

# Da cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial: análise da jurisprudência

*Manoel de Queiroz Pereira Calças*<sup>1</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

*Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva*<sup>2</sup>

Advogada

## 1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005, ao disciplinar a recuperação judicial, exclui expressamente diversas categorias de créditos de sua abrangência. O art. 49 “caput”, após afirmar que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, relaciona os titulares de créditos que não se subordinam ao instituto da recuperação. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os créditos dos credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (§ 3º do art. 49). Excluídos também estão da recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação – ACC – disciplinados no art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728/65. (§ 4º do art. 49 e inciso II do art. 86).

O Código Tributário Nacional estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita à recuperação judicial (art. 187), mercê do que o art. 6º da Lei de Recuperação e Falências, ao impor a suspensão das ações e execuções contra o devedor que obtiver o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, preconiza no parágrafo 7º que “as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial”.

Em resumo, ressalvadas as exceções acima apontadas, todos os créditos de responsabilidade da empresa devedora que existirem na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, submetem-se a seus efeitos. De tal previsão legal resulta que não se sujeitam à recuperação judicial os débitos da empresa recuperanda que forem constituídos após requerimento da recuperação.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito Largo São Francisco (USP), da PUCSP, da UNINOVE e da Faculdade de Direito de Bauru (ITE). Vice-Diretor da Escola Paulista da Magistratura.

<sup>2</sup> Doutora, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Visiting academic* da *Phantheon-Assas/Université Paris 2*. Professora convidada da Universidade de Montpellier 1. Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Bauru (ITE).

Importa ressaltar que a jurisprudência da Câmara especializada em direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, consolidou o entendimento de que os créditos provenientes de fatos, relações ou negócios jurídicos anteriores ao pedido de recuperação, cuja declaração e reconhecimento derivarem de sentença prolatada após o ajuizamento da recuperação judicial, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial. Fundamenta-se tal jurisprudência na assertiva de que tais créditos já existiam antes do ajuizamento da recuperação judicial, e a sentença que o reconhecer tem apenas o efeito de declarar a sua existência e a obrigação da recuperanda de realizar o respectivo pagamento.

Neste sentido:

*Habilitação de crédito. Ausência de trânsito em julgado da decisão que reconhece a existência do crédito e determina seu “quantum” não constitui óbice à inserção do crédito em plano de recuperação judicial. Inteligência do artigo 49 da Lei nº 11.101/05. Hipótese em que o direito de crédito tem existência anterior ao pedido de recuperação judicial, apenas pendia de reconhecimento e determinação exata de seu valor pelo Poder Judiciário. Crédito constituído antes do pedido de recuperação, mas ilíquido, se encontra sujeito aos efeitos da moratória, apenas com a peculiaridade de ensejar pedido de reserva da importância devida, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 11.101/05, no aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida na fase de conhecimento. Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 0229597-50.2011.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. em 31/07/2011, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 029698-95.2012.8.26.0000, Rel. Des. MAIA DA CUNHA, j. em 26/02/2013, v.u.*

Neste ensaio, examinaremos uma das questões mais polêmicas vinculadas à sujeição de créditos aos efeitos da recuperação judicial: a cessão fiduciária de recebíveis, também chamada de trava bancária.

## 2. Propriedade fiduciária

O negócio fiduciário tem sua origem no instituto da fidúcia que era previsto no direito romano. Havia dois tipos de fidúcia: I) a “fiducia cum amico”, que não tinha escopo de garantia e constituía negócio jurídico pelo qual uma pessoa alienava os seus bens mediante a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias que a motivaram, tais como uma viagem, ausência por longo tempo, uma guerra, desentendimentos políticos. O fiduciante transmitia seus bens a uma pessoa amiga ou a um familiar, com o ajuste de que referidos bens ser-lhe-iam restituídos após superados os motivos da celebração do negócio fiduciário; II) a outra modalidade de fidúcia era a chamada “fiducia cum creditore” ou “fiducia pignoris causa cum creditore”, pela qual o proprietário vendia bens a seu credor, reservando-se o direito de recuperá-lo quando efetuasse o pagamento de sua dívida. A grande característica do negócio fiduciário era a transferência de um bem ou de direito ao adquirente que assumia a obrigação de devolução ao alienante, após ser atingido o fim colimado no negócio. A maioria dos romanistas sustenta que a fidúcia romana finca suas raízes na Lei das XII Tábuas e, inicialmente, tinha por fundamento, exclusivamente, a confiança (“ex fide bona”, boa-fé), a lealdade e a honestidade, razão pela qual,

o descumprimento da obrigação de restituir o bem transmitido fiduciariamente, implicava somente sanções de natureza moral (“fides fiducia”). Posteriormente, o negócio fiduciário foi garantido por uma ação especial, conhecida por “actio fiduciae contraria”, na qual se atribuía ao fiduciário o descumprimento de um dever moral, mercê do que a condenação acarretava uma declaração de infâmia. Em virtude dos abusos praticados, a fidúcia viu-se abandonada pelo direito romano. (Otto de Souza Lima, *Negócio Fiduciário*, p. 9 e seguintes; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, p. 361/362).

Posteriormente, a fidúcia ressurgiu no direito romano, instituída em pacto adjeto, convencionada secreta e incidentalmente ao negócio translativo da propriedade, que era realizado mediante fórmulas verbais solenes por intermédio da “*macipatio*” ou pela “*in jure cessio*”, denominando-se “*pactum fiduciae*”. Após larga utilização do negócio fiduciário no período clássico, foi ele abolido no direito justiniano.

Caio Mário da Silva Pereira noticia que a supressão do negócio fiduciário do “*Corpus Iuris Civilis*” do século VI implicou sua não receptividade nos sistemas romano-cristãos. Assim, é que o Código Napoleão de 1804, bem como o BGB alemão de 1896, não o acolheram. Em razão disso, todos os códigos que perfilharam a orientação francesa e tedesca não disciplinaram o negócio fiduciário, tal qual ocorreu com o Código Civil brasileiro de 1916. Por seu turno, os países que seguem o sistema da Common Law instituíram o “trust”, com a finalidade de garantia (*Instituições de Direito Civil*, vol. IV, p. 362).

Em nosso direito positivo, a introdução do negócio fiduciário ocorreu na Lei nº 4.728/1965 que regula o mercado de capitais e disciplina o instituto sob o modelo romano da “*fiducia cum creditore*”, conferindo-lhe a natureza jurídica de direito real com escopo de garantia de coisa móvel infungível. Posteriormente, houve alteração da redação do art. 66 da Lei de Mercado de Capitais pelo Decreto-lei nº 911/69, seguindo-se a instituição da alienação fiduciária de imóvel pela Lei nº 9.514/97, com expressa menção de tratar-se de direito real sobre o imóvel objeto do financiamento imobiliário.

Na Lei nº 9.514/97, a alienação fiduciária é definida como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). Preceitua referida lei que a propriedade fiduciária do imóvel constitui-se mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Outrossim, constituída a propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23 e parágrafo único).

O Código Reale (Lei nº 10.406/2002) introduz, com todas as galas no capítulo que trata da propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária, disciplinada nos artigos 1.361 a 1.368, definindo-a nos seguintes termos: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. “Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa” (art. 1.361 e §§ 1º e 2º).

Por fim, com a Lei nº 10.931/2004, no art. 55, promove-se a alteração da Lei nº 4.728/65, que introduz o art. 66-B, com a seguinte redação: “O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garan-

tia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos”. Esta Lei, a par de acrescentar o art. 1.368-A no Código Civil, acarreta importante inovação em nosso direito positivo, ao permitir a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.

Diz o parágrafo 66-B:

*§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.*

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

Da exegese dos dispositivos legais acima reproduzidos, pode-se concluir que foi a Lei nº 10.931/2004 que introduziu a cessão fiduciária de créditos no direito brasileiro, mercê da qual, o credor fiduciário, no caso de inadimplemento do devedor fiduciante, poderá receber os valores correspondentes aos créditos que lhes foram cedidos fiduciariamente e usá-los no pagamento de seu crédito, devolvendo ao devedor fiduciante o saldo remanescente eventualmente existente.

Da leitura dos dispositivos legais que atualmente regem a matéria objeto deste estudo, releva ressaltar, por amor à precisão conceitual, que as expressões “alienação fiduciária em garantia” e “propriedade fiduciária” não se confundem. Apesar de ser frequente nos meios forenses o uso das duas expressões como se fossem sinônimas, em rigor, alienação fiduciária em garantia configura o negócio jurídico que constitui a garantia fornecida pelo devedor, enquanto a propriedade fiduciária é modalidade de direito real com escopo de garantia. Em suma: a alienação fiduciária em garantia gera a instituição da propriedade fiduciária.

PONTES DE MIRANDA formula relevante ensinamento sobre a alienação fiduciária em garantia. Ele menciona a existência dos direitos reais limitados em garantia, anotando as figuras jurídicas de dação em segurança. Enfatiza que não se pode confundir as constituições e as transferências de direitos reais limitados em segurança com os direitos reais de garantia.

No sistema positivo brasileiro, os direitos reais de garantia são o penhor, a caução de crédito, a hipoteca e a anticrese. Para o jurista, os direitos reais de garantia não se confundem com os direitos reais em garantia. “Na cessão fiduciária de segurança, o cessionário pode cobrar o crédito quando já exigível, no seu interesse (pois foi garantido

com a cessão) e no do credor cedente, que se libera e tem direito a receber o excesso sobre o seu débito. Por onde se vê que, ao se tornar exigível o crédito cedido, tem o cessionário autorização para cobrar” (Tratado de Direito Privado, vol. XXIII, § 2.826, p. 285).

A nosso sentir, correto o entendimento de que a cessão fiduciária de créditos constitui direito real em garantia e implica transferência da titularidade do respectivo crédito, mercê do que, vencido o crédito cedido, poderá o cessionário cobrá-la do devedor com o escopo de usar o valor recebido para pagamento do débito do devedor-cedente e, se saldo houver, restitui-lo ao cedente.

### 3. A cessão fiduciária de créditos está encartada no parágrafo 3º do artigo 49?

Esta é a indagação que causa perplexidade, dúvidas e controvérsias na doutrina e na jurisprudência e que tentaremos responder com base na interpretação da Lei nº 11.101/2005 realizada pelos tribunais brasileiros.

O art. 49, parágrafo 3º, no que interessa a estas reflexões, estipula que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis 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 retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

**Indaga-se: o titular de cessão fiduciária de crédito está enquadrado no conceito de “titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, para o fim de ser reputado como não submetido aos efeitos da recuperação judicial?**

Na jurisprudência há dois entendimentos divergentes sobre tal questão:

I. Corrente que afirma que os titulares de cessão fiduciária de crédito não se confundem com os titulares da posição de “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, razão pela qual estão aqueles subordinados aos efeitos da recuperação judicial.

Os juízes que afirmam a submissão da cessão fiduciária de crédito à recuperação judicial enfatizam que o parágrafo 3º do art. 49, ao mencionar “bens móveis ou imóveis”, refere-se a “bens infungíveis”, mercê do que, tratando-se de norma que inadmitte hermenêutica extensiva, equivocada a inclusão da cessão fiduciária no referido dispositivo legal, haja vista sua insuperável fungibilidade. Ademais, sustentam que a circunstância de o legislador não ter mencionado, de forma expressa, a exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos da recuperação judicial, indica a intenção do legislador de excluir somente os créditos garantidos pela propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Destacam que a regra geral constante do “caput” do art. 49 é a sujeição à recuperação judicial de todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Considerando-se que o § 3º do art. 49 disciplina a exceção, ou seja, os créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação, inadmissível ao intérprete aplicar exegese extensiva.

Neste sentido a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

*Propriedade fiduciária de títulos de crédito. Sujeição aos efeitos da recuperação judicial. Não incidência da exceção prevista na legislação*

*falimentar. 1. A redação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 estatui, claramente, que os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. 2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis. 3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expreso pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação, o que não é o caso. (Al nº 030089000142, rel. Des. JORGE GOES COUTINHO, j. em 24/6/2008).*

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem precedente que examina a questão da cessão fiduciária de recebíveis decorrentes de vendas feitas com cartão de crédito (trava bancária) que exclui o referido crédito da abrangência do § 3º do art. 49, sob o fundamento de ser norma excepcional cuja interpretação deve ser feita restritivamente, consoante ementa a seguir transcrita:

*Direito empresarial. Recuperação judicial de empresa. Credor que se apresenta como proprietário fiduciária mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação judicial. Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento da metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato (Agravo de Instrumento nº 2009.002.01890, Rel. Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, j. em 18/02/2009).*

II. Posição diversa proclama a exclusão dos titulares de créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da recuperação judicial, sob o argumento de que a lei, ao aludir à propriedade fiduciária de bens móveis, sem mencionar a distinção entre bens móveis fungíveis e infungíveis, incluiu na exceção os direitos pessoais de caráter patrimonial, que o art. 83, III, do Código Civil, considera “móveis para efeitos legais”. Por outro lado, o conceito de cessão fiduciária de crédito compõe, ao lado da alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, a categoria de negócio fiduciário que gera a propriedade fiduciária, mercê do que, sem fundamento a inclusão dos créditos objeto de cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou, de forma pioneira, entendimento, atualmente sumulado, que exclui os créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis (trava bancária), dos efeitos da recuperação judicial, desde que o negócio fiduciário esteja regularmente constituído antes do requerimento judicial da recuperação.

O acórdão pioneiro, da lavra do Des. ROMEU RICUPERO, assim foi ementado:

*Recuperação judicial. Despacho judicial que deferiu o desbloqueio de bens por parte do agravante, liberando-os para a agravada e recupe-*

*randa. Inadmissibilidade. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). 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 nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato. Aplicação do disposto no art. 49, §§ 3º e 5º, da Lei 11.101/2005. Recurso interposto tempestivamente, ou seja, dentro do prazo legal, contado a partir do dia em que o agravante teve efetivamente vista dos autos. Agravo de instrumento conhecido e provido (Agravo de Instrumento nº 585.273.4/7-00, j. em 19/11/2008, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 994.09.291105-0, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS.*

A interpretação reiterada da Câmara especializada em falências e recuperações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que os direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, CC) e, via de consequência, estão abrangidos pelo § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 foi consolidada na **Súmula 59** da Corte paulista, in “verbis”: “Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

A exegese jurisprudencial sobre a cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial acarretou outra discussão: **o registro do instrumento da cessão fiduciária de crédito é formalidade exigida para a constituição ou apenas para a publicidade do negócio jurídico fiduciário?**

Sobre esta questão a Câmara especializada em recuperações judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou posicionamento no sentido de que a propriedade fiduciária só se considera constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos, exigindo, ademais, que, para ser excluído dos efeitos da recuperação judicial, o instrumento de cessão fiduciária de crédito deve ter sido registrado na forma da lei antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial da empresa fiduciante.

Confira-se:

*Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contratos regularmente registrados na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação judicial (Agravo de Instrumento nº 680.360.4/7-00 (9032737-88.2009.8.26.0000) Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.).*

Na mesma senda, considerando-se, porém, como quirografário, o crédito derivado de cessão fiduciária cujo instrumento não foi registrado antes do requerimento da recuperação judicial, nos termos da ementa abaixo:

*Recuperação judicial. Decisão que excluiu crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito dos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 49, §*

*3º, da Lei nº 11.101/2005. Cessão fiduciária de crédito tem a mesma natureza de alienação fiduciária de bens móveis e configura propriedade fiduciária. Imprescindibilidade do registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Interpretação do art. 1.361, § 3º, do Código Civil. Natureza constitutiva do registro. Ausência do registro implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, como quirografário. Agravo provido (Agravo de Instrumento nº 691.778.4/0-00 (0275945-97.2009.8.26.0000), Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 04/05/2010, v.u.).*

Impende ressaltar que a Câmara especializada paulista, para firmar a exclusão do crédito decorrente de cessão fiduciária em garantia dos efeitos da recuperação, exigiu que a constituição do aludido crédito observasse, rigorosamente, a formalidade do § 1º do art. 1.361 do Código Civil que assim preconiza: “Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor”.

O Des. FRANCISCO LOUREIRO, ao comentar referido dispositivo legal, afirma: “O § 1º do art. 1.361 disciplina a forma e o registro do contrato e termina com antiga polêmica sobre a natureza do registro. Explicita o preceito que a propriedade fiduciária se constitui com o registro. Não há mais sentido em discutir-se se o registro tem efeito constitutivo ou publicitário, e perde vigência a Súmula 489 do STF, do seguinte teor: A compra venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos”. Positivou a lei a Súmula nº 92 do STJ: “A terceiro de boa-fé não é oponente a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor”. E prossegue o comentarista: “A questão agora não é mais oponibilidade em face de terceiros de boa-fé, mas de inexistência de propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro. Antes do registro, há simples crédito, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor” (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, p. 1.406).

A jurisprudência formada sobre a natureza constitutiva do registro público do instrumento de cessão fiduciária de crédito cristalizou-se no verbete da Súmula 60 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor”.

Outra questão também foi suscitada sobre os créditos derivados de cessão fiduciária: reconhecendo-se como correto que a cessão fiduciária de créditos ou recebíveis constitui modalidade de propriedade fiduciária, o que implica sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial, seria de rigor a observância da parte final do § 3º do art. 49, “in verbis”: “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”. **Em suma: os créditos dos recebíveis objeto de cessão fiduciária têm a natureza de “bens de capital” e, por isso, durante o prazo de 180 dias, não poderão ser apropriados pelo credor fiduciário?**

Examinando expressamente o tema, a Câmara especializada firmou o entendimento de que os créditos cedidos fiduciariamente pela empresa devedora não se enquadram no conceito de “bens de capitais essenciais a sua atividade empresarial”, mercê do que não incide a proibição assinalada na parte final do § 3º do art. 49.



Nesta linha, confira-se a ementa do precedente:

*Cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos de crédito. Direitos de crédito (recebíveis) tem a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contrato registrado na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação. Recebíveis não são bens de capital na forma prevista na parte final do § 3º do art. 49 (Agravado de Instrumento nº 655.134.4/8-00, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.). No mesmo sentido: Agravado de Instrumento nº 680.360.4/7-00.*

Em síntese, a Câmara especializada julgou que a ressalva constante da parte final do § 3º do art. 49, que “*não permite a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”, não incide sobre créditos cedidos fiduciariamente, entendendo-se que bens de capital ou de produção são os equipamentos e instalações indispensáveis para que a recuperanda exerça sua atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou a incidência ou não da ressalva final do parágrafo 3º do art. 49, conforme consta de judicioso voto da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, que assim se pronunciou: “em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei nº 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei nº 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida – seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título – a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso I), bem como o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe ao credor, que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida. Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente” (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, j. em 5/2/2013).

Perfilhamos integralmente a sustentação complementar do voto da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, pois, com efeito, considerando-se que a cessão fiduciária implica a transferência do direito de crédito – bem móvel incorpóreo por definição legal – ao credor fiduciário, o qual, se o crédito cedido for representado por título de crédito, recebe, por tradição, a posse das cópias respectivas. Afrontaria, portanto, aos mais comezinhos postulados da lógica, perquirir se é admissível a incidência da regra final do § 3º do art. 49 que proíbe a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Afinal das contas, as cópias ou os instrumentos representativos dos créditos cedidos ao credor fiduciário já se encontram em seu poder a fim de que ele promova a respectiva cobrança dos devedores originários. **Indaga-se: como proibir a retirada de algo que não se encontra mais no estabelecimento do fiduciante?**

Arrematando nossas reflexões, outra questão foi trazida ao julgamento dos tribunais: a cessão fiduciária só poderia ter por objeto bens presentes (créditos já existentes), sendo inadmissível cessão sobre créditos futuros ou recebíveis ainda não constituídos no momento da celebração do negócio fiduciário.

A controvérsia foi dirimida com a aplicação do art. 31 da Lei nº 10.931/2004, assim redigido: “A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, **presente ou futuro**, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal”.

A Câmara especializada decidiu que “a cédula de crédito bancária está garantida pela cessão fiduciária de direitos creditórios, que como se viu, são bens móveis para os efeitos legais (Súmula 59 TJSP). Se são bens móveis, reais, pode ser, portanto, presentes ou futuros” (Agravo de Instrumento nº 2021503-92.2013.8.26.0000, Rel. Des. TEIXEIRA LEITE, j. em 06/02/2014, v.u.).

Resumindo o posicionamento da jurisprudência especializada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: a cessão fiduciária de créditos pode ter por objeto “recebíveis performados” (operações já realizadas), ou “recebíveis a performar” ou “recebíveis não performados” (prestação de serviços ou vendas a serem realizadas no futuro).

O Superior Tribunal de Justiça, por ora, tem precedentes que versam apenas sobre a sujeição dos créditos derivados de cessão fiduciária em face da recuperação judicial da empresa-fiduciante. Vejamos:

*Recurso Especial. Recuperação judicial. Contrato de Cessão Fiduciária de Duplicatas. Incidência da Exceção do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. Art. 66-B da Lei 4.728/1965.*

*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. (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 05/02/2013, v.u.).*

*Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária (AgRG no Recurso Especial nº 1.326.851-MT, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 19/11/2013, v.u.). No mesmo sentido: Recurso Especial nº 1.202.918/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, j. em 07/03/2013.*

#### 4. Conclusão

Examinando-se os precedentes jurisprudenciais referidos impõe-se o reconhecimento de que:

1. Resultou consolidado o entendimento de que a cessão fiduciária de crédito tem natureza jurídica de negócio fiduciário e está enquadrada na expressão “proprietário fiduciário de bens móveis”, contida no parágrafo 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005,

mercê do que, os créditos objeto de contrato de cessão fiduciária em que empresa em recuperação judicial figura como fiduciante não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2. O registro do instrumento de cessão de crédito no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor tem natureza constitutiva. O ato registrário deve ser promovido antes do requerimento da recuperação judicial para a instituição da propriedade fiduciária e a consequente exclusão do respectivo crédito dos efeitos da recuperação da empresa fiduciante. Inteligência do § 1º do art. 1.361 do Código Civil.

3. A ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49, que “não permite a retirada do estabelecimento dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, não incide sobre o crédito cedido fiduciariamente, bem móvel incorpóreo, visto que já transferida a titularidade e a posse ao credor fiduciário, para que ele possa promover diretamente a cobrança do devedor originário. Em síntese, crédito cedido fiduciariamente não é considerado bem de capital na acepção econômico-jurídica do termo.

4. A legislação de regência admite que a cessão fiduciária tenha por objeto créditos presentes (recebíveis performados) ou futuros (recebíveis a performar).

## 5. Bibliografia citada ou consultada

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano*, Napoli: Morano Editore, 1949.

\_\_\_\_\_. *I Negozi Fiduciari*. Padova: Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1933.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *In Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª edição rev. e atual., São Paulo: Ed. Manole, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, revista e atualizada por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho*, volume IV, 22ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense-Gen, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, volumes 21, 23 e 51, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1966.