cessão de posição contratual?

A cessão de créditos dita comutativa é a praticada na generalidade dos casos, tendo por objeto créditos razoavelmente tidos como normalmente recuperáveis. No mercado financeiro, as cessões de crédito comutativas levam em conta índices médios de inadimplência observados nos segmentos de onde os créditos cedidos são oriundos. É qualificada como comutativa porque o sinalagma se perfaz por prestações de valores equitativos, traduzindo a percepção do cedente e do cessionário de que o risco envolvido na liquidação do crédito transferido é ordinário.

A cessão de créditos litigiosos, tal como contratada no caso, resulta da adaptação do modelo dos arts. 286 a 298 do CC/2002 (LGL\2002\400) à realidade concreta que os Contratos visam a disciplinar, cuja adequada compreensão somente pode se dar à luz do regime aplicável aos contratos aleatórios, enunciado nos arts. 458 a 461 do CC/2002 (LGL\2002\400). Faz-se essa adaptação por meio da adição de disposições atípicas ou a supressão ou modificação de normas supletivas do modelo legal, com o objetivo de distribuir entre as partes os riscos, ônus e responsabilidades advindos da litigiosidade dos Créditos cedidos, que trazem em si um risco extraordinário de liquidação, acompanhado de potenciais passivos. A previsão de cláusulas estabelecendo a promessa de liberação do Cedente quanto a dívidas eventualmente decorrentes das relações de crédito transferidas constitui exemplo de disposição atípica destinada a atingir tal finalidade.

A cessão de posição contratual, por seu turno, consiste na transferência das posições credora e devedora do cedente em uma relação jurídica pertinente a um contrato bilateral. Na cessão de posição contratual, não se dá a inauguração de nova relação com condições objetivas diferentes, mas, sim, a novação subjetiva de uma relação anterior, com substituição de um dos seus polos. No entender dos signatários, no caso em exame, não se configurou propriamente uma cessão de posição contratual, pois não foram objeto do negócio as obrigações que constituíram originariamente as contrapartidas dos Créditos cedidos. Essas obrigações originárias não se confundem com aquelas eventualmente decorrentes da materialização dos riscos judiciais a que os Créditos estavam sujeitos (condenações judiciais posteriores à transferência dos Créditos).

2. De acordo com os Contratos, as partes acordaram em submeter a transmissão das posições jurídicas que negociaram ao regime natural das cessões de créditos litigiosos? Os Contratos celebrados entre Banco B e Cessionária qualificam-se como cessões de créditos litigiosos?

Os Contratos consistem em negócio jurídico complexo, composto por uma cessão de créditos de liquidação duvidosa e uma promessa de liberação de dívidas eventuais, figuras conhecidas da praxe civil e comercial, conquanto sem tipificação no Código Civil (LGL\2002\400).

As partes estavam perfeitamente cientes da natureza controvertida dos Créditos cedidos, a qual, em relação a alguns, já provocara a instauração de litígios e, no que toca a outros, tornava latente uma situação litigiosa. Mais do que isso, o que as motivou a celebrar os Contratos de Cessão de Créditos foi justamente tal característica, que determinou a fixação do preço pago pela cessão (e também pela eventual retrocessão) e as animou a pactuar diversas outras regras destinadas a regular as consequências advindas dessa peculiar natureza dos Créditos cedidos, inclusive as regedoras da promessa de liberação do Banco B quanto à consumação de riscos que acompanham a posição de credor nos direitos cedidos.

Convém salientar que os Créditos cedidos pelos Contratos são vulgarmente designados

pelo mercado de “créditos podres”. A expressão “créditos litigiosos” vale-se do sentido geral do termo “litigioso”, de âmbito mais amplo do que o adotado pelo art. 42 c/c o art. 219, ambos do CPC (LGL\1973\5). Na lei adjetiva, a expressão “coisa litigiosa” se restringe àquelas que se tornaram objeto de um litígio, instaurado pela citação do réu. No caso vertente, porém, é lícito atribuir-se um sentido mais amplo à expressão, abrangendo não apenas os créditos objeto de litígios instaurados, como aqueles atingidos por inadimplência não curada no mais largo razoável período. As partes transferiram os riscos relacionados aos questionamentos judiciais presentes ou futuros, indistintamente.

3. A Cessionária é obrigada a (i) suceder o Banco A nos processos relacionados aos créditos e (ii) suportar eventuais efeitos adversos das decisões finais transitadas em julgado depois da celebração dos Contratos? Esses efeitos adversos que a Cessionária está obrigada a suportar limitam-se a custas processuais e honorários advocatícios?

A Cessionária expressamente obrigou-se a suceder o Banco A nos processos relacionados aos Créditos, quer nos feitos em que o Banco A fosse autor, quer naqueles onde fosse réu.

Nos casos em que não fosse possível implementar a sucessão nos polos ativo ou passivo dos processos (conforme o caso), deveria a Cessionária adotar as medidas pertinentes a assegurar resultado prático equivalente, entre elas ingressar nos autos como assistente do Banco A e arcar com as condenações que a este viessem a ser impostas. É o que se vê das cláusulas 9.1 e 9.2 dos Contratos.

Os efeitos adversos das demandas, que a Cessionária obrigou-se a suportar, não se limitam a custas processuais e honorários advocatícios. Como detalhado nos capítulos anteriores deste parecer, o racional dos Contratos – refletido em suas cláusulas, em sua causa determinante e em sua lógica negocial – evidencia que tais efeitos adversos abrangem toda e qualquer condenação imposta ao Banco A em processos que sejam relacionados aos Créditos, tendo como causa de pedir as relações contratuais de que os Créditos se originam, e nos quais a Cessionária esteja obrigada a ingressar, em substituição ao Banco A ou, subsidiariamente, como seu assistente.

A propósito, os termos da cláusula 4.3 dos Contratos não permitem concluir de forma diversa:

“4.3 Sem limitar ou restringir a validade da indenização prevista na Cláusula XV, nem o Cedente, nem o [Banco A] reembolsarão à Cessionária quaisquer perdas e danos oriundos de litígios relativos aos Créditos, nem honorários advocatícios ou outras despesas e desembolsos que a Cessionária tiver em tais litígios”.

Com efeito, a conjunção “nem”, de natureza aditiva (destacada na transcrição acima), denota que cabe à cessionária arcar com (i) “quaisquer perdas e danos oriundos de litígios relativos aos Créditos” e (ii) “honorários advocatícios ou outras despesas e desembolsos que a Cessionário tiver em tais litígios”.

Se os efeitos adversos que a Cessionária obrigou-se a suportar se limitassem a honorários e custas, a referência a perdas e danos (sobretudo com a utilização da conjunção aditiva) seria vazia de sentido.

4. De acordo com os Contratos, os riscos judiciais relacionados aos créditos cedidos foram transferidos à Cessionária? Os riscos judiciais transferidos à Cessionária compreendem as possibilidades de (i) redução ou (ii) perda dos créditos em juízo?

Sim, os riscos judiciais relacionados aos Créditos cedidos foram transferidos à Cessionária, como parte integrante da economia dos Contratos. As cláusulas 9.1 e 9.2 deixam clara a transferência de tais riscos.

Trata-se de corolário do que as partes pactuaram nas cláusulas 1.2 e 2.1 dos Contratos,

no sentido de transmitir não apenas os Créditos, mas também “todos os Contratos, direitos, deveres, obrigações, garantias, interesses, causas de pedir, documentação relativa aos Créditos, títulos de crédito”, tornando-se a Cessionária “a única e legítima titular dos Créditos e dos Contratos ora cedidos e suas garantias, causas de pedir, documentação a eles relativa, interesses, títulos de crédito, deveres, obrigações” (destacamos).

Justo por isso, ao disciplinarem as hipóteses e condições de retrocessão de créditos nas cláusulas 4.1 e 4.2, e respectivos subitens, as partes zelaram por esclarecer, na cláusula 4.3 imediatamente subsequente, que “nem o Cedente, nem o Banco A reembolsarão à Cessionária quaisquer perdas e danos oriundos de litígios relativos aos Créditos, nem honorários advocatícios ou outras despesas e desembolsos que a Cessionária tiver em tais litígios”.

5. Em particular, os riscos judiciais transferidos à Cessionária compreendem eventual reversão de saldo operada em juízo como consequência de ações judiciais propostas pelos devedores dos créditos cedidos?

Sim, os riscos judiciais transferidos à Cessionária compreendem eventual reversão de saldo operada em juízo como consequência de ações judiciais propostas pelos devedores dos Créditos.

A apuração judicial de saldo favorável à contraparte do direito creditório importa em condenação da Cessionária (ou do Cedente, se não tiver havido a substituição processual na forma das cláusulas 9.1 e 9.2), o que, nos termos da cláusula 4.3, representa risco assumido pela Cessionária, sem que lhes assista pretensão de indenidade em face do Cedente – competindo-lhes, ao revés, a responsabilidade de mantê-lo indene.

De se ressaltar que não há nada na letra dos Contratos que autorize concluir que a recompra de um crédito implica a assunção de obrigações relativas à reversão de saldo determinada na ação em que se o controverteu. Cabe também observar que a exclusão da responsabilidade do Cedente por condenações decorrentes de reversões de saldos é consequência lógica da natureza do negócio em exame, cujo objeto foi a cessão de uma universalidade de distressed credits adquiridos no bojo da privatização do Banco B.

6. De acordo com os Contratos, o Cedente está obrigado a indenizar eventuais danos que a Cessionária sofra como consequência dos processos judiciais relacionados aos créditos cedidos?

Não, de acordo com os Contratos (cf. cláusulas 1.2, 2.1, 9.1 e, em especial, 9.2 e 4.3), o Cedente não está obrigado a indenizar eventuais danos que a Cessionária sofra como consequência dos processos judiciais relacionados aos créditos cedidos, conforme demonstrado nas respostas aos quesitos acima.

7. Caso não consiga suceder o Cedente nos processos em que figura como demandado, a Cessionária está obrigada, ainda assim, a suportar eventuais efeitos adversos de decisões finais posteriores aos Contratos? Esses efeitos adversos que a Cessionária está obrigada a suportar limitam-se a custas processuais e honorários advocatícios?

Sim, caso não consigam suceder o Cedente nos processos em que figura como demandado, a Cessionária está obrigada, ainda assim, a suportar eventuais efeitos adversos de decisões finais posteriores aos Contratos.

A cláusula 9.2 é clara ao estabelecer o procedimento para o caso de não se obter a sucessão processual: a Cessionária deve ingressar no feito como assistente do Cedente, “ficando esclarecido que, para os fins deste contrato, a Cessionária responderá em face do Cedente pelos efeitos da sentença judicial” (letra a dessa cláusula).

A letra b da cláusula 9.2 não limita a responsabilidade da Cessionária tal como prevista no caput: apenas determina que, se o condenado for o Cedente, por não ter sido obtida

a sua substituição processual pela Cessionária, esta reembolsará imediatamente o valor que o Cedente teve de pagar relativo a custas, multas e honorários. Evidentemente, isso não exclui a responsabilidade da Cessionária pelo reembolso da verba principal da condenação.

8. Nos termos dos Contratos de Cessão, o Cedente poderia ser considerado devedor de seus clientes (item 4.1.a)? Como se interpreta a cláusula 4 dos Contratos em conjunção com as demais?

A cláusula 4.1, que enuncia a prestação de "declarações e garantias com relação a cada Crédito (...) na data do presente" (grifamos), contém subitem (a), no qual o Cedente assume a responsabilidade pela existência dos Créditos, mas não por sua liquidação ou pela suficiência ou subsistência das garantias, com ressalva explícita de que Banco A e Banco B "em nenhuma circunstância: (i) serão responsáveis pela solvência de qualquer dos devedores dos Créditos; (ii) serão considerados devedores ou coobrigados dos obrigados diretos dos Créditos; e (iii) exceto pelas declarações e garantias prestadas neste contrato, terão quaisquer responsabilidades relativas aos Créditos que não as previstas no art. 1.073 do Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro".

Tal dispositivo importa em que o Cedente não tenha qualquer responsabilidade pelo pagamento dos direitos creditórios cedidos, cabendo-lhe responder unicamente pela existência dos Créditos na data da celebração dos Contratos, como expressamente ressalva o caput da cláusula 4. Portanto, o Cedente não poderia ser considerado devedor dos clientes cujos créditos foram cedidos.

Interpretada a cláusula 4 sistematicamente com as demais disposições contratuais, e à luz das considerações antes desenvolvidas, extraem-se as seguintes conclusões:

(a) O Cedente responde pela existência (mas não pela validade ou eficácia) dos Créditos na data da celebração dos Contratos.

(b) O Cedente não é responsável pela solvência dos devedores dos Créditos, nem pode ser considerado responsável por créditos eventualmente reclamados por eles ao serem os Créditos cobrados.

(c) A Cessionária obrigou-se a suceder processualmente o Cedente nos litígios relacionados aos Créditos, devendo ingressar nos autos na qualidade de assistente, quando a substituição processual não fosse deferida.

(d) É reconhecida a possibilidade de o titular dos direitos creditórios cedidos vir a sofrer condenações favoráveis aos respectivos devedores, nos litígios relacionados aos Créditos.

(e) As partes pactuaram que os efeitos adversos de condenações favoráveis aos devedores dos direitos creditórios, nos litígios relacionados aos Créditos, devem ser suportados pela Cessionária, que se obrigou a manter o Cedente indene de tais condenações e a promover-lhe o respectivo reembolso.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 11 de outubro de 2013

1 O tema do objeto da cessão de crédito em foco será tratado adiante, mas convém notar, desde logo, que a definição de distressed sale dada pelo Black's Law Dictionary explica o emprego do termo distressed pelas partes da Carta de Intenção: "a form of liquidation sale (e.g., 'going out of business sale') in which the seller receives less for his goods than he would under normal selling conditions" Black's Law Dictionary. West Publishing Co. 6.th ed., p. 475.



2 O crédito é direito subjetivo patrimonial, considerado bem móvel pelo art. 83, III, do Código Civil (LGL\2002\400), podendo, portanto, ser objeto de alienação.

3 Neste parecer adotamos o eufemismo dos ilustres advogados da Consulente, que preferem a expressão “créditos litigiosos” à vulgar alcunha de “créditos podres” (ou rotten credits) empregada no dia a dia do mercado. A expressão “créditos litigiosos”, que a Consulente em um de seus arrazoados esclarece abranger também os créditos potencialmente litigiosos, vale-se do sentido geral do termo “litigioso”, de âmbito mais amplo do que o adotado pelo art. 42 c/c o art. 219, ambos do CPC (LGL\1973\5). Na lei adjetiva, a expressão “coisa litigiosa” se restringe àquelas que se tornaram objeto de um litígio, instaurado pela citação do réu. Aqui, em se tratando de Direito Bancário, permite-se atribuir um sentido mais amplo à expressão, abrangendo não apenas os créditos objeto de litígios instaurados, como aqueles atingidos por inadimplência não curada no mais largo razoável período. Nesse sentido, a expressão se aproxima do sentido contábil de créditos duvidosos.

4 Embora relativamente nova no Brasil, a venda de créditos em atraso tem sido praticada pelas instituições financeiras brasileiras. Já ganham relevo no mercado empresas e fundos de investimento que se dedicam a comprar, com grande deságio, carteiras de créditos problemáticos. Dispondo de equipes especializadas, dinamizam a cobrança e auferem o lucro com a recuperação total ou parcial dos créditos. Recentemente, noticiou-se que o BNDES estava estudando colocar em licitação uma carteira de cerca de R\$ 37 bilhões de créditos vencidos e não pagos.

5 BANDEIRA, Paula Greco. Contratos aleatórios no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 25.

6 Lembrando a lição de Pietro Perlingieri, a causa do contrato “constitui o fundamento justificativo da relevância e da tutela jurídica do contrato e, ainda, o seu critério de interpretação e qualificação” (apud BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 26 – destacamos).

7 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Volume II: Teoria geral das obrigações. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 363.

8 MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. Leçons de Droit Civil: Obligations – Théorie Générale. Tome II/ Premier Volume. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. p. 1306.

9 No original: “I. – Garantie et cession de droits aléatoires. Le cédant doit, aux termes de l’article 1693 C. Civ., garantir au cessionnaire l’existence de la créance. Cependant il est possible au cédant, écartant la règle supplétive de l’article 1693, de supprimer par convention cette garantie (...); mais il faut évidemment que les parties soient d’accord et manifestent l’une et l’autre leur intention. En est-il de même lorsque la cession porte sur des créances litigieuses dont les professionnels se livrant à ces acquisitions spéculatives, a posé en principe que la cession des créances litigieuses est faite sans garantie de l’existence de la créance, même en l’absence de clause de non-garantie. Il est facile de justifier en droit cette jurisprudence équitable et utile, en remarquant que les circonstances mêmes dans lesquelles est intervenue une telle cession sont révélatrices de la volonté des contractants”.

10 WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 180 (destaque nosso). No mesmo passo, CARVALHO SANTOS, J. M de. Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro interpretado – Direito das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951. vol. 15. p. 422-423, verbis: “A hipótese prevista é completamente diversa das dos artigos anteriores. Nestes, o contrato aleatório dizia respeito a coisas futuras, enquanto que no artigo supra, o Código prevê a hipótese dos



contratos aleatórios que dizem respeito a coisas existentes expostas a risco, isto é, sujeitas a possíveis deteriorizações ou perdas. O código admite, como se percebe desde logo, a validade do contrato, ainda que a coisa não existisse no momento em que foi celebrado. A razão é óbvia: precisamente porque o adquirente, conhecendo o risco, o assumiu”.

11 BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil. Direito das obrigações. 1.^a parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 382.

12 Revista Forense 83/524.

13 JUNQUEIRA de AZEVEDO, Antônio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.

14 GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 258-259.

15 Idem.

16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 375.

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2. p. 214-215.

18 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005. nota 1 da p. 771.

19 “Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1- a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - O fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - O uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

20 WALD, Arnoldo. Op. cit., p. 222.