

INTERESSADO: BNDES

ASSUNTO: Consulta acerca da utilização de créditos, objetos de demandas judiciais propostas pela Varig S.A. e outros, para a constituição de FIDC.

RELATORA: Diretora Norma Jonsen Parente

Ementa: Utilização de créditos objeto de demandas judiciais para a constituição de FIDC. O art. 2º, I, da Instrução CVM nº 356/01 não admite direito de ação como direito creditório, ainda que sob a modalidade "créditos de natureza diversa".

#### VOTO

#### RELATÓRIO

1. Trata-se de consultas formuladas pelo BNDES, acerca da possibilidade de constituição de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios – FIDC, nos termos da Instrução CVM Nº 393/03, a partir da utilização de créditos, objeto de demandas judiciais propostas pela VARIG S.A., em face da União Federal e unidades federativas (fl.16) e por RIO SUL LINHAS AÉREAS S.A. e NORDESTE LINHAS AÉREAS S.A. (fl.29), em face, também, de determinadas unidades federativas.
2. No caso da companhia VARIG S.A., o pleito, objeto da demanda judicial proposta em face da União Federal, trata de pedido de indenização decorrente do congelamento de tarifa realizada pelo Governo Federal. Já no tocante às ações propostas em face dos Estados da Federação e Distrito Federal, a VARIG pleiteia a restituição de tributo indevido. Também as companhias RIO SUL LINHAS AÉREAS S.A. e NORDESTE LINHAS AÉREAS S.A., assim como a VARIG S.A., movem em juízo ações de repetição de indébito em face de algumas das unidades da Federação.
3. Diante da questão apresentada, a SIN encaminhou o assunto ao crivo da PFE que, através do MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 230/04, da lavra da Procuradora Federal Luciana de Pontes Saraiva, assim se manifestou:
  - a. Consoante a nova redação do artigo 2º, inciso I, da Instrução CVM nº 356/01, quaisquer direitos de créditos poderão vir a integrar a carteira de um FIDC, desde que se enquadrem nas hipóteses previstas no referido dispositivo ou assim sejam admitidos pela CVM;
  - b. No caso em tela, cabe à CVM a admissão dos referidos créditos como passíveis de integrar a carteira de um FIDC, haja vista que os mesmos se originam de ações judiciais de indenização e repetição de indébito;
  - c. Não há óbice a cessão do direito de crédito *sub judice* a um FIDC, desde que respeitadas as regras processuais que regem a matéria, no caso, os artigos 42, na ausência de título executivo judicial constituído e 567, inciso, II, do CPC, nas hipóteses em que a execução já se encontrar viabilizada;
  - d. A cessão do crédito pode se dar no curso de eventual ação de cobrança, ainda que não haja título executivo constituído, cabendo ao cedente informar ao cessionário que o crédito se encontra *sub judice* e responder pela existência do mesmo no momento da cessão, nos casos em que o pedido for julgado improcedente (total ou parcialmente);
  - e. Em se tratando de créditos não consubstanciados em títulos executivos, parece razoável a exigência de caução a ser prestada pelo originador dos créditos, visto que não há certeza quanto à existência dos mesmos.
4. O Procurador-Chefe, entretanto, divergiu da manifestação da Procuradora no que tange à conveniência de se exigir caução dos créditos a serem cedidos ao FIDC de que se cogita, já que a Instrução CVM nº 356 é omissa nesse sentido, o que impede a CVM de inaugurar qualquer medida dessa natureza.
5. Argumentou ainda que, a constituição ou não de garantias sobre os créditos objeto da cessão está fora da seara da CVM, competindo às partes interessadas sua negociação.
6. Por fim, o Procurador-Chefe sugeriu a revisão das normas vigentes, a fim de conferir aos casos semelhantes ao ora analisado, o tratamento dispensado aos créditos denominados "não-performados", consoante a previsão do artigo 44, parágrafo 8º, da Instrução CVM nº 356, o que, evidentemente não se aplicaria ao caso em tela, dada a inexistência de norma anterior. Isso porque, conforme informou, o risco incorrido pelos investidores na aquisição de cotas de fundos cujo patrimônio é constituído por créditos que possuem existência incerta – dada a pendência de litígio judicial – é análogo ao risco a que se sujeitam quando da constituição do patrimônio pelos créditos previstos pelo referido dispositivo legal.
7. Ouvida a PFE, a SIN encaminhou o assunto ao Colegiado através do MEMO/CVM/GII-2/Nº 20/04, com as seguintes considerações, feitas pela GII-2:
  - a. Os referidos direitos creditórios só poderão integrar a carteira de um FIDC, se assim reconhecidos pela CVM e nas condições em que julgar aceitável, através do órgão Colegiado, como créditos de natureza diversa, de acordo com a previsão do artigo 2º, inciso I, da Instrução CVM nº 356/01, conforme redação dada pela Instrução CVM nº 393/03;
  - b. Para maior segurança dos cotistas, entende que somente os créditos objeto de sentença transitada em julgado poderiam integrar a carteira dos FIDC;
  - c. Se, entretanto, o Colegiado julgar conveniente a admissão dos créditos ainda não reconhecidos por sentença transitada em julgado, acolhe a sugestão da Procuradora Federal, no sentido de exigir-se caução do originador dos referidos créditos, tendo em vista a incerteza quanto à existência dos mesmos, ainda mais no caso em tela, em que a companhia VARIG S.A. apresenta patrimônio líquido negativo;
  - d. Ao contrário do entendimento do Procurador-chefe, entende que, ao reconhecer um crédito de natureza diversa, nos termos da Instrução CVM nº 356, a CVM pode sim exigir a caução sugerida, uma vez que o reconhecimento de um crédito de natureza diversa é uma faculdade da CVM e não uma obrigação.

#### FUNDAMENTOS

8. O artigo 2º, inciso I, da Instrução CVM nº 356/01, com redação dada pela Instrução CVM nº 393/03, define com precisão os direitos creditórios, nos seguintes termos:

"Art. 2º Para efeito do disposto nesta instrução, considera-se:

I – direitos creditórios: os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, os contratos referidos no § 8º do art. 40, desta Instrução, bem como direitos e títulos representativos de créditos de natureza diversa assim reconhecidos pela CVM." (grifou-se)

9. Compete, preliminarmente, verificar se o direito, o qual se pretende ver abrigado no FIDC, consiste efetivamente em um direito ou título representativo de crédito, nos termos do artigo 2º, da Instrução CVM nº 356/01. Mister que o pretense direito seja compreendido, aprioristicamente, na categoria dos "direitos e títulos representativos de créditos de natureza diversa", somente passíveis de compor a carteira dos FIDCs, após o reconhecimento por essa CVM.

#### **O Direito de Ação**

10. No caso, pretende-se incluir no FIDC, o direito de ação. A despeito de inesgotável discussão doutrinária, no intuito de definir o direito de ação, pode-se dizer, *grosso modo*, que este é um direito autônomo, independente da existência real do mérito daquele que o exerce, vale dizer, pode ser que o sujeito não possua determinado direito material que pretenda, cuja inexistência será determinada pelo Judiciário, mas nada impede que, preenchidos os requisitos legais, o interessado ingresse em juízo no seu direito de ação.
11. Isto não quer dizer que efetivamente exista o direito que se pretende ver reconhecido, mas nada obsta que se lute por aquilo que se acredita ser um direito seu.
12. A demanda judicial, simplificada, poderá objetivar o reconhecimento da existência ou inexistência de determinado direito material, pretendido pelo interessado – caso em que o instrumento aplicável será o processo de conhecimento.
13. No caso em tela, o consultante intenta a constituição de um FIDC que tem por objeto, direito de ação naquela primeira hipótese, em que a discussão gira em torno da existência ou não de um direito que se pretende ver reconhecido. É esta pretensão que se deve analisar.
14. O processo de conhecimento, portanto, visa a conferir certeza jurídica à existência ou inexistência de um direito ou obrigação afirmada pelo autor na demanda e resistida pelo réu. O propósito almejado no processo de conhecimento é, pois, a sentença de mérito, contendo a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor.
15. Noutras palavras, a lide existe sempre que o sujeito de um dos interesses em conflito tenta impor a sua realização, deparando-se com a resistência do sujeito do outro interesse.
16. Não há, portanto, subjacente ao direito de ação, qualquer direito de crédito e, nem mesmo, o direito de ação representa um título de crédito.

#### **Do caso concreto**

17. A Instrução CVM nº 356/01, como já se disse, é cristalina ao prever como direitos creditórios, apenas direitos e títulos representativos de créditos, sem fazer qualquer menção à possibilidade de utilização de mera expectativa de direito de crédito.
18. No caso concreto, entretanto, temos que os aludidos créditos, objeto de demandas judiciais propostas pelas companhias Varig, Rio Sul e Nordeste, sobre os quais se cogita constituir o FIDC, consistem, por ora, apenas pretensão das autoras, resistidas pelos Estados e/ou União.
19. Trata-se, portanto, de mera expectativa de direito, que somente virá a se confirmar direito creditório com o trânsito em julgado da sentença de mérito no respectivo processo cognitivo, que assim os reconhecer, razão pela qual, entendo que o pretense direito não pode ser autorizado pela CVM, para os fins de constituição do referido FIDC.
20. Assim, não tenho a mesma convicção da Procuradora Federal, no tocante à utilização dos referidos "créditos" para a constituição de FIDC, a partir da cessão para terceiro, sucedendo o credor na relação obrigacional primitiva, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 42, parágrafo 1º, do CPC<sup>(1)</sup>.
21. Isso porque, a sucessão a que se refere a eminente Procuradora é a sucessão no direito de ação, que só se estenderá ao direito material, se houver, com o trânsito em julgado da sentença que der procedência ao pedido.
22. O reconhecimento de "créditos de natureza diversa" é, ademais, de juízo discricionário da CVM que, enquanto órgão da Administração Pública, deve velar pelo interesse público.
23. Todavia, não me parece possível a CVM considerar como crédito ou título representativo de crédito, aquilo que não possui tal natureza, sob pena de descaracterizar o próprio FIDC.
24. No caso, o direito de ação, repita-se, representa mera expectativa de direito de crédito e, não, o direito de crédito em si.
25. No entanto, caso se venha a reconhecer o aludido direito de ação como espécie da categoria "direito ou título representativo de crédito", a despeito do entendimento do Procurador-Chefe, não vislumbro qualquer óbice à sugestão apresentada pela Procuradora Federal, no sentido de que a CVM exija a prestação de caução do originador dos mesmos.

#### **CONCLUSÃO**

26. Ante o exposto, **VOTO** pela impossibilidade da utilização do direito de ação para a constituição de fundo de investimento em direito creditório – FIDC ou, na hipótese de sua admissão, que seja exigida caução do originador do pretense direito creditório, a fim de que seja viabilizada certa segurança quanto à própria existência do objeto do investimento e, mesmo assim, restrita a subscrição de cotas de tais fundos a investidores superqualificados.
27. Outrossim, proponho a realização de um estudo acurado pela área técnica, acerca da possibilidade de elaboração de uma Instrução que venha a regular modalidade de fundo de investimento que abrigue situações como a ora examinada, cujo objeto trate especificamente de direito de ação. Para assegurar que os investidores estejam amplamente informados, mister que o fundo esteja calcado em ativos semelhantes.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2005.

**NORMA JONSSSEN PARENTE**

**DIRETORA-RELATORA**

[\(1\)](#) "Art. 42 - A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º - O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.  
(...)"