

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

GIORGIA GIOCONDO LOPES ROSSIN

A Fungibilidade Convencional na Alienação Fiduciária de Bens Móveis pela
Aplicabilidade do Art. 66-B da Lei nº 4.728/65

São Paulo

2022

GIORGIA GIOCONDO LOPES ROSSIN

A Fungibilidade Convencional na Alienação Fiduciária de Bens Móveis pela
Aplicabilidade do Art. 66-B da Lei nº 4.728/65

Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do diploma em
Direito, sob a orientação da prof.^a, dra -
Maria Eugenia Reis Finkelstein.

São Paulo

2022

PUC-SP, Sistema de Biblioteca

Rossin, Giorgia Giocondo Lopes

A Fungibilidade Convencional na Alienação Fiduciária de Bens Móveis pela Aplicabilidade do Art. 66-B da Lei nº 4.728/65 /

Giorgia Giocondo Lopes Rossin. -- São Paulo: [s.n.], 2022.

40p; 15 cm.

Orientador: Maria Eugenia Reis Finkelstein.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito, 2022.

1. Direito Empresarial. 2. Alienação Fiduciária. 3. Lei nº 4.728/65.

I. Finkelstein, Maria Eugenia Reis. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito. III. A Fungibilidade Convencional na Alienação Fiduciária de Bens Móveis pela Aplicabilidade do Art. 66-B da Lei nº 4.728/65.

À comunidade da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo pelo apoio
permanente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos meus pais e irmão que são minha base para tudo e, que sem o apoio incessante do decorrer desses cinco anos não teria conseguido chegar aonde cheguei.

À minha orientadora que, além da minha admiração profissional também tem minha admiração acadêmica e pessoal por entender todos os desafios que um quinto ano da faculdade de direito nos traz.

A todos os meus professores que tiver o prazer de encontrar na minha caminhada acadêmica e que me trouxeram ensinamentos muito maiores do que os apresentados dentro da sala de aula.

Aos meus amigos que gostaria de poder e conseguir citar nominalmente neste agradecimento, mas felizmente me faltariam páginas para expressar a gratidão que nutro. Em especial gostaria de mencionar alguns nomes que foram essenciais para que me fizessem chegar até aqui: Maria Luísa Franchi Ferreira, Lucas Costanzo, Isabella Oriolo, Túlio Ciotti, Alexandra Cantarelli, Fernanda Zanutti e Eduardo Cristelo. Obrigada por nunca soltarem minha mão!

À Helena Daher que primeiro foi minha chefe e depois minha amiga e conselheira. Você me ajudou com o meu tema e em como sobreviver ao mundo corporativo. Obrigada!

Por fim agradeço à Bateria 22 que foi minha primeira casa longe de casa e me fez nutrir o amor que tenho à PUC-SP.

“Deixe tudo acontecer a você: Beleza e terror. Apenas continue. Nenhum sentimento é final” (RILKE, Rainer Maria).

RESUMO

ROSSIN, Giorgia Giocondo Lopes. **A Fungibilidade Convencional na Alienação Fiduciária de Bens Móveis pela Aplicabilidade do Art. 66-B da Lei nº 4.728/65.**

O presente trabalho tem por objetivo estudar a possibilidade da constituição da alienação fiduciária sobre bens fungíveis e, caso não seja possível, como seria possível “infungibilizar” um bem fungível. Para tanto essa dissertação utilizará da contextualização histórica dos institutos de garantia real, além de incluir uma breve análise do conceito em nosso ordenamento jurídico de direito real. Também traremos como plano de fundo o conceito de bens fungíveis e bens fungíveis. Além disso utilizaremos como exemplo dessas situações do mercado de capitais, com a apresentação de jurisprudências de casos julgados recentemente. A dissertação se baseará em nosso Código Civil e a Lei nº 4.728/65. Mais especificamente, buscaremos respaldo no artigo 66-B da Lei nº 4.728/65 para que essa discussão seja realizada.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária; fungibilidade; bens móveis; 66-B; Lei nº 4.728/65.

ABSTRACT

ROSSIN, Giorgia Giocondo Lopes. **Conventional Fungibility in Fiduciary Alienation of Movable Assets by the Applicability of Art. 66-B of Law No. 4,728/65.**

The present work aims to study the possibility of the constitution of fiduciary alienation on fungible assets and, if this is not possible, how it would be possible to “unfungibilize” a fungible asset. For that, this dissertation will use the historical context of the real guaranteed institutes, in addition to including a brief analysis of the concept in our legal system of real law. We will also bring as a background the concept of fungible goods and fungible goods. In addition, we will use these situations in the capital market as an example, with the presentation of jurisprudence of recently judged cases. The dissertation will be based on our Civil Code and Law nº 4,728/65. More specifically, we will seek support from article 66-B of Law No. 4,728/65 for this discussion to take place.

Keywords: Fiduciary Alienation; fungibility; movable property; 66-B; Law No. 4.728/65.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	Conceito de Garantias Reais.....	10
2	GARANTIAS REAIS	14
2.1	Penhor.....	14
2.2	Anticrese.....	16
2.3	Hipoteca.....	17
3	BENS FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS	19
3.1	Dos Bens.....	19
3.2	Bens Fungíveis.....	20
3.3	Bens Infungíveis.....	20
4	DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	22
4.1	Histórico.....	22
4.2	Conceito e Características.....	23
4.3	Requisitos da Alienação Fiduciária.....	25
4.4	Figura do Fiduciante.....	27
4.5	Figura do Fiduciário	28
4.6	Execução do Contrato de Garantia.....	29
4.7	Extinção da Propriedade Fiduciária.....	31
5	APLICABILIDADE DO ART. 66-B DA LEI DE MERCADO DE CAPITAIS E A FUNGIBILIDADE CONVENCIONAL	33
5.1	Impossibilidade de Alienação Fiduciária de Bens Fungíveis: debate doutrinário e jurisprudencial.....	33
5.2	Critérios para a Individualização.....	34
5.3	Análise do Art. 66-B do Código Civil.....	37
6	CONCLUSÃO	39
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

1.1. Conceito de Garantias Reais

Como contextualização para a discussão a ser tratada nos próximos capítulos é necessário inicialmente entender o conceito de direitos reais de garantia. Conforme indica Orlando Gomes, o direito real de garantia é o que confere ao titular do poder de obter o pagamento de uma dívida com valor ou a renda de um bem aplicado exclusivamente à sua satisfação.¹

Portanto, a garantia real seria um instrumento para assegurar o credor em caso de insolvência do devedor já que o bem dado por vínculo real é a garantia do recebimento do débito por ser esse bem ser pertencente ao patrimônio do devedor ou terceiro garantidor. Este conceito trazido aqui também está exposto no art. 1.419 do Código Civil: "nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação".

Ainda, quando uma dívida é garantida pela espécie de garantia real é a assegurado ao credor a preferência sobre o preço a ser apurado na venda judicial do bem devendo esta dívida ser paga prioritariamente. Isto fica ainda mais claro quando verificamos que na hipoteca ou penhor quando ocorre o inadimplemento da obrigação principal, o bem dado em garantia é levado à penhora e o saldo por ele alcançado é destinado ao pagamento da obrigação garantida por preferência o que, conseqüentemente, nos indica que os credores hipotecários e pignoratícios só terão direito ao que sobrar após o pagamento dos credores reais. Já no caso da anticrese o credor passa a deter a posse da coisa dada em garantia e com os frutos desta procura se pagar.

Desta forma conceituamos estas espécies como "direitos reais" pois há a vinculação do bem do devedor ou terceiro garantidor ao pagamento de uma dívida sem que o credor possa utilizar-se dele, mesmo no caso da retenção do bem. Também se desprende que os direitos reais de garantia são acessórios, isto é, dependem da

¹ GOMES, Orlando. Direito Civil: Direitos Reais, 19 ed. Atualizada Rio de Janeiro: Forense, 2008

existência de uma obrigação principal para existirem. Por fim também fica claro que nesse tipo de direito visa-se obter certa soma em dinheiro, ou seja, são direitos ao valor da coisa.

De toda forma, quando falamos de direitos reais de garantia é necessário observar alguns requisitos para que seja considerada uma garantia real válida: requisitos subjetivos, requisitos objetivos e requisitos formais.

Em relação aos requisitos subjetivos temos que além da necessidade de capacidade genérica para tal ato, no art. 1.420 do Código Civil há a previsão de que apenas o proprietário com livre disposição do bem poderá dá-lo em garantia de uma obrigação. Cabe aqui uma menção bastante importante quanto à capacidade de outorgar algo em garantia quando o detentor do bem for casado: quando não estamos numa situação de regime de comunhão de separação de bens, não pode o cônjuge gravar ônus real sobre bens imóveis sem o consentimento do outro cônjuge. Outro ponto importante no caso de a outorga da garantia ser realizada por pessoas jurídicas é necessário a autorização por ato da diretoria autorizado por órgão deliberativo, exceto nos casos em que os respectivos documentos estatutários dispuserem de modo contrário.

Importante notar que, caso seja realizada a execução do bem dado em garantia e, esta garantia tenha sido outorgada por um terceiro alheio à obrigação principal, se o produto resultante não for suficiente para satisfação total da dívida perante o credor, o terceiro estará desonerado o saldo remanescente será pago pelo devedor.

Nos requisitos objetivos, com base no art. 1.420 supracitado há a previsão explícita de que apenas bens suscetíveis à alienação poderão ser dados em garantia. Isto é, são nulas as garantias reais outorgadas sobre coisas fora do comércio, bens inalienáveis, bem de família, imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões.

Passando para os requisitos formais de uma garantia real, é necessário que ocorra a especialização e a publicidade. Estes requisitos são especialmente importantes para que o ônus real tenha eficácia perante terceiros e, tornando-se, assim, um direito real oponível *erga omnes*.

A especialização ocorre quando é descrito no contrato de garantia quais são as obrigações garantidas, isto é, indica-se algumas informações do contrato principal à qual aquela garantia está atrelada. A descrição das obrigações de garantidas estão descritas no art. 104 e 1.424 do Código Civil, sendo elas: o valor do crédito, prazo fixado para pagamento do débito, taxa de juros, e a especificação da coisa dada em garantia (falta de individualização do objeto descaracteriza a garantia). Quanto à publicidade do contrato esta é garantida pelo registro em registro imobiliário ou registro público, conforme o caso, e tradição caso se trate de um bem móvel.

Caso tais requisitos formais não sejam observados o contrato de garantia não será considerado nulo, porém também não será considerado juridicamente como um direito real pois vale apenas *inter partes*, sendo, portanto, um direito pessoal sem direito de preferência perante terceiros, figurando o credor apenas na condição de quirografário.

Passamos agora para uma breve contextualização a respeito do surgimento das espécies de garantia e seus tipos. No início da civilização humana o devedor de alguma obrigação respondia de forma moral, física e pessoal pelas suas dívidas. Nesse sentido temos:

Entre os egípcios, adjudicava-se ao credor a própria pessoa do devedor. Entre os hebreus, tomava-se ele escravo, bem como sua mulher e filhos, do seu credor. Entre os romanos, o credor podia prender o devedor, vendendo-o em três feiras sucessivas, ou, ainda, matá-lo, pois a Tábua III da Lei das XII Tábuas² assim prescrevia: *Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minuesve secuerunt, se fraude esto*, ou seja, o devedor respondia com o próprio corpo, sobre o qual incidia o poder do credor (DINIZ, 2020, p.520).

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*³ em 326 a.C. foi, então, transferido ao patrimônio material do devedor, desde que que proviessem de ato lícito, a garantia do adimplemento das obrigações perante o credor. Foi esse o marco inicial para a ideia

² **Lei das XII Tábuas:** Segundo a tradição, a Lex Duodecimum Tabularum foi promulgada no ano 452 a. C. e, surgiu como um dos objetivos dos plebeus que era o de acabar com a incerteza do direito por meio da elaboração de um código. (TABOSA, 1999, p. 22).

³ **Lex Poetelia Papiria:** Lei outorgada na República Romana que aboliu o acordo que indicava que o devedor dava como garantia de suas obrigações perante o seu credor a escravidão de si próprio ou de um membro de sua família sobre o qual ele possuía autoridade em extinção dos seus créditos, familiarmente conhecido como escravidão por dívida.

que possuímos hoje na qual a garantia de uma dívida liga-se ao patrimônio ou aos bens do devedor e não mais à vida e liberdade do indivíduo.

Ainda a respeito do desenvolvimento das garantias foram criadas duas espécies de garantia: (i) a fidejussória (pessoal) na qual o indivíduo que é estranho à obrigação principal obriga-se a pagar a dívida caso o devedor principal não o realize. Como exemplos de garantia fidejussória podemos citar a fiança e aval; e a (ii) real, que será a objeto de estudo deste trabalho. Nesse tipo o devedor principal ou um terceiro também alheio à obrigação principal destina todo ou parte de seus bens como garantia do cumprimento da obrigação principal.

Na antiguidade foi criado como tipos de garantia real a *fiducia* que não encontra equiparação com qualquer outro instrumento que conhecemos hoje haja visto que não logrou sucesso pois nesse tipo o devedor transmitia a seu credor o domínio do bem que, a princípio, lhe seria devolvido quando a obrigação fosse quitada. A questão é que não havia meios para garantir ao devedor e/ou terceiro garantidor que seu bem seria devolvido já que a propriedade do bem passava para o credor e não havia como garantir que o bem não seria alienado e, caso fosse, não poderia utilizar de uma ação reivindicatória contra o credor.

Na sequência, como forma de corrigir esse defeito foi criado o *pignus* o qual conferia ao credor a posse e não mais a propriedade do bem dado em garantia. Porém também havia algumas falhas nesse instrumento vez que apesar do credor não poder alienar o bem a deslocação da posse do objeto podia prejudicar o devedor e/ou terceiro garantidor caso o objeto dado em garantia fosse essencial no instrumento de seu trabalho.

Sob a influência dos gregos que utilizam a hipoteca, os romanos também começaram a utilizar-se desse instrumento pois foi a partir dele que ficou entendido que a posse do bem também permaneceria com o devedor e/ou terceiro garantidor, mas com este bem garantindo a dívida principal, não mais os prejudicando. Por fim surgiu a anticrese pela qual apesar da posse permanecer com o devedor, o credor poderia utilizar do objeto de forma a obter seus frutos como compensação do capital que estaria junto ao devedor. Fica, então, compreendido a origem das quatro figuras

de garantia real que existem hoje em nosso ordenamento: penhor, anticrese, hipoteca e a alienação fiduciária.

2. GARANTIAS REAIS

2.1. Penhor

A garantia real do tipo penhor possui como fundamento o art. 1.431 do Código Civil e define-se como a transferência efetiva de um bem móvel ou mobilizável que seja passível de alienação realizada pelo devedor ou terceiro garantidor ao credor de uma obrigação a fim de garantir o pagamento de um débito.

Como no penhor há a entrega da coisa ao credor, caso este não receba o pagamento da dívida poderá executar a garantia e realizar a penhora sobre o bem onerado. O produto resultante da venda judicial realizada será destinada ao credor para obter o pagamento de seu crédito. Como já antes explicado, por se tratar de uma garantia real, os demais credores existentes do devedor somente receberão às sobras que existirem do produto resultante após a quitação da obrigação com o credor real. Cabe, ainda, ressaltar que para que essa relação de preferência de crédito seja concretizada é necessário que o contrato de penhor esteja registrado no Cartório de Títulos e Documentos, como também mencionado acima nos requisitos para que o direito real seja reconhecido *erga omnes*.

Como características dessa modalidade de garantia real citamos: (a) que se trata de um direito real visto que há uma vinculação entre a coisa dada em garantia e o pagamento do débito; (b) é um direito acessório pois depende da existência de uma obrigação principal e, neste sentido, acompanha a obrigação principal de modo que se esta extinguir-se, prescrever ou for decretada nula também será o contrato de penhor. Há apenas uma exceção prevista no art. 1.433, II do Código Civil que autoriza o credor a reter o bem dado em garantia até que seja quitada todas as despesas devidamente justificadas ou os prejuízos sofridos por conta de vícios encontrados na coisa dada em garantia; (c) depende da tradição da coisa real para o credor na qualidade de depositário, exceto no caso de penhor rural, industrial, mercantil e de veículos no qual dispensa-se a posse do bem pelo credor com o devedor possuindo

a obrigação de guardar e conservar o bem; (d) em geral recai sobre coisa móvel, corpórea ou incorpórea sendo que, caso seja constituído o ônus sobre coisa fungível deverá ser individualizada; (e) exige a alienabilidade do objeto pois caso não seja quitada a obrigação principal o bem dado em garantia será alienado; (f) a propriedade do bem dado em garantia deverá ser do devedor principal ou do terceiro garantidor; (g) é nulo o pacto comissório; (h) é um direito real uno e indivisível, isto é, caso a dívida venha a ser amortizada não liberará parcialmente a coisa dada em garantia, exceto se estipulado o contrário no documento de garantia ou na quitação; e (i) é temporário sobrevivendo apenas enquanto o contrato principal estiver em vigência.

Essa modalidade de garantia real pode ser constituída por convenção que é quando o credor e devedor estipulam entre si a garantia conforme termos e condições acordados, conhecidamente como penhor comum ou convencional. Nesses casos deve ser realizado através de um contrato solene contendo, no mínimo, a identificação das partes, valor da dívida principal, descrição do bem onerado, taxa de juros e, no caso de penhor rural ou industrial, a menção da propriedade em que se encontra os bens emprenhados, devendo ainda este contrato ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos por qualquer das partes. Também poderá ser constituído por lei, conforme se verifica no art. 1.467 do Código Civil mediante requerimento do credor ao judiciário ou, caso haja perigo na demora poderá o credor tornar efeito o penhor antes de recorrer ao juiz, para a proteção de determinados credores de forma a garantir que o completo pagamento de quantias devidas, sendo esta espécie de penhor conhecido como penhor legal.

Cabe ressaltar ainda uma espécie de penhor, o penhor de direitos. Como indicado acima em geral constitui-se o penhor sob bens móveis, porém há a possibilidade de realização do ônus pignoratício sobre bens incorpóreos, isto é, sobre ações de sociedades anônimas, companhias de seguro, companhias aeronáuticas e de bancos de depósito. Patentes de invenções, ações negociadas em bolsas de valores ou no mercado futuro, direitos autorais e os direitos de crédito.

2.2. Anticrese

A anticrese é uma convenção na qual o credor retém um imóvel do devedor em compensação de uma dívida, seus frutos e rendimentos de forma a conseguir a soma do saldo devedor, sem, porém, o credor ter o direito de promover a venda judicial do bem dado em garantia. Nessa modalidade os frutos do bem podem ser imputados no (a) capital principal e nos juros; (b) nos juros; (c) sejam imputados primeiro nos juros e depois no capital; (d) sejam imputados primeiro no capital e depois nos juros; (e) sejam utilizados apenas no capital; ou (f) que o débito seja extinto, independente da quantidade dos frutos.

Deduz-se da anticrese, assim como já indicado no penhor, que é um direito real de garantia pois adere ao imóvel para a percepção de seus frutos, rendimentos ou utilidades pelo credor. Além disso o anticresista possui direito de preferência sobre outros credores quirografários do devedor ou terceiro garantidor, além dos frutos do bem dado em garantia não poderem ser penhorados por outros credores quirografários. Apesar do anticresista possuir a preferência supracitada sobre a execução do bem onerado, somente a terá para o capital necessário para solver seu crédito.

Ainda, nessa modalidade é necessário que as partes pertencentes à relação jurídica da garantia real tenham capacidade para dispor do imóvel e que o contrato seja constituído através de uma escritura pública com a obtenção do registro no Cartório Imobiliário competente. Também é necessário observar outros três requisitos da anticrese: (a) que o credor anticrético só poderá aplicar as rendas obtidas com a retenção do bem de raiz no pagamento da obrigação garantida; (b) o objeto a ser dado em garantia deverá ser uma coisa imóvel pois caso seja bem móvel deverá ser constituído através de penhor; e (c) requer que ocorra a tradição real do imóvel.

A extinção desta modalidade de contrato de corre do pagamento da dívida principal, pois como já explorado, um contrato de garantia é acessório ao contrato principal. Também ocorrerá a extinção pelo término do prazo legal que é de 15 (quinze) anos contados do registro do contrato de anticrese perante o Registro Imobiliário. Nessa situação da prescrição liberatória caso não tenha ocorrido a

quitação do pagamento do principal o credor deverá interpor ação própria para cobrar o remanescente do seu crédito. Por fim, há a extinção quando do perecimento do bem anticrético, pela desapropriação, pela renúncia, pela execução de outros credores caso o anticrético não oponha direito de retenção e como última possibilidade pelo resgate do bem dado em garantia caso ocorra o pagamento antecipado da dívida principal.

2.3. Hipoteca

Contrário ao que ocorre na anticrese, na modalidade de hipoteca não ocorre a transmissão da posse do imóvel ou bem (que seja possível de ser hipotecável legalmente). Neste direito real de garantia há um direito sobre o valor da coisa onerado e não propriamente sobre sua substância.

Na hipoteca entendemos, então, que se trata de um negócio jurídico civil que requer a presença de dois sujeitos, ativo e passivo. Faz-se necessário realizar uma breve explicação a respeito da consideração de “negócio jurídico civil”, pois alguns autores como Carnelutti baseados nas definições de Pontes de Miranda, Caio M. S. Pereira, consideram o instituto da hipoteca como um instituto processual. Neste trabalho, alinhado ao entendimento de Maria Helena Diniz entenderemos que a hipoteca possui uma natureza civil devido à sua estrutura e efeitos, além do próprio Código Civil disciplinar a hipoteca em seus arts. 1.473 a 1.505.

Outra característica a ser observado é que o bem onerado deve ser de propriedade do devedor ou do terceiro garantidor que será o sujeito passivo no negócio jurídico civil. Ainda, assim como na anticrese, também é uma obrigação indivisível desde que não seja de outra forma convencionado pelas partes.

A hipoteca é constituída através de um contrato, disposição legal e sentença. Mas independentemente da forma de sua constituição há sempre um título ou documento que materializa a garantia sobre o bem.

Com relação aos efeitos relacionados à terceiros, uma vez registrado o contrato de penhor, produz efeitos *erga omnes*, ademais é lícita a realização de alienação do

imóvel hipotecado a terceiro sendo que o terceiro adquirente do imóvel se torna responsável pelo pagamento do crédito garantido já que a hipoteca se adere ao imóvel, acompanhando-o em todas as alterações. Para fins de esclarecimento, se o credor notificado por essa assunção de dívida não impugne em trinta dias. Cabe, porém, ressaltar que caso o adquirente não tenha se obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores poderá deixar o imóvel à ação dos credores para que estes realizem a execução judicial da coisa dada em garantia.

Por fim, nessa breve análise do instituto da hipoteca cabe realizar uma menção à remição hipotecária, isto é, o direito concedido à determinadas pessoas de liberar o bem dado em garantia mediante o pagamento da quantia devida independentemente do consentimento do credor. Esse direito é conferido ao credor sub-hipotecário, ao adquirente de um imóvel hipotecado, ao devedor da hipoteca ou aos membros de sua família e à massa falida.

Até o momento neste trabalho tratamos brevemente de três dos quatro institutos de garantia real que existem em nosso ordenamento jurídico. Resta, apenas, o estudo da alienação fiduciária que será tratado em maior quantidade de detalhes em capítulo próprio mais à frente neste trabalho.

3. BENS FUNGÍVEIS E INFUNGÍVEIS

3.1. Dos Bens

Os bens são considerados como os objetos das relações jurídicas que ocorrem entre pessoas naturais e jurídicas. Numa relação jurídica do direito subjetivo é necessário que seja realizado sobre um objeto que pode submeter ao poder dos sujeitos da relação.

No sentido ampliado, “bem” consiste em coisas nas relações reais, em ações humanas nas relações obrigacionais e em certos atributos de personalidade. No direito brasileiro o conceito de “coisas” é o mesmo do que “bem”, apesar de às vezes não existir correspondência de significados, conforme observa Clóvis:

A palavra coisa, ainda que, sob certas relações, corresponda, na técnica jurídica, ao termo bem, todavia dele se distingue. Há bens jurídicos, que não são coisas: a liberdade, a honra, a vida, por exemplo. E, embora o vocábulo coisa seja, no domínio do direito, tomado em sentido mais ou menos amplo, podemos afirmar que designa, mais particularmente, os bens que são, ou podem ser, objeto de direitos reais. (BEVILÁQUA, 1976, p. 152).

No Código Civil de 2002 há uma escolha do legislador na utilização no vocábulo “bem” na parte geral evitando-se a utilização de “coisa”, o que não era o caso no Código Civil de 1916.

Desta forma, entende-se como bem, conforme indica Carlos Gonçalves “Bens, portanto, são coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis”⁴.

Com o conceito de “bem” estabelecido nas relações jurídicas, passaremos para a análise da classificação de bens fungíveis e bens infungíveis.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, DIREITO CIVIL BRASILEIRO, volume 1: Parte Geral, 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2022, p. 201

3.2. Bens Fungíveis

O art. 85 do Código Civil indica que bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Como exemplos dessa classificação podemos citar dinheiro e os gêneros alimentícios.

A característica da fungibilidade é própria de bens móveis pois somente nesse tipo de bem pode ser obtida a equivalência dos substitutos. Apesar de ser característico dos bens móveis a fungibilidade também pode alcançar bens imóveis.

Tratamos a fungibilidade como resultado de uma comparação entre dois bens que se consideram equivalentes e, desta forma, podem ser substituídos porque são idênticos, econômica, social e juridicamente.

Há, porém, a possibilidade de a fungibilidade ser decorrente da vontade das determinadas partes de um negócio jurídico. Por exemplo, moeda é um bem fungível, porém que pode se tornar um bem infungível caso possua características específicas que a sim a tornem para um colecionador.

3.3. Bens Infungíveis

No caso de bens infungíveis não há em nosso ordenamento o conceito como ocorre com bens fungíveis. Isso ocorre principalmente devido à orientação utilizada do Código Civil de apenas conceituar aquilo que é indispensável e, desta forma, não faz menções negativas.

Apesar de não haver um conceito explícito no Código Civil, com a indicação do que é um bem fungível podemos consequentemente verificar qual é o conceito de bens infungíveis. Ora, se bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, os bens infungíveis, por sua vez, são aqueles que não podem ser trocados por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Isto porque esses bens possuem características únicas que os diferenciam e os tornam individuais. Como exemplo de bens infungíveis citamos as

obras de arte. Nenhuma reprodução realizada até mesmo pelo próprio artista será equivalente à obra original.

Cabe, porém, indicar que, apesar de existirem as definições de bens fungíveis e bens infungíveis não se pode sempre garantir a determinação da característica do bem já que ele pode ter sua condição alterada, como no exemplo trazido acima da moeda: em via de regra trata-se de um bem fungível, mas pode tornar-se infungível devido à sua raridade.

Feita esta breve divagação a respeito da possibilidade da alteração da caracterização do bem, também não podemos esquecer da importância dessa diferenciação. Há diversas relações jurídicas que contam com essa classificação para que tenha o resultado desejado. Por exemplo na distinção entre mútuo e comodato. Enquanto este recai apenas sobre bens infungíveis, aquele é utilizado para bens fungíveis.

Outro ponto importante de ser mencionado é que credor de coisa infungível não pode ser obrigado a receber outra coisa, mesmo que tal bem a ser dado seja mais valioso, conforme se verifica no art. 313 Código Civil. Por fim mencionamos que, a compensação, forma de pagamento indireto, efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

4. DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

4.1. Histórico

O negócio fiduciário teve seu início com os romanos com as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia creditore*, aquele era somente um contrato baseado na confiança e não propriamente um contrato de garantia como se conhece hoje, na época tratava-se de um negócio jurídico no qual o fiduciante alienava determinados bens de sua propriedade a um amigo sob a condição desses bens serem restituídos assim que cessassem algumas circunstâncias como, por exemplo, o risco de morte em guerra, viagem, dentre outros. Já a *fiducia creditore* continha um caráter de garantia pois nessa situação havia a venda dos bens pelo devedor ao credor com a condição de recuperá-los dentro de determinado prazo caso o débito fosse pago.

Estas duas modalidades histórica se caracterizavam pela transferência do bem ou direito para determinado fim com o credor tendo a obrigação de restituí-lo ao alienante depois de cumprido o objetivo desejado.

No Brasil, com o movimento de industrialização a partir de 1930 e pela recessão que passamos em 1960, o governo decidiu por um plano de ação econômica objetivando acelerar o ritmo de desenvolvimento, conter a inflação e promovendo reformas sociais. Nesse plano havia o estímulo a empresa privada e, para tanto, foi necessário uma nova estrutura econômico-jurídica. Nesse contexto surgiu o mercado de capitais que é constituído por operações e instituições destinadas a angariar recursos objetivando transferi-los para os setores de produção, comércio e indústria.

Como forma de criar uma nova estrutura econômico-jurídica foram promulgadas as leis nº. 4. 728/65, o Decreto-Lei n. 911/69, a Lei n. 6.071 /74, a Lei n. 9.514/97 (arts. 22 a 33) e a Lei n. 10.931/04, as quais regem a estrutura da alienação fiduciária em nosso ordenamento, resgatando a *fiducia cum creditore* dos romanos.

Com o advento da Lei de Mercado de Capitais (Lei nº. 4. 728/65) instituiu a alienação fiduciária como forma de atender à política de crédito e de emprego de capitais através de títulos e valores mobiliários para que recursos de capitais

disponíveis sejam aplicados de forma segura na busca da melhora as operações de crédito.

Em nosso Código Civil a propriedade fiduciária está prevista nos arts. 1.361 a 1.368 de forma genérica sendo aplicado de forma subsidiária à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis com aquilo que não for compatível com as normas supracitadas que a regem.

4.2. Conceito e Características

O instituto da alienação fiduciária em garantia caracteriza-se pela transferência pelo devedor ou terceiro garantidor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou fungível ou até mesmo de um bem imóvel como garantia de uma obrigação principal como forma de garantir o direito do devedor com o adimplemento da dívida garantida.

Como forma de exemplificar esse instituto, imaginamos uma situação hipotética na qual um determinado sujeito “X” (aqui tanto uma pessoa física quanto jurídica) deseja adquirir um objeto ou financiar um projeto, mas por não possuir o capital necessário acaba por buscar uma instituição financeira “Y” para lhe fornecer o investimento necessário. Em contrapartida “Y” recebe a propriedade fiduciária de “X” sobre determinado bem “A” como garantia de que “X” irá repagar o capital emprestado. Desta forma temos que “Y” terá a propriedade e posse indireta de “A”.

A relação acima descrita como exemplo da alienação fiduciária é um negócio jurídico composto por duas relações jurídicas, a obrigacional referente ao capital emprestado que deverá ser repaga e outra relação real que é representada pela garantia outorgada.

A relação real é subordinada à obrigação original vez que quando ocorre a quitação integral do débito o alienante que realizou a transferência da propriedade fiduciariamente readquire-a com o pagamento da obrigação principal. Desta forma fica claro que sobre o direito do fiduciário aplica-se as normas relativas à propriedade resolúvel, conforme arts. 1.359 e 1.360 pois o alienante quando concorda com a

realização do contrato de garantia busca recuperar o domínio da coisa dada em garantia quando cumprida a obrigação original.

Aqui difere-se do penhor já antes explorado neste trabalho pois, diferentemente do que ocorre na garantia real do penhor, na qual há a transferência ao credor do domínio sobre o bem, embora o alienante ainda permaneça com a posse direta, na alienação fiduciária o devedor ou terceiro garantidor transmite a propriedade do bem ao credor que passa, então, a possuir direito real na coisa própria e não direito real de garantia sobre coisa alheia, como ocorre no penhor.

Ainda, como antes indicado além de se tratar de um negócio jurídico, a alienação fiduciária possui outras características, conforme elencado abaixo:

1. É um negócio **bilateral**, já que gera obrigações tanto para o alienante quanto para o alienado;
2. É **oneroso**, pois há benefício mútuo à ambas as partes pertencentes do negócio jurídico pois é garantia do pagamento da dívida ao credor e, também é assecuratório ao adquirente;
3. É **acessório**, assim como já antes apresentado neste trabalho, toda garantia dependente de uma obrigação original para existir;
4. É **formal**, pois precedente de um instrumento escrito, público ou particular;
5. É indivisível já que a amortização da dívida principal não gera a liberação parcial da garantia exceto se assim disposto no instrumento celebrado entre as partes.

Com essas características da alienação fiduciária em mente, passaremos agora para a diferenciação dos institutos da “propriedade fiduciária” e da “alienação fiduciária”. A primeira é prevista nos arts. 1.361, §§ 1º a 3º e se trata de um direito real pelo qual há a transferência da propriedade resolúvel do bem imóvel ou móvel infungível para o credor de forma a garantir uma concessão de crédito com a restrição

dos poderes do proprietário fiduciário. Assim como na alienação fiduciária é necessário que a propriedade fiduciária seja regida por um instrumento público ou particular e que seja levado a registro nos cartórios competentes. Nesse sentido podemos desprender que com a constituição da propriedade fiduciária o devedor ou terceiro garantidor passa a ter a posse direta da coisa dada em garantia e o credor figura como possuidor indireto e proprietário resolúvel, podendo, inclusive, interpor de ação de reintegração de posse, da reivindicatória e até mesmo da ação de busca e apreensão.

4.3. Requisitos da Alienação Fiduciária

Neste subcapítulo iremos iniciar uma breve análise dos requisitos essenciais para que seja constituída uma alienação fiduciária exequível e que cumpra com sua destinação econômica.

Como requisitos subjetivos temos que qualquer pessoa natural ou jurídica pode alienar um bem em garantia, não sendo, portanto, um instituto exclusivo de particulares e pessoas jurídicas de direito público. Essas pessoas devem, ainda, possuir capacidade genérica para atos da vida civil e capacidade de disposição e, desprende-se disso que o alienante deve possuir o domínio sobre a coisa dada em garantia e, conseqüentemente, o poder de livremente dispor-se dela. Uma breve exceção nesse ponto é que o alienante que ainda não possua a propriedade poderá constituir a alienação fiduciária sobre o bem desde que venha a adquirir este bem futuramente. De qualquer forma, a alienação fiduciária sobre esta coisa dada que ainda não pertencia ao alienante somente terá efeitos a partir do momento que ocorre a aquisição.

Também cumpre ressaltar que a alienação fiduciária não é incompatível com outras garantias prestadas perante a obrigação original já as garantias adicionais não recairão sobre os bens já alienados. Deste modo, é completamente possível que existe, por exemplo fiança ou aval, conforme o caso, e que caso este garantidor fidejussória realize o pagamento da dívida principal, acaba por se sub-rogar nos direitos do crédito e na propriedade fiduciária, conforme se verifica no art. 1.368 do Código Civil.

Quanto aos requisitos formais entende-se que essa modalidade de garantia incide sobre bem móvel e infungível e, também de coisa móvel fungível. Mais a frente neste trabalho iremos tratar em maiores detalhes a respeito da alienação fiduciária de coisa móvel fungível e títulos de crédito no âmbito do mercado financeiro, conforme previsto pelo art. 66-B, § 3º da Lei n. 4.728/65. Ainda, com a Lei n. 9.514/97 ocorreu a regulamentação de alienação fiduciária de coisa imóvel, tanto concluído como em construção.

O instituto da alienação fiduciária é bastante amplo nos bens que podem ser dados em garantia pois também abrange os direitos reais, direitos sobre coisas imateriais e assunção de obrigações abstratas. Nesse sentido citamos a transmissão de crédito através da cessão fiduciária.

Como já antes apresentado, como requisito formal há a necessidade da constituição de instrumento escrito, seja ele público ou privado, e que seja levado a registro perante os cartórios competentes para que tenha efeito *erga omnes*. Assim como em outras modalidades de garantias já antes exploradas neste trabalho há a necessidade de constar no contrato de garantia as descrições das obrigações garantidas, sendo elas: o total da dívida, prazo de pagamento, cláusula penal, taxa de juros, atualização monetária e descrição do objeto da alienação fiduciária e elementos de sua identificação.

A respeito da identificação e individualização do bem dado em garantia temos o §1º do art. 66-B da Lei n. 4.728/65: "se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor". Caso o bem dado em garantia possua a identificação necessária o ônus da prova não mais recairá sobre o credor e poderá reavê-lo perante o proprietário fiduciante.

4.4. Figura do Fiduciante

A parte que figura como fiduciante pode ser tanto próprio devedor da obrigação original quanto um terceiro garantidor alheio à obrigação principal. De todo modo, a figura do fiduciante deverá permanecer com a posse direta da coisa alienada, conservando-a na qualidade de depositário. Nada impede, porém, que o fiduciante utilize-se do bem que está onerado, porém à suas expensas e possíveis riscos. Aqui entra uma das obrigações mais importantes do fiduciante, o de manter e conservar o bem alienado, não só contra terceiro, mas também, em relação a si próprio.

Como forma de garantir que o bem está de fato sendo bem guardado há a previsão de permitir que o credor sempre que desejar, realize uma fiscalização no estado bem onerado.

Também caberá ao fiduciante garantir a eficácia do contrato de garantia e, para tanto, cabe a ele a obrigação de levar a registro o documento. Além do previsto anteriormente a respeito da obrigação do arquivamento para que a garantia possua efeitos *erga omnes* e seja oponível à terceiro, ainda nada foi mencionado sobre quando ocorre quitação da dívida e, conseqüentemente, o que fazer em relação ao registro. Assim sendo, quando da quitação da obrigação, além da restituição simbólica do objeto também será necessário que prossiga com a baixa do registro no cartório competente no qual havia sido realizado o arquivamento do documento. No caso específico da alienação de coisa imóvel será necessário para que seja realizada a baixa do contrato e o posterior cancelamento do ônus na matrícula, que o credor forneça um termo de quitação dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados da data de liquidação.

Caso o credor se recuse a receber o pagamento da dívida ou de dar plena quitação, caberá ao fiduciante a interposição de uma ação em consignação em pagamento que servirá como título liberatório e de recuperação do bem alienado, além de purgar a mora.

Além disso o fiduciante temo dever de quando quitada integralmente a obrigação principal reivindicar a coisa dada em garantia de forma a não permitir que

o fiduciário se recuse a entregar a posse indireta do bem. Ainda, numa possível execução da dívida decorrente do inadimplemento da obrigação principal, o fiduciante tem o direito de receber o saldo remanescente após a venda da coisa caso esta seja realizada em valor superior ao valor da dívida acrescida de juros e despesas incorridas. O contrário também acaba por atingir o fiduciante pois, caso na venda judicial não seja alcançado o valor necessário para o pagamento da dívida principal e custos adicionais (juros e despesas incorridas), permanecerá o fiduciante obrigado pessoalmente a realizar o pagamento do remanescente da dívida.

Por fim, como já antes apresentado, no âmbito da alienação fiduciária o credor passa a figurar como possuidor indireto e, desta forma, cabe ao fiduciante transmitir os direitos de que seja titular sobre o bem onerado conjuntamente às respectivas obrigações.

4.5. Figura do Fiduciário

Além do fiduciante possuir obrigações e direitos, o fiduciário na relação do negócio jurídico também possui alguns requisitos a observar. Uma das principais obrigações é de permanecer como o proprietário *pro tempore*, já que o credor somente terá a propriedade durante o prazo que sobreviver a obrigação principal.

Também é uma obrigação do fiduciário reivindicar o bem alienado contra terceiros, desde que o documento esteja registrado, e contra o próprio alienante. Há além dessa obrigação o dever de o fiduciário realizar a venda da coisa dada em garantia nos casos em que não ocorra a quitação da obrigação principal, com a consequente declaração do vencimento da dívida. Por outro lado, caso seja reconhecido o pagamento da dívida cabe ao fiduciário restituir o domínio do bem gravado bem como reconhecer a quitação da obrigação.

Relacionado a este dever de realizar a execução da garantia real, quando da venda deverá utilizar o saldo obtido no pagamento do principal acrescido do pagamento acessório decorrente dos juros e despesas incorridas. Caso após esse pagamento reste algum saldo remanescente, o credor tem o dever de entregar a quantia ao devedor.

Já mencionamos a questão da necessidade de individualização dos bens dados em garantia, conforme ordena o art. 66-B, § 1º da Lei de Mercado de Capitais, porém caso não seja possível a identificação individualizada dos bens de sua propriedade caberá ao credor a obrigação de provar perante terceiros a identidade da coisa dada em garantia.

Concluimos, após essa explicação que muitas das obrigações e deveres do fiduciário são complementares aos direitos e deveres do fiduciante, existindo uma relação clara entre eles típica de um contrato bilateral.

4.6. Execução do contrato de garantia

Anteriormente durante todo esse trabalho mencionamos à execução do contrato de garantia de direito real. Aqui trataremos com maiores detalhes o que deverá ser entendido quando mencionado tal termo. Primeiro é importante pontuar que devido ao pacto comissório o credor não pode ficar com bem alienado mesmo em uma situação de inadimplemento da obrigação principal. Porém não pode o credor permanecer com o ônus de não receber o valor da obrigação. Desta forma foi necessário estipular a execução da garantia que, nada mais é, do que realizar a venda judicial ou extrajudicial à terceiros de forma a aplicar o saldo obtido na solução do crédito principal e demais despesas adicionais.

Para que esse processo de execução se inicie é necessário que o credor declare a mora do fiduciante através de uma notificação ou protesto do documento registrado perante o cartório competente. Para que seja comprovada a mora é necessário apenas a entrega de tal notificação ou carta no endereço do devedor.

Após a entrega do documento de declaração de mora o credor poderá prosseguir com o pedido de busca e apreensão do bem alienado, a qual deverá ser concedida liminarmente. Com a comprovação da mora ou inadimplemento, será despachada a petição inicial e já se executa a liminar da apreensão do bem. Posteriormente será citado o devedor para que apresente dentro do prazo legal sua contestação ou requerer a purgação da mora.

Após 5 (cinco) dias da liminar será consolidada a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem ao patrimônio do credor. Aqui não mais há a características de proprietário *pro tempore* do credor, mas sim de propriedade plena do bem. No mesmo prazo de 5 (cinco) dias o devedor poderá realizar o pagamento integral da dívida conforme valores indicado na inicial do credor. Caso seja esse o caso, o bem será restituído livre de ônus ao devedor.

O devedor deverá no prazo de 15 (quinze) dias da execução da liminar apresentar sua contestação, mesmo no caso de quitação da dívida caso tenha o entendimento que realizou o pagamento de valor impróprio ao de fato que deveria ter sido considerado como o valor da dívida.

Na sequência deverá o magistrado prolatar a sentença que deverá observar alguns pontos, o primeiro é que caso antes da prolação da sentença o credor já tenha alienado o bem dado em garantia já tenha sido alienado, será condenado o credor ao pagamento de multa em favor do devedor. Outro ponto é que caso não tenha sido apresentada contestação ou purgação o magistrado deverá apresentar a sentença. Caso seja essa a situação o domínio e a posse do bem alienado será considerado definitivamente do credor que, então, deverá prosseguir com a venda judicial ou extrajudicial.

Se o produto alcançado pela venda não tenha sido suficiente para a quitação da dívida, o devedor permanecerá obrigado pelo remanescente do valor. Assim, o credor poderá interpor uma ação de execução do restante do saldo devedor.

Em casos que não seja possível localizar o bem onerado, lembrando que o bem na alienação fiduciária permanece como o possuidor direto o devedor, deverá ser interposto pelo credor uma ação de depósito e não mais um de busca e apreensão. Na ação de depósito deverá ser citado o devedor para que este apresente o bem ou em caso impossível entregue o equivalente em dinheiro dentro de 24 horas, sob pena de ser declarado depositário infiel.

Cabe ao credor a possibilidade de intentar em substituição da ação de busca e apreensão uma ação de executiva ou executiva fiscal, conforme o caso, contra o próprio fiduciante ou até mesmo contra seus avalistas/fiadores ou credores. Nessa situação a penhora recairá sobre qualquer bem do devedor e não sobre a coisa dada em garantia. Caso a dívida do fiduciante venha a ser paga por um terceiro garantidor este, então, se sub-rogará como credor do devedor.

Por fim, caso o devedor venha a declarar falência antes da quitação da obrigação principal ser quitada, o credor poderá pedir contra a massa falida a devolução da coisa alienada. Caso seja o credor a massa falida, o fiduciante poderá ao realizar o pagamento do débito através de uma ação de consignação e exercerá contra a massa falida a pretensão restitutória, com a conseqüente separação do bem alienado que retornará livre de ônus ao patrimônio do devedor ou terceiro garantidor.

4.7. Extinção da propriedade fiduciária

A extinção do contrato de alienação fiduciária ocorre, conforme previsto no art. 1.436 do Código Civil, em algumas situações. A primeira, e mais clara situação, é com a extinção da obrigação principal, porque como já visto, a garantia é apenas acessória à dívida e a acompanha.

A dívida também será considerada vencida nos casos em que o bem dado em garantia vier a se deteriorar e o devedor ou terceiro garantidor não a substituir ou reforçá-la nas hipóteses em que a deterioração decorra de culpa do devedor ou terceiro garantidor. Ocorrerá a extinção do contrato também na situação de perecimento do bem dado em garantia. ocorra o perecimento da coisa alienada.

O credor também poderá por si próprio ou por acordo comum entre as partes renunciar a garantia outorgada mesmo que o crédito principal ainda persista. Por fim também se cita como meio de extinção a adjudicação judicial, remição, arrematação ou venda extrajudicial, desapropriação da coisa alienada fiduciariamente, a confusão ou por implemento de uma condição resolutiva a que o domínio do alienante estava subordinado sem que antes cesse o escopo da garantia.

Qualquer que seja a situação da extinção do contrato de garantia real deverá prosseguir com o cancelamento do registro realizado no cartório competente conforme já antes citado.

5. Aplicabilidade do 66-B e a Fungibilidade Convencional

5.1. Impossibilidade de Alienação Fiduciária de Bens Fungíveis: debate doutrinário e jurisprudencial

Anteriormente neste trabalho quando foi apresentado conceito de alienação fiduciária foi indicado que, segundo o entendimento de Maria Helena Diniz, haveria a possibilidade de realizar a “infungibilização convencional”, isto é, através do acordo entre as partes e a individualização da coisa dada em garantia seria possível a transformação de um bem fungível em bem infungível.

Nesse sentido temos:

A fungibilidade, ou não, de determinado bem, portanto, resulta de sua individualização. Nada obsta, entretanto, que a vontade das partes venha a tornar infungíveis certas coisas fungíveis. Isto é, a intervenção humana poderá ser critério determinante na classificação dos bens. (FARIA e ROSENVALD, 2018, p.570).

Na jurisprudência inclusive tem-se defendido com uma certa frequência que, apesar da fungibilidade estar ligada à própria natureza do bem, seria possível ocorrer a sua individualização. Vejamos:

Notadamente, a infungibilidade - diversamente da fungibilidade - pode ser objeto de convenção das partes, que podem, assim, individualizar o bem por ocasião da celebração do contrato de compra e venda - quer pela exteriorização de marcas, sinais ou número de série, quer por alguma outra forma vislumbrada pelo credor -, em cujo interesse se dá a medida.” (REsp 1101375/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 01/07/2013)

A doutrina tem entendido que as partes podem, por vontade, tornar infungíveis coisas fungíveis, conquanto o inverso nem sempre seja possível, pela própria natureza do objeto.” (REsp 1727934/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Essa discussão a respeito da possibilidade de “infungibilizar” do bem cresceu bastante na jurisprudência e doutrina a partir da publicação da Lei nº. 4.728/1965, com a inserção do ônus da prova ao credor nos casos em que não fosse identificado por números, marcas e sinais no contrato de garantia os bens que estivessem com o devedor.

A princípio havia diversas críticas a respeito da possibilidade de alienar um bem fungível, partindo do pressuposto de que como o contrato de alienação fiduciária também instituiu o depósito, caso trate-se de um bem fungível estaria ocorrendo um depósito irregular que na verdade estaria sendo regulado pelo mútuo.

Além dessa crítica também se verificam outras como: a falta de confirmação de que o bem a ser devolvido seria de fato o exato bem que foi dado em garantia, na exposição de terceiros ao risco da perda do bem adquirido, dentre outros pontos.

Com o passar dos anos, porém, a doutrina e jurisprudência, conforme apresentado anteriormente, passaram a acatar a possibilidade de alienação de bens fungíveis, principalmente devido ao fato da própria legislação admitir tal possibilidade em nosso ordenamento jurídico.

Admitindo, então, que seja possível tornar um bem fungível infungível passamos para o próximo ponto que é bastante sensível: definir quais critérios seriam suficientes serem adotados para que de fato seja alcançado o efeito da individualização do bem.

5.2. Critérios para a Individualização

Quando se trata de bens que não são identificados “*exteriorização de marcas, sinais ou número de série*”, como menciona o julgado do Ministro Luis Felipe Salomão – no caso, *crude oil and byproducts* – torna-se mais complexa a individualização.

Embora não exista precedentes específicos quanto aos bens não identificados é possível inferir algumas diretrizes de outros casos por analogia. Nesse sentido podemos citar um precedente específico que trata de insolvência em que se discutia a sujeição (ou não) do crédito aos efeitos da recuperação judicial⁵. O ponto principal que analisaremos deste julgado será referente ao critério de individualização adotado

⁵ TJSP; Agravo de Instrumento 2078905-92.2017.8.26.0000; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 04/10/2017; Data de Registro: 13/11/2017

no caso daquele ativo, que que era uma commodity e, também, tem uma dificuldade inerente de individualização, parece ter sido a indicação/delimitação física da localização do ativo.

Na decisão agravada o objeto de garantia havia sido devidamente especificado em anexo I do contrato firmado entre as partes, constando que seria prestada em garantia fiduciária:

Toda produção presente e futura, em escala comercial ou não, de minério de ferro, **relativa às Concessões de Lavra e resultante das Jazidas de minério de ferro do Alvo operadas na região do Amapá, Brasil** [...]. Como se vê, a garantia prestada abrange a totalidade da produção de ferro, presente e futura, de titularidade da agravada, **extraída de região específica do país**. Assim, qualquer minério de ferro extraído nessa região e de propriedade da devedora agravada será objeto de garantia, razão pela qual se trata de bem identificável e específico. (grifos nossos) (TJSP; Agravo de Instrumento 2078905-92.2017.8.26.0000; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 04/10/2017; Data de Registro: 13/11/2017)

Ainda como outra possibilidade de auxílio para a “infungibilização” de bens que por natureza seriam considerados fungíveis que poderia contribuir para o reconhecimento da individualização é a contratação de um serviço de monitoramento da garantia.

Apesar dessas indicações favoráveis trazidas da jurisprudência também há pontos controversos pois em outro julgado específico de recuperação judicial no qual discutia-se a venda de grãos entregues pelo devedor em alienação fiduciária de forma a garantir determinados contratos de crédito.

Nessa situação inclusive existia um agente de garantia responsável pela guarda e conservação dos grãos, considerou-se que o fato de haver cláusulas contratuais prevendo a substituição da garantia caso esta venha a se deteriorar ou caso o produto não apresente certas características militar em desfavor da pretensão de “infungibilização”:

A contratação, pela agravante, de empresa responsável pelo armazenamento, guarda e conservação dos grãos recebidos em garantia, respeitado o convencimento contrário, não é capaz de afastar a conclusão

sobre a sua natureza fungível. [...] Tal como precisamente constatou o d. Procurador de Justiça oficiante, a afastar, de vez, a infungibilidade, **há cláusulas que preveem a substituição dos grãos caso estes venham a se deteriorar e não apresentem determinado percentual de óleo, o que reforça a tese da fungibilidade.** (grifos nosso) (TJSP; Agravo de Instrumento 2200333-70.2019.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guaíra - 1ª Vara; Data do Julgamento: 11/02/2020; Data de Registro: 19/02/2020)

Assim, embora a matéria ainda não apresente referenciais jurisprudenciais muito claros, podemos extrair destes casos já enfrentados pelas Câmaras Especializadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo alguns pontos de atenção, sendo o principal deles quanto à análise específica da alienação fiduciária de bens fungíveis que além disso são consideradas consumíveis.

Nesse sentido temos o julgamento dos Embargos de Divergência do Recurso Especial n. 19.915/MG julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça no qual se estabeleceu a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis. Este julgado é de extrema importância pois além de nortear o entendimento adotado pelo STJ nos próximos julgados sobre essa questão, também vão de encontro ao que havíamos entendido até o momento com a análise da doutrina, pela qual entendíamos ser possível “infungibilizar” bens fungíveis.

Vejamos o julgado resultante do processo supracitado:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. BENS FUNGIVEIS CONSUMIVEIS. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A 2ª Seção da Corte, competente no tema, por maioria **uniformiza seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis)**. II - É missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça apaziguar a jurisprudência revolta, buscando a melhor exegese do direito federal infraconstitucional. Para a realização desse objetivo, em primeiro lugar deve uniformizar a sua própria jurisprudência.152 (grifos nossos). (EResp 19.915/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/1992, DJ 17/12/1992, p. 24207).

Nesse julgado específico os fundamentos principais são dos ex-ministros Salvo de Figueiredo e Athos Carneiro, para eles bens fungíveis e consumíveis são destinados a comercialização e, portanto, podem ser destruídos de imediato com as vendas constantes já que, por vezes, a própria movimentação desses bens é a atividade do devedor. Desta forma, devido a alta probabilidade de destruição haveria

a consequente impossibilidade de o devedor cumprir com seu dever de ser um fiel depositário, característica esta já explorada nesta dissertação como sendo uma das principais obrigações e deveres do alienante.

Nesse sentido trazemos o posicionamento doutrinário de Carlos Roberto Gonçalves:

No regime anterior admitia-se a alienação fiduciária de bens fungíveis, que não fossem consumíveis, ainda que por destinação. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, competente no tema, uniformizou, todavia, seu entendimento proclamando a inadmissibilidade da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). O novo Código Civil é incisivo nessa questão e restringe à coisa móvel infungível o objeto da propriedade fiduciária.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 440)

5.3. Análise do Art. 66-B do Código Civil

Como principal aliado da alienação fiduciária de bens móveis fungíveis, sejam eles combinados de outra característica ou não, está o §3º do art. do art. 66-B da Lei nº. 4.728/1965, vejamos:

§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. (grifos nossos).

Ora, nossa legislação é bastante clara quando indica que a alienação fiduciária de bens fungíveis é completamente compatível com nosso ordenamento jurídico. Porém entendemos a importância da realização do debate, principalmente à luz do §1º do artigo 66-B da Lei n. 4.728/1965, quando incluiu a previsão do ônus da prova ao credor dos bens alienados que estivesse com o devedor nos casos que não pudessem os objetos serem identificados por números, marcas e sinais.

Entendemos que mesmo analisando o §1º do artigo 66-B da Lei n. 4.728/1965 não há qualquer desejo do legislador de proibir a alienação fiduciária de bens

fungíveis, muito pelo contrário, ele fez questão de incluir de forma explícita a previsão legal para que tal alienação fosse realizada apenas com a ressalva do ônus da prova ao credor nessas situações.

Nesse sentido não haveria nem mesmo a necessidade de “infungibilizar” bens fungíveis para que então corresse a alienação fiduciária já que é permitido por lei que bens fungíveis fossem, também, alineados. Portanto, em nosso entendimento, aqui explorado não haveria dúvidas, tanto técnicas quanto jurídicas para que não seja possível a realização de alienação fiduciária sobre bens fungíveis ou até mesmo a necessidade de “infungibilizar” bens fungíveis para que então seja realizada a garantia através da alienação fiduciária.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto neste trabalho entendemos que havia alguns pontos que foram necessário serem tratados a fim de chegar a nossa conclusão.

Primeiramente foi de extrema importância nos capítulos iniciais apresentar alguns conceitos importantes para contextualização do assunto que seria tratado. Trazemos no início desta dissertação a apresentação do conceito de garantias reais e os tipos de garantias reais, além de seus desenvolvimentos históricos ao longo do tempo. Além disso também trouxemos o conceito sobre bens e bens fungíveis e infungíveis.

Entendemos ser importante a realização desta contextualização já que esses conceitos são utilizados durante todo o trabalho e serviria como uma boa base para que nosso leitor, seja quem for, pudesse acompanhar o desenvolvimento da discussão realizada aqui. Feito essa breve análise também focamos com bastante esforço no nosso principal instrumento analisado: a alienação fiduciária.

Posterior a essa contextualização chegamos ao principal ponto de discussão que essa dissertação buscava entender e apresentar nosso entendimento: é possível realizar a alienação fiduciária de bens fungíveis ou seria necessário realizar a “infungibilização” desse bem?

Ora, como explicado anteriormente entendemos que independente da possibilidade da alienação de bens fungíveis é possível, desde que acordado entre as partes, individualizar um bem dado em garantia que a princípio seria considerado como fungível.

Como forma dessa “infungibilização” trouxemos no desenvolvimento deste trabalho algumas possibilidades, como indicação/delimitação física da localização do ativo conforme entendimento jurisprudencial trazido no Agravo de Instrumento 2078905-92.2017.8.26.0000.

Além da possibilidade individualizar com a delimitação física também poderia ser utilizado a contratação de um serviço de monitoramento. Como também explicado anteriormente essa possibilidade não é pacificado em nossa jurisprudência, mas não deixa de ser uma possibilidade de “infungibilização”.

Também fizemos uma breve análise quanto aos bens fungíveis na modalidade consumíveis. Neste ponto a jurisprudência é um pouco mais concisa devido ao julgamento do STJ EREsp 19.915/MG, no qual foi instituído que não seria possível a realização de alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis, devido às características intrínsecas desses bens. Porém no decorrer desse trabalho foi possível verificar, com base no §1º do art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais que mesmo que não seja possível “infungibilizar” esses bens, e aqui também discordamos já que entendemos, com base na análise doutrinária, que desde que seja do desejo das partes seria possível individualizar bens fungíveis, seria possível onerar bens fungíveis.

Assim, acreditamos que, conforme pesquisa aqui apresentada é desejo do legislador com a Lei de Mercado de Capitais e, subsidiariamente com o Código Civil, quando incluído tal redação que a alienação possa recair sobre os bens fungíveis com a ressalva de que será do credor o ônus da prova de comprovar que o devedor está com a posse do bem onerado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de.; FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Código Civil. v. 15. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Decreto Lei n.911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965

BRASIL, Lei n.4.728, de 14 de julho de 1965. Institui a Lei de Mercado de Capitais

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. 16ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018

GOMES, Orlando. Direito Civil: Direitos Reais, 19 ed. Atualizada Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 9ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 9ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19ª. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PELUSO, Cesar (Coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: Manole, 2008.

TABOSA, Agerson. Direito Romano. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.