

## **04/17 – Alterações significativas na sistemática de apuração e cobrança de recebíveis podem afetar o recebimento de créditos inadimplidos, inclusive garantidos por alienação fiduciária**

Prezados Senhores,

Ao longo do último mês de fevereiro os Tribunais brasileiros se debruçaram sobre inúmeras situações envolvendo a cobrança de direitos creditórios (recebíveis), cuja conclusão poderá afetar significativamente sua exequibilidade e liquidez, com reflexos negativos para todo o setor, dentre os quais podemos destacar:

### **I. Relativização da exequibilidade da alienação fiduciária em garantia para credores estrangeiros no caso de Recuperação Judicial do devedor**

Em decisão recente, proferida nos autos da Recuperação Judicial da Zamin Amapá Mineração S/A (autos nº. 1088747-75.2015.8.26.0100), a 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo (SP) considerou que instituições financeiras estrangeiras sem autorização para operar no Brasil não têm resguardado o direito à garantia de alienação fiduciária e, por tal, devem se submeter ao plano de recuperação judicial, posicionamento este contrário à jurisprudência até então consolidada no sentido de que os créditos com tal garantia não se submetem ao crivo da recuperação judicial, dada sua natureza extraconcursal, conforme dispõe o artigo 49, § 3º da Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

No entanto, a decisão em referência entendeu que os bancos estrangeiros não têm a “*qualidade de credores fiduciários*”, posto que, “*se a garantia de natureza fiduciária foi instituída pela Lei 4.728/65 para melhorar a segurança do recebimento do crédito concedido no mercado financeiro nacional, regulamentado pela Lei 4.595/64, claro está que trata-se de uma garantia exclusiva para instituições financeiras nacionais e estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil*”, o que motivou o cancelamento das garantias fiduciárias, naquele caso concreto, e a conversão dos créditos garantidos para as Classes II (com garantia real) e III (quirografários), respectivamente, a depender da existência de garantias adicionais.

Em outras palavras, segundo a decisão em comento, a alienação fiduciária em garantia seria modalidade própria e exclusiva das instituições financeiras autorizadas a funcionar no Brasil, nos termos da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que regulamenta o Sistema Financeira Nacional (“SFN”), o que excluiria os bancos estrangeiros, sem estabelecimento permanente no País, ainda que a Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, e a própria Lei nº. 11.101/05 não tenham trazido qualquer restrição nesse sentido.

A despeito de representar verdadeiro revés para os credores, sobretudo os fundos de investimento e bancos estrangeiros que investem no país, a decisão ainda se encontra sujeita à revisão

pelos Tribunais Superiores, sendo certo que a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJSP”), também em decisão recente, publicada em 12 de setembro de 2016, e envolvendo a Recuperação Judicial da própria Zamin Amapá Mineração S/A, reconheceu a validade da alienação fiduciária sobre bens fungíveis e infungíveis em favor de credor (banco) estrangeiro, nos autos do Agravo de Instrumento nº. 2043689-07.2016.8.26.0000.

Nada obstante, ainda que isso possa servir de indicativo da disposição do TJSP em reverter a decisão de 1ª instância desfavorável aos credores estrangeiros, vale lembrar que a comissão para alteração da Lei nº. 11.101/05, criada pelo Ministério da Fazenda em conjunto com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (“FIESP”) e a Federação Brasileira de Bancos (“FEBRABAN”), estuda a flexibilização do instituto da alienação fiduciária nos casos de Recuperação Judicial, inclusive, com a eliminação da restrição contida no seu artigo 49, § 3º retro mencionado, para inclusão desses créditos no rol do concurso de credores<sup>1</sup>.

Portanto, até o julgamento final da controvérsia pelo TJSP no caso da Zamim Amapá Mineradora S.A. ou mesmo até que sejam perpetradas pelo Congresso Nacional alterações na Lei nº. 11.101/05, na forma acima destacada, permanece válida a disposição do § 1º do artigo 22 da Lei nº. 9.514/97, que disciplina o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel, no sentido de que tal garantia *“poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI”*, ou seja, sem qualquer restrição específica em relação ao domicílio da pessoa jurídica contratante ou mesmo à necessidade de qualquer autorização prévia do Bacen para tanto, salvo, claro, o atendimento prévio às exigências já previstas na legislação regulatória para fins de implementação de financiamento privado do exterior a pessoas jurídicas brasileiras.

## **II. Limitação da cobrança de juros na cessão de direitos creditórios a fundos de investimento e equiparados**

Outra decisão recente e igualmente polêmica, também de lavra do TJSP, deu-se por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação nº. 0001561-69.2011.8.26.0262, por meio do qual o devedor sustentava a ilegalidade dos juros praticados pelo credor – por meio de uma Cédula de Crédito Bancário (“CCB”), com juros de 3% ao mês (e, portanto, 42,58% ao ano) –, após a cessão do crédito originário por instituição financeira a um Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados (“FIDC-NP”).

No caso em tela, o devedor se insurgiu com a cobrança mantida pelo novo credor, oportunidade em que o TJSP entendeu que, não integrando o FIDC-NP o SFN, estaria o credor desautorizado a manter as mesmas taxas de juros originalmente contratadas, razão pela qual fora dado parcial provimento ao

---

<sup>1</sup> <http://www.dci.com.br/legislacao-e-tributos/mudanca-na-lei-de-recuperacao-judicial-visa-maior-seguranca-juridica----id604068.html>

recurso do devedor (tendo sido vencido o próprio Relator, Desembargador Fernandes Lobo, que pugnava pela manutenção das taxas contratadas), limitando-se a cobrança de juros em 12% ao ano, conforme estabelecem os artigos 406 e 591 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil – “CC/02”) e o Decreto nº. 22.626, de 07 de abril de 1933 (também conhecido como “Lei da Usura”).

Ou seja, de acordo com o posicionamento que prevaleceu no TJSP, na hipótese de cessão de direitos creditórios (recebíveis) por instituições financeiras a entidades que não integram o SFN – dentre as quais se encontram os fundos de investimento, as companhias securitizadoras e as *factoring*, entre outros –, estas últimas não estão autorizadas a cobrar juros superiores a 12% ao ano, mesmo que os empréstimos originais tenham sido contratados com taxas superiores, de mercado.

Ressalte-se que esta decisão do TJSP representa mais um revés para os titulares de direitos creditórios cedidos por instituições financeiras, que poderá impactar negativamente não apenas o mercado de créditos inadimplidos (*distressed assets*), mas também a própria securitização de recebíveis em geral, tornando impraticáveis inúmeras operações financeiras e de emissões de títulos de crédito, se essas entidades forem impedidas de manter a cobrança das mesmas taxas contratadas, impactando ainda as próprias instituições financeiras, que veem nesse tipo de operação de cessão uma forma eficaz de promover a “limpeza” de seus balanços e, conseqüentemente, melhorar seus *ratings* e índices de liquidez.

Todavia, vê-se, inclusive com fundamento no voto vencido do Relator Desembargador Fernandes Lobo, que o acórdão do TJSP deixou de enfrentar, entre outros, as disposições contidas nos artigos 286 e 287 do CC/02 que, ao regulamentarem a cessão de crédito, asseguram que obrigações acessórias (o que inclui os juros pactuados) acompanham a principal, exceto convenção em contrário. Além disso, a própria Lei nº. 10.931, de 02 de agosto de 2004, que dispôs sobre a CCB, de fato estabelece, em seu artigo 26, § 1º, que “a instituição credora deve integrar o Sistema Financeiro Nacional”, mas prevê claramente no § 1º do artigo 29 que “a Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula”, portanto, autorizando a cessão para terceiro não integrante do SFN, nas condições originais.

Ademais, o acórdão do TJSP também não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 884 do CC/02, dado o “enriquecimento sem justa causa” do devedor em face da limitação da cobrança de juros pelo novo titular do recebível, uma vez que, mantendo-se tal entendimento, o devedor passaria a pagar juros inferiores àqueles originalmente contratados, sendo a cessão do crédito pela instituição financeira verdadeiro “perdão” de parte de sua dívida.

Finalmente, embora a decisão em referência seja ainda objeto do Recurso Especial (“REsp”) nº. 1.634.958/SP, já admitido pelo TJSP e distribuído para relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão no

Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), onde aguarda julgamento desde o final de 2016 – oportunidade em que o STJ poderá analisar os argumentos acima, não enfrentados pelo TJSP –, a limitação à cobrança de juros remuneratórios não tem se restringido às decisões judiciais, consoante a seguir delineado.

### **III. Limitação da cobrança de juros remuneratórios pelo Banco Central do Brasil (“BACEN”)**

Com efeito, nesta quarta-feira (01), o Diário Oficial da União (“DOU”) publicou a Resolução do BACEN nº. 4.558, de 23 de fevereiro de 2017, oficializando decisão do Conselho Monetário Nacional (“CMN”) que estabelece que as instituições financeiras não poderão cobrar taxas de juros de mercado no caso de atraso nos pagamentos pelo devedor.

Até então, era autorizada a cobrança de juros de mora (punitivos) e juros remuneratórios cobrados por dia de atraso e, no caso destes últimos, a taxa pode ser fixada com base nos juros definidos na ocasião da assinatura do contrato ou de acordo com as taxas vigentes de mercado.

Agora, com a decisão do CMN, que entrará em vigor em 1º de setembro de 2017, *“é vedada a cobrança de quaisquer outros valores além dos encargos previstos nesta resolução”*, o limita a cobrança dos juros remuneratórios à mesma taxa originalmente pactuada no contrato para o período de adimplência da operação, vendando-se a utilização das taxas de mercado pelas instituições financeiras na hipótese de inadimplência, o que, necessariamente, pode não ser favorável para os devedores, já que no atual cenário de redução sucessiva da taxa de juros promovida pelo CMN, as taxas de mercado para os novos contratos podem se mostrar inferiores.

Diante do quanto exposto acima e da repercussão das decisões judiciais e da Resolução do CMN aos negócios de V. Sas., continuamos à inteira disposição para quaisquer esclarecimentos acerca do tema em referência, inclusive para auxiliá-los na avaliação das medidas jurídicas apropriadas para combater os reflexos das decisões citadas em relação à contaminação das operações futuras e/ou em andamento, bem como para a análise e atendimento à nova regulamentação do BACEN acerca dos créditos inadimplidos.

Atenciosamente,

Passos e Sticca Advogados Associados – PSAA.