

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

GIOVANA ROCHA DOS SANTOS

**ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ART. 31 DA LEI DO INQUILINATO E DA TEORIA DO  
ABUSO DE DIREITO EM CASO PRÁTICO ENVOLVENDO ALIENAÇÃO DE BENS  
IMÓVEIS DE PORTFÓLIOS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS  
DISTINTOS COM ADMINISTRADOR COMUM.**

São Paulo  
2019

GIOVANA ROCHA DOS SANTOS

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ART. 31 DA LEI DO INQUILINATO E DA TEORIA DO  
ABUSO DE DIREITO EM CASO PRÁTICO ENVOLVENDO ALIENAÇÃO DE BENS  
IMÓVEIS DE PORTFÓLIOS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS  
DISTINTOS COM ADMINISTRADOR COMUM.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade  
Presbiteriana Machenzie como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Luiz Antônio Scavone Junior.

São Paulo  
2019

SANTOS, Giovana Rocha dos.

Análise da aplicação do art. 31 da lei do inquilinato e da teoria do abuso de direito em caso prático envolvendo alienação de bens imóveis de portfólios de fundos de investimento imobiliários distintos com administrador comum / Giovana Rocha dos Santos. – 2019. 50 f.; 30 cm.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

Bibliografia: f. 46-50

1. Direito imobiliário. 2. Lei do inquilinato. 3. Fundos de investimento imobiliários. I. Título.

CDD 347.09

GIOVANA ROCHA DOS SANTOS

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO ART. 31 DA LEI DO INQUILINATO E DA TEORIA DO  
ABUSO DE DIREITO EM CASO PRÁTICO ENVOLVENDO ALIENAÇÃO DE BENS  
IMÓVEIS DE PORTFÓLIOS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIOS  
DISTINTOS COM ADMINISTRADOR COMUM.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Luiz Antônio Scavone Junior  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr.  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr.  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu pai, Armando, e aos meus avós, Noemia e José Antonio, por terem feito todo o possível para que eu pudesse estudar e seguir pelo caminho do bem. Sem eles, nem meu ingresso no curso de Direito teria sido possível.

Às minhas amadas tias, Patricia e Vanessa, por terem me inspirado, apoiado e me ajudado nos momentos em que eu mais precisei.

Agradeço aos meus queridos amigos, Bruno, Fernanda Zopolato, Nicole e Melissa, por terem confiado em mim e me dado apoio.

Aos meus amigos da graduação, Pedro, Fernanda Fávoro, Anailta, Vinicius, Gabriel, Sabrina e Priscilla, por terem compartilhado comigo o nervosismo, ansiedade e desafios que essa reta final de curso proporciona.

Aos meus amigos do Veirano Advogados, Allan, Mariana, Isabella, Patricia, Martiniane, Victoria, Raquel, Raphaella, Julio, Cinthia e Lucas, por terem alegrado mais a minha vida e me estimulado nessa reta final.

E, por fim, agradeço a minha equipe do Veirano Advogados, Raphael, Gisela, Bruno, Renata e Mariana, por acreditarem no meu trabalho e me proporcionarem novos ensinamentos todos os dias.

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a legalidade de notificação emitida para fins de exercício de preferência locatício pelo Banco BTG Pactual, na qualidade de controlador dos administradores dos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) Fundo de Investimento Imobiliário – *FII BTG Pactual Corporate Office Fund* e do Fundo de Investimento Imobiliário – *FII Prime Portfolio*, relativa à proposta da *Brookfield Property Group* para aquisição de conjunto de imóveis componentes dos ativos de referidos fundos, à luz do art. 31 da lei do inquilinato e verificar se é possível a configuração no presente caso de abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil. Para tanto, serão abordados de maneira aprofundada a natureza jurídica do FIIs e o papel do administrador para que se possa entender a questão da atuação do administrador em nome do FII, bem como os entendimentos da doutrina em relação à lei do inquilinato e como se dá o instituto do abuso de direito no Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Abuso de Direito. Direito imobiliário. Lei do inquilinato. Fundo de investimentos imobiliários.

## ABSTRACT

This study aims to examine the legality of notification issued for purposes of lessee's right of first refusal by BTG Pactual as the controlling shareholder of the administrators of the Real Estate Investment Funds (*FII*s) called *Fundo de Investimento Imobiliário* – FII BTG Pactual Corporate Office Fund and *Fundo de Investimento Imobiliário* – FII Prime Portfolio, pursuant to the proposal offered by Brookfield Property Group for the acquisition of certain properties that compound such fund's assets, in the light of article 31 of Brazilian Lease Law and verify the applicability of article 187 of Brazilian Civil Law related to abuse of rights. For this purpose, this study aims to analyse the legal nature of *FII*s and its administrator's role and administrator's acting on behalf of *FII*, as well as the understanding of doctrine regarding the lease law and abuse of rights in the Brazilian civil law.

Keywords: Abuse of Rights. Lease Law. Real Estate Investment Fund. Real Estate Practise.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	02
<b>2</b>	<b>FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO</b> .....	05
2.1	FUNDO DE INVESTIMENTO.....	05
2.2	DEFINIÇÃO LEGAL E PARTICULARIDADES DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO.....	06
2.3	DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA ADMINISTRADORA DO FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO.....	10
2.3.1	<b>Aspectos históricos da propriedade fiduciária em fundos de investimento</b> .....	12
<b>3</b>	<b>O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA LEI DO INQUILINATO</b> .....	16
3.1	CONCEITO DE PREFERÊNCIA.....	16
3.2	DA OBRIGAÇÃO DO LOCADOR EM RESPEITAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA.....	17
3.3	DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PREFERÊNCIA.....	21
3.4	DAS OBSERVAÇÕES RELATIVAS AO CASO- PROBLEMA.....	25
<b>4</b>	<b>DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO</b> .....	28
4.1	CONCEITOS DE DIREITO SUBJETIVO, FATOS JURÍDICOS E ATOS LÍCITOS E ILÍCITOS.....	28
4.2	DOS ELEMENTOS DA CONDUTA ILÍCITA .....	30
<b>4.2.1</b>	<b>Do dolo e da culpa</b> .....	31
<b>4.2.2</b>	<b>Do dano e do nexó de causalidade</b> .....	32
4.3	DOS ATOS EMULATIVOS E BREVE HISTÓRICO DE ORIGEM DO CONCEITO.....	33
4.4	DAS TEORIAS DO ABUSO DE DIREITO E TIPIFICAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	36
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	42
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	46



## 1 INTRODUÇÃO

Em 14 de setembro de 2018, o Banco BTG Pactual, na qualidade instituição financeira controladora dos administradores dos Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) Fundo de Investimento Imobiliário – FII BTG Pactual Corporate Office Fund e do Fundo de Investimento Imobiliário – FII Prime Portfolio, divulgou notícia de fato relevante aos acionistas e ao mercado, relativo a tratativas de compra e venda de ativos imobiliários com a Brookfield Property Group.

O valor total da operação é de R\$ 1.328.510,00 (um bilhão, trezentos e vinte e oito e quinhentos e dez mil reais) e engloba porcentagens de frações ideais de edifícios de propriedade dos fundos, a saber:

- a) 51 % da fração ideal do Edifício Eldorado Business Tower, localizado em São Paulo/SP, componente dos ativos do FII BTG Pactual Corporate Office Fund;
- b) 100% da fração ideal do Edifício Morumbi, localizado em São Paulo/SP, componente dos ativos do FII BTG Pactual Corporate Office Fund;
- c) 100% da fração ideal Edifício Flamengo- Bloco A, localizado no Rio de Janeiro/RJ, componente dos ativos do FII BTG Pactual Corporate Office Fund;
- d) 75% da fração ideal do Edifício Brazilian Financial Center (BFC), localizado em São Paulo/SP, componente dos ativos do FII Prime Portfolio; e
- e) 100% da fração ideal Edifício Torre Almirante, localizado no Rio de Janeiro/RJ, componente dos ativos do FII Prime Portfolio.

Aparentemente, as tratativas de compra e venda não se concretizaram, uma vez que não foi divulgado até o momento comunicado ao mercado relativo ao tema.

Independentemente da concretização das tratativas para alienação dos ativos, à época de referida divulgação da notícia de fato relevante, o BTG Pactual, representando os FIIs, emitiu notificação única aos locatários dos imóveis envolvidos na operação, com a finalidade de possibilitar o exercício de preferência destes.

Considerando o elevado valor da operação, que os fundos não possuem diretamente relação entre si, tampouco seus locatários, e a inexistência de previsão legal específica e de orientação jurisprudencial, o caso suscita debates e polêmica.

Verifica-se a existência de interesses em conflito: de um lado a intenção dos FIIs na venda em bloco de imóveis para garantir maior retorno financeiro na transação e de outro o eventual interesse dos locatários em exercer direito de preferência, condicionado à cobertura da oferta bilionária da Brookfield.

Apesar da lei do inquilinato ser de 1991, ainda hoje a interpretação dos artigos relativos ao direito de preferência do locatário traz debates em relação à extensão de sua interpretação. O art. 31, especialmente, não é entendido de maneira uniforme pela doutrina.

Referido dispositivo prevê que para fins de exercício de preferência o locatário deve adquirir a totalidade de unidades imobiliárias a serem alienadas pelo locador. Porém, não se entende com clareza o que se poderia entender por “totalidade” e por “unidade imobiliária”. Dessa forma, há posicionamentos doutrinários distintos, que interpretam o dispositivo de maneiras diversas.

Ademais, na jurisprudência não foram encontrados casos que suscitaram litígios semelhantes ao do caso em tela. O que se encontra sobre o tema são casos relativos à aplicação desse artigo, envolvendo um único locador e venda de imóveis em um mesmo prédio ou em prédios contíguos.

De acordo com a legislação vigente, o administrador do FII adquire a propriedade fiduciária dos bens, podendo dispor sobre os mesmos, em razão da ausência de personalidade jurídica dos fundos de investimento. Nota-se, portanto que o administrador não é titular dos imóveis que compõem o patrimônio do FII, porém os dispõe, em razão de atributo legal que lhe é conferido.

A administração comum dos FIIs, realizada por sociedades subsidiárias do BTG Pactual, poderia validar a maneira como os fundos foram notificados? Deveria se considerar uma unicidade?

Nesse contexto, com base na doutrina e na legislação vigente, pretende-se analisar profundamente os direitos do administrador sobre os bens do FII nesse contexto, bem como as obrigações deste perante o fundo.

Em relação à lei do inquilinato, pretende-se analisar todos os pontos do direito de preferência atribuído pela lei ao locatário e verificar as posições doutrinárias em relação às interpretações dos artigos 27 a 32, com foco especificamente no art. 31 da lei.

Ademais, o instituto do abuso de direito será abordado, a fim de que se compreenda seu surgimento, histórico de formação e de que maneira se dá sua aplicação atualmente, se há critérios objetivos ou subjetivos.

Poderia, em caso de não existir ilegalidade alguma na conduta do BTG Pactual, algum indício de abuso de direito, considerando o artigo do Código Civil que trata da tipificação do instituto como ato ilícito?

Para que essas respostas possam ser respondidas, serão analisados os conceitos de FIIs, a natureza jurídica da propriedade fiduciária do administrador do fundo, o direito de preferência na lei do inquilinato e a teoria do abuso de direito.

## 2 FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

### 2.1 FUNDO DE INVESTIMENTO

A constituição, administração, funcionamento e divulgação de informações de fundos de investimento são regulamentados pela Instrução Normativa (IN) da CVM nº 409 de 18.08.2004, posteriormente editada pela nº 411 de 26.11.2004. Referidos regulamentos conceituam fundos de investimento genericamente como “[...] comunhão de recursos, constituída na forma de condomínio, destinado à aplicação em títulos e valores mobiliários, bem como de quaisquer outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais.”<sup>1</sup>

O condomínio formado por essa comunhão de recursos pode ser aberto ou fechado e os fundos de investimento podem ser classificados como de “Curto Prazo”, “Renda Fixa”, “Ações”, “Cambial”, “Dívida Externa”, “Multimercado” e “Referenciado”.

Geralmente, o fundo de investimento é administrado por pessoas jurídicas com autorização profissional junto à CVM, que tem como função, grosso modo, fazer a gestão dos ativos do fundo e destiná-los ao fim específico do fundo e distribuir o lucro das operações entre os condôminos/ cotistas do fundo.

Há várias limitações, bem como particularidades legais em relação às práticas da administradora do fundo. Conforme exposto por Walter Douglas Stubber:<sup>2</sup>

Dentre as proibições previstas na regulamentação, o administrador não pode, em nome do fundo: receber depósito em conta corrente; contrair ou efetuar empréstimos, salvo em modalidade autorizada pela CVM; prestar fiança, aval, aceite ou coobrigar-se sob qualquer outra forma; vender costas à prestação, sem prejuízo na integralização a prazo de cotas subscritas; prometer rendimento predeterminado aos cotistas; utilizar recursos do fundo para pagamento de seguro contra perdas financeiras de cotistas; praticar qualquer ato de liberalidade; e realizar operações com ações fora da bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado por entidade autorizada pela CVM. Admitese, todavia, que o administrador participe, em nome do fundo, de participações públicas, do exercício do direito de preferência e de conversão de debêntures em ações, do exercício de bônus de subscrição, bem como nos casos que tenham sido prévia e expressamente autorizados pela CVM.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Comissão de Valores Imobiliários. **Instrução Normativa nº 409 de 18 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2004. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst409.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

<sup>2</sup> STUBER, Walter Douglas. A nova regulamentação dos fundos de investimento. *In*: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: mercado de capitais**, v.8. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 346.

O registro do fundo é feito pela internet pela administradora, mediante protocolo de regulamento do fundo, devidamente registrado perante o Cartório de Títulos e Documentos; comprovante de inscrição do fundo no CNPJ; formulário padrão preenchido; prospecto, que é o documento que contém informações relativas a política de investimentos do fundo, estudos de viabilidade e fatores de risco aos investidores; nome do auditor independente; e declaração da administradora, relativa às atividades por ela desempenhadas no fundo.

Resumidamente, o fundo de investimento, tem natureza jurídica de condomínio, sendo que seu patrimônio é administrado por uma gestora e os lucros percebidos com a atividade econômica a que ele se destina distribuído entre os cotistas/ condôminos.

## 2.2 DEFINIÇÃO LEGAL E PARTICULARIDADES DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO

Mais específico e com particularidades, o Fundo de Investimento Imobiliário (FII) foi criado pela Lei Federal nº 8668/93, alterada pela Lei nº 9.779/00 e, de acordo com seu art. 1º, trata-se de uma “comunhão de recursos captados pelo Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários [...] destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários”.<sup>3</sup>

Ademais, os FIIs, assim como os demais fundos de investimento brasileiros, são regulamentados e fiscalizados pela CVM, estando sujeitos à IN nº 472/08 e posteriores alterações, a saber IN nº 478/09, 482/10, 516/11, 517/11, 528/12, 554/14, 571/15, 580/16, 604/18 e 615/19.

Necessariamente, o FII é uma modalidade de condomínio fechado, o que faz com que os cotistas só possam resgatar suas cotas no término do prazo de duração do fundo, porém é possível a amortização de cotas do investidor que pretende sair com o pagamento uniforme da parcela do valor de suas cotas aos outros cotistas, sem redução do número de cotas emitidas, em conformidade com o que for previsto no regulamento do fundo ou em Assembleia Geral de Cotistas.<sup>4</sup>

O FII acaba sendo atrativo, em razão dos benefícios tributários a ele atribuídos. Não há incidência de imposto de renda sobre a carteira de ativos, apenas tributação na distribuição de lucros aos cotistas, cabendo a cada um o pagamento do imposto de maneira individual e na

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Lei 8.668 de 25 de junho de 1993**. Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos fundos de investimento imobiliário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8668.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8668.htm). Acesso em: 25 agosto de 2019.

<sup>4</sup> STUBER, 2011, p. 356.

proporção de suas respectivas participações. Ainda, há isenção de referido imposto para cotistas pessoas físicas, nos termos da Lei nº 11.033/04.

Para que os cotistas pessoas físicas possam se beneficiar dessa isenção de imposto de renda, tais investidores não podem deter individualmente mais de 10% das cotas do FII; devem as cotas do FII serem negociadas em bolsa de valores autorizada pela CVM; e o fundo deve ter pelo menos 50 cotistas, nos termos da Lei 11.196/05.<sup>5</sup>

Ademais, para que os FIIs possam fazer jus ao benefício fiscal acima elucidado, devem cumprir com as seguintes obrigações legais: a) estar constituído como condomínio fechado; b) a carteira do fundo deve ser composta ao menos em 75% por propriedades imobiliárias e títulos, em conformidade com o art. 45 da IN CVM nº 472/08, o qual se colaciona a seguir:

Art. 45. A participação do fundo em empreendimentos imobiliários poderá se dar por meio da aquisição dos seguintes ativos:

I – quaisquer direitos reais sobre bens imóveis;

II – desde que a emissão ou negociação tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM, ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, desde que se trate de emissores cujas atividades preponderantes sejam permitidas aos FII;

II – ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, desde que se trate de emissores registrados na CVM e cujas atividades preponderantes sejam permitidas aos FII;

III – ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FII;

IV – cotas de fundos de investimento em participações (FIP) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII ou de fundos de investimento em ações que sejam setoriais e que invistam exclusivamente em construção civil ou no mercado imobiliário; V – certificados de potencial adicional de construção emitidos com base na Instrução CVM nº 401, de 29 de dezembro de 2003;

VI – cotas de outros FII;

VII – certificados de recebíveis imobiliários e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII e desde que estes certificados e cotas tenham sido objeto de oferta pública registrada na CVM ou cujo registro tenha sido dispensado nos termos da regulamentação em vigor;

VIII – letras hipotecárias;

---

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei 11.196 de 21 de novembro de 2005**. Institui o regime especial de tributação para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação - REPES, o regime especial de aquisição de bens de capital para empresas exportadoras - RECAP e o programa de inclusão digital [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196compilado.htm). Acesso em: 26 de ago. 2019.

IX – letras de crédito imobiliário; e

X – letras imobiliárias garantidas.

§1º Quando o investimento do FII se der em projetos de construção, caberá ao administrador, independentemente da contratação de terceiros especializados, exercer controle efetivo sobre o desenvolvimento do projeto.

§ 2º O administrador, em nome do FII, pode adiantar quantias para projetos de construção, desde que tais recursos se destinem exclusivamente à aquisição do terreno, execução da obra ou lançamento comercial do empreendimento e sejam compatíveis com o seu cronograma físico-financeiro.

§ 3º Os bens e direitos integrantes da carteira do FII, bem como seus frutos e rendimentos, deverão observar as seguintes restrições:

I – não poderão integrar o ativo do administrador, nem responderão por qualquer obrigação de sua responsabilidade;

II – não comporão a lista de bens e direitos do administrador para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial, nem serão passíveis de execução por seus credores, por mais privilegiados que sejam; e

III – não poderão ser dados em garantia de débito de operação do administrador.

§ 4º Os imóveis, bens e direitos de uso a serem adquiridos pelo fundo devem ser objeto de prévia avaliação pelo administrador, pelo gestor ou por terceiro independente, observados os requisitos constantes do Anexo 12.

§ 5º Os FII que invistam preponderantemente em valores mobiliários devem respeitar os limites de aplicação por emissor e por modalidade de ativos financeiros estabelecidos nas regras gerais sobre fundos de investimento, e a seus administradores serão aplicáveis as regras de desenquadramento e reenquadramento lá estabelecidas.

§ 6º Os limites de aplicação por modalidade de ativos financeiros de que trata o § 5º não se aplicam aos investimentos previstos nos incisos IV, VI e VII do caput.<sup>6</sup>

Retomando, para a concessão do benefício, precisam ainda que c) a cada 6 meses 95% dos resultados devem ser distribuídos aos cotistas; e d) não podem ser aplicados investimentos do fundo a empreendimentos imobiliários que tenham como incorporadora, construtora ou sócia que possua, em conjunto ou isoladamente, 25% das cotas do fundo.

Ainda, de acordo com Nicole Mattar Haddad Terpins:<sup>7</sup>

(...) Através do FII, pretende-se promover a captação de recursos destinados a empreendimentos imobiliários junto a um público diversificado, incluindo pequenos investidores e pessoas físicas, estes atraídos pelas oportunidades

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Comissão de Valores Imobiliários. **Instrução Normativa nº 472 de 31 de out. 2008**. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário – FII [...]. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2004. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst472.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

<sup>7</sup> TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Imobiliário) – Departamento de Direito Comercial, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 8. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-14052015-145102/pt-br.php>. Acesso em: 10 maio 2019.

de um mercado até então restrito a grandes investidores, por envolver altos investimentos e elevado risco de iliquidez.

O FII, portanto, capta, através da distribuição de cotas, e aplica o capital dos cotistas em negócios jurídicos ligados ao mercado imobiliário, seja em aquisição ou construção de imóveis para formação de portfólio e locação de unidades, seja em aquisição ou construção de empreendimento tipo *shopping center* para locação de lojas.

Não há uma classificação prevista em lei de FIIs baseada em seguimentos de atuação, porém o Banco BTG Pactual, em sua página de informações para potenciais investidores, propõe as seguintes separações de segmento: <sup>8</sup>

- (i) Fundos de Renda: FII que tem por finalidade principal a construção ou aquisição de empreendimentos imobiliários para locação;
- (ii) Fundos de Compra e Venda: FII que adquire imóveis e os revende, obtendo lucro a partir da revenda;
- (iii) Fundos de Desenvolvimento: FII que tem por objetivo investir na construção de empreendimentos e vender as unidades construídas;
- (iv) Fundos de Recebíveis Imobiliários: não há transação direta com imóveis nesse caso. O FII tem por atividade adquirir Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI) emitidos por securitizadoras;
- (v) Fundos de Fundos: FII que tem por finalidade a aquisição de cotas de outros FIIs, não exercendo, portanto, atividade imobiliária diretamente.

O FII tem como inspiração o modelo americano de *Real Estate Investment Trust (REIT)*, criado na década de 1960 com objetivo de facilitar a captação de recursos para promoção de negócios no mercado imobiliário. Segundo Nicole Mattar Haddad Terpins:<sup>9</sup>

Embora criado com foco primordialmente tributário, o REIT americano serviu de modelo para o desenvolvimento de veículos de investimento coletivo em ativos imobiliários em todo o mundo, emprestando sua experiência não somente em matéria fiscal, mas também no que respeita à sua organização, estrutura e funcionamento. Assim, embora o termo REIT seja próprio da legislação americana, é geralmente utilizado para identificar, de forma generalizada, os veículos de investimento coletivo em ativos imobiliários criados por outros países a sua semelhança.

O modelo brasileiro de FII é diferente do modelo americano, uma vez que a opção do legislador brasileiro foi definir a natureza jurídica com FII como condomínio fechado sem

---

<sup>8</sup> BONA, André. Fundos imobiliários: conheça esta modalidade de investimento. In: **Blog BTG Pactual digital**. São Paulo, 10 maio 2019. Disponível em: <https://www.btgpactualdigital.com/blog/coluna-andre-bona/fundos-imobiliarios-como-investir>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>9</sup> TERPINS, 2013, p. 10.



personalidade jurídica, enquanto os REITs possuem estrutura societária dotada de personalidade jurídica.<sup>10</sup>

### 2.3 DA PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA ADMINISTRADORA DO FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO.

Como dito anteriormente, os FIIs não possuem personalidade jurídica, sendo que os cotistas também não podem movimentar o patrimônio do fundo. O responsável pela gestão e disposição do patrimônio do FII é a administradora, figurando como proprietária fiduciária.

Cabe ressaltar que, conforme previsto no art. 7º da Lei 8668/93,<sup>11</sup> há uma série de restrições impostas à administradora ao dispor dos bens do FII, expostas a seguir

Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições: I - não integrem o ativo da administradora; II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora; III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial; IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora; V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser; VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis. § 1 No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

A propriedade fiduciária atribuída à Administradora do FII no artigo acima é diferente da *fiducia cum creditore*, instituída pelo Código Civil Brasileiro, em que, segundo Maria Cecília Ladeira de Almeida<sup>12</sup>

[...] há a transferência de domínio do bem móvel ao credor (fiduciário) em garantia do pagamento. O devedor (fiduciante) permanece na posse direta do bem. Assim, o domínio e a posse indireta são do credor/ fiduciário, muito embora tal domínio seja resolúvel, posto que acaba automaticamente com o pagamento da última prestação.

---

<sup>10</sup> TERPINS, 2013, p. 11.

<sup>11</sup> BRASIL, 1993.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Direitos reais. In: MESSA, Ana Flávia (Org.) **Coleção concursos jurídicos**, vol. 7. São Paulo: Atlas, 2011, p. 88.

Essa modalidade de propriedade fiduciária está atrelada ao negócio jurídico de alienação fiduciária, que é uma modalidade de garantia de dívida. Ainda, conforme ressaltado por Silvio Rodrigues,<sup>13</sup> “[...] enquanto o débito estiver em aberto, o proprietário da coisa financiada é o financiador, que, em caso de inadimplemento, pode vendê-la para pagar seu crédito.”

A propriedade fiduciária atribuída à administradora do FII não possui qualquer semelhança com a relacionada ao negócio jurídico de alienação fiduciária instituído pelo Código Civil, porém é considerada como modalidade de direito real sobre coisas alheias pela doutrina brasileira.

Nesse sentido, conforme lição de Silvio Rodrigues:<sup>14</sup>

O direito real mais completo é o domínio, pois confere ao seu titular a prerrogativa de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reivindicá-la de quem quer que injustamente a possua. Entretanto, nada impede que um ou alguns dos poderes elementares do domínio dele se destaquem para se incorporarem ao patrimônio de outrem. Essa pessoa, em cujo patrimônio tal poder se incorporou, passa a ser titular de um direito sobre a coisa alheia.

A alienação fiduciária, elucidada acima, é um direito real de garantia e é semelhante ao *Trust Receipt* e com o *chattel mortgage* do direito americano, enraizado no direito germânico.<sup>15</sup>

Os bens do FII, não integram o patrimônio da administradora. Porém esta detém o direito de os dispor, em caráter de fidúcia, sendo titular de poderes relativos a domínio, e, conseqüentemente, de direitos reais sobre os bens do FII.

O conceito civilista de fidúcia mais apropriado para o presente caso é concebido por Arnaldo Rizzardo:<sup>16</sup>

O negócio em que se transmite uma coisa ou um direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar da coisa ou do direito segundo aquele escopo e, uma vez satisfeito o mesmo, de devolvê-lo ao transmitente.

Considerando que o FII tem finalidade delimitada e que os recursos captados para a aquisição/ movimentação de ativos são advindos das cotas subscritas pelos condôminos/ cotistas e que a Administradora deve repassar os lucros das atividades econômicas

---

<sup>13</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>15</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 14. ed. Salvador: JusPodvim, 2018, p. 556.

<sup>16</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 463.

desempenhadas e agir de acordo com o objeto da criação do fundo, pode-se identificar uma coerência da definição proposta acima.

Ainda, nesse sentido, Cristiano Chaves Faria e Nelson Rosenvald ressaltam:<sup>17</sup>

Desarte, a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, bens fungíveis e demais espécies de titularidade fiduciária submete-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando o Código Civil naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Assim, fora do Código Civil é viável a cessão fiduciária de direitos sobre coisas imóveis, como títulos de crédito (art. 55, Lei nº 10.931/04). De acordo com a redação conferida ao § 3º do art. 66 da Lei nº 4.728/65 (incluído pela Lei nº 10.931/04), é permitida a alienação fiduciária de bens fungíveis e cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como títulos de crédito. Nessas hipóteses, salvo disposição contrária, é atribuída ao credor a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária e do título representativo do direito ou do crédito.

Para que se possa entender com maior clareza a natureza da propriedade fiduciária que detém a administradora, é necessária a análise da formação histórica desse instituto e de que maneira foi inserido na legislação brasileira, que será vista a seguir.

### 2.3.1 Aspectos históricos da propriedade fiduciária em fundos de investimento

A propriedade fiduciária atribuída à Administradora do FII foi importada do direito anglo-saxônico, baseando-se no instituto do *trust*.

O *trust*, de acordo com Eduardo Salomão Neto:<sup>18</sup>

“Implica o “trust” a transferência de propriedade ou titularidade sobre um bem corpóreo, móvel ou imóvel, ou incorpóreo, como os direitos, a um terceiro denominado “trustee”, a quem incumbe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas designadas expressamente no instrumento criador do “trust”, ou indicadas pela lei ou jurisprudência na falta de tal instrumento, chamadas beneficiários ou “cestui que trust”. Alternativamente, podem se instituir “trusts” não em benefício de pessoas determinadas, mas com vistas à perseguição de determinados objetivos. Por outro lado, estaremos diante de um “trust” ainda quando uma pessoa se declarar “trustee” em benefício de terceiro de bens que já detenha, em tal hipótese não sendo necessária a transferência da propriedade”.

A origem histórica do *trust* se deu na Idade Média, na conquista da Normandia em 1066, na Inglaterra, quando as terras foram conquistadas pelo rei invasor.

<sup>17</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 558.

<sup>18</sup> SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1997, p. 20.

Com a conquista, o rei invasor passou a ser titular das terras da Inglaterra e às redistribuiu aos *tenants*, que passaram a possuir, de maneira precária, diretamente as terras, no sistema de suserania e vassalagem medieval.

A posse da terra concedida pelo suserano, (rei ou aquele que concedesse a posse de parte de sua terra a outrem), quando da morte do vassalo, não era transmitida de pronto ao herdeiro. Existiam direitos decorrentes da titularidade da terra atribuídos à concedente da posse, dentre os principais *relief*, *wardship*, *marriage* e *escheat*., abaixo definidos:

- a) *Relief*: o herdeiro do vassalo deveria pagar ao suserano  $\frac{1}{4}$  do rendimento anual produzido pelo bem;
- b) *Wardship*: direito do suserano, caso o herdeiro do vassalo fosse menor de idade, ter a tutela do mesmo até que este atingisse a maioridade e de reter para si o rendimento da terra durante esse período;
- c) *Marriage*: permissão ao suserano de designar esposo(a) ao herdeiro do vassalo que fosse menor de idade durante o período em que figurasse como pupilo. Caso este se recusasse a contrair matrimônio com o escolhido do suserano, deveria pagar ao suserano o dote oferecido pela família do preterido; e
- d) *Escheat*: direito do suserano em herdar as terras do vasalo caso este não deixasse herdeiros diretos (descendentes) ou caso o herdeiro não tivesse condições de arcar com o valor devido citado no item (i) acima.

Por conta desses direitos abusivos anteriormente citados, os *tenants* da Inglaterra começaram a se sentir insatisfeitos com a posição desvantajosa em que figuravam e procuraram mecanismos para tentar conservar e dispor de seus direitos de posse sobre a terra com maior liberdade.

A saída encontrada, segundo Eduardo Salomão Neto, foi:<sup>19</sup>

[...] através da conferência de bens a terceiro em caráter fiduciário. Deveria o terceiro administrá-los em conformidade com os interesses do titular de fato, a este atribuindo os rendimentos desses bens. Tal prática permitia obviamente às ordens religiosas possuir bens por interposta pessoa. Possibilitava também a vassalos o planejamento de sua sucessão quando da partida para guerras, em caso de doenças ou por mera precaução. Nesse último caso, era costumeiro transferirem os vassalos seus direitos reais sobre um imóvel para vários detentores fiduciários, em regime de titularidade comum (“*joint tenancy*”). A quota de qualquer co-proprietário que falecesse se acrescia à dos demais, conferindo grande segurança e estabilidade ao instituto e permitindo o diferimento “*sine die*” da sucessão que daria ensejo ao exercício dos direitos de suserania já referidos.

Essa relação inicialmente era chamada de *use* e não havia proteção jurídica ao vassalo. Caso o titular fiduciário não cumprisse com suas obrigações, ele poderia apenas sofrer sanções

---

<sup>19</sup> SALOMÃO NETO, 1997, p. 13.

morais à quebra da relação de confiança.

Com o passar do tempo, sanções jurídicas foram tomando corpo em detrimento da *common law*, até então aplicada sem muita atenção ao *use*. O impacto nas finanças reais foi tão grande que em 1535 o rei Henrique VIII proibiu o *use*.

Entretanto, mais tarde, nos séculos XVII e XVIII, a corte inglesa, por meio da construção jurisprudencial, conseguiu neutralizar as limitações ao *use*, realizando também a expansão do instituto, a fim de tomar a figura do *trust*.

Apesar da definição trazida às bailas por Eduardo Salomão Neto anteriormente, não há consenso entre as jurisprudências nacional e internacional.

Segundo Nicole Mattar Haddad Terpins, identifica-se uma dificuldade na jurisprudência nacional, construída a partir da *Civil law* na conceituação do *trust*, relacionando-o à transferência de propriedade. Sendo que, com base na *Common law*, haveria uma noção dupla de propriedade, conforme citação e tradução livre de doutrina americana Robert L. Mennel, realizada pela pesquisadora:<sup>20</sup>

Um *trust* é uma relação fiduciária intencionalmente criada com respeito à propriedade, na qual o título legal está no trustee, mas o benefício da propriedade está em outra pessoa. Uma relação fiduciária que impõe deveres “fiduciários” para o trustee para o benefício do beneficiário. Estes deveres são o sangue vital da relação.

Independentemente, das divergências doutrinárias existentes, faz-se necessário verificar como que na prática o *trust* é aplicado à administração do FII. Para Eduardo Salomão Neto, aplicam-se aos administradores e aos *trustees* os mesmos princípios que devem nortear a atuação desse último.<sup>21</sup>

Conclui-se, portanto, que o papel da administradora do FII, tal qual o do *trustee* no direito anglo-saxônico, considerando que o fundo não possui personalidade jurídica e que há necessidade dessa personificação para realização dos negócios jurídicos relacionados aos propósitos do fundo, é de dispor sobre os ativos do FII com diligência, visando a geração de riqueza para benefício dos cotistas.

A administradora do FII age como se proprietária titular dos ativos do fundo fosse para fins de representação dos interesses do fundo.

Considerando as peculiaridades do caso apresentado, adiante, será analisado o direito de preferência concedido ao locatário pela Lei do Inquilinato, para que seja compreendida a

---

<sup>20</sup> TERPINS, 2013, p. 25.

<sup>21</sup> SALOMÃO NETO, 1997, p. 100.

função social desse instituto e os objetivos do legislador ao incluir o art. 31 da lei, que impõe requisito para o exercício desse direito pelo locatário em benefício do locador.

### 3 O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA LEI DO INQUILINATO

#### 3.1 CONCEITO DE PREFERÊNCIA

Segundo Nagib S. Filho e Romar N. de Sá,<sup>22</sup>

O direito de preferência, também chamado direito de prelação ou preempção, tem por conteúdo a prioridade para a aquisição de determinado bem, ainda que seu titular esteja em igualdade de condições com outrem.

O direito de preferência tem sua origem no direito romano, do chamado *pactum protimiseos* e pode originar-se de disposição em lei, como no caso do art. 27 da Lei nº 8.245/91 (lei do inquilinato), a qual será comentada adiante, ou de vontade das partes em relação contratual, como no caso do contrato de compra e venda, conforme art. 513, caput do Código Civil, *in litteris*:<sup>23</sup>

A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, o direito de preferência não gera direito real sobre o bem, apenas é um direito pessoal, personalíssimo de seu beneficiário, obrigando a outra parte, proprietária do bem, a observar a prelação.<sup>24</sup>

Ainda, segundo o doutrinador, referido direito “tem como características fundamentais ser intransmissível, indivisível e com prazo de caducidade.”<sup>25</sup> Uma vez que referido direito não é transmitido a herdeiros das partes ou a terceiros não relacionados ao negócio jurídico; há prazo previsto em lei para o exercício do direito por seu titular e indivisível, pois não pode o titular cobrir parcialmente a oferta de terceiro, ou seja, querer exercer apenas em parte referido direito.

Considerando a proximidade do direito de preferência atribuído ao locatário pelo art. 27 da lei do inquilinato e o que pode ser pactuado no contrato de compra e venda, aplica-se

<sup>22</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. DE SÁ, Romar Navarro de. **Comentários à lei do inquilinato**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 236.

<sup>23</sup> BRASIL, **Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm). Acesso em: 05 de set. 2019.

<sup>24</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada: Doutrina e Prática**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 119.

subsidiariamente os princípios tradicionais dispostos no Código Civil sobre esse instituto.<sup>26</sup>

Adiante, serão analisados o direito de preferência atribuído ao locatário na lei do inquilinato e as visões doutrinárias sobre os artigos.

### 3.2 DA OBRIGAÇÃO DO LOCADOR EM RESPEITAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA

Prevê o art. 27 da Lei nº 8.245/91:<sup>27</sup>

Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente.

O direito de preferência nesse caso existe simplesmente pelo fato da relação locatícia entre proprietário e inquilino, sem necessidade de que haja cláusula específica sobre o tema, estando o contrato vigente por prazo determinado ou indeterminado. Basta apenas a existência de relação contratual locatícia entre as partes.

Ainda, de acordo com Gisela S. da Cruz Guedes e Carla Wainer Chalhó Lgow:

O direito de preferência, portanto, “existe com o só fato da locação, mas é direito latente, ainda não exequível”, pois somente se torna eficaz diante do preenchimento dos pressupostos acima elencados (isto é, decisão livre do locador em celebrar um contrato preferível em certas condições, com seus termos essenciais já perfeitamente definidos, conforme previamente ajustado com o terceiro, potencial adquirente).<sup>28</sup>

Portanto, o locatário só tem como exercer seu direito quando houver proposta de aquisição do bem locado realizada por terceiro, não podendo intervir na vontade do locador de alienar o bem locado.

O direito de preferência do locatário é de caráter pessoal, oponível ao locador, visto que decorre da relação locatícia. Nagib S. Filho e Romar N. de Sá diferenciam com maestria a

<sup>26</sup> VENOSA, 1997, p. 118.

<sup>27</sup> BRASIL, 1991.

<sup>28</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. LGOW, Carla Wainer Chalhó. Do Direito de Preferência. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. PERES, Tatiana Bonatti (Org.). **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo: visão da doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 138.



diferenciação da natureza dos direitos.<sup>29</sup>

O direito de preferência, em seu núcleo, é estritamente pessoal ou relativo, isto é, exercido em face do locador, não tendo eficácia *erga omnes*. Os direitos relativos são aqueles exercitados tão somente perante o devedor (como os direitos obrigacionais e os de família), enquanto os direitos absolutos são aqueles oponíveis perante todos os restantes membros da comunidade (como os direitos personalíssimos e os direitos reais).

Sylvio Capanema de Souza, ao comentar sobre o art. 27 da lei do inquilinato, entende que:<sup>30</sup>

A regra tem grande alcance social, evitando que a alienação importe na retirada do locatário do imóvel, agravando o deficit habitacional. Converte-se, assim, o locatário em proprietário da coisa que lhe fora, antes, locada, o que socialmente é do maior interesse, operando-se a chamada *traditio brevi manu*, ou seja, a interversão da posse.

O direito de preferência do locatário aplica-se tanto em locações residenciais, quanto não- residenciais e tem como objetivo o resguardo da moradia, considerando a realidade de déficit habitacional brasileira, e preservação do ponto comercial e a economia local no caso da locação não residencial.

Ainda, de acordo com o art. 30 da lei do inquilinato, o direito de preferência também se estende ao sublocatário, caso a sublocação do imóvel seja total. Havendo mais de um sublocatário interessado no exercício do direito, o mais antigo e, dentre eles, o mais idoso terá a preferência.<sup>31</sup>

Sobre a forma em que deve ser realizada a notificação do locatário, o parágrafo único do art. 27 e obriga que o locador informe todas as condições da proposta oferecida por terceiro, bem como disponibilize a documentação do imóvel em horário e local por ele estipulados.

Conforme comentado por Gisela S. da Cruz Guedes e Carla Wainer Chalhó Lgow, a realização da notificação em si, apesar de ser uma obrigação legal do locador, não é imprescindível para o exercício de preferência.<sup>32</sup>

Ainda, segundo as autoras:<sup>33</sup>

<sup>29</sup> SLAIBI FILHO; DE SÁ, 2010, p. 241.

<sup>30</sup> SOUZA, Sylvio Capanema. **A lei do inquilinato comentada**: artigo por artigo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 158.

<sup>31</sup> AVVAD, Pedro Elias. **Direito imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 514.

<sup>32</sup> GUEDES; LGOW, 2017, p. 141.

<sup>33</sup> Ibid, p. 141.

Trata-se, isso sim, de obrigação de caráter instrumental, dever de conduta, que tem como fonte mediata a cláusula geral de boa-fé objetiva, na medida em que cumpre a função de levar ao conhecimento do preferente que seu direito se constituiu, e das condições em que o obrigado à preferência está disposto a contratar com terceiro, para que o preferente, em tempo útil, decida se deseja ou não exercer o seu direito.

Caso a notificação não contenha todas as informações discriminadas no art. 27, parágrafo único, o locatário poderá solicitar as informações pendentes, fazendo com que a comunicação só passe a produzir efeitos a partir do momento que for retificada e entre ao locatário.

O art. 28 estabelece que o locatário tem prazo de 30 (trinta) dias para manifestar expressamente o aceite da proposta, porém não se estipula o prazo para o efetivo exercício do direito de preferência, o que é criticado por Pedro Elias Avvad: “A lei, de forma equivocada, parece, concedeu ao locatário um prazo de 30 dias para manifestar, de maneira inequívoca, a sua aceitação à proposta, sem definir, entretanto, o prazo para exercício, que é o que deveria estar explicitado [...]”<sup>34</sup>

Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa entende que a aceitação inequívoca da proposta efetivação do exercício do direito de preferência se dá na medida em que é pactuado entre as partes negócio jurídico que transfere a propriedade ou a promete ao locatário. Porém, como a lei não estabelece, como visto acima, prazo para que isso ocorra, tampouco define expressamente de que maneira o exercício do direito se efetiva, cabe ao magistrado em casos litigiosos verificar se a aceitação de fato ocorreu.<sup>35</sup>

O art. 29 da lei do inquilinato prevê direito de indenização do locatário, caso o locador desista de alienar o imóvel.

Sobre referido dispositivo, Francisco Carlos Rocha de Barros entende que:<sup>36</sup>

Quando o locador comunica sua intenção de vender o imóvel locado, ele está fazendo uma proposta de negócio ao inquilino. O art. 1080 do Código Civil (atual art. 427 do Código Civil de 2002) prevê essa situação e declara que a proposta de contrato obriga o proponente. Este, portanto, fica vinculado a ela.

Já Silvio de Salvo Venosa, entende que referido artigo tem por objetivo inibir abuso de direito por parte do locador, entendendo que este poderia utilizar-se de seu direito de dispor

---

<sup>34</sup> AVVAD, 2014, p. 514.

<sup>35</sup> VENOSA, 1997, p. 120.

<sup>36</sup> BARROS, Francisco Carlos Rocha de. **Comentários à lei do inquilinato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147-148.

do bem para simular um negócio jurídico, a fim de despejar o locatário.<sup>37</sup>

O direito de preferência concedido ao locatário pela lei do inquilinato, se não respeitado, pode gerar dever de indenizar ao locador de indenizar o locatário ou, até mesmo, atacar a venda judicialmente, conforme disposição do art. 33 da lei do inquilinato abaixo:<sup>38</sup>

Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Em relação às perdas e danos, fica à critério do juiz por meio de exame de provas e eventual realização de perícia a apuração do valor devido ao locatário pelos prejuízos sofridos. A lei não estabelece critérios para mensurar o valor do dano devido.

Entretanto, alguns autores entendem que se faz necessário que o locatário comprove em juízo que tinha patrimônio para adquirir o bem e que efetivamente sofreu danos, já outros, como Francisco Carlos Rocha de Barros, interpretam o artigo de maneira que o simples inadimplemento da obrigação pelo locador viola direito do locatário e que nesse contexto nasce o dever de indenizar, não havendo de se falar em produção de provas pelo locatário.<sup>39</sup>

Para que o locatário possa pleitear adjudicação compulsória judicialmente, faz-se necessário que o contrato de locação esteja averbado na matrícula do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis ou que seja averbado em até 30 dias antes da alienação. Isso faz-se necessário para que haja publicidade a terceiros da locação.

Outra consequência do registro, de acordo com Silvio de Salvo Venosa, é que

existirá um direito real para o inquilino se houver registrado devidamente o contrato, o qual lhe permitirá haver o imóvel, ou então, exclusivamente, um direito pessoal estampado em um pedido de perdas e danos.<sup>40</sup>

Ainda, conforme ressaltado por Sylvio Capanema de Souza, “a simples apresentação do contrato, ao oficial, ou sua prenotação, não atendem à exigência legal, já que o texto alude à averbação”.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> VENOSA, 1997, p. 121.

<sup>38</sup> BRASIL, 1991.

<sup>39</sup> BARROS, 1997, p. 158.

<sup>40</sup> VENOSA, loc. cit.

<sup>41</sup> SOUZA, 2019, p. 168.

### 3.3 DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PREFERÊNCIA

Apesar do direito de preferência concedido ao locatário pela lei do inquilinato ter uma função social importante, restringe direito do locador de dispor de seu bem e de escolher a quem vende-lo. Nesse sentido Gisela S. da Cruz Guedes e Carla Wainer Chalréo Lgow entendem que:

42

Por esta razão, a relação de preferência instituída em lei, como é o caso da atribuída ao locatário, deve ser interpretada, se não restritivamente, ao menos com bastante cautela, tendo em vista se tratar de norma que, excepcionalmente, limita a liberdade contratual.

Nesse sentido, as autoras entendem que caberá o direito de preferência ao locatário apenas nas hipóteses do art. 27 da lei do inquilinato, não podendo haver uma interpretação expansiva. As hipóteses expressas em lei são venda, promessa de compra e venda, cessão, promessa de cessão de direitos e dação em pagamento.

Ainda, não caberá aplicação do art. 27 quando o locador for apenas possuidor do imóvel, pois apenas o titular da propriedade pode dispor do bem, conforme ressaltado por Silvio de Salvo Venosa:<sup>43</sup>

A faculdade de dispor do envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui.

Ainda, segundo o autor, o art. 34 afasta o direito de preferência do locatário, quando houver direito de preferência também a ser exercido por condômino do bem, pois considera-se como mais relevante o direito real do condômino, em detrimento do direito pessoal do locatário, que decorre de relação contratual.<sup>44</sup>

O art. 31 da lei do inquilinato também limita o direito de preferência do locatário, ao estabelecer que: “em se tratando de alienação de mais de uma unidade imobiliária, o direito de preferência incidirá sobre a totalidade dos bens objeto da alienação”.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> GUEDES; LGOW, 2017, p. 139.

<sup>43</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161.

<sup>44</sup> VENOSA, loc. cit.

<sup>45</sup> BRASIL, 1991.

Apesar de aparentemente o artigo parecer simples de se interpretar, há bastante divergência na doutrina quanto à abrangência de sua aplicação.

Alguns autores entendem que o legislador, ao se referir à totalidade dos bens da alienação, considerou apenas unidades autônomas que compõem um edifício ou imóveis contíguos de propriedade do locador. Já outros consideram que o direito de preferência deveria incidir sobre a proposta, mesmo que abrangendo imóveis localizados em diferentes locais, em razão de eventuais prejuízos que poderia sofrer o locador caso a venda não fosse realizada da maneira em que a proposta por terceiro foi oferecida.

Alinhadas a esse segundo entendimento, Gisela S. da Cruz Guedes e Carla Wainer Chalréo Lgow consideram:<sup>46</sup>

(..) toda vez que o locador conseguir demonstrar que a venda do conjunto é, de fato, mais vantajosa, ele poderá valer-se do artigo em comento, independentemente de as unidades estarem ou não situadas no mesmo prédio ou bloco. Parece-nos que o importante aqui não é tanto o local onde estão situadas as unidades – se no mesmo prédio ou não –, mas sim se a sinergia do conjunto proporcionará ao locador um negócio melhor. É evidente que, se, por um lado, a norma visa assegurar um direito do locador – o direito de obter maior lucratividade com a venda do conjunto –, por outro lado este direito não pode ser exercido abusivamente, apenas para burlar um direito de preferência assegurado pela lei ao locatário.

Waldir de Arruda Miranda Carneiro, em seus comentários sobre a lei do inquilinato, considera que o legislador se refere ao “todo” da proposta oferecida por terceiro, ou seja, unidades autônomas de um mesmo edifício, imóveis contíguos ou imóveis simplesmente unidos em decorrência da proposta, devendo o locatário cobrir a totalidade da oferta<sup>47</sup>.

Já Sylvio Capanema de Souza, entende que:<sup>48</sup>

O dispositivo não é tão fácil de se interpretar, como pode parecer na primeira leitura. Imagine-se, por exemplo, que alguém é proprietário de cinco apartamentos, mas situados em edifícios diferentes, e pretenda aliená-los todos. Parece-nos, nesta hipótese, que não se aplicaria a regra do artigo 31, sendo imperioso que a preferência seja oferecida, isoladamente, a cada um dos locatários. A interpretação teleológica do dispositivo em comento nos convence que só se aplicaria ele quando as diversas unidades pertencem a um mesmo conjunto arquitetônico, que o proprietário pretende alienar, para que seja substituído por um outro, maior e mais moderno. Em se tratando, como visto, de unidades que estão isoladas, distantes umas das outras, prevalecerá a regra geral do artigo 27.

<sup>46</sup> GUEDES; LGOW, 2017, p. 161.

<sup>47</sup> CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato**: lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 187.

<sup>48</sup> SOUZA, 2019, p. 165.

Portanto, Sylvio Capanema de Souza entende que a interpretação do art. 31 deveria ser restrita a imóveis que compõem um todo, que são localizados em um mesmo local. Outro doutrinador com entendimento semelhante é Francisco Carlos Rocha de Barros, porém este restringe ainda mais a aplicação do dispositivo legal:<sup>49</sup>

A expressão “unidade imobiliária” sugere que a norma tem aplicação à hipótese de edifício constituído por unidades autônomas de propriedade de uma mesma pessoa, ou de mais de uma, quando a cada uma delas couber uma parte ideal de todo o edifício.

Ainda, segundo este autor, o art. 31 não se aplicaria nem na hipótese de imóveis contíguos, que formam vilas, por entender que se tratam de imóveis que não compõem uma unidade.

Nessa mesma linha, Silvio de Salvo Venosa entende que o art. 31 tem como principal objetivo evitar a criação de condomínios, entendendo que a aplicação do dispositivo se dá quando o imóvel que se pretende alienar é composto por unidades autônomas.<sup>50</sup>

Vemos, portanto, que parte da doutrina leva em conta principalmente as implicações negociais na interpretação do art. 31, bem como a questão da “totalidade” dos bens envolvidos na proposta e a outra considera como mais relevante a situação fática, a questão da “unidade imobiliária”.

O art. 32 da lei do inquilinato também dispõe sobre exceções ao direito de preferência do locatário. Em caso de doação, permuta, alienação judicial, execução de garantia, alienação para integralização de capital social de pessoa jurídica, cisão, fusão ou constituição de alienação fiduciária e perda da propriedade não se aplica o art. 27.<sup>51</sup>

Os doutrinadores, ao interpretarem o dispositivo, entendem que, no caso de alienação judicial do bem não há exercício de vontade do locador para aliená-lo. Sylvio Capanema de Souza entende que:<sup>52</sup>

Como se não bastasse o argumento, a preferência não precisará ser oferecida ao locatário, já que poderá ele, como qualquer pessoa do povo, comparecer ao leilão e igualar o lance vencedor, quando, então, lhe será assegurada a primazia. Seu direito não corre risco algum, já que a venda judicial é pública e precedida de editais, para o conhecimento de todos.

---

<sup>49</sup> BARROS, 1997, p. 152 et seq.

<sup>50</sup> VENOSA, 1997, p. 122 et seq.

<sup>51</sup> BRASIL, 1991.

<sup>52</sup> SOUZA, 2019, p. 166.

Já no caso de execução de garantia, o direito real do credor, quando devidamente registrado junto à matrícula do imóvel, sobrepõem-se ao direito pessoal do locatário. Nesse contexto, Orlando Gomes entende que:<sup>53</sup>

O direito de preferência é próprio dos direitos reais de garantia, assegurando-lhes sólida superioridade no sistema de segurança dos créditos. A garantia real atribui ao credor direito a promover a venda judicial da coisa para, do preço apurado, receber a quantia devida, de preferência a qualquer credor comum, mas esse direito somente pode ser exercido pelo credor pignoratício e pelo credor hipotecário; na anticrese, o direito do credor é de retenção da coisa dada em garantia.

Ainda, em relação de constituição de alienação fiduciária, a posse direta do bem permanece com o devedor, portanto não há óbice à locação. Ademais, o titular do bem, em seus atributos conferidos pelo direito real de propriedade, pode utilizar-se do bem para garantir dívida.

Ao comentar sobre a questão da permuta, Sylvio Capanema de Souza entende que:<sup>54</sup>

O segundo caso é o da permuta, e a razão também é óbvia. A permuta diferencia-se da venda porque nesta o preço é pago, predominantemente, em dinheiro, enquanto naquela ele é representado por outro bem, que não dinheiro. É a hipótese, por exemplo, de se trocar o apartamento locado por um sítio, na periferia da cidade, ou por um veículo. Como a preferência tem de ser exercida pelo locatário tanto por tanto, ou seja, em absoluta igualdade de condições com o terceiro, jamais poderia o inquilino igualar a proposta do permutante, por não dispor de bem exatamente igual, para oferecer ao locador. A permuta envolve bens infungíveis, pelo que fica o locatário inibido de igualar a proposta, sendo inútil o oferecimento da preferência.

Em relação à doação, por ser um ato não exige contraprestação em dinheiro do adquirente, não há proposta a ser igualada pelo locatário. Ainda, Silvio de Salvo Venosa ressalta que a doação é negócio jurídico gratuito, o que o torna diferente de outra forma de alienação<sup>55</sup>.

A questão da integralização de capital social de pessoa jurídica, fusão e incorporação, Sylvio Capanema de Souza considera um tema polêmico, pois teoricamente, o locatário poderia vir a igualar o valor do bem a fim de adquiri-lo e o dinheiro ser integrado ao patrimônio da sociedade.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 350.

<sup>54</sup> SOUZA, 2019, p. 166.

<sup>55</sup> VENOSA, 1997, p. 123.

<sup>56</sup> SOUZA, op. cit.

Entretanto, para Gildo dos Santos, a integralização de capital social seria uma modalidade de dação em pagamento em troca das cotas da sociedade, não existindo a alienação do bem imóvel.<sup>57</sup>

Ainda, em relação às operações societárias de cisão, fusão e incorporação, Gildo dos Santos comenta que:

Verifica-se, pois, que nessas modificações societárias há, necessariamente, alteração quanto à titularidade de seus patrimônios. Se nestes há imóveis que estão alugados, nem por isso se pode falar em preferênciado inquilino ao ensejo dessas transações comerciais que se relacionam à parte ou ao todo patrimonial, onde se incluem direitos, deveres, créditos ativos e passivos, bens móveis e imóveis, utensílios, equipamentos e bens incorpóreos, como marcas, nome, clientela, ponto comercial. Os imóveis que estiverem locados integram, assim, o patrimônio da empresa, que não é senão um conjunto de bens, direitos e obrigações, considerados como uma universalidade, não se podendo falar em direito de preferência do inquilino ainda que se dê ao prédio alugado determinado valor nessa operação comercial de cisão, de fusão ou de incorporação de empresas, exatamente porque de venda não se trata.

Sobre a perda da propriedade por decisão judicial, não há que se falar em direito de preferência do locatário, porque não há o exercício por parte do locador de dispor do bem. Nesse sentido, Francisco Carlos Rocha de Barros pontua que “na perda não estão presentes a liberdade e a espontaneidade da manifestação de vontade de quem vende.”<sup>58</sup>

Em síntese, o art. 32 exclui a aplicação do art. 27, em razão das operações enumeradas no dispositivo não se tratarem de compra e venda do bem imóvel locado. Contudo, conforme ressaltado por Silvio de Salvo Venosa, nos casos de permuta ou doação, caso seja comprovada ato ilícito de simulação, o direito de preferência do locatário deverá ser aplicado.<sup>59</sup>

### 3.4 DAS OBSERVAÇÕES RELATIVAS AO CASO- PROBLEMA

O BTG Pactual, na qualidade de administrador dos FIIS, possui a propriedade fiduciária dos bens dos fundos e pode dispor sobre os mesmos, porém em exclusivo e único benefício dos cotistas.

---

<sup>57</sup> SANTOS, Gildo dos. **Locação e despejo**: comentários à lei 8.245/91. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 214-215.

<sup>58</sup> BARROS, 1997, p. 154.

<sup>59</sup> VENOSA, 1997, p. 123.



Entende-se, portanto, que o administrador, a fim de viabilizar a atividade econômica dos fundos e fazer com que estes gerem renda aos cotistas, pode agir em nome dos FIIs como se locador/ proprietário fosse, com base na relação de fidúcia.

Como dito anteriormente, esta propriedade fiduciária é de caráter temporário, sendo que não configura o direito pleno de titularidade do bem imóvel. Portanto, o administrador, apesar de ter uma certa liberdade, está sujeito à fiscalização e regulação pela CVM e pelos próprios cotistas/ condôminos do fundo.

Conforme ressaltado por Silvio de Salvo Venosa em uma passagem de seu livro com comentários à lei do inquilinato, “[...] observe-se que nem sempre quem aliena o bem é o locador. O dever de afronta incumbe a quem pretende alienar o bem, ainda que locador não seja.”<sup>60</sup>

No caso de locação de imóveis de titularidade de FIIs e propriedade fiduciária da administradora, ambos são qualificados no contrato, sendo que para todos os fins, a administradora que representa o fundo em suas obrigações como locador e que pode pleitear em seu nome eventual despejo ou execução de aluguéres.

Não há previsão expressa na lei do inquilinato sobre essa questão, o que é compreensível, visto que referida lei sofreu poucas alterações desde 1991, não podendo o legislador à época em que estabeleceu regramentos ao contrato locatício prever a existência de uma estrutura complexa como a de um FII.

Nesse sentido, Francisco Carlos Rocha de Barros entende que locadores distintos não poderiam buscar resguardo no art. 31 da lei do inquilinato para imporem aos locatários oferta de terceiros para alienação “casada”, conforme depreende-se do trecho abaixo:<sup>61</sup>

Não vemos como aplicar esta regra quando cada unidade tem um dono diferente. Vários locadores não podem associar interesses que tenham na venda conjunta de seus imóveis e exigir que cada locatário só possa exercer preferência para aquisição de todos os prédios. A regra subentende a existência de um só locador e vários locatários.

Entretanto, tal posicionamento, como visto anteriormente, não é unânime, existindo o entendimento de que o locatário poderia ser obrigado a respeitar a proposta total de terceiro, sem limitações.

Diante do presente cenário, faz-se necessária a busca de outras alternativas para verificar a se a conduta do BTG Pactual pode ser considerada lícita. Para tanto, será analisado

---

<sup>60</sup> VENOSA, 1997, p. 120.

<sup>61</sup> BARROS, 1997, p. 153.

o instituto do abuso de direito, inserido no Código Civil de 2002 a fim de verificarmos se seria possível sua aplicação ao presente caso, dentro de uma perspectiva funcional da norma.

## 4 DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

### 4.1 CONCEITOS DE DIREITO SUBJETIVO, FATOS JURÍDICOS E ATOS LÍCITOS E ILÍCITOS

Segundo Silvio Rodrigues, o direito subjetivo “trata-se da faculdade conferida ao indivíduo de invocar a norma em seu favor, ou seja, da faculdade de agir sob a sombra da regra”,<sup>62</sup> seria o chamado *facultas agendi*.

O direito subjetivo, portanto, é fundado na realização do fato jurídico. O indivíduo, valendo-se do direito que lhe é atribuído, age em consonância com o que lhe é permitido ou não proibido.

Segundo Maria Helena Diniz, o direito subjetivo é classificado em duas espécies:<sup>63</sup>

a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, e b) o de defender direitos, que é a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado por ela a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar a reparação pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhes pena.

Em síntese, o exercício do direito subjetivo é apenas possível com a instituição do direito objetivo, sendo este o conjunto de normas jurídicas a qual a sociedade está submetida.

Ainda, de acordo com Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger:<sup>64</sup>

O direito subjetivo origina-se do fato, pois a lei se limita a definir uma hipótese ou possibilidade que se transmuta em direito mediante um acontecimento que suscita a conversão da potencialidade de um interesse em um direito individual. Portanto, o fato é o acontecimento que impulsiona a criação da relação jurídica.

O fato nesse caso a que se refere o autor é o fato jurídico, ou seja, aquele que produz efeitos na esfera jurídica, podendo decorrer de forças da natureza ou de ações humanas. Exemplo disso é um terremoto que destrói imóveis de um determinado local. Isso produz efeitos

---

<sup>62</sup> RODRIGUES, 2007. p. 7.

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24.

<sup>64</sup> LAUTENSCHÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3.

jurídicos, na medida em que ocasiona uma eventual rescisão de contrato de locação, em razão da ruína de um imóvel locado.

Em relação à ação humana, pode-se ter a constituição do fato jurídico por uma ação ou omissão (não agir). Um exemplo de constituição de fato jurídico por ação seria a manifestação de vontade de contrair matrimônio de um casal em ato cerimonioso; no caso de omissão, seria o proprietário de um imóvel não construir muro de divisão com o terreno do vizinho.

Inseridos no contexto de atos realizados por pessoas, tem-se as denominadas condutas lícitas e ilícitas, sendo a lícita aquela em que o agente realiza ato em conformidade com o que é disposto em lei ou que não é proibido pela mesma. Já o ilícito se dá quando o indivíduo age de maneira antijurídica, afrontando dispositivo legal e princípios jurídicos ou cometendo ato vedado pela lei.

Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger propõe ainda uma divisão em relação aos atos lícitos:<sup>65</sup>

Os atos lícitos merecem, ainda, outra divisão. Aqueles inspirados num propósito negocial, ou seja, realizados em função da concretização de um determinado efeito jurídico, são os chamados negócios jurídicos; ao passo que os assim denominados atos meramente lícitos são aqueles cujos efeitos jurídicos alcançados não foram perseguidos pelo agente.

No negócio jurídico, há uma estruturação nas ações do indivíduo, a fim de que resultem em um determinado fato. Segundo Arnaldo Rizzardo, isso geralmente envolve a contratação de partes, a declaração de vontades em conjunto das partes. O autor comenta:<sup>66</sup>

Costuma-se estabelecer que, para atingir o negócio jurídico, a declaração de vontade precisa chegar à outra parte, ou envolver a sua vontade. Para tanto, há necessidade do concurso de vontades, materializando-se pela declaração comum, do que são exemplo os contratos em geral. Todavia, toda declaração de vontade destina-se a alguém. Desde que provoque a sua aceitação, está determinando uma conduta, isto é, impondo um juízo de vontade. Mesmo naqueles atos que redundam em obrigações unilaterais, não se deixa de atingir a vontade de outrem, que fica afetada por algum resultado, como acontece na doação, passando a ser, então negócios. Daí Pontes considerar como suficiente a manifestação da vontade: “A pessoa manifesta ou declara a vontade; a lei incide sobre a manifestação ou a declaração, ou as manifestações ou declarações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou

---

<sup>65</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 502.

<sup>66</sup> RIZZARDO, loc. cit.

declarações, a manifestação ou manifestações da vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas”.

Já nos atos meramente lícitos, a conduta do agente está em conformidade com as normas, porém a produção do fato jurídico é algo acidental, não previsto.

Mais interessante para a análise do conceito de abuso de direito que será realizada adiante, é o conceito de ato ilícito, uma vez que a tipificação da conduta abusiva está inserida no título relativo a atos ilícitos do Código Civil.

Há divergências quanto à natureza do ato ilícito na doutrina. Parte entende que o ato ilícito não é considerado ato jurídico, por ação que afronta as leis, porém pode vir a constituir fato jurídico, em razão dos efeitos provocados. Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo conceitua:<sup>67</sup>

O ato ilícito, pois, é toda ação ou omissão que não se mantém dentro da ordem jurídica, ou que o ordenamento condena e aplica sanções. Mas não apenas nessa dimensão, abrangendo mais elementos: causa danos aos outros, ou produz efeitos nocivos, e impõe o dever de reparar. Desde que inerente essa consequência, costuma-se dizer que produz efeito jurídico, mas essa qualidade não no sentido de estar coadunado à ordem legal, e sim de importar em efeitos, ou resultar em direitos (em favor dos prejudicados) e obrigações (exigíveis do autor do ato).

Por outro lado, há quem entenda que todo fato humano é jurídico, em razão da existência do elemento volitivo, ou seja, da manifestação de vontade.<sup>68</sup>

Discussões à parte, verifica-se que o que realmente torna-se relevante é o que a conduta ilícita eventualmente produz. Caso se verifique a ocorrência do dano, o agente deve ser responsabilizado civilmente, devendo indenizar a parte prejudicada.

Adiante, serão analisados os elementos que configuram o ato ilícito, a saber: a) ação ou omissão; b) dolo ou culpa; c) dano; e d) nexo de causalidade.

#### 4.2 DOS ELEMENTOS DA CONDUTA ILÍCITA

A ação humana, conforme comentado anteriormente, pode-se dar com a realização ou não realização do ato, ou seja, conduta positiva- comissiva ou negativa- omissiva. Nesse sentido, comenta Paulo Nader:<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> RIZZARDO, 2015. p. 671.

<sup>68</sup> TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.397.

<sup>69</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 522.

Tanto uma quanto a outra são meios hábeis à prática de atos ilícitos, que podem ser, então, comissivos (positivos) ou omissivos (negativos). Na primeira espécie, o agente pratica uma ação proibida, violando direito de alguém. O motorista que, sem a devida atenção, abalroa o veículo de outrem, causando-lhe prejuízos, pratica ato ilícito comissivo. Na forma omissiva o agente, por culpa ou dolo, não age em favor de alguém que, em decorrência, sofre danos. O médico que, podendo, deixa negligentemente de atender a um paciente que, em consequência, tem a sua perna amputada. O exemplo é de ato ilícito omissivo. A culpa in omittendo se caracteriza, também, diante de um dever legal ou contratual. Alguns autores dão abrangência ao dever jurídico de agir em determinadas circunstâncias, como esta, retratada por Carvalho Santos: “Há quem sustente que se a pessoa não presta um auxílio ao ferido que encontra ou não avisa ao indivíduo que passa de que mais adiante há um perigo, e se o primeiro vem a falecer por falta de auxílio e o segundo por falta de aviso, existe a responsabilidade pela omissão”.

Depreende-se, portanto, que o ato ilícito pode ser resultado de uma ação antijurídica do agente ou quando este, quando deveria agir, não o faz.

#### 4.2.1. Do dolo e da culpa

Dolo, de uma maneira genérica, denota vontade. É o elemento que configura intenção do agente em agir (ou deixar de agir) de uma determinada maneira.

Para Caio Mário da Silva Pereira, no ato doloso o agente tem intenção de lesar (*animus injuriandi*) e/ou agiu sabendo das consequências danosas que o ato ilícito acarretaria.<sup>70</sup>

Já a culpa, pode-se entender como conduta do agente sem pretensão específica, porém que acaba resultando em um ato ilícito, em razão de imprudência, imperícia ou negligência.

Sobre a relação de ato ilícito e dolo, Arnaldo Rizzardo comenta que:<sup>71</sup>

Não existe um único modo interior de agir ilicitamente. Ou procede a pessoa com a deliberada vontade dirigida a infringir um dever, a desrespeitar o regramento jurídico vigente, com repercussões econômicas e morais no patrimônio, na vida das pessoas e na ordem pública; ou não age deliberadamente, atuando sem a intenção, mas descuidando-se de princípios, não seguindo deveres de prudência e atenção que de todos são exigidos. Na primeira forma, há o dolo, verificado quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, tendo consciência da antijuricidade. Consiste, também, sobretudo no conceito de dolo civil, nos artifícios ou nas manobras empregados para levar outrem à prática de um ato prejudicial, em proveito do agente do dolo ou de outra pessoa. Na segunda, constata-se a omissão de cuidados e diligência impostos na vida das pessoas. Não aconteceria o evento ilícito se o agente procedesse com as cautelas e a aplicação recomendadas

<sup>70</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 87.

<sup>71</sup> RIZZARDO, 2015, p. 673.

normalmente. É o que se denomina culpa, no sentido restrito, onde não se encontra o elemento vontade como fator determinante do ato.

Para Rizzardo, portanto, há a chamada culpa em sentido estrito, conceituada anteriormente, na qual o agente não tinha por intenção o dano, porém o acabou gerando por não agir adequadamente, de forma que se espera do homem médio. E culpa em sentido amplo, que seria aquela intencional, que engloba o conceito do dolo e culpa em sentido estrito.

#### 4.2.2 Do dano e do nexo de causalidade

O dano é a lesão de um bem jurídico tutelado, que pode ser uma consequência da realização de um ato ilícito.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira:<sup>72</sup>

Partindo do princípio contido no art. 186 do Código Civil, inscreve-se o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil. Por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano, imposta a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem e culpa em sentido amplo.

Cumprе ressaltar ainda que o art. 186 do Código Civil inclui como indenizável o dano moral.

Portanto, há o dano material, que é relativo à indenização por lucros cessantes e perdas e danos, fixado de acordo com critérios objetivos que devem ser provados em juízo; e o dano moral, sendo fixado de maneira subjetiva, mediante análise fática pelo magistrado.

Em relação ao nexo de causalidade, comenta Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger:<sup>73</sup>

Além de uma conduta ativa ou passiva, é fundamental que esta seja causa do prejuízo experimentado pela vítima, isto é, que entre o comportamento do agente e o dano causado se identifique uma relação de causalidade, direta e imediata, sem o que a responsabilidade não se consubstanciará.

Portanto, o nexo de causalidade é necessário para que se possa estabelecer uma relação entre o dano e a conduta ilícita por parte do agente.

---

<sup>72</sup> PEREIRA, 2018, p. 50.

<sup>73</sup> LAUTENSCHÄGER, 2007, p. 8.

Ainda, em relação ao tema, o art. 927 do Código Civil estabelece em seu parágrafo único que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Nesse contexto, entende-se que esse dispositivo estabelece critério objetivo relativo ao dever de indenizar do agente que realiza o ato, sem necessidade de comprovação de ilicitude, pela simples configuração de nexo de causalidade entre o dano o risco que representava o ato desempenhado.

Sobre isso, comenta Thiago Rodovalho dos Santos:<sup>74</sup>

(...) parece-nos que o atual CC nos permite falar em responsabilidade civil por ato lícito, em razão do risco da atividade. Em razão da evolução por que passou o instituto da responsabilidade civil, em diversas situações jurídicas, conquanto não possa falar nem em culpa e bem em conduta ilícita, haverá, mesmo assim, o dever de reparar o dano causado. O ordenamento jurídico, assim, volta seus olhos, em determinadas situações, tão somente para o binômio dano [dano injusto] e nexo de causalidade entre a conduta e dano [causa], ainda que não haja culpa ou antijuricidade na conduta.

Entende-se, portanto, que, apesar do dano e do nexo de causalidade serem elementos importantes para a configuração do ato ilícito, a responsabilidade civil imputada ao agente pelo dano não está, necessariamente, atrelada ao ato ilícito.

Após breves comentários em relação aos conceitos relacionados à parte geral do código civil, em especial aos atos ilícitos, serão analisados os chamados atos emulativos, considerados ilícitos, e de que maneira ocorreu o desenvolvimento desse conceito ao longo da história.

#### 4.3 DOS ATOS EMULATIVOS E BREVE HISTÓRICO DE ORIGEM DO CONCEITO

A propriedade para o direito romano antigo sempre foi um dos institutos incontestáveis e de caráter irrestrito. Entretanto, de acordo com Marcos Takaoka, ao longo do período clássico e pós-clássico, jurisconsultos, como Celso, Gaio, Paulo e Ulpiano chegaram a entendimentos individuais, com base em análise de casos fáticos, de que poderia haver limitações aos direitos, caso seus titulares o utilizassem de maneira a agir maliciosamente ou de maneira inadequada, sem que o ato lhes trouxesse utilidade prática, além do prejuízo alheio.

---

<sup>74</sup> SANTOS, Thiago Rodovalho. **Abuso de Direito**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Civil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 149. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8822>. Acesso em: 09 set. 2019.



O termo “emulativo” deriva do latim *aemulatio*, que, de acordo com Marcos Takaoka:<sup>75</sup>

Para os romanos, “*aemulatio*” podia significar o esforço constante de alguém para igualar-se a um outro ou até mesmo para o superar em alguma atividade. O termo indicava mais o estado de espírito, enquanto que o substantivo “*imitatio*” - de sentido conexo, mas diverso- nomeava o modo como o esforço se desdobrava em ação (“*imitatio regards more the mode of action*”). O primeiro termo denotava principalmente o fenômeno psicológico; o segundo, o físico.

Portanto, o termo estaria ligado à ideia de inveja, cobiça, disputa entre rivais; atitudes e comportamento do indivíduo como mecanismos de competição com outrem.

Nesse sentido, estudiosos verificaram que os juristas classificavam a emulação em duas subcategorias: má e boa. Na primeira, o agente se utilizaria das normas visando apenas o prejuízo de seu rival e na segunda, existiria ainda um fim útil o uso do direito, ainda que verificada a competição entre o agente e seu rival.

Ainda, segundo pontuado por Marcelo Takaoka:<sup>76</sup>

No tocante à “emulação má” (“*mala aemulatio*”), fazia-se ainda uma outra distinção: havia a *aemulatio* putativa licita- pela qual o titular do direito prejudicava terceiro, mas visando ao benefício próprio- e a *aemulatio vera illicita*- pela qual o dano alheio era causado dolosamente, *animus nocendi*, sem nenhum interesse, ou com interesse mínimo para o agente; essa última subespécie integrava o ato *ad aemulationem* como seu elemento subjetivo.

Cumprido ressaltar que o exercício dos atos emulativos, via de regra, pela grande maioria, dos juristas não era reprovável, o posicionamento acima elucidado era de minoria. E, mesmo a minoria, apenas identificava como intolerante os atos emulativos, quando havia de alguma forma interferência do agente no direito alheio, sendo que atos maliciosos, realizados na propriedade do agente, de maneira a tirar proveito de bens alheios não eram considerados reprováveis.

O binômio que regia o ato emulativo era composto pelo *animus nocendi*, ou seja, a intenção de causar prejuízo alheio e ausência de propósito útil por parte do agente ao exercer o direito. A presença desses elementos era vista caso a caso e, quando não se verificava a presença de um deles, não se configurava o *aemulatio*.

Nesse contexto, em tradução livre, comenta o estudioso francês Louis Josserand:<sup>77</sup>

<sup>75</sup> TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo ao abuso do direito**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 35.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>77</sup> JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. 1. ed. Bogotá: Telmis, 1999. p. 1

Gaio dizia que não devemos abusar de nossos direitos; *male enim nostro jure uti non debemos*, e o direito pretoriano em seu conjunto, constitui uma reação da equidade contra o direito restrito, do espírito da oportunidade e sutileza contra o espírito geométrico. Porém parece que os romanos se limitaram, nesta obra de humanização e socialização do direito, a perseguir o dolo e a fraude e a condenar a intenção de causar dano; para eles o ato abusivo era unicamente o que se cumpria com intenção lesiva.

Durante a Idade Média, conforme pontuado por Bruno Miragem, o exercício de direitos subjetivos começou a ser restringido, em razão de influências religiosas cristãs, que condenavam a utilização de maneira egoísta de direitos.<sup>78</sup>

Contudo, no fim do século XIX, a teoria dos atos emulativos foi retomada em um contexto positivista e fundado no individualismo. V. Scialoja, jurista italiano, retomou os estudos do direito antigo romano e desse instituto, de maneira a considerar os direitos atribuídos aos indivíduos supremos e incontestáveis, sendo, assim, lícita a prática do *aemulatio*.

Em relação à construção doutrinária de V. Scialoja, Marcos Takaoka comenta:<sup>79</sup>

O romanista italiano, verificando que a doutrina e a jurisprudência de seu tempo condenavam o ato emulativo, corajosamente se insurgiu contra o entendimento dominante: desse modo, sustentou ser permitido todo e qualquer exercício de direito, sendo de desprezar-se a intenção do seu titular. Essa opinião inovadora logo se tornou *communis opinio* em sede doutrinária.

A partir da década de 1930, começou-se a contestar a licitude do ato emulativo e este passou a ser considerado como meio de “trapaça”, ato nocivo à sociedade.

Nesse sentido, Louis Josserand, jurista francês, comenta a existência de duas concepções do direito: uma que entende que a ciência jurídica como rígida, exata, dogmática e outra que concebe o direito como ciência social, em constante transformação e construção, que se molda à evolução da comunidade.<sup>80</sup>

Os doutrinadores da época, que se filiavam à concepção mais social do direito, ampliaram o conceito de ato emulativo, chegando-se ao instituto do abuso de direito.

Nesse sentido, em tradução livre, Louis Josserand, entende que:<sup>81</sup>

O direito moderno e especialmente o contemporâneo concebem o abuso de uma ideia muito mais extensiva; é abusivo qualquer ato que, por seus meios

<sup>78</sup> MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito e ilícito civil: a definição legal do abuso de direito. In: TEI-XEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). Manual de teoria geral do direito civil. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, cap. 5, p. 7-8.

<sup>79</sup> TAKAOKA, 2016. p. 47.

<sup>80</sup> JOSSERAND, 1999. p.1.

<sup>81</sup> Ibid., p.5.

ou por seu fim, vá contra o objetivo, contra a função do direito que se exerce; do critério puramente intencional tende-se a substituir pelo critério funcional, derivado do espírito do direito, da função a que se destina. Cada direito tem seu espírito, seu objetivo, sua finalidade; quem quer que queira separá-lo de sua função social, comete uma falta, um delito ou quase que um delito, um abuso de direito [...].

Entende-se que o abuso de direito é gênero e ato emulativo é espécie, não sendo, portanto, sinônimos. Porém, tendo relação entre si, na medida em que decorrem do exercício do direito subjetivo, realizado de maneira ilícita.

Ainda, segundo Silvio de Salvo Venosa, comenta sobre o instituto do abuso de direito:<sup>82</sup>

A compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supralegal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da equidade.

Cumprido ressaltar que, o abuso de direito foi inserido no Código Civil de 2002 como modalidade de ato ilícito de maneira inovadora.

O Código Civil de 1916 apenas previa de maneira mais genérica que a exceção para a configuração de ato ilícito era o exercício irregular de um direito, porém sem deixar claro o que seria considerado irregular.

Na época, antes da entrada em vigor do novo código, a doutrina debatia de maneira acalorada sobre a ilicitude ou não do abuso de direito.

Nesse contexto, passará a ser analisado de que maneira é concebido o instituto do abuso de direito no Brasil e sua atual concepção.

#### 4.4 DAS TEORIAS DO ABUSO DE DIREITO E TIPIFICAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em relação às teorias criadas na doutrina para explicar o abuso de direito, tem-se a finalística ou objetiva, a mista e a subjetiva.

---

<sup>82</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 591

Na teoria subjetiva, o elemento essencial para se verificar a prática do ato abusivo é a vontade do agente de prejudicar terceiros, aproximando-se do conceito de ato emulativo, sobre o qual comentou-se anteriormente.

Sobre tal teoria comenta Thiago Rodovalho dos Santos:<sup>83</sup>

Logo, não bastaria um olhar objetivo do comportamento realizado e o efeito, o resultado, desse comportamento. Seria imprescindível examinar se houve intenção de prejudicar ou se, ao menos, agiu ele com culpa *latu sensu*. Sem isso, não se há de falar em licitude ou em responsabilidade decorrente de um suposto agir abusivo.

A corrente majoritária atualmente é a filiada à teoria finalística, que entende pela necessidade apenas de uma análise objetiva da conduta e dos efeitos produzidos.

Portanto, não importa para a caracterização do abuso de direito a vontade de *malfazer-animus nocendi*. Basta que a conduta do agente, mesmo que legal, distorça o real objeto ou propósito do dispositivo ou que contrarie a boa-fé e os costumes.

Já a teoria mista, entende que seria possível “uma análise objetivista da intenção do autor”,<sup>84</sup> configurando-se como um meio termo entre as teorias finalística e subjetiva.

O abuso de direito é previsto no art. 187 do Código Civil de 2002, no qual consta que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” No abuso de direito, portanto, tem-se a ilicitude, em razão do exercício ostensivamente ofensivo à justiça.<sup>85</sup>

Depreende-se do dispositivo legal, que a ilicitude do ato pode-se dar também quando há manifestamente uma contrariedade em relação à função social e econômica da norma e a Constituição Federal. Conforme entendido por Maria Helena Diniz:<sup>86</sup>

O abuso de direito para sua configuração requer uma valoração axiológica do exercício de um direito subjetivo (LINDB, art. 5º), tendo por base os valores contidos na Constituição Federal. Isto é assim por constituir uma limitação ao exercício daquele direito, e não uma forma de ato ilícito.

Portanto, a conduta abusiva pode-se dar, quando a ação do titular do direito entra em embate com o exercício de um direito constitucionalmente previsto.

---

<sup>83</sup> SANTOS, 2009. p. 128.

<sup>84</sup> CARVALHO NETO, Ignacio. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

<sup>85</sup> DINIZ, 2015. p. 617.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 618.

Por função, segundo Thiago Brazolin Abdulmassih, “(...) colocando que a finalidade é elemento essencial da função, e quando ela é exercida em prol de pessoas indeterminadas, temos a função social.”<sup>87</sup>

Portanto, a função social de um determinado artigo está intimamente ligada ao que este agrega à sociedade.

Nesse contexto, por exemplo, o direito de propriedade não é absoluto na Constituição Brasileira, sendo limitado à funcionalização da propriedade.

A questão da função social permeia o direito civil no Brasil, tanto nos dispositivos que tratam do direito de vizinhança, quanto às limitações para exercício de um direito. Ainda, em relação a isso, pontua Thiago Brazolin Abdulmassih:<sup>88</sup>

Podemos identificar que neste sentido o Direito Civil não é mais dominado pela lógica do patrimônio, tendo sido “repersonalizado” sob a premissa que o valor máximo a ser atingido é a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente qualificada.

Para fins de verificação de abuso de direito, comenta Thiago Rodovalho dos Santos:<sup>89</sup>

Demais disso, é preciso compreender-se que cada preceito normativo tem uma razão de ser própria [evidentemente não contrária à própria razão de ser do Direito (dignidade da pessoa humana e coexistência de liberdades), mas que também não se confunde com este], e a exata compreensão dessa *ratio essendi* de cada norma concreta também deve ser buscada no momento de aferição e valoração se o exercício de uma determinada posição jurídica excedeu ou não manifestamente o fim [econômico ou social] da norma [CC 187].

Dos comentários acima elencados desses pesquisadores, depreende-se que a conduta do indivíduo, mesmo tendo respaldo legal em um determinado dispositivo, deve, em caráter geral, estar em conformidade com o real objeto do direito que lhe é atribuído pela norma.

O abuso de direito, portanto, configura-se mesmo na hipótese de o indivíduo estar formalmente de acordo com a lei, basta que materialmente esteja agindo ilicitamente.

Ainda, sobre a temática, a VII Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado n. 539 dispõe: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade

<sup>87</sup> ABDULMASSIH, Thiago Brazolin. **Função Social da Propriedade no Direito Econômico**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Departamento de Direito Econômico, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 82. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20593>. Acesso em: 10 outubro 2019.

<sup>88</sup> ABDULMASSIH, 2017. p. 93-94.

<sup>89</sup> SANTOS, 2009. p. 38

civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano.”

A VIII Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado n. 17 também fixou entendimento sobre o tema, a saber: “o abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido”.

Depreende-se de tais enunciados que existe entendimento de que seria possível haver a configuração de abuso de direito sem que isso tivesse como consequência o dano; que a conduta não necessariamente poderia levar a uma reparação de dano, pura e simplesmente.

Em razão de referido enunciado, parte da doutrina considera que o abuso de direito poderia vir a ser mecanismo preventivo e repressivo, com o intuito de proteger princípios basilares do direito brasileiro: boa-fé objetiva, função social e comportamento socialmente ético.

Em razão da contrariedade a tais princípios, que se entende que o abuso de direito é o exercício “antissocial” de um direito.

Ainda, segundo Silvio de Salvo Venosa:<sup>90</sup>

Juntamente com a boa-fé, avulta de importância o critério do julgador no caso concreto, pois, ao concluir pelo abuso de direito, verificará ele se, além de transgredir a boa-fé objetiva aceitável na hipótese, a conduta excedeu os limites estabelecidos para o fim econômico ou moral do direito que se discute, além dos bons costumes, também citados no texto legal.

Entende-se, portanto, que o autor considera necessária uma análise caso a caso pelo magistrado para que se verifique os excessos cometidos na conduta do agente.

Nota-se, porém, que apesar de se fazer necessária a apreciação do magistrado, a análise da conduta do agente é objetiva, ou seja, não se verifica se houve ou não intenção do agente em prejudicar outrem ou de abusar de seu direito, mas sim se objetivamente houve conduta ilícita, conforme previsão do art. 187 do Código Civil.

Divergências doutrinárias à parte, em síntese, o abuso de direito, de acordo com o que é previsto no Código Civil, configura-se a partir de critério objetivo, decorrente do exercício de direito subjetivo por um indivíduo; é ato ilícito; e caso se configure danos a terceiros, deve gerar obrigação de indenizar, tal qual os demais atos ilícitos.

Nesse sentido, o art. 927 do Código Civil obriga o agente que cometer ato ilícito a indenizar a parte que sofrer o dano ou tiver atuado de maneira a implicar riscos aos direitos para

---

<sup>90</sup> VENOSA, 2018. p. 572.

a outra parte, independentemente de culpa, ou seja, sem que seja considerado elemento subjetivo na conduta do agente.

Em relação a esse critério objetivo, Arnaldo Rizzardo entende que ponderações devem ser feitas:<sup>91</sup>

Estabelecer o dever de indenizar pelo simples fato da causalidade é chegar-se às maiores incongruências. É provocar verdadeiro desassossego à vida. Todos os prejuízos conduziram à reparação. O comerciante melhor contemplado, em um ponto comercial, seria obrigado a indenizar outro prejudicado pela concorrência. A condenação, por um crítico, de certo livro implicaria o dever de reparar a redução da vendagem decorrente da análise negativa. A propaganda contra o uso do fumo provocaria o direito do fabricante em pedir o ressarcimento pela redução da comercialização etc.

Apesar das pontuações feitas por Arnaldo Rizzardo acima, o Código Civil estabeleceu critérios de responsabilidade civil objetivo e subjetiva, coexistindo ambos para fins de aplicação fática.

A conduta abusiva é uma modalidade de ato ilícito e, conforme previsto no art. 927 do Código Civil, enseja indenização em caso de dano ou risco a direito alheio, porém não necessariamente terá por consequência a responsabilidade civil.

Nesse sentido, entende Thiago Rodovalho dos Santos:<sup>92</sup>

Assim, muitas vezes trabalham com a ideia de que, em havendo ato ilícito, haverá por via de consequência, necessariamente, o dever de indenizar [responsabilidade civil]; ou que, em havendo hipótese de responsabilidade civil, esta decorra necessariamente de um ato ilícito.

Conquanto essas duas assertivas sejam verdadeiras, podemos dizer, na maioria das hipóteses, não o são, contudo, verdadeiras em todas elas. O que, por si só, já é suficiente para inferirem-se duas conclusões: (i) culpa e dano não integram necessariamente o suporte fático do ato ilícito; (ii) e que o ato ilícito e a responsabilidade civil não se confundem.

Portanto, depreende-se que, apesar de configurar conduta ilícita, não necessariamente o abuso de direito estará atrelado à responsabilização civil.

O abuso de direito é um ilícito que pode não necessariamente causar danos, mas sim apenas ofender a própria o próprio direito e sociedade. Ele vai além da questão da responsabilização civil.

A conduta abusiva pode, por exemplo, ofender costumes da sociedade e, em razão disso, ser enquadrada como tal, porém não ter ensejado dano especificamente a um indivíduo.

---

<sup>91</sup> RIZZARDO, 2015. p. 688.

<sup>92</sup> SANTOS, 2009. p. 143.

Nesses casos, há quem entenda que não caberia indenização, apesar do disposto no art. 927 do Código Civil.



## 6 CONCLUSÃO

Conforme mencionado anteriormente, os FIIs existentes no Brasil são recentes, em sua maioria constituídos nos últimos 10 anos. Nesse sentido, as demandas judiciais envolvendo fundos com esse perfil são recentes e ainda não há entendimento jurisprudencial consolidado, tampouco doutrina que analise detalhadamente as questões locatícias aplicadas especificamente para eles.

Adicionalmente, a lei do inquilinato, por ter sido amplamente modificada pela última vez há mais de 20 anos, encontra-se defasada, o que causa muita insegurança jurídica tanto para o FIIs e seus administradores, na qualidade de locadores, quanto para os locatários que com eles mantêm relações contratuais.

Especificamente em relação ao art. 31 da lei do inquilinato, a doutrina encontra-se bem dividida quanto a sua interpretação: se esta deve ser extensiva ou restritiva.

Algumas correntes entendem que sua aplicação deveria ser extensiva, em razão do art. 27 da lei do inquilinato ser uma clara limitação ao direito real do titular dos imóveis de dispor sobre os mesmos.

Por outro lado, há quem defenda que sua aplicação deve ser restritiva, uma vez que o contrário poderia dar margem a casos extravagantes, em que o direito de preferência concedido ao locatário poderia ficar em um segundo plano.

Porém, o que se verifica em todas as fontes bibliográficas pesquisadas é que em nenhuma há entendimento consolidado em relação ao art. 31, no que tange à sua aplicação no caso de propostas de terceiros para aquisição de conjunto de imóveis localizados em cidades distintas de proprietários diferentes.

Os únicos autores que esboçam um entendimento de que algo nesse sentido não poderia ser abarcado pelo art. 31 da lei do inquilinato são Francisco Carlos Rocha de Barros, Silvio de Salvo Venosa e Sylvio Capanema de Souza. Entretanto, depreende-se da leitura dos comentários desses autores que as hipóteses formuladas por eles são bem menos complexas do que a do caso apresentado.

Francisco entende que não se aplicaria o art. 31 no caso de propostas para aquisição de imóveis de proprietários diferentes; Sylvio entende que, em razão de questões urbanísticas, a proposta para venda em bloco só poderia ser realizada no caso de imóveis contíguos ou de unidades autônomas de um mesmo edifício; e Silvio Venosa refere-se apenas a uma eventual proposta do legislador em vedar o condomínio civil de proprietários de um mesmo edifício.

Ademais, conforme visto no capítulo sobre FIIs, o administrador do fundo possui propriedade fiduciária dos imóveis, portanto, possui direitos reais sobre os mesmos, porém não figura como titular.

Por outro lado, os cotistas dos FIIs, na qualidade de condôminos, possuem a titularidade dos imóveis, porém, não possuem poderes para exercer diretamente os direitos reais que o código civil lhes confere. Tampouco, podem o fazer os FIIs, por não lhes ser conferido personalidade jurídica.

Entende-se, portanto, que, ambos os FIIs são condomínios individualizados, com ativos próprios, cotistas diferentes e que, apesar, de as sociedades que os administrarem serem subsidiárias em um mesmo grupo econômico, para fins locatícios, cada FII é um locador-proprietário.

Nessa hipótese, poderia-se considerar que a notificação enviada aos locadores, com grandes ressalvas, configuraria a hipótese de proposta de venda “em bloco” de imóveis de proprietários diferentes.

Por conta da já comentada imprecisão do art. 31 da lei do inquilinato, não há vedação legal na lei do inquilinato para a notificação conjunta dos locatários dos FIIs administrados pelas sociedades subsidiárias do BTG Pactual. Há correntes doutrinárias que se posicionam a favor do BTG Pactual no contexto da aplicação de referido artigo.

Contudo, cabe atenção especial à função social do direito de preferência atribuído ao locatário em choque com os direitos reais de propriedade do locador.

Conforme mencionado anteriormente, a lei do inquilinato assegura o direito de preferência do locatário para que se tente preservar a moradia, no caso de locações residenciais, e comércio, havendo, portanto, função social específica a ser cumprida por esse instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Aplicando-se o direito constitucional, verifica-se a existência da funcionalidade do direito de preferência, na medida em que se pretende privilegiar o locatário, para que este possa ter a possibilidade de adquirir o imóvel que já ocupa, resguardando o direito social à moradia e, no caso de locação comercial, em linhas gerais, estimular o desenvolvimento econômico, mantendo-se o foro de comércio.

O direito real de propriedade do locador, titular do imóvel locado nesse caso é restringido, com o objetivo de se promover interesses sociais mais relevantes- moradia e desenvolvimento econômico.

O art. 31 da mesma lei foi criado com o objetivo também de equilibrar os interesses do locador e do locatário, assegurando ao locador a possibilidade de dispor de seus bens imóveis de maneira que lhe dê maiores retornos financeiros.

Em relação ao direito de propriedade, cumpre ressaltar que este também possui respaldo na Constituição Federal como direito fundamental do indivíduo.

Analisando-se algo mais concreto, o art. 31 também permite a promoção de empreendimentos imobiliários, uma vez que, geralmente, para construção e complexos residenciais, *shopping centers*, hospitais, é necessária a aquisição de grandes terrenos contíguos, que podem vir a ser de um mesmo proprietário.

Tais empreendimentos acabam por gerar empregos e estimular a economia nacional, cumprindo, então, função social importante também o art. 31 da lei do inquilinato.

Contudo, algumas questões precisam ser ponderadas quanto ao que pode ser considerado razoável: no caso analisado, condicionar o exercício de preferência dos locatários à cobertura de oferta bilionária da *Brookfield*, que engloba imóveis de locadores diferentes estaria de acordo com a função social do art. 31 da lei do inquilinato e não estaria inibindo o direito de preferência previsto no art. 27?

Aplicando-se o entendimento de que deve ser restritiva a interpretação do art. 31 da lei do inquilinato, em razão da prevalência do direito do locatário e à função social do art. 27, verifica-se que poderia ser considerada como abuso de direito a conduta do BTG Pactual- apesar de aparentemente revestida de licitude, é abusiva, excessivamente onerosa ao locatário que quiser exercer seu direito.

Já se fosse aplicada a interpretação mais extensiva do art. 31, bem como se fosse verificado no presente caso, de forma subjetiva, que o direito de propriedade dos fundos deve prevalecer sobre o direito de preferência dos locatários, a conduta do BTG Pactual seria considerada lícita, sem óbice legal.

Cumpre ressaltar que, caso o imóvel fosse alienado para terceiro, sem que o locatário quisesse exercer seu direito de preferência, ele poderia permanecer no imóvel, por meio de outros mecanismos legais- cláusula de vigência no prevista no contrato de locação, prazo de locação determinado e vigente e o devido registro do instrumento junto à matrícula do imóvel.

Logo, os prejuízos atribuídos aos locatários, em razão da forma em que lhes foi imposta a proposta, poderiam ser superados.

Independentemente da ilicitude da conduta do BTG Pactual, a conclusão do presente trabalho é que se faz necessária a modificação do art. 31 da lei do inquilinato para que se esclareça o que se deve entender por “totalidade das unidades imobiliárias”, afastando, assim,

a insegurança jurídica dos posicionamentos doutrinários, não só para o caso analisado, mas também para quaisquer hipóteses de venda em bloco.

A insegurança jurídica, poderia, por exemplo, ter ocasionado um litígio entre locatário que questionasse legalmente a licitude da notificação e BTG Pactual, o que poderia trazer prejuízos para os FIIs, na medida em que a *Brookfield* poderia desistir da proposta, em razão da demora para a resolução do conflito.

Não há, portanto, uma solução legal clara para o caso analisado. Pode-se chegar a conclusões diferentes, seguindo-se linhas doutrinárias diferentes e é exatamente essa situação de dúvida que demonstra com clareza a necessidade de uma reformulação do art. 31 da lei do inquilinato.

## REFERÊNCIAS

1 BRASIL. **Instrução Normativa nº 409 de 18 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst409.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

2 STUBER, Walter Douglas. A nova regulamentação dos fundos de investimento. *In*: Wald, Arnaldo (Org.). **Direito empresarial: mercado de capitais**. v.8. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. cap. 20, p. 346.

3 BRASIL. **Lei 8.668 de 25 de junho de 1993**. Dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos fundos de investimento imobiliário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8668.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8668.htm). Acesso em: 25 agosto de 2019.

4 STUBER, 2011, p. 356.

5 BRASIL. **Lei n. 11.196 de 21 de novembro de 2005**. Institui o regime especial de tributação para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação - REPES, o regime especial de aquisição de bens de capital para empresas exportadoras - RECAP e o programa de inclusão digital [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196compilado.htm). Acesso em: 26 de ago. 2019.

6 BRASIL. Ministério da Economia. Comissão de Valores Imobiliários. **Instrução Normativa nº 472 de 31 de out. 2008**. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento, a oferta pública de distribuição de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário – FII [...]. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2004. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst472.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2019.

7 TERPINS, Nicole Mattar Haddad. **A natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário. 2013**. Dissertação (Mestrado em Direito Imobiliário) – Departamento de Direito Comercial, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 8. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-14052015-145102/pt-br.php>. Acesso em: 10 maio 2019.

8 BONA, André. **Fundos imobiliários: conheça esta modalidade de investimento**. In: Blog BTG Pactual digital. São Paulo, 10 maio 2019. Disponível em: <https://www.btgpactualdigital.com/blog/coluna-andre-bona/fundos-imobiliarios-como-investir>. Acesso em: 20 set. 2019.

9 TERPINS, 2013, p. 10.

10 TERPINS, 2013, p. 11.

11 BRASIL, 1993.

- 12 ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Direitos reais. *In:* MESSA, Ana Flávia (Org.) **Coleção concursos jurídicos**, vol. 7. São Paulo: Atlas, 2011, p. 88.
- 13 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das coisas**. v. 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 241.
- 14 *Ibid.*, p. 259.
- 15 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 14. ed. Salvador: JusPodvim, 2018, p. 556.
- 16 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 463.
- 17 FARIAS, ROSENVALD, 2018, p. 558.
- 18 SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1997, p. 20.
- 19 SALOMÃO NETO, 1997, p. 13.
- 20 TERPINS, 2013, p. 25.
- 21 SALOMÃO NETO, 1997, p. 100.
- 22 SLAIBI FILHO, Nagib. DE SÁ, Romar Navarro de. **Comentários à lei do inquilinato**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 236.
- 23 BRASIL, **Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm). Acesso em: 05 de set. 2019.
- 24 VENOSA, Silvio de Salvo. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997
- 25 *Ibid.*, p. 119.
- 26 VENOSA, 1997, p. 118.
- 27 BRASIL, 1991.
- 28 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. LGOW, Carla Wainer Chalréo. Do direito de preferência. *In:* SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. PERES, Tatiana Bonatti (Org.). **Lei do inquilinato comentada artigo por artigo: visão da doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. cap. 5, p. 138.
- 29 SLAIBI FILHO; DE SÁ, 2010, p. 241
- 30 SOUZA, Sylvio Capanema. **A Lei do inquilinato comentada: artigo por artigo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 158.

- 31 AVVAD, Pedro Elias. **Direito imobiliário**: teoria geral e negócios imobiliários. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 514.
- 32 GUEDES; LGOW, 2017, p. 141.
- 33 Ibid, p. 141.
- 34 AVVAD, 2014, loc. cit.
- 35 VENOSA, 1997, p. 120.
- 36 BARROS, Francisco Carlos Rocha de. **Comentários à lei do inquilinato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147-148.
- 37 VENOSA, op. cit., p. 121.
- 38 BRASIL, 1991.
- 39 BARROS, 1997, p. 158
- 40 VENOSA, 1997, p. 121.
- 41 SOUZA, 2019, p. 168.
- 42 GUEDES; LGOW, 2017, p. 139.
- 43 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161
- 44 VENOSA, loc. Cit.
- 45 BRASIL, 1991.
- 46 GUEDES; LGOW, 2017, p. 161.
- 47 CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. **Anotações à lei do inquilinato**: lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 187.
- 48 SOUZA, 2019, p. 165.
- 49 BARROS, 1997, p. 152 et seq.
- 50 VENOSA, 1997, p. 122 et seq.
- 50 SOUZA, 2019, p. 166.
- 51 BRASIL, 1991.
- 52 SOUZA, 2019, p. 166.
- 53 GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 350.

54 SOUZA, 2019, p. 166.

55 VENOSA, 1997, p. 123.

56 SOUZA, 2019, op. cit.

57 SANTOS, Gildo dos. **Locação e despejo**: comentários à lei 8.245/91. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214-215.

58 BARROS, 1997, p. 154.

59 VENOSA, 1997, p. 123.

60 VENOSA, 1997, p. 120.

61 BARROS, 1997, p. 153.

62 RODRIGUES, 2007. p. 7.

63 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24.

64 LAUTENSCHÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3.

65 RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 502.

66 RIZZARDO, loc. cit.

67 RIZZARDO, 2015. p. 671.

68 TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.397.

69 NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 522.

70 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 87.

71 RIZZARDO, 2015, p. 673.

72 PEREIRA, 2018. p. 50.

73 LAUTENSCHÄGER, 2007. p. 8.

74 SANTOS, Thiago Rodovalho. **Abuso de direito**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Direito Civil, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São



Paulo, 2009. p. 149. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8822>. Acesso em: 09 set. 2019.

75 TAKAOKA, Marcos. **Do ato emulativo ao abuso do direito**. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 35.

76 Ibid., p. 39.

77 JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensayos**. 1. ed. Bogotá: Telmis, 1999. p. 1

78 MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito e ilícito civil: a definição legal do abuso de direito. *In*: TEI-XEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). **Manual de teoria geral do direito civil**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, cap. 5, p. 693.

79 TAKAOKA, 2016. p. 47.

80 JOSSERAND, 1999. p.1.

81 Ibid., p.5.

82 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 572

83 SANTOS, 2009. p. 128.

84 CARVALHO NETO, Ignacio. **Abuso do direito**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

85 DINIZ, 2015. p. 617.

86 Ibid., p. 618.

87 ABDULMASSIH, Thiago Brazolin. **Função Social da Propriedade no Direito Econômico. 2017**. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Departamento de Direito Econômico, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 82. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20593>. Acesso em: 10 outubro 2019.

88 ABDULMASSIH, 2017.p. 93-94.

89 SANTOS, 2009. p. 38.

90 VENOSA, 2019. p. 572.

91 RIZZARDO, 2015. p. 688.

92 SANTOS, 2009. p. 143.