

FUNDOS DE INVESTIMENTO SOB UMA ÓTICA DE DIREITO CIVIL, DE DIREITO NOTARIAL, DE REGISTROS PÚBLICOS E DE PROCESSO CIVIL: UMA ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA APROFUNDADA

Carlos Eduardo Elias de Oliveira

(Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos na Universidade de Brasília – UnB –, no IDP/DF, na Fundação Escola Superior do MPDFT - FESMPDFT, no EBD-SP, na Atame do DF e de GO e em outras instituições.

Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ.

Instagram: @profcarloselias e
@direitoprivadoestrangeiro

Site: www.profcarloselias.blogspot.com.br

RESUMO

1. O artigo aprofunda a discussão acerca dos Fundos de Investimento sob uma perspectiva do Direito Civil, do Direito Notarial, dos Registros Públicos e do Processo Civil, especialmente em razão do fato de essa matéria ter sido inserida no Livro de Direito das Coisas do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). Aborda também os principais julgados do STJ sobre fundos de investimento.

2. Fundo de investimento é ente despersonalizado e configura um condomínio de natureza especial em que os cotistas são os condôminos. A finalidade dos cotistas é “investir” seu dinheiro adquirindo cotas do fundo de investimento, que, a seu turno, buscará o lucro por meio de operações de investimento guiadas por especialistas (**capítulos 2 e 8**).

3. Como o fundo de investimento é um condomínio de natureza especial, não se aplicam as regras próprias do condomínio tradicional ou do condomínio edilício (art. 1.368-C, § 1º, do CC), do que dá exemplo o fato de que o cotista não teria legitimidade para, sozinho, propor ação para defender bens do fundo (**capítulo 8.3.**).

4. A disciplina dos fundos de investimento atípicos está nos arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC e em atos infralegais da CVM (especialmente a Instrução Normativa CVM nº 555/2014). Há, porém, fundos de investimento típicos, assim entendidos os que possuem uma disciplina legal ou infralegal própria, a exemplo do Fundo de Investimento Imobiliário. As regras gerais do CC se aplicam subsidiariamente aos fundos típicos por força do art. 1.368-F (**capítulo 3**).

5. A responsabilidade do cotista pelas dívidas do fundo é, em regra, ilimitada. A exceção corre à conta de previsão, no regulamento do fundo, de responsabilidade limitada ao valor da cota, conforme art. 1.368-D, I, do CC (**capítulo 4**).

6. Mudança no regulamento para tornar limitada a responsabilidade dos cotistas só alcançam dívidas nascidas posteriormente, tudo em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, conforme art. 1.368-D, § 1º, do CC (**capítulo 5**).

7. A CVM é autarquia criada para, em suma, proteger os investidores de “golpistas” e de “aventureiros”. O CC reconheceu o papel regulamentar dela ao entregar-lhe a incumbência de regulamentar e de registrar os fundos de investimento, consoante o seu art. 1.368-C, §§ 2º e 3º (**capítulo 6**).

8. O fundo de investimento nasce com o registro do regulamento na CVM. Antes do registro, o regulamento apenas prova um “fundo de fato”, que, na prática, deve ser considerado como um mero contrato (**capítulo 7**).

9. O fundo de investimento tem autonomia pessoal, patrimonial, processual e obrigacional em relação aos cotistas e aos prestadores de serviço, como o administrador, o gestor e o custodiante (**capítulos 7 e 9**).

10. O fundo de investimento não é pessoa jurídica, e sim um ente despersonalizado, e, nessa condição, pode figurar como titular de bens no Registro de Imóveis e como parte em contratos e em processos judiciais. Pode, inclusive, sofrer dano moral, apesar de haver quem entenda pelo descabimento de dano moral contra entes despersonalizados (**capítulo 8**).

11. Antes da Lei da Liberdade Econômica, havia dúvida jurídica razoável acerca da possibilidade de o fundo de investimento figurar como o titular de bens nos Registros Públicos e como parte em contratos e em processos judiciais. Havia quem entendesse que o nome do administrador é que deveria ser levado em conta. Entendemos ser viável a retificação dos registros públicos, do polo contratual e do polo judicial para colocar o fundo de investimento no lugar do administrador (**capítulo 13.1.**).

12. No caso do Fundo de Investimento Imobiliário (FII), a sua lei específica (Lei nº 8.668/1993) está em aparente conflito com o CC (após sua alteração pela Lei da Liberdade Econômica em 2019) relativamente à natureza jurídica de ente despersonalizado do fundo de investimento, pois prevê que o registro dos bens do fundo deverá ser feito em nome do administrador na condição de titular da propriedade fiduciária. Entendemos que, à luz do diálogo das fontes, deve prevalecer as regras do CC, de maneira que os registros públicos, os contratos e os processos judiciais em nome do administrador anteriormente à Lei da Liberdade Econômica devem ser atualizados para que fazer constar o nome do fundo (**capítulo 13.2.**).

13. Os prestadores de serviço do Fundo de Investimento só respondem civilmente por dolo ou má-fé, desde que estejam atuando de acordo com as regras de funcionamento do fundo. Se, porém, atuarem contrariamente às regras de funcionamento, a sua responsabilidade civil se satisfaz com a mera presença de culpa. Essa é a interpretação restritiva mais adequada do art. 1.368-E do CC. Há tendência da jurisprudência em incluir a culpa grave no conceito de dolo. O regulamento, porém, pode endurecer ou aliviar esse regime de responsabilidade dos prestadores de serviço, caso em que estes poderão se recusar a prestar o serviço ou aumentar a remuneração para absorver financeiramente o maior risco (**capítulos 10 e 11**).

14. No caso de Fundo de Investimento Imobiliário, o art. 8º da sua lei específica (Lei nº 8.668/1993) responsabiliza o administrador no caso de “má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do fundo ou determinação da assembleia de quotistas”. Entendemos que esse dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o

art. 1.368-E do CC, de maneira que, se o administrador tiver agido dentro das regras de funcionamento do fundo, ele só responderá por dolo ou má-fé (**capítulo 13.3.**).

15. Não há solidariedade entre os prestadores de serviço por danos causados aos investidores, salvo se eles, por ato próprio de vontade, assim pactuarem. É insuficiente a mera previsão no regulamento da solidariedade. Essa é a interpretação que reputamos mais adequada ao inciso II do art. 1.368-D do CC (**capítulo 10**).

16. Embora a responsabilidade civil seja subjetiva, os prestadores de serviço estão sujeitos à responsabilização administrativa perante a CVM, que fiscaliza a atividade deles e que pode aplicar-lhes punições no caso de condutas negligentes, de maneira que a absolvição na esfera civil não afasta necessariamente eventual responsabilização administrativa (**capítulo 10**).

17. Mesmo antes de o CC passar a disciplinar os fundos de investimento, o STJ firmara sua jurisprudência no sentido de negar pretensões indenizatórias formuladas por investidores que alegavam ter sofrido prejuízo com alguma operação malograda do administrador ou do gestor dos fundos de investimento, salvo se tivesse havido comprovação de gestão temerária ou se tivesse havido violação do dever de informação. Há, porém, uma presunção de ciência pelo investidor dos riscos de insucessos do fundo de investimento, pois, se o investidor não quisesse riscos, contentar-se-ia com os rendimentos mais modestos da poupança (**capítulo 11**).

18. O regulamento pode fixar regime de patrimônio de afetação em favor de classes específicas de cotistas (**capítulo 12**).

19. A cota do fundo de investimento é um bem móvel por determinação legal, o que afasta a incidência de ITBI ou a exigência da autorização conjugal do art. 1.647 do CC no caso de sua negociação (**capítulo 13.4.**).

20. A cota é um bem do cotista e, por isso, por inexistir proibição legal, poderia ser objeto de atos voluntários de alienação e de oneração bem como de atos involuntários, como a penhora ou a sucessão *causa mortis*. Na prática, porém, com suporte em atos infralegais da CVM, os regulamentos do fundo costumam proibir atos voluntários de alienação, restringindo o poder do cotista ao de resgatar ou não suas cotas. Apesar de essa situação ser lícita, é desejável que o legislador reflita sobre a conveniência de mudar essa parcial indisponibilidade voluntária das cotas. Isso vale mesmo para a cessão fiduciária de cota de fundo de investimento em garantia de locação urbana, pois a lei específica exige autorização do regulamento do fundo para sua pactuação (art. 88, §§ 6º e 7º, Lei nº 11.196/2005 e art. 37, IV, da Lei nº 8.245/91). Entendemos, porém, estar implícita no CC a proibição de o regulamento vedar atos involuntários de transmissão da cota, como os decorrentes de sucessão *causa mortis* ou os decorrentes de penhoras judiciais (**capítulo 13.5.**).

21. Urge que o legislador adapte a legislação à realidade contemporânea de desmaterialização da propriedade. Na prática, o patrimônio de inúmeros indivíduos é majoritariamente incorpóreo, e a legislação não está adequadamente preparada para essa nova realidade desmaterializada (**capítulo 13.6.**).

22. O banco que orienta seus clientes a adquirem cotas de fundo de investimento não responde por insucessos futuros, salvo se violarem o dever de informação (não esclarecendo o cliente acerca dos riscos) ou se fizerem a aquisição da cota sem o consentimento do cliente. O STJ tem julgados nesse sentido (**capítulo 13.7**).

23. Os Fundos de Investimento em Direito Creditório são instituições financeiras e, como tal, pode cobrar juros além do limite da Lei de Usura e pode exigir fiança como garantia das cessões de crédito *pro solvendo*. Esse é o entendimento do STJ (**capítulo 13.8.**).

1. INTRODUÇÃO

Em 2019, por força da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), os arts. 1.368-C ao 1.368-F do Código Civil passaram a disciplinar, no Livro de Direitos das Coisas, a figura do “Fundo de Investimento” como uma espécie de condomínio de natureza especial.

Os Fundos de Investimentos já são bem conhecidos no mercado como uma opção de investimento, mas a doutrina do Direito Civil pouco cuidava do tema.

O presente artigo busca, unindo teoria com prática, expor os contornos do Fundo de Investimento sob uma ótica do Direito Civil, o que acabará por abranger questões sob a ótica do Direito Notarial e de Registros Públicos bem como sob o prisma do Processo Civil.

2. DEFINIÇÃO E EXEMPLOS

Fundo de investimento é um sujeito de direito despersonalizado composto por bens (móvels ou imóveis) e destinado a garantir lucro aos titulares de suas cotas. O lucro é obtido por meio da exploração da atividade econômica especificada no regulamento dos fundos. Os fundos de investimento imobiliário, por exemplo, exploram negócios imobiliários (locações, vendas de imóveis etc.). Os fundos de investimento de ações, a seu turno, lucram com compra e venda de títulos mobiliários na Bolsa de Valores.

Na prática, o cotista é um investidor, pois adquire uma cota do fundo de investimento com o objetivo de obter lucro por meio da valorização de sua quota ou por meio das eventuais distribuições de rendimentos auferidos pelos fundos. Os investidores costumam comprar as quotas de fundos por meio de corretoras, a exemplo da famosa XP Investimentos¹.

Para o investidor com pouco tempo para gerir suas aplicações ou com menos conhecimento do mercado financeiro, os fundos de investimentos são uma excelente opção. Por exemplo, se um indivíduo quer aplicar cem mil reais comprando ações na Bolsa de Valores e se ele não tiver domínio desse ambiente negocial, ele poderá usar seu

¹ Site: www.xpi.com.br.

dinheiro para adquirir cotas de um fundo de investimento que lida com compra de ações (fundos de ações). Esse fundo, que é administrado e gerido por especialistas, irá operar na Bolsa de Valores usando o dinheiro do fundo para obter lucros, os quais – após as deduções com a remuneração dos prestadores de serviços e com outras despesas operacionais – beneficiarão os cotistas por meio da valorização de suas cotas ou por meio da distribuição de lucros.

O investimento em fundo de investimento tem risco, de maneira que, se o fundo tiver um mau desempenho, o valor das cotas pode reduzir, zerar ou até mesmo se tornar negativo, o que faria com que o investidor perdesse todo dinheiro investido e, ainda por cima, se não houver limitação de responsabilidade no regulamento do fundo, fosse obrigado a aportar mais dinheiro para cobrir o valor negativo de suas cotas.

A título de exemplo, suponha que João, cansado dos poucos rendimentos obtidos na poupança, decide abrir uma conta em uma corretora (como a já citada XP Investimentos) e usar os seus cem mil reais para adquirir cotas do “Equitas Selection Fundo de Investimento em Contas de Fundos de Investimento de Ações” (conhecido pelo nome abreviado de “Equitas Selection Fic Fia”)². Segundo o seu relatório mensal, esse fundo obteve, no mês de janeiro de 2019, um atrativo rendimento de 9,31%, mas, no mês de fevereiro, o seu rendimento foi negativo de -2,58%. João, então, sabendo do risco, dá a ordem de compra por meio do site de sua corretora e, em três dias (tempo geralmente necessário para a efetivação da operação), João passa a ser oficialmente titular de cotas do fundo³. Desse modo, se, no mês seguinte, o fundo obtiver um rendimento de 10%, o valor das cotas de João subirá em 10%, de maneira que o patrimônio do João terá saltado de R\$ 100.000,00 para R\$ 110.000,00 em apenas um mês. Se, porém, no mês seguinte, o fundo tiver um rendimento negativo de -100%, o valor das cotas de João cairá para zero, de modo que, se o valor da cota não vier a subir, João terá “zerado” o seu patrimônio. A situação pode ser pior: se o rendimento negativo for de -200%, isso significa que o valor da cota de João passará a ser de -R\$100.000,00, o que significa que João terá de

² O regulamento desse fundo pode ser visto neste site:

https://institucional.xpi.com.br/downloads/xpgestao/Regulamento/Regulamento_12004203000135_v11.pdf?_ga=2.264815945.738203172.1577626946-590786404.1576756528&_gac=1.207227175.1577204096.EAIAIQobChMIh5mR99bO5gIVgRGRCh2drgBJEAYASAAEgINrPD_BwE

³ Geralmente, a quantidade de cotas do fundo dependerá do valor da cota no momento da cotização (assim designada a conversão do dinheiro investido em cotas do fundo de investimento). Se o valor da cota é de R\$ 1,00, João será titular de cem mil cotas por ter investido cem mil reais. Em outras palavras, o fundo irá emitir cem mil cotas em nome do João.

desembolsar mais cem mil reais para cobrir esse patrimônio negativo, salvo se o regulamento tiver limitado sua responsabilidade ao valor da cota.

3. LEGISLAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO QUANTO À TIPICIDADE

O fundo de investimento é genericamente disciplinado nos arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC e em atos infralegais da CVM.

De forma específica, há fundos de investimento disciplinados em lei específica, caso em que as supracitadas regras do Código Civil serão aplicadas subsidiariamente por força do art. 1.368-F do CC.

Sob essa ótica, quanto à tipicidade, podemos classificar os fundos de investimento em:

- a) *Fundos de investimentos típicos ou estruturados*: os disciplinados em lei específica ou em ato infralegal específico da CVM, embora sejam sujeitos à aplicação subsidiária das regras do CC; e
- b) *Fundos de investimento atípicos ou não estruturados*: os regidos pelas regras gerais dos arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC ou por atos infralegais genéricos da CVM.

A Instrução CVM nº 555/2014 regula os fundos de investimento atípicos. Abrange, por exemplo, os fundos de investimento de renda fixa (investe recursos primordialmente em renda fixa), de ações (investe recursos primordialmente em ações e em congêneres) e os multimercados (tem maior liberdade na escolha dos investimentos).

Quanto aos fundos de investimento típicos ou estruturados, estas são as principais subespécies:

- a) *Fundos de Investimento Imobiliário (FII)*: são regidos pela Lei nº 8.668/1993 e pela Instrução CVM nº 472/2008. Sua atividade centra-se na obtenção de lucros com empreendimentos imobiliários por diversos modos, lucrando, por exemplo, com aluguéis, com revenda de imóveis etc.

- b) *Fundos de Investimento de Direitos Creditórios (FIDC) e Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FICFIDC)*: são disciplinados pela Instrução CVM nº 356/2001. Sua atividade principal consiste em obter lucros explorando direitos creditórios nas mais diversas maneiras, uma das quais, por exemplo, é a aquisição de créditos a preços baratos para lucrar com o recebimento final.
- c) *Fundos de Investimento em Direitos Creditórios Não-Padronizados*: são regidos pela Instrução CVM nº 444/2006. Foca em obter lucro explorando economicamente direitos creditórios não-padronizados, a exemplo da aquisição, a preço baixo, de créditos resultantes de ações judiciais em curso com o objetivo de lucrar com o recebimento final.
- d) *Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional (FUNCINE)*: são disciplinados pelos arts. 41 e seguintes da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 e pela Instrução CVM nº 398/2003. Sua destinação é aplicar seus recursos em projetos aprovados pela Agência Nacional de Cinema (ANCINE). A administradora desse fundo tem de ser uma instituição financeira.
- e) *Fundos de Investimento em Participações (FIP)*: são regulados pela Lei nº 11.478/2007, que trata dos FIPs em Infraestrutura (FIP-IE) e dos FIPs em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (FIP-PD&I), e pela Instrução CVM nºs 578/2016 e 579/2016, que tratam dos FIPs em geral. Seu objetivo é lucrar com a participação em outras sociedades (comprando, por exemplo, quotas de uma sociedade para ter poder de influência na gestão dela). No caso das FIP-PE e FIP-PD&I, o objetivo primordial é participar de sociedades que desenvolvam infraestrutura ou PD&I como uma forma de estimular a tecnologia e a infraestrutura no País, tudo na linha do inciso IX do § 2º-A do art. 19 da Lei nº 10.973/2004 (que trata de incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica).

4. RESPONSABILIDADE LIMITADA OU ILIMITADA DO COTISTA

A responsabilidade do cotista pode ser limitada ao valor de sua cota se assim for previsto expressamente no regulamento (responsabilidade limitada), conforme art. 1.368-D, I, CC.

Nessa hipótese, se o fundo mergulhar em dívidas que excedam os seus bens, os cotistas não serão obrigados a fazer nenhum desembolso para cobrir esse passivo: basta-lhes o aporte feito por eles para a aquisição da respectiva cota. Caberá aos credores apenas se valer do procedimento de insolvência civil contra o fundo e se contentar com a partilha dos bens que porventura o fundo tiver na forma desse procedimento de execução coletiva (art. 1.368-E, CC).

Se nada for previsto no regulamento do fundo de investimento, a responsabilidade do cotista é ilimitada: ele terá de aportar mais dinheiro do que o desembolsado para a aquisição de sua cota para cobrir dívidas do fundo.

Como alerta Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019), o supracitado dispositivo do Código Civil, ao permitir a responsabilidade limitada, buscou criar um ambiente de maior segurança ao investidor, que não carregará sobre os seus “ombros ocasional responsabilidade por patrimônio líquido negativo”.

5. MUDANÇA DO REGULAMENTO: DA RESPONSABILIDADE ILIMITADA PARA A LIMITADA

Em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, se um fundo muda seu regulamento para passar a prever a responsabilidade limitada dos seus cotistas, essa modificação só vigorará para dívidas nascidas posteriormente à alteração do regulamento. Leva-se em conta aí a data do fato gerador da dívida (ex.: a assinatura do contrato), e não a data do vencimento da dívida (que é um fato posterior ao nascimento da dívida).

Para as dívidas anteriores, a responsabilidade dos cotistas seguirá sendo ilimitada.

Deveras, se os credores antigos soubessem que a responsabilidade seria limitada, provavelmente teriam exigido garantias ou teriam abolido de celebrar contratos com o fundo. As regras de responsabilidade não pode ser modificada como uma verdadeira surpresa contra esses credores antigos.

Esse respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido está expresso no art. 1.368-D, § 1º, do CC.

6. PAPEL DA CVM

Para impedir fraudes, abusos e aventuras contra o investidor, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada com a Lei nº 6.385/1976. Seu objetivo, grosso modo, é o de proteger os investidores de “golpistas” e de “aventureiros” no mercado de títulos mobiliários (ações, títulos etc.).

Ao longo tempo, outros títulos mobiliários passaram a ser alcançados pelo poder regulatório da CVM, como as cotas dos fundos de investimento.

Portanto, os fundos de investimento são regulados e fiscalizados pela CVM. O Código Civil reconhece esse relevante papel ao entregar a essa autarquia o poder de regulamentar e de registrar os fundos de investimento (art. 1.368-C, §§ 2º e 3º, CC).

7. CONSTITUIÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTO, O CASO DO “FUNDO DE FATO” E A SUA AUTONOMIA PESSOAL, PATRIMONIAL, PROCESSUAL E OBRIGACIONAL DO FUNDO

O fundo de investimento nasce, enquanto sujeito de direito despersonalizado, com o registro de seu regulamento na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme art. 1.368-C do CC⁴.

Embora o § 3º do art. 1.368-C do CC apenas condicione a eficácia *erga omnes* do regulamento ao registro do regulamento na CVM, entendemos que, na verdade, esse registro é também para a constituição do fundo, pois, antes disso, não se pode reconhecer a existência de um fundo de investimento diante de sua ilicitude. Nenhum fundo pode operar sem esse registro.

No caso de um fundo de investimento sem registro na CVM, deve-se entender que há aí mero vínculo contratual entre os “investidores” e a pessoa que, em nome do suposto fundo, recolheu o dinheiro dos investidores. O regulamento não registrado deverá ser

⁴ A disciplina do fundo de investimento no Código Civil adveio da Lei da Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019 –, que foi fruto da conversão da Medida Provisória nº 881/2019. Sobre o tema, reportamos a excelente artigo de uma das maiores autoridades em Direito das Coisas, o Professor Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019).

interpretado como sendo as cláusulas desse contrato. Haverá aí um mero “fundo de fato”, que, na verdade, deverá ser considerado como um mero contrato ilícito.

A partir do registro, o fundo passa a ter autonomia pessoal, obrigacional, patrimonial e processual: (1) *pessoal*, porque o fundo é um sujeito de direito diferente dos seus cotistas; (2) *obrigacional*, pois o fundo responde pelas suas próprias obrigações; (3) *patrimonial*, em razão de o seu patrimônio não se confundir com o dos seus cotistas; e (4) *processual*, pelo fato de o fundo ter capacidade de ser parte em processo judicial.

Assim, se o fundo, por exemplo, se obrigar contratualmente a pagar um valor, é somente do fundo que o credor poderá cobrar a dívida. Não poderá endereçar sua cobrança contra os cotistas nem contra os que prestam serviço ao fundo (como o administrador).

8. NATUREZA JURÍDICA DE CONDOMÍNIO ESPECIAL ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO DESPERSONALIZADO

8.1. NOÇÕES GERAIS SOBRE SUJEITOS DE DIREITO PERSONALIZADOS E DESPERSONALIZADOS

Sujeito de direito opõe-se ao conceito de objeto de direito: aquele representa quem titulariza um objeto. Sujeito de direito é quem pode titularizar objetos.

Há duas espécies de sujeitos de direitos: os entes personalizados, assim entendidos os que possuem personalidade jurídica (pessoas naturais e pessoas jurídicas), e os entes despersonalizados, assim designados quem, embora não seja pessoa e, portanto, não tenha personalidade jurídica, podem ter direitos e deveres.

A situação de ente despersonalizado é excepcional e, em princípio, depende de previsão no ordenamento (lei ou, eventualmente, princípios).

O espólio é o exemplo clássico, pois representa o conjunto de bens deixados por uma pessoa falecida e, embora não seja uma pessoa, pode ter direitos e deveres. Contra o espólio podem ser dirigidas ações judiciais, por exemplo, para cobrar dívidas deixadas pelo finado. O inventariante é o “administrador” do espólio.

Outro exemplo é a massa falida, que é “administrada” pelo síndico e que não se confunde com a sociedade empresária cuja falência foi decretada. A falência não extingue a sociedade, mas apenas reúne o seu patrimônio sob a forma de um ente despersonalizado

designado de massa falida para efeito de repartição do patrimônio entre os credores na forma da lei falimentar.

Há outros entes despersonalizados, como o fundo de investimento imobiliário (art. 1º, Lei 8.668/93) e o grupo de consórcio (art. 3º, Lei 11.795/2008).

Uma das principais relevâncias práticas dessa distinção é a de que, para os entes despersonalizados, o princípio da legalidade deve ser mais restrito: tudo lhe é proibido, salvo o permitido em lei, nos costumes ou em princípios jurídicos (princípio da legalidade estrita). É diferente do que sucede aos entes personalizados, que, por terem personalidade jurídica, tudo podem fazer, salvo o vedado em lei (princípio da legalidade ampla). Assim, por exemplo, se um espólio contratar um “pacote de viagem” em uma agência de turismo, esse contrato é nulo por escapar ao que a lei e o costume admitem para o espólio. Os entes despersonalizados possuem uma capacidade de direito limitada a atividades estritamente vinculadas à sua natureza e à sua finalidade. Eles jamais poderiam “adquirir patrimônio que não tivesse uma íntima relação com a sua atividade” (Carnacchioni, 2013, p. 377).

8.2. O EXEMPLO DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO PARA COMPREENSÃO DA IMPORTÂNCIA PRÁTICA DO CONCEITO DE ENTE DESPERSONALIZADO

Embora estejamos a tratar aqui do fundo de investimento – que não admite a incidência sequer subsidiária das regras de condomínio edilício (art. 1.368-C, § 1º, do CC) –, é fundamental conhecermos as repercussões práticas da natureza despersonalizada do condomínio edilício para refletirmos sobre o fundo de investimento. É que a discussão acerca da relevância prática do conceito de ente despersonalizado está mais avançado na doutrina e na jurisprudência quando se trata de condomínio edilício.

Há controvérsias acerca da natureza jurídica do condomínio edilício. Forte corrente doutrinária tem-no como pessoa jurídica, com apoio do enunciado nº 90/JDC (“Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”)⁵. Com apoio em outra robusta vertente doutrinária, inclinamo-nos diversamente, pois o rol de pessoas jurídicas está nos arts. 41 ao 44 do CC sem incluir o condomínio edilício. Este, ademais, nasce com o registro no cartório de registro de imóveis, foro inadequado para pessoas

⁵ Em relação ao condomínio edilício, há respeitadíssimos doutrinadores que o consideram como pessoa jurídica, a exemplo de Frederico Henrique Viegas de Lima – que desenvolveu estudos pós-doutoriais sobre o assunto em 2010 (Lima, 2010) – e de Flávio Tartuce (2019, p. 383), mas essa posição não nos parece a majoritária na doutrina e na jurisprudência.

jurídicas. Se o edifício ruir plenamente, o condomínio edilício é extinto, o que soa estranho para uma pessoa jurídica (arts. 1.357, CC). Ao nosso aviso, o condomínio edilício é um ente despersonalizado e, como tal, só podem fazer aquilo que a lei, o costume ou os princípios jurídicos admitirem.

Condomínio pode contratar porteiros e celebrar contratos afetos à sua atividade de administração da coisa (ex.: locação de áreas comuns para empresas prestadora de serviços aos condôminos), pois o costume e os princípios gerais de direito credenciam-lhe a tanto.

Tudo quanto é exposto aqui sobre o condomínio edilício também deve se estender para os condomínios de lotes, urbano simples e em multipropriedade, pois essas outras espécies de condomínios seguem, no que couber, as regras de condomínio edilício.

Sob essa perspectiva, indaga-se: o condomínio edilício pode adquirir imóveis por ato de vontade? E por usucapião?

Comecemos pela aquisição por ato de vontade.

A lei autoriza o condomínio a, por meio de procedimento de adjudicação, tornar-se proprietário de imóvel de condômino em razão do inadimplemento do preço da construção, conforme art. 63, § 3º, da Lei nº 4.591/64.

Esse dispositivo merece interpretação extensiva para também permitir a aquisição de imóveis pelo condomínio edilício nos seguintes casos: (1) adjudicação da unidade imobiliária do condômino para quitação de contribuições condominiais inadimplidas; (2) aquisição de direito real de terrenos destinados ao aproveitamento do próprio condomínio. A propósito, o Conselho Superior da Magistratura (CSM) do TJSP caminha nesse sentido, como dá notícia a notável jurista e juíza Tânia Mara Ahualli em sentença que admitiu o registro da compra, por um condomínio, de uma área destinada à ampliação das vagas de garagem (1VRPSP, Processo nº 1116258-77.2017.8.26.0100, Juíza Tânia Mara Ahualli, DJ 23/02/2018).

Nesse sentido, há, também, para o condomínio em multipropriedade e para o condomínio edilício em cujas unidades tenha sido instituído o regime da multipropriedade, uma previsão legal análoga permitindo que esses entes despersonalizados adjudiquem a unidade temporal do multiproprietário inadimplente (art. 1.358-P, VIII e IX, e art. 1.358-S do CC).

Fora desses casos, não é viável a aquisição de imóveis pelo condomínio edilício, de modo que o cartório de notas e de imóveis deve se negar praticar atos relativos a compra de imóveis fora dos casos supracitados. Não poderia, por exemplo, um condomínio sair a comprar e revender imóveis aleatoriamente para obter lucro, pois ele não possui personalidade jurídica.

A respeito daquela hipótese de aquisição de imóvel destinado ao aproveitamento do próprio condomínio, temos que a aquisição não precisa ser do direito real de propriedade, mas também pode ser de outros direitos reais. Assim, por exemplo, o condomínio poderia figurar como titular de um direito real de servidão de passagem sobre o imóvel vizinho a fim de facilitar o trânsito de pessoas de seu condomínio. Também seria viável o condomínio comprar um terreno contíguo destinado ao uso comum dos condôminos (ex.: para ser um campo de futebol ou uma área de estacionamento).

Tivemos ciência de um caso em que o incorporador queria oferecer um terreno contíguo em dação em pagamento como forma de saldar dívida sua consistente em não ter concluído a construção e em não ter mobiliado o prédio. Temos que, nesse caso, como o contrato de venda dos imóveis “na planta” é feito com cada condômino, consideramos ser viável que o próprio condomínio figure como adquirente desse terreno dado em pagamento, mas será necessário haver o consentimento expresso de cada um dos condôminos que firmaram o contrato com o incorporador. Essa hipótese se enquadra na supracitada situação de “aproveitamento do próprio condomínio”.

Todo esse raciocínio se estende também ao condomínio de lotes, que também é um sujeito de direito despersonalizado ao qual se aplicam, no que couber, as regras de condomínio edilício (art. 1.358-A, § 2º, CC).

O mesmo se dá em relação ao condomínio urbano simples, que também – ao nosso sentir – é ente despersonalizado, pois a ele se aplica, no que couber, as regras de condomínio edilício (art. 61, parágrafo único, CC).

Igualmente o condomínio multiproprietário atrai essas regras, seja por ser um ente despersonalizado que se sujeita, no que couber, às regras de condomínio edilício (art. 1.358-B, CC), seja porque o Código Civil foi expresso (art. 1.358-P, VIII e IX, CC).

Por fim, a aquisição de imóvel por condomínio edilício depende de aprovação da unanimidade dos condôminos presentes em Assembleia Geral, o que não se confunde com o consentimento de todos os condôminos, tudo por força do § 3º do art. 63 da Lei nº

4.591/64. Condôminos que faltarem a assembleia não poderão opor-se ao que foi lá deliberado por unanimidade. O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo tem igual entendimento para os cartórios de imóveis paulistas (CSM-SP/TJSP, Apelação nº 1024765-14.2015.8.26.0577, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJe 27/02/2018).

Em se tratando de condomínio multiproprietário, o *quorum* será aquele previsto na convenção condominial (art. 1.358-P, VIII e IX, CC).

Resta saber se o fundo de investimento pode adquirir imóvel por usucapião.

O condomínio edilício pode usucapir bens móveis ou imóveis, pois, embora seja um sujeito de direito despersonalizado, ele pode praticar atos compatíveis com finalidade. Basta que estejam presentes os requisitos do usucapião. No mesmo sentido, embora sob o pressuposto de que o condomínio teria personalidade jurídica (premissa da qual dissentimos, conforme já exposto), é o enunciado nº 596/JDC (“O condomínio edilício pode adquirir imóvel por usucapião”).

Indaga-se: o imóvel usuculado precisa ter conexão com a atividade do condomínio (ex.: um *terreno* vizinho usado como espaço de lazer dos condôminos)?

Parece-nos que não, pois, do contrário, estaremos a prestigiar o proprietário negligente do bem usuculado. O condomínio pode usucapir imóveis que não possuem conexão com sua atividade. Todavia, o condomínio ficará com limitações de uso em razão das restrições próprias de sua condição de sujeito despersonalizado. Recorde-se que esses entes despersonalizados só podem fazer aquilo que a lei, o costume ou os princípios jurídicos admitirem, de maneira que o condomínio que usucapiu um imóvel distante acabará por aliená-lo a terceiros.

Por fim, diante da natureza de ente despersonalizado do condomínio edilício, indaga-se: os condôminos podem ser responsabilizados subsidiariamente pelas dívidas do condomínio perante terceiros?

Condomínio não tem personalidade jurídica, embora seja ente despersonalizado, e, portanto, por não haver previsão legal em sentido diverso, as suas dívidas são subsidiariamente dos condôminos, os quais devem pagar contribuições necessárias a que o condomínio honre os compromissos. Está, pois, implícita no dever do condômino em contribuir para as despesas do condomínio (art. 1.336, I, do CC) a responsabilidade subsidiária de cada condômino pelas dívidas do condomínio, de maneira que, se o

condomínio não pagar suas dívidas e se não for encontrado bens penhoráveis em nome do dele, poderá o credor endereçar a cobrança contra os responsáveis subsidiários, ou seja, contra os condôminos na proporção do respectivo dever de contribuição.

Não há necessidade em invocar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para esse caso, pois o condomínio não tem personalidade jurídica. A responsabilidade subsidiária dos condôminos decorre de seu dever de contribuir para as despesas comuns.

Em razão dessa responsabilidade subsidiária, as unidades autônomas dos condôminos poderão ser penhoradas pelos credores do condomínio. Não poderá o condômino invocar a impenhorabilidade do bem de família, pois se trata de dívida vinculada indiretamente ao seu dever de contribuir com as despesas do condomínio (art. 3º, IV, Lei nº 8.009/1990). É esse o entendimento do STJ (REsp 1473484/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 23/08/2018).

Entendemos, em razão da subsidiariedade da responsabilidade, que a pretensão contra os condôminos por parte dos credores do condomínio só nasce após a frustração da tentativa de penhora de bens deste último, de maneira que somente a partir daí passaria a fluir o prazo prescricional contra os condôminos (art. 189, CC).

8.3. SITUAÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTO

Com as noções gerais de sujeitos de direito personalizado e despersonalizado, podemos passar a tratar da situação jurídica do fundo de investimento.

Fundo de investimento não é pessoa jurídica, seja por não ter sido assim catalogado pelo art. 44 do CC, seja pelo fato de o art. 1.368-C do CC lhe ter vestido da condição de “condomínio de natureza especial”. Daí decorre que o Fundo de Investimento não possui personalidade jurídica.

E assim o era mesmo antes de o CC passar a disciplinar os fundos de investimento (o que ocorreu em 2019 com a inserção dos arts. 1.368-C ao 1.368-F ao CC pela Lei da Liberdade Econômica). As referências infralegais⁶ e legais⁷ a esses fundos eram no sentido de que eles consistiam em uma comunhão de recursos financeiros sob a “forma

⁶ Art. 4º da Instrução Normativa CVM nº 555/2014, por exemplo.

⁷ Alguns fundos de investimentos eram e são disciplinados em lei.

de condomínio”, sem outorgar-lhe personalidade jurídica. Aliás, em alguns casos, a lei era e é textual em negar a personalidade jurídica aos fundos⁸.

Apesar da falta de personalidade jurídica, isso não significa que o fundo de investimento não seja um sujeito de direito.

Como é consabido, o ordenamento jurídico admite sujeitos de direito despersonalizados, a exemplo do espólio e do condomínio edilício. Trata-se de entes que, apesar de não deterem personalidade jurídica, podem ter direitos e deveres.

O fundo de investimento se enquadra nesse contexto: ele é um sujeito de direito despersonalizado. Por isso, ele pode ser parte em contratos ou em ações judiciais, pode ser figurar como proprietário de bens nos registros públicos; enfim, pode praticar todos os atos da vida civil com as limitações próprias dos entes despersonalizados.

O próprio Código Civil é expresso nesse sentido ao afirmar a autonomia obrigacional dos fundos de investimento, estabelecendo que eles respondem diretamente pelas obrigações legais e contratuais que assumirem (art. 1.368-E, CC).

E que limitações são essas? É que os entes despersonalizados, ao contrário dos entes personalizados, submetem-se a uma legalidade estrita, de maneira que eles só podem ter direitos e deveres naquilo que a lei, o ato constitutivo (o regulamento, no caso do fundo de investimento) ou a razoabilidade lhe permitam. Do ponto de vista prático, como os fundos de investimento possuem uma finalidade muito ampla, o fato de eles serem sujeitos de direito despersonalizado não lhe parece estabelecer muita censura, pois é razoável admitir que eles pratiquem qualquer ato com vinculação direta ou indireta com sua atividade.

Por fim, ao se afirmar que o fundo de investimento é um “condomínio de natureza especial”, o art. 1.368-C do CC está a reconhecer que as regras das demais espécies de condomínio já conhecidas – as quais se vinculam a coisas corpóreas – não podem ser aplicadas para os fundos de investimento.

O próprio § 1º do art. 1.368-C do CC deixou isso claro ao proibir expressamente a aplicação das regras de condomínio tradicional, de condomínio edilício e de condomínio de lotes. Também as regras de condomínio em multipropriedade (art. 1.358-B e seguintes) não devem ser aplicadas: a falta de menção a isso no § 1º do art. 1.368-C do CC deve ser

⁸ É o caso, por exemplo, do art. 1º da Lei do Fundo de Investimento Imobiliário (Lei nº 8.668/1993) e do art. 41 da Medida Provisória nº 2.228-1/2001 (que trata da FUNCINES).

atribuído a um problema de redação legislativa, pois as regras de condomínio em multipropriedade só foram inseridos no Código Civil no final de 2018, ao passo que a Lei da Liberdade Econômica é de meados de 2018.

Portanto, embora cada cotista seja considerado um condômino (ou seja, um titular do fundo), ele não poderia, por exemplo, ajuizar uma ação, em nome próprio, para proteger interesses do Fundo, ao contrário do que sucede no caso do condomínio tradicional, em que, por força do art. 1.314 do CC, cada condômino pode, sozinho, proteger a coisa comum de terceiros.

8.4. DA IRRELEVÂNCIA DA ATRIBUIÇÃO DE CNPJ PARA O FUNDO DE INVESTIMENTO

Para a discussão acerca da natureza despersonalizada do Fundo de Investimento, é irrelevante o fato de este receber um número de Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) por parte do Fisco, pois a atribuição de CNPJ não decorre da condição de pessoa jurídica, e sim de uma motivação didático-fiscal destinada a facilitar o recolhimento de impostos típicos de pessoas jurídicas.

De fato, não se pode confundir o conceito civil de pessoas (naturais e jurídicas) com os conceitos fiscais de CPF (Cadastro de Pessoas Físicas) e CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas). Estes últimos são números cadastrais destinados a individualizar todos os potenciais contribuintes e – embora o CPF geralmente abranja pessoas naturais e o CNPJ, pessoas jurídicas – o fato é que há diversas exceções. O CNPJ é destinado a contribuintes que, na sua atividade, vinculam-se a fatos geradores típicos de pessoas jurídicas (como ISS, ICMS etc.), razão por que há pessoas naturais, entes despersonalizados e, até mesmo, unidades integrantes de pessoas jurídicas com CNPJ.

Por exemplo, o empresário individual, previsto no art. 966 do CC, é uma pessoa natural que exerce atividade empresarial e, por isso, além do CPF, possui um CNPJ para que, sob este último número cadastral, seja vinculado aos tributos gerados por sua atividade empresarial.

O grupo de consórcio, embora seja um ente despersonalizado, deve ter CNPJ.

Igualmente os estabelecimentos de uma sociedade⁹ (popularmente, as várias filiais de uma pessoa jurídica) e os órgãos públicos, embora sejam meras unidades de uma pessoa jurídica, devem ter CNPJ (Instrução Normativa RFB nº 1.634/2016).

Como se vê, o fato de um ente ter CNPJ não significa que ele é pessoa jurídica. Daí decorrem consequências práticas. Por exemplo, ao fazer um pedido de penhora de bens no nome de um empresário individual, convém que o credor informe ao juiz o CPF e o CNPJ do devedor para que a busca de contas bancárias seja mais completa.

Quem dispõe sobre personalidade jurídica, direitos da personalidade, titularidade de direitos e deveres é o Direito Civil, e não o Direito Tributário, de maneira que as discussões relativas a legitimidade processual, bens penhoráveis e congêneres devem pautar-se no Direito Civil.

Não se nega que, com o CPF e o CNPJ, a identificação das pessoas é mais precisa por se livrar do risco de homônima. O próprio CPC já exige a indicação do CPF e do CNPJ do réu como requisito da inicial (art. 319, II, CPC). Isso, no entanto, não implica que quem tenha CNPJ necessariamente seja pessoa jurídica¹⁰.

⁹ Isso é justificado pelo princípio da autonomia do estabelecimento para fins tributários, sediado no art. 127, II, do Código Tributário Nacional (CTN).

¹⁰ Há um entendimento que reputamos inadequado do STJ confundido os conceitos. O STJ é pacífico em entender que, no caso de sociedade com vários estabelecimentos, cada estabelecimento teria legitimidade processual própria para pleitear a devolução dos tributos que foram indevidamente cobrados com base em fatos geradores nascidos no respectivo estabelecimento. Cada estabelecimento possui um CNPJ próprio (embora o nome empresarial seja o mesmo) para controle dos tributos gerados em cada um deles. Se, por exemplo, uma sociedade chamada Tudo Elétrico S/A possui mil estabelecimentos (“lojas”) espalhados pelo país, cada um dos estabelecimentos possuirá um CNPJ próprio (geralmente muda-se apenas os últimos números do CNPJ). Se a União institui uma taxa constitucional cujo fato gerador é a venda de uma mercadoria, cada estabelecimento, indicando o próprio CNPJ, deveria propor uma ação distinta, podendo até cumular pedidos, pedindo a devolução das taxas indevidamente cobradas. O curioso é que, nesses casos, haveria 1.000 ações propostas por estabelecimentos que possuem o mesmo nome empresarial (“Tudo Elétrico S/A) e diferentes CNPJ. Se o Tudo Elétrico S/A propuser ação indicando apenas um CNPJ, ele será tido por parte ilegítima para pedir a devolução dos tributos gerados da atividade dos demais estabelecimentos, o que poderá gerar prejuízos incalculáveis diante da provável prescrição dos créditos tributários. O fundamento dessa orientação do STJ é o princípio da autonomia do estabelecimento, extraído do art. 127, II, do CTN (STJ, AgRg no REsp 1488209/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/02/2015).

O maior paradoxo é que, segundo o mesmo STJ, se o Fisco for propuser uma ação contra a sociedade empresária cobrando tributos gerados por um estabelecimento, poderá ser penhorado qualquer bem da sociedade, ainda que não vinculado ao estabelecimento gerador dos tributos. O fundamento disso é o de que a titularidade de bens e de dívidas é da pessoa jurídica, e não de cada estabelecimento, conforme regras de Direito Civil (STJ, REsp 1355812/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 31/05/2013)

Temos por absolutamente injustificável a contraditória posição do STJ, que se vale de dois pesos e duas medidas na discussão acerca da autonomia patrimonial (direitos e deveres) da pessoa jurídica e dos estabelecimentos. O princípio da autonomia do estabelecimento só deve ser aplicado apenas para fins de controle tributário e de administração tributária, e não para alterar as regras civis sobre titularidade de direitos e deveres. Os estabelecimentos são entes autônomos apenas para efeito de controle fiscal, e não para efeito civil. O Direito Civil é quem dá essas regras, de maneira que é absolutamente injustificável

8.5. DO DANO MORAL CONTRA OS ENTES DESPERSONALIZADOS

Fundo de Investimento pode ou não sofrer dano moral?

A resposta é a mesma dada para os entes despersonalizados em geral.

Pairá discussão acerca do cabimento de dano moral contra entes despersonalizados.

Há quem o nega por falta de personalidade jurídica. Só pessoas teriam direitos da personalidade. No caso de condomínio edilício, por exemplo, o TJSP negou dano moral ao condomínio por falta de personalidade jurídica e reconheceu que apenas os condôminos poderiam sofrer esse tipo de dano, como no caso de atraso na entrega das obras da área comum (TJSP, Ap. 01313959720098260003/SP, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine, DJ 21/08/2014) ou de protesto indevido em nome do condomínio (TJSP, Ap. 0063460-49.2009.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti, j. 28/4/2014).

Temos, porém, que, embora os entes despersonalizados não tenham personalidade jurídica, é-lhes facultado ter direitos e deveres naquilo em que a lei, os costumes e os princípios jurídicos permitirem e, ao nosso sentir, aí deve-se incluir os direitos da personalidade no que couber.

Assim, por exemplo, havendo protesto indevido do condomínio edilício ou de um fundo de investimento, temos por caracterizado o dano moral.

9. OS PRESTADORES DE SERVIÇO AO FUNDO: ADMINISTRADOR, GESTOR E CUSTODIANTE

Os fundos de investimento, enquanto sujeito de direito despersonalizado, podem praticar, em seu próprio nome, atos da vida civil, como firmar contratos.

É necessário, no entanto, que alguma pessoa natural ou até mesmo uma pessoa jurídica viabilize concretamente a prática desses atos da vida civil, pois os cotistas (os condôminos) são apenas titulares dos bens que compõem o fundo e, nessa condição,

conferir legitimidade ativa isolada e exclusiva para estabelecimento de uma sociedade, pois quem tem personalidade jurídica (quem tem direitos e deveres e quem pode figurar numa ação) é a pessoa jurídica, e não os seus estabelecimentos, que são meros membros da pessoa jurídica (como os braços e os pés o são em relação à pessoa natural).

deliberam sobre as regras de funcionamento do fundo, as quais estão no regulamento do fundo.

Por isso, o fundo de investimento precisa de “prestadores de serviços”, assim entendidas as pessoas naturais ou jurídicas que serão escolhidas pelo fundo para administrá-lo, geri-lo e custodiar as cotas do fundo. Os prestadores de serviço dos fundos costumam ser: (1) o administrador; (2) o gestor; e (3) o custodiante.

O administrador é o principal prestador de serviço, pois é o responsável pelo dia-a-dia do fundo, garantindo-lhe o funcionamento, fiscalizando todos os demais prestadores de serviço, prestando informações a terceiros.

O gestor é o incumbido de realizar os investimentos do fundo, definindo as estratégias destinadas a maximizar o lucro.

O custodiante é quem guarda os ativos dos fundos. Na prática, costuma ser grandes bancos.

Para citar um exemplo, no caso do já citado “Equitas Selection Fundo de Investimento em Contas de Fundos de Investimento de Ações” (conhecido pelo nome abreviado de “Equitas Selection Fic Fia”)¹¹, o administrador é a empresa “BNY Mellon Serviços Financeiros Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A”; a gestora é a empresa “EQUITAS Administração de Fundos de Investimento Ltda”; e a custodiante é o banco BNY Mellon Banco S/A.

10. RESPONSABILIDADE DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS DO FUNDO DE INVESTIMENTO APENAS POR DOLO OU MÁ-FÉ NAS SUAS ATUAÇÕES DENTRO DAS REGRAS DE FUNCIONAMENTO DO FUNDO

Os prestadores de serviço evidentemente não são obrigados pelas dívidas contraídas em nome do Fundo, pois são terceiros. O art. 1.368-E do CC deixa isso claro.

Por isso, os contratos feitos pelos Fundos não podem ser feitos em nome do administrador, e sim em nome do próprio Fundo (que será representado pelo

¹¹ O regulamento desse fundo pode ser visto neste site:

https://institucional.xpi.com.br/downloads/xpgestao/Regulamento/Regulamento_12004203000135_v11.pdf?_ga=2.264815945.738203172.1577626946-590786404.1576756528&_gac=1.207227175.1577204096.EA1aIQobChMIh5mR99bO5gIVgRGRCh2drgBJEAAYASAAEgINrPD_BwE

administrador). No Cartório de Imóveis, por exemplo, os imóveis do Fundo deverão estar registrados no nome deste, e não em nome do administrador.

Apesar disso, enquanto prestadores de serviço, o administrador, o gestor ou o custodiante podem responder civilmente por danos causados ao Fundo de Investimento.

Essa responsabilidade somente ocorrerá no caso de “dolo ou má-fé”, diz o art. 1.368-E do CC. Não ocorrerá no caso de culpa, portanto! No máximo, será possível admitir a culpa grave como equiparada ao dolo por essa ser a tendência jurisprudencial¹².

É evidente que essa exigência de dolo ou má-fé para a responsabilidade civil pressupõe que a atuação dos prestadores de serviço do fundo tenha ocorrido dentro das regras de funcionamento do fundo.

Se o administrador ou o gestor do fundo realiza um investimento violando as regras de funcionamento do fundo, a sua responsabilidade civil decorrerá da mera presença de culpa, pois o art. 1.368-E do CC objetiva blindar o prestador de serviço que age dentro das regras do jogo, e não o que as viola. Esse dispositivo precisa ser interpretado restritivamente. Assim, por exemplo, se as regras do fundo são no sentido de que, no mínimo, 70% dos recursos devem ficar em títulos da dívida pública, o gestor responderá pelos danos causados aos investidores se investir 100% dos recursos em ações, independentemente da prova de dolo dele em causar danos aos investidores. Basta aí a sua culpa em violar as regras do jogo.

Além disso, a apuração da responsabilidade civil dos prestadores de serviço tem de levar em conta: (1) a natureza aleatória e de risco da atividade financeira do fundo e (2) o fato de que os prestadores de serviço não serem obrigados a garantir o resultado por terem obrigação de meio, e não de resultado. Essa advertência de empatia é prevista expressamente pelo § 2º do art. 1.368-D do CC.

Nada impede, porém, que o regulamento estabeleça regra contrária, conforme o próprio inciso II do art. 1.368-D do CC permite. Pode o regulamento endurecer ou aliviar a responsabilidade dos prestadores de serviço. Pode, por exemplo, estabelecer responsabilidade por culpa simples; todavia, os prestadores de serviço terão o direito de

¹² O STJ, por exemplo, equipara o dolo à culpa grave na sua súmula nº 145/STJ, que responsabiliza o transportador por culpa grave no caso de “carona” (transporte gratuito) apesar de o art. 392 do CC só aceitar a responsabilidade do generoso por dolo. Temos posição contrária a esse entendimento sumular com base em uma interpretação histórica, comparada e teleológica (Oliveira, 2018-A).

se recusar a prestar o serviço ou poderão cobrar valores maiores a fim de absorverem o maior risco.

Não há, porém, solidariedade entre os prestadores de serviço por força do inciso II do art. 1.368-D do CC. Nem o regulamento pode prever essa solidariedade. Cada prestador de serviço responde pelos seus próprios atos isoladamente. A única situação em que poderia haver solidariedade é se os prestadores de serviço, por ato de vontade própria, expressamente quiserem assumir a solidariedade passiva, pois o inciso II do art. 1.368-D do CC apenas proíbe que o regulamento fixe essa solidariedade.

E há motivos para essa opção legislativa. Não se trata de leniência legislativa com os prestadores de serviço. A atividade do Fundo é, por natureza, a de assumir riscos para obter lucros. Os prestadores de serviço é que materializam essas escolhas estratégicas, de maneira que, se eles pudessem ser responsabilizados com base em culpa, isso seria um foco de litigiosidade, pois, sempre que alguma tentativa de investimento frustrasse, os cotistas teriam espaço para constranger os prestadores de serviço com ações judiciais.

Além do mais, se a responsabilidade do prestador fosse baseada em simples culpa, a tendência seria o encarecimento dos seus serviços, pois seria necessário repassar ao fundo o ônus financeiro com a contratação de seguro de responsabilidade civil ou com os transtornos potenciais de questionamentos futuros.

A escolha legislativa em restringir a responsabilidade dos prestadores de serviço a dolo ou a má-fé foi razoável para lhes garantir maior liberdade na sua atuação profissional.

Alerta-se para o fato de que, embora a responsabilidade civil seja subjetiva, os prestadores de serviço estão sujeitos, se for o caso, à responsabilização administrativa perante a CVM, que fiscaliza a atividade deles e que pode aplicar-lhes punições no caso de condutas negligentes. Eventualmente, mesmo não havendo responsabilidade civil (pela falta de dano ou de dolo, por exemplo), o prestador pode vir a ser responsabilizado administrativamente perante a CVM se tiver violado alguma norma administrativa.

11. PRESUNÇÃO DE CIÊNCIA DOS RISCOS PELO INVESTIDOR: OBSTÁCULOS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR DO FUNDO DE INVESTIMENTO E O ENTENDIMENTO DO STJ

Mesmo antes de o CC passar a disciplinar os fundos de investimento (o que ocorreu com a Lei da Liberdade Econômica – Lei nº 13.874/2019), o STJ firmara sua jurisprudência no sentido de negar pretensões indenizatórias formuladas por investidores que alegavam ter sofrido prejuízo com alguma operação malsucedida do administrador dos fundos de investimento, salvo se houvesse comprovação de gestão temerária ou se houvesse efetiva violação do dever de informação. Isso, porque a presunção é a de que o investidor sabe dos riscos de insucessos dos fundos de investimento, tanto que, no lugar de aplicar seu dinheiro em opções mais conservadoras, mas menos rentáveis – como a poupança –, ele prefere aumentar potencialmente seus rendimentos em uma aplicação financeira mais arriscada. Há, pois, uma presunção de que o investidor sabe dos riscos de sofrer prejuízos com investimentos mais arriscados.

Nesse sentido, o STJ negou pleito indenizatório de investidor contra administradores de fundo de investimento em razão de prejuízos decorrentes:

- (1) da maxidesvalorização da moeda “Real” em 1999 (STJ, REsp 799.241/RJ, 4^a Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 26/02/2013);
- (2) da realização da mudança da carteira de investimento de fundos para trocar títulos públicos de curta duração por outros de longa duração num contexto de incertezas políticas em razão de esperadas rupturas da política econômica com a iminente vitória do Partido dos Trabalhadores nas eleições presidenciais em 2002 (STJ, REsp 1724722/RJ, 3^a Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 29/08/2019);
- (3) de prejuízos sofridos por má sorte de fundos derivativos, que são fundos agressivos e de alto risco (STJ, REsp 1003893/RJ, 3^a Turma, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 08/09/2010);

Está, porém, implícito nos julgados do STJ o entendimento de que o administrador do fundo responderia no caso de má-gestão, caracterizada pela presença de culpa em sentido estrito, conforme exposto pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto neste julgado (STJ, REsp 1724722/RJ, 3^a Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe

29/08/2019). Com o advento da Lei da Liberdade Econômica, que restringiu a responsabilidade do administrador e dos demais prestadores de serviço ao fundo aos casos de dolo ou má-fé (*caput* do art. 1.368-E do CC), a tendência é que essa tendência jurisprudencial blinde mais ainda o administrador, exigindo, no mínimo, a presença de culpa grave quando o prestador de serviço tiver atuado dentro das regras de funcionamento do fundo. Conforme já expusemos mais acima, o STJ tende a inserir a culpa grave dentro do conceito de dolo.

Houve um caso de maxidesvalorização do dólar no ano de 1999 em que o STJ manteve a condenação do administrador de um fundo em indenizar o investidor por ter violado o dever de informar e por cometido um ato de má gestão. No caso, não havia prova de que o investidor sabia que o fundo era extremamente agressivo: as provas dos autos dariam conta de que o fundo investia 70% de seus recursos em títulos da dívida pública, o que é próprio de um fundo mais conservador. Assim, quando o administrador realizou, com todos os recursos do fundo, uma operação extremamente arriscada (venda a descoberto de dólar futuro) sem ter dado ciência específica aos investidores e desrespeitando a vinculação de 70% dos recursos a títulos da dívida pública (o que era uma espécie de “trava” contra grandes perdas), violou o dever de informação e agiu de modo temerário (STJ, REsp 1164235/RJ, 3^a Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 29/02/2012).

Esse último julgado está compatível com o atual art. 1.368-E do CC, pois, conforme já exposto anteriormente, esse dispositivo tem de ser interpretado restritivamente para condicionar a responsabilidade do administrador ou do gestor à existência de dolo ou de má-fé apenas pelos seus atos praticados de acordo com as regras de funcionamento do fundo. Portanto, no momento em que o gestor deliberadamente viola o dever de deixar 70% dos recursos em títulos da dívida pública, ele viola a regra de funcionamento do fundo e, assim, responde por simples culpa pelos danos causados ao investidor. Temos, apenas, a ressalva de que, no caso analisado pelo STJ, a indenização deveria ter-se restringido a 70% do valor do prejuízo sofrido pelo investidor, pois o administrador podia ter realizado operações arriscadas com 30% dos recursos.

12. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO EM FAVOR DE CLASSES DE COTISTAS

O patrimônio de afetação é o regime jurídico que recai sobre um patrimônio com o objetivo de vinculá-lo prioritariamente à satisfação de uma determinada obrigação ou

de um conjunto de obrigações. Como esse regime jurídico afasta o princípio da patrimonialidade previsto no art. 789 do CPC, é necessário que ele tenha fundamento legal.

Por isso, o art. 1.368-D, III e § 3º, do CC permitiu que o regulamento do fundo estabeleça um regime de patrimônio de afetação em favor de determinadas classes de cotas, de maneira que os titulares dessas cotas teriam um privilégio: teriam prioridade na execução do patrimônio de afetação para a satisfação de seus créditos.

Esse dispositivo deu liberdade plena ao regulamento para indicar os bens que se sujeitarão ao regime de patrimônio de afetação e para eleger a classe de cotas que se beneficiarão desses benefícios.

É fundamental, porém, que o patrimônio de afetação esteja previsto no regulamento, pois terceiros precisam ter ciência disso. Assim, um terceiro, ao consultar o regulamento (que está disponível a todos por ter sido registrado na CVM), poderá, por exemplo, recusar-se a fazer algum contrato com o fundo diante da inviabilidade de executar os bens deste por conta do patrimônio de afetação.

13. PROBLEMAS PRÁTICOS ENVOLVENDO OS FUNDOS DE INVESTIMENTO

13.1. ATOS, REGISTROS PÚBLICOS E PROCESSOS EM NOME DO ADMINISTRADOR COM BASE NA EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DE QUE OS FUNDOS NÃO PODIAM FIGURAR EM CONTRATOS

Antes da Lei da Liberdade Econômica (que acresceu os arts. 1.368-C ao 1.368-F ao CC), a falta de uma disciplina legal geral para os fundos de investimento e a escassez de estudos doutrinários sobre essa figura deixaram vários operadores do Direito em controvérsias acerca da possibilidade de registrar bens, celebrar contratos e ajuizar ações em nome do Fundo. A dúvida era no sentido de definir se o fundo, mesmo não tendo personalidade jurídica, poderia ser titular de bens e ser parte em contratos e em processos.

Duas respostas eram juridicamente razoáveis: a positiva e a negativa.

Alguns Cartórios de Imóveis, por exemplo, se recusaram a registrar bens em nome do Fundo e o faziam em nome do administrador. Outros, porém, registravam em nome do Fundo.

A Lei nº 8.668/93 (Lei do Fundo de Investimento Imobiliário – FII) acentuava a controvérsia, pois, se, de um lado, insinuava que o FII era titular de bens (art. 6), ela, de outro lado, estabelecia que esses bens ficariam sob a propriedade fiduciária do administrador (art. 7º). A propriedade fiduciária aí consiste no fato de que, embora esses bens estejam em nome do administrador, eles estão afetados apenas aos interesses do fundo e, portanto, estão sujeitos a um regime de patrimônio de afetação.

Salvo em relação ao FII – sobre o qual deitaremos considerações mais a frente –, esse cenário de dúvida jurídica razoável acabou. Conforme já exposto mais acima, os arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC deixam claro que o fundo é um sujeito de direito despersonalizado e, portanto, pode ter, em seu próprio nome, bens e direitos. Portanto, a partir do advento desses dispositivos ao CC, é indubitável que bens podem ser registrados em nome do fundo e que o fundo pode ser parte em contratos e em processos judiciais. O seu administrador é apenas um prestador de serviço que o representará nos atos da vida civil.

Diante desse cenário, indaga-se: o que se deve fazer com os atos, registros e processos que seguiram o entendimento de que o fundo não poderia ser titular de bens nem ser parte em contratos ou em processos?

A resposta deve levar em conta que a dúvida jurídica razoável, à luz da razoabilidade no caso concreto, pode afastar a ilicitude de atos, conforme já tivemos a oportunidade de defender alhures (Oliveira, 2018-B). Deve também considerar que, sob a ótica do princípio da conversão substancial do negócio jurídico inválido previsto no art. 170 do CC – que é um filho do princípio da conservação do negócio jurídico –, deve-se preservar o ato jurídico inválido sob as vestes de um ato jurídico presumível, sempre que tal for viável.

Diante disso, entendemos que, no caso de Registro de Imóveis, cabe ao oficial, de ofício, realizar uma averbação de retificação do registro para que se passe a considerar o fundo como titular do bem, e não o administrador, tudo com fundamento no art. 213, I, “a”, da Lei de Registros Públicos – LRP (Lei nº 6.015/73). Esse dispositivo permite a retificação extrajudicial dos registros públicos quando houver “erro cometido na transposição de qualquer elemento do título”. Temos que esse preceito deve alcançar também situações em que o registrador, com base em dúvida jurídica razoável, equivocasse na qualificação do título. O correto seria o registrador ter colocado o nome do fundo como titular do bem, mas, como adotou outro entendimento juridicamente razoável

(embora equivocado), é viável corrigir esse equívoco como uma falha na transposição das informações do título. Preferimos interpretar extensivamente o aludido preceito.

No caso de contratos celebrados em nome do administrador do fundo, entendemos que, com base no princípio da conversão substancial do negócio jurídico previsto no art. 170 do CC, deve-se considerar que, na verdade, o fundo é a parte do contrato, e não o administrador.

No caso de ações judiciais em que o administrador tenha figurado como parte, e não o fundo, entendemos que, em nome do princípio da instrumentalidade das formas – segundo o qual o mais importante no processo é o conteúdo, e não a forma –, o juiz deve, de ofício, determinar a retificação do polo processual para fazer constar o fundo como parte. Sequer haveria necessidade de consentimento da outra parte, pois a finalidade do processo está sendo plenamente alcançada.

13.2. FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO E O CASO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

A Lei do FII (Lei nº 8.668/1993) está em aparente conflito com a disciplina dos fundos de investimento previsto no CC relativamente à natureza jurídica do fundo.

De um lado, a Lei do FII dá a entender que é o administrador, e não o fundo, que deve figurar como titular de bens e como parte de contratos e de processos judiciais, pois o administrador seria titular fiduciário dos direitos e bens do fundo.

De outro lado, o CC deixa claro que o fundo é sujeito de direito despersonalizado.

É verdade que o art. 1.368-F do CC estabelece que suas regras só serão aplicadas, no que couber, para os fundos típicos (aqueles com disciplina legal própria).

Entendemos que, no tocante à natureza jurídica do fundo, a antinomia entre a Lei do FII e do CC é inadmissível, pois não é viável que todos os fundos sejam tratados como sujeitos de direito de despersonalizado com exceção injustificada apenas dos fundos de investimento imobiliários. O arremedo legislativo de estabelecer que o administrador é titular fiduciário dos bens e direitos do FII não mais se justifica, pois só causa confusão de todas as ordens: (1) confusão contábil, pois o administrador precisa fantasiosamente separar a contabilidade dos bens vinculados ao fundo em relação aos seus demais bens; (2) confusão civil, pois terceiros que queiram mover ação contra o fundo ficam

atarantados em saber se devem endereçar a cobrança contra o administrador ou contra o fundo. Ademais, não há ganho algum com a gambiarra da figura da propriedade fiduciária prevista na Lei do FII em relação ao modelo hialino de sujeito despessoalizado previsto no CC.

Por isso, entendemos que, diante da antinomia entre o CC e a Lei do FII, deve-se estabelecer um diálogo entre essas normas (diálogo das fontes) para chegar a um resultado mais compatível com os valores de clareza e utilidade normativas. E, nesse sentido, defendemos que, a partir do advento dos arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC, os FIIs passam a ser considerados sujeitos de direito despessoalizado, de maneira que todos os seus bens devem ser registrados em seu nome, e não no nome do administrador. O regime de propriedade fiduciária previsto na Lei do FII perdeu, pois, seu objeto.

Em relação aos imóveis que atualmente tenham sido registrados em nome do administrador sob o regime de propriedade fiduciária prevista na Lei do FII, entendemos que o Registro de Imóveis deverá fazer uma averbação para estabelecer que, doravante, o titular do bem deve ser o fundo, e não o administrador, de maneira que fica extinto, por perda de objeto, o regime de propriedade fiduciária. O fundamento dessa averbação é o art. 246 da LRP, que permite averbações para noticiar mudanças de dados de registros anteriores. Não há aí nenhuma transmissão de bens, mas apenas uma atualização do nome do titular do bem, à semelhança de uma averbação para constar o novo nome de um titular de direitos tabulares.

Em relação aos contratos, deve-se considerar, doravante, o FII como parte, e não o fundo, com base no princípio da conversão substancial do negócio jurídico, que, aqui, será aplicado por analogia.

No tocante aos processos judiciais, cabe ao juiz, de ofício, determinar a retificação do polo processual para fazer constar o FII, e não mais o administrador, tudo por força do princípio da instrumentalidade das formas e pelo fato de aí se estar a fazer uma mera atualização da parte.

Em reforço a esse argumento, lembre-se que o regime de propriedade fiduciária prevista na Lei do FII pressupõe que os bens e direitos em nome do administrador devem ser tratados como se fossem apenas do fundo de investimento imobiliário, de modo que estaria implícito aí que, na hipótese de o fundo vir a poder ser titular desses bens,

a propriedade fiduciária deveria ser resolver em favor do fundo (espécie de condição resolutiva tácita).

13.3. A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR NO FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (FII): APARENTE ANTINOMIA ENTRE CC E LEI DO FII

A responsabilidade civil do administrador e dos demais prestadores de serviço ao fundo só pode ocorrer no caso de dolo ou má-fé à luz do art. 1.368-E do CC, desde que, conforme interpretação restritiva que defendemos, o prestador tenha agido dentro das regras de funcionamento do fundo.

Em aparente antinomia, o art. 8º da Lei do FII estabelece que o administrador responde no caso de “má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do fundo ou determinação da assembleia de quotistas”. Como se vê, essas hipóteses da lei específica abrangem condutas culposas, e não apenas de dolo ou de má-fé.

Diante disso, indaga-se: o art. 1.368-E do CC revogou o art. 8º da Lei do FII?

Entendemos que não.

Todavia, embora não tenha havido revogação, o art. 8º da Lei do FII deve ser interpretado em compatibilidade com o art. 1.368-E do CC, de maneira que, se o administrador tiver agido dentro das regras de funcionamento do fundo, ele só responderá por dolo ou má-fé. Os conceitos de “má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do fundo ou determinação da assembleia de quotistas” previstos no art. 8º da Lei do FII devem ser lido sob esse prisma.

Recorda-se, porém, que o regulamento pode endurecer ou aliviar o regime de responsabilidade dos prestadores de serviço, pois o Código Civil prestigia o regime de responsabilidade previsto no regulamento em detrimento do previsto no art. 1.368-E do CC.

13.4. COTA COMO BEM MÓVEL: DESCABIMENTO DE ITBI OU DE OUTORGA CONJUGAL PARA ALIENAÇÃO

A cota é um bem de propriedade do cotista. Apesar de ser uma coisa incorpórea, o cotista tem um direito real de propriedade sobre ela por força dos arts. 1.368-C ao 1.368-F do CC.

Para efeitos legais, deve-se considerar que a cota do fundo é um bem móvel, mesmo no caso de cotas de fundos de investimento imobiliário, pois a cota do fundo de investimento não se enquadra em nenhuma das hipóteses de bens imóveis por determinação legal previsto no art. 80 do CC e se aproxima, por analogia, ao inciso III do art. 83 do CC (que, ao tratar de direitos pessoais de caráter patrimonial, deve ser estendido analogicamente para alcançar todos os direitos incorpóreos sempre que não houver determinação legal em contrário).

Uma repercussão prática disso é que, no caso de eventual alienação onerosa da cota, não se poderá falar em fato gerador do ITBI nem se terá de exigir a autorização conjugal prevista para a alienação de imóveis na forma do inciso I do art. 1.647 do CC.

13.5. COTA COMO OBJETO DE ALIENAÇÃO, DE DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA, DE CESSÃO FIDUCIÁRIA E DE PENHORA?

A cota é um bem de propriedade do cotista. E, como o CC não estabelece nenhuma inalienabilidade sobre esse bem, a regra é a de que esse bem poderia ser alienado (*rectius, cedido*¹³) pelo cotista, poderia ser onerado por algum direito real sobre coisa alheia por vontade do cotista (desde que o direito real tivesse compatibilidade com a natureza incorpórea da cota) ou ser penhorado por credores pessoais dos cotistas.

Acontece que, diante da liberdade dada pelo CC à CVM para regulamentar os fundos de investimento, essa regra pode sofrer restrições na prática.

Em princípio, com amparo em ato infralegal da CVM, o regulamento do fundo poderia proibir o cotista de ceder voluntariamente sua cota a terceiros, obrigando-o a, no máximo, pleitear o resgate de sua cota perante o fundo (ou seja, entregar a cota de volta ao fundo em troca do recebimento do dinheiro correspondente). E é isso que costuma acontecer na prática.

Pode também o regulamento impor prazos mínimos para o resgate das cotas, de modo a viabilizar que o fundo permaneça com o dinheiro investido pelo cotista por um prazo razoável.

E, havendo, no regulamento, a proibição de o cotista transferir voluntariamente a sua cota, torna-se inviável que ele espontaneamente institua algum direito real sobre coisa

¹³ Cessão é termo mais adequado para a transferência de direitos incorpóreos.

alheia, como um penhor ou um usufruto: quem não pode o mais (alienar) não pode o menos (dar em usufruto, empenhar etc.)

Como se vê, na prática, é praticamente inviável que o cotista possa dispor voluntariamente de sua cota em favor de terceiros, seja para lhe transferir a propriedade, seja para instituir algum direito real sobre coisa alheia (como um penhor ou uma cessão fiduciária em garantia). Apesar de tal situação ser lícita, é desejável que o legislador reflita sobre a conveniência de mudar essa parcial indisponibilidade voluntária das cotas.

Entendemos, porém, estar implícita no CC a proibição de o regulamento vedar atos involuntários de transmissão da cota, como os decorrentes de sucessão *causa mortis* ou os decorrentes de penhoras judiciais. Isso decorre implicitamente do fato de inexistir qualquer vínculo de pessoalidade (*affectio societatis*) entre o fundo e a pessoa do investidor: o que interessa ao fundo é a obtenção de lucro com o dinheiro aportado pelos cotistas, independentemente das condições pessoais do cotista.

Por isso, em qualquer hipótese, a cota pode ser transmitida aos herdeiros do cotista por sucessão *causa mortis* (legítima ou testamentária) ou pode ser penhorada por credores do cotista. Nessas hipóteses, porém, o adquirente da cota (o herdeiro, o legatário ou o arrematante da cota) sucederá o cotista em sua posição jurídica, de maneira que, se, por exemplo, o regulamento havia estabelecido um prazo largo de carência para o resgate da cota (ou seja, para pedir o dinheiro correspondente ao valor da cota), o adquirente terá de aguardar esse prazo para obter o resgate.

Cabe uma advertência. É que a legislação autoriza a cessão fiduciária de quota de fundo de investimento em garantia de dívida de locação urbana (art. 88, §§ 6º e 7º, Lei nº 11.196/2005 e art. 37, IV, da Lei nº 8.245/91). Essa autorização legal, porém, depende de o regulamento do fundo autorizar também essa cessão, conforme se extrai do *caput* do art. 88 da Lei nº 11.196/2005). Portanto, sem previsão no regulamento do fundo, é descabida a cessão fiduciária de quota de fundo de investimento.

13.6. NECESSIDADE DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS PARA ADAPTAÇÃO À REALIDADE CONTEMPORÂNEA DE DESMATERIALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

Urge que o legislador adapte a legislação à realidade contemporânea de desmaterialização da propriedade. Há até quem já fale hoje em direito “das” propriedades,

e não mais em direito “de” propriedade, visto que novas formas de titularidades de bens incorpóreas têm se espalhado na modernidade (Rosenvald, 2015).

De fato, atualmente, o patrimônio de inúmeros indivíduos é majoritariamente incorpóreo. É comum haver pessoas cujo patrimônio se resume a cotas de fundo de investimento, a ações e a outros títulos mobiliários, de modo que elas, com o rendimento desses bens incorpóreos, custeiam o aluguel de sua moradia e as suas despesas pessoais. Aliás, em muitos casos, é economicamente vantajoso viver de rendimentos no lugar de adquirir bens corpóreos: o aluguel, por exemplo, costuma ser pactuado no valor de 0,5% do valor de um imóvel, ao passo que o rendimento obtido com aplicações financeiras sói exceder 1% ao mês. Muitos milionários não possuem bem corpóreo algum a não ser o seu veículo. Seu patrimônio é quase que totalmente imaterial.

A legislação não está adequadamente preparada para essa nova realidade desmaterializada. Não há amparo normativo claro para que, por exemplo, a pessoa possa oferecer esses títulos mobiliários em garantia de dívidas ou possa alienar a terceiros. Tampouco há clareza para a realização de penhoras sobre esses bens imateriais. No caso de fundo de investimento, conforme já exposto acima, é praticamente inviável que o titular das cotas pratique algum ato de disposição voluntária de sua cota além do seu resgate.

Entendemos que a legislação deve caminhar no sentido de facilitar esses atos de disposição voluntária, autorizando, por exemplo, que o titular da cota de um fundo de investimento possa, com facilidade, oferecer a sua cota em garantia de uma dívida pessoal perante terceiros. Naturalmente, isso traria trabalhos para os responsáveis pelos registros das cotas, pois teriam de registrar esses direitos reais. A realidade contemporânea de desmaterialização da propriedade, porém, exige esses ajustes legislativos.

A propósito, ao tratarmos de titularidades em sentido amplo (que correspondem a um conceito amplo de propriedade), temos os seguintes tipos:

- a) Titularidade de direitos obrigacionais, como o caso do banco que é titular de um crédito de R\$ 10.000,00 contra um cliente;
- b) Titularidade de direitos da personalidade, como o caso do jogador de futebol que explora economicamente a sua imagem;
- c) Titularidade de direito real, como o proprietário de um imóvel;

- d) Titularidade da posse;
- e) Titularidade de detenção.

Com exceção dos direitos da personalidade – que só excepcionalmente podem possuir expressão econômica –, os demais direitos possuem valor econômico e, por isso, são objeto de negócios jurídicos.

Podemos transferir onerosamente créditos (cessão de crédito), direitos reais (ex.: transferência de um veículo), posse (cessão de posse) e detenção envolvendo ocupação irregular de bem público (cessão de ocupação irregular de um terreno público em prol de terceiro). Todas essas titularidades com expressão econômica poderiam, por exemplo, ser partilhado em um processo de inventário.

Mesmo a detenção deve ser considerada com expressão econômica, como no caso de ocupante irregular de um terreno público. É que, apesar da fragilidade da sua condição jurídica, o ocupante aí possui a expectativa de, no futuro, ser beneficiado com alguma regularização fundiária, como é praxe no Brasil desde a Lei de Terras de 1850 até em tempos mais recentes, como a Lei do Reurb (Lei nº 13.465/2017).

No caso de titularidades de direitos reais, é fato que coisas incorpóreas também podem ser objeto de direitos reais quando a lei expressamente o permite. Com efeito, embora o Livro de Direito das Coisas do CC enfoque os direitos reais sobre coisa corpórea, excepcionalmente, ele dedica regras para direitos reais sobre bens incorpóreos, como nos casos de penhor de direitos (art. 1.451, CC) e o condomínio de natureza especial envolvendo fundo de investimento (art. 1.368-C e seguintes do CC), à semelhança do que fazem algumas leis extravagantes, a exemplo da caução e da cessão fiduciária de direito creditório sobre imóvel (art. 17, § 1º, Lei nº 9.514/97) e da cessão fiduciária de quota de fundo de investimento (art. 88, §§ 6º e 7º, Lei nº 11.196/2005 e art. 37, IV, da Lei nº 8.245/91).

Em suma, as regras do Código Civil no Livro de Direito das Coisas devem ser como aplicadas apenas para bens corpóreos, salvo quando houver previsão legal expressa para abranger bens incorpóreos. Não se ignora haver quem negue a existência de direitos reais sobre bens incorpóreos (Penteado, 2008, pp. 48-50), mas o fato é que o legislador expressamente passou a prever alguns direitos reais sobre alguns bens incorpóreos, de modo que cabe à doutrina consentir com essa excepcionalidade e buscar refletir nas adaptações que devem ser feitas na teoria geral dos direitos reais.

13.7. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE RECOMENDA A AQUISIÇÃO DE COTAS DE FUNDOS A SEUS CLIENTES

É comum instituições bancárias orientarem seus clientes a adquirem cotas de fundos de investimento. Nesse caso, o único dever delas é dar clara informação aos clientes sobre os riscos desse investimento. Eventuais atos ilícitos dos administradores do fundo são irrelevantes para a instituição bancária, que não responderá pelos danos causados pelo administrador. O serviço prestado pelo banco se resume a indicar opções de investimento e esclarecer os riscos, sem se tornar um garante do investimento.

Sob essa ótica, o STJ negou a pretensão de um investidor que sofreu grande prejuízo ao ter seguido a recomendação de sua instituição bancária para aplicar seu dinheiro em fundos de investimento no exterior, pois, nesse caso, além de a instituição bancária ter prestado todos os esclarecimentos acerca dos riscos da operação, os prejuízos sofridos pelo investidor decorreu de uma das maiores fraudes já praticadas no mercado de capitais norte-americano num episódio conhecido como “caso Madoff”. O banco, pois, não responde por esse dano (STJ, AgInt no REsp 1703645/AM, 4ª Turma, Rel. Ministro Lázaro Guimarães – Desembargador Convocado –, DJe 29/06/2018; REsp 1606775/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 15/12/2016).

É evidente, porém, que, se o banco, sem autorização expressa do cliente, aplica dinheiro deste em fundos de investimento arriscados, há defeito na prestação de serviço por parte do banco, pois, além de ter agido sem autorização, não esclareceu o cliente sobre os riscos da operação. O fato de o cliente ter autorizado aplicações financeiras mais conservadoras no passado reforça a necessidade de o banco coletar o consentimento expresso do cliente para fazer uma operação mais arriscada. Além do mais, não se pode falar em anuênciam tácita do cliente pela falta de insurgência expressa deste após a realização do investimento arriscado (STJ, REsp 1326592/GO, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 06/08/2019).

Igualmente há defeito na prestação do serviço se o banco aplica o dinheiro do cliente em fundo diverso do solicitado pelo cliente, de maneira que os prejuízos sofridos pelo cliente deverão ser indenizados pelo banco. Sob esse prisma, o STJ manteve a condenação do Banco da Amazônia S/A por não ter transferido o dinheiro do cliente para o fundo indicado por este, e sim para um outro cujos valores vieram a ser bloqueados pelo Banco Central em razão de sua intervenção extrajudicial no Banco Santos S/A, que era o

cotista majoritário do fundo (STJ, REsp 1131073/MG, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 13/06/2011).

13.8. FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITO CREDITÓRIO: NATUREZA JURÍDICA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, POSSIBILIDADE DE FIANÇA COMO GARANTIA DE CESSÕES DE CRÉDITO *PRO SOLVENDO* E NÃO SUJEIÇÃO À LEI DE USURA

Os Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDCs), em resumo, adquirem créditos a preços mais vantajosos (com deságio) para lucrar com o recebimento integral do crédito. Essa aquisição costuma ocorrer por meio de endosso (no caso de títulos de crédito) ou de cessão de crédito (na forma do arts. 286 e seguintes do Código Civil). Além disso, os FIDCs também realizam securitização de recebíveis com o objetivo de lucrar com a “venda” a investidores de títulos mobiliários lastreados nos créditos que os FIDCs adquirem.

Por terem, como atividade principal, a captação da poupança popular – intermediando recursos financeiros –, os FIDCs devem ser considerados instituições financeiras na forma do parágrafo único do art. 17 e do § 1º do art. 18 da Lei nº 4.595/1964, conforme entendimento do STJ. Daí decorre que:

- a) os FIDCs não estão sujeitos ao limite de juros imposto pela Lei de Usura, de modo que, ao adquirir os créditos, podem levar em conta um deságio em percentual acima do previsto nessa lei (STJ, REsp 1634958/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 03/09/2019); e
- b) os FIDCs podem exigir fiança como garantia das cessões de crédito *pro solvendo*, de maneira que, ao adquirir créditos, os FIDCs terão a garantia de, na hipótese de inadimplência do devedor, poder cobrar a dívida do cedente (natureza *pro solvendo*, na forma do art. 296 do CC) ou do fiador. É irrelevante que essa operação se aproxime aos descontos bancários, pois os FIDCs são considerados instituições financeiras (STJ, REsp 1726161/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 03/09/2019).

Chamamos a atenção para o fato de que esses relevantes julgados contaram com a participação, como *amicus curiae*, do Instituto Brasileiro de Direito Civil por meio de manifestação subscrita pelos juristas Gustavo Tepedino e Ana Frazão.

14. CONCLUSÃO

A disciplina do fundo de investimento no Código Civil despertará inúmeras discussões teóricas e práticas entre os civilistas e acentuará as discussões sobre reformulações na teoria geral dos direitos reais.

Ao longo do texto, expusemos diversas questões teóricas e práticas também sob a ótica do Direito Notarial, dos Registros Públicos e do Processo Civil, todas resumidas, ao máximo, na ementa deste artigo, situada na primeira página, à qual remetemos o leitor.

Também haverá necessidade de adaptações legislativas para enfrentar esse cenário de desmaterialização dos direitos reais.

O Direito precisa estar conectado com a realidade a fim de munir os particulares de ferramentas jurídicas necessárias ao desenvolvimento da sociedade e da economia. A regulamentação dos fundos de investimento representa uma entre outras iniciativas legislativas que a sociedade contemporânea vem reclamando do Direito.

15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Condomínio em edificações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Apreciação Preliminar dos Fundos de Investimento na MP 881/19.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/704301087/apreciacao-preliminar-dos-fundos-de-investimento-na-mp-881-2019?ref=feed>. Publicado em abril de 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **O princípio da proteção simplificada do luxo, o princípio da proteção simplificada do agraciado e a responsabilidade civil do generoso**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2018 (Texto para Discussão nº 254). Disponível em: www.senado.leg.br/nepleg. Acesso em 4 dezembro 2018-A.

_____. A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 de março de 2018. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março, 2018-B.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.