

Reflexões Jurídicas sobre o Mercado Imobiliário no Brasil

ÍNDICE¹

Introdução.....	04
1. Aspectos institucionais do mercado imobiliário – reformas legislativas recentes e abertura para investimentos estrangeiros.....	05
2. Estruturas societárias para o desenvolvimento de projetos imobiliários.....	07
3. Os fundos de investimento imobiliário e recente regramento da CVM.....	09
4. Securitização de créditos imobiliários: o Sistema Financeiro Imobiliário como fonte de capitalização.....	11
5. Aspectos tributários do Setor Imobiliário.....	13
6. Administração de flats e hotéis – aspectos tributários.....	19
7. Aspectos práticos e estratégias para o gerenciamento de contratos de empreitada.....	24
8. Contrato de corretagem de imóveis e contrato de trabalho – aspectos controvertidos.....	26
9. Concessão de imóvel a título de comodato e auxílio-moradia para colaboradores – possíveis impactos trabalhistas.....	29
10. O contrato de locação e seus efeitos perante terceiros.....	30
11. Cessão de direitos e obrigações nos “contratos de gaveta” e sua utilização no mercado imobiliário.....	32
12. Regras gerais inerentes aos condomínios edilícios.....	34
13. Aquisição imobiliária – formas contratuais e <i>due diligence</i>	36
14. Os negócios imobiliários e o Código de Defesa do Consumidor.....	38
15. Responsabilidade financeira sobre a iluminação de terrenos urbanos.....	39
16. Desapropriação de imóveis para uso ou por interesse público.....	41

¹ Os artigos deste estudo foram elaborados, respectivamente, pelos advogados: Ana Carolina Rovida de Oliveira, Henrique Carmona do Amaral, Daniela Bárbara Marti, Guilherme de Carvalho Doval, Fábio Tadeu Ramos Fernandes, Tamira Maira Fioravante, Gustavo Henrique de Faria, Danilo Facchini Gonçalves, Andréa Rodrigues Seco, Daniel Sibille, com a cooperação do advogado: Cassio Augusto Ambrogi.

17. Questões controversas relacionadas à terrenos da Marinha – demarcações ilegais e cobranças indevidas.....	43
18. Conclusão.....	46

INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário brasileiro encontra-se fortemente aquecido e incentivado pelo governo cujas principais ações tomadas recentemente foram: a redução do IPI para materiais de construção, prorrogado até dezembro de 2010, o aumento do valor do imóvel para uso do FGTS na compra, a redução dos juros e o aumento dos prazos de financiamento, a criação de programas de moradia popular, a exemplo do Programa Minha Casa - Minha Vida, dentre outras iniciativas.

Tais ações tiveram grande impacto e impulsionaram sobremaneira o setor. Analistas afirmam que a tendência é que o mercado continue aquecido por alguns anos, em razão de uma demanda reprimida por moradia e reformas, realidade esta que representa uma excelente condição para que o sonho da casa própria de muitos brasileiros se concretize.

Também a favor do Brasil existem fatores externos, como a concorrência mais fraca de outros países emergentes. Considerando-se Brasil, Rússia, Índia e China, países estes identificados no mercado econômico pela sigla BRIC, apenas a China, na opinião de investidores, encontra-se no mesmo nível do Brasil, não obstante as diferenças existentes entre os dois países.

Internamente, uma soma de fatores faz com que o momento atual seja muito favorável ao Brasil, que se encontra apoiado em fundamentos macroeconômicos sólidos, como a queda das taxas de juros, o crescimento da classe média e da renda per capita e um crescimento estimado em cerca de 4,8% do PIB, em 2010. Tais fatores, somados a outros como, por exemplo, o patrimônio de afetação, a securitização de ativos e uma sólida evolução do mercado de capitais formam um cenário único e inédito para o setor em questão.

Atento a importância desse setor da economia o Almeida Advogados apresenta uma série de doze artigos tratando do tema Mercado Imobiliário e sua relação com os diversos ramos e áreas do direito, a saber: societária, contratual, consumerista, trabalhista, tributária, dentre outras.

Com esse estudo, o Almeida Advogados não espera esgotar a infinita gama de questões jurídicas que se originam a partir dos inúmeros negócios jurídicos que são desenvolvidos e realizados no setor do Mercado Imobiliário. Pretende apenas contribuir no sentido de permitir que o leitor se inteire de algumas interessantes questões jurídicas relacionadas a esse estratégico seguimento da economia mundial.

1. ASPECTOS INSTITUCIONAIS DO MERCADO IMOBILIÁRIO – REFORMAS LEGISLATIVAS RECENTES E ABERTURA PARA INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Até 1964, o mercado imobiliário no Brasil era totalmente desregulamentado, e o adquirente não tinha naquele tempo nenhuma garantia na relação de compra e venda de imóveis. Em dezembro de 1964 foi promulgada a Lei 4.591, que trouxe no seu bojo os dispositivos de regulação sobre incorporação imobiliária e condomínios.

O principal instrumento de disciplinamento para o mercado naquela oportunidade foi a figura do “Memorial de Incorporação”, que trazia todas as informações relativas ao futuro empreendimento bem como informações jurídicas e contábeis da empresa e sócios. Este instrumento foi capaz, ao longo de décadas, de tornar a relação de compra e venda mais estável.

Com o mercado imobiliário disciplinado, o governo se interessou em criar mecanismos de financiamento para produção e vendas de imóveis, o que resultou na criação do Banco Nacional de Habitação (BNH).

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) é um segmento especializado do Sistema Financeiro Nacional, criado pela Lei 4380/64, no contexto das reformas bancária e de mercado de capitais, que se tornou o órgão central orientando e disciplinando a habitação no País.

Em seguida, a Lei 5107/66 criou o FGTS. O sistema previa desde a arrecadação de recursos, o empréstimo para a compra de imóveis, o retorno desse empréstimo, até a reaplicação desse dinheiro.

Este foi um período de desenvolvimento para o mercado imobiliário, pois a produção atendeu todas as camadas sociais e se financiou em larga escala.

Até o início dos anos 80, o mercado funcionou bem. Em 1986, o SFH passou por uma profunda reestruturação com a edição do Decreto-Lei nº 2.291/86, que extinguiu o BNH e distribuiu suas atribuições entre o então Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Caixa Econômica Federal (CEF).

Ao MDU coube a competência para a formulação de propostas de política habitacional e de desenvolvimento urbano; ao CMN coube exercer as funções de Órgão central do Sistema, orientando, disciplinando e controlando o SFH; ao Bacen foram transferidas as atividades de fiscalização das instituições financeiras que integravam o SFH e a elaboração de normas pertinentes aos depósitos de poupança e a CEF à administração do passivo, ativo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis do BNH, bem como, a gestão do FGTS.

O SFH possui, desde a sua criação, como fonte de recursos principais, a poupança voluntária proveniente dos depósitos de poupança do denominado Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), constituído pelas instituições que captam essa modalidade de aplicação financeira, com diretrizes de direcionamento de recursos estabelecidas pelo CMN e acompanhados pelo Bacen. Há também a poupança compulsória proveniente dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), regidos segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, com gestão da aplicação efetuada pelo

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), cabendo à CEF o papel de agente operador.

Após 1986 o setor imobiliário no Brasil encolheu, desorganizou-se e precisou encontrar mecanismos próprios para enfrentar a situação, sendo a solução adequada encontrada para a época os financiamentos diretos aos compradores.

No período, entre aproximadamente 1990 e 2003, praticamente não houve fontes de recursos oficiais ou privadas para produção e financiamento de imóveis.

É fato que no referido período, os construtores desvirtuados do seu papel, que deveria ser o de produzir imóveis, passaram substituir bancos, financiando seus clientes, compradores em 36 e até 40 meses.

Os bancos desmobilizaram suas estruturas, pois não tinham nenhum interesse nesse mercado, já que as taxas de juros muito altas não favoreciam financiamentos de longo prazo.

Os corretores direcionaram seus esforços para vendas diretas (mais ágeis, sem burocracia) e os compradores aprovaram o novo método.

Para o mercado imobiliário, seria uma maravilha se a população detivesse renda suficiente para pagar os imóveis nos prazos em que se iniciaram os planos diretos (de 36 até 40 meses).

Porém, estes prazos foram ficando cada vez mais elásticos e o retorno destes investimentos começou a inviabilizar os negócios, pois como essa modalidade previa taxas de juros pós-fixada mais correção, o financiamento mais longo (80 meses), que se iniciava com uma prestação pagável, se tornava impagável rapidamente.

A partir da constatação da inviabilidade dos longos financiamentos diretos, o mercado começou a buscar formas diferentes de realização de negócios.

O ambiente jurídico veio a ser reformulado com o advento do Novo Código Civil e, com a promulgação da Lei 10.931, em agosto de 2004, que criaram regras de um novo Marco Regulatório.

A nova legislação criou normas importantes para estimular e dar maior segurança ao mercado, podemos destacar os capítulos que tratam da Alienação Fiduciária, que é uma garantia para o construtor e o Patrimônio de Afetação, que é uma garantia para o comprador.

A promulgação da Lei foi um divisor de águas na retomada dos financiamentos bancários, pois pavimentou um caminho, criando um ambiente jurídico equilibrado, o que permitiu aos agentes financeiros, construtores e compradores toda segurança jurídica de que necessitava o mercado imobiliário brasileiro.

Podemos ainda mencionar que a criação do Patrimônio de Afetação dentro da referida Lei é de vital importância, pois separa a escrituração contábil de um empreendimento imobiliário do restante dos negócios da empresa.

Ainda a obrigatoriedade dos agentes financeiros de aplicarem os recursos da caderneta de poupança, e mais o crescimento da economia brasileira, com baixa inflação e taxas de juros em queda, trouxe ao mercado volume de recursos e criou saudável concorrência entre bancos que vislumbram a possibilidade da fidelidade dos clientes compradores de imóveis por um longo período.

Para completar, os contratos de financiamento com bancos hoje são totalmente diferentes do período anterior, já que as regras são claras, entre elas, a de que não há resíduos ao final do período de amortização, e em algumas modalidades o cliente pode optar até por um contrato com prestações pré-definidas em 20 anos, o que é um sinal da vitalidade da nossa economia.

Concluída a abordagem sobre os aspectos institucionais referentes ao Mercado Imobiliário, segue-se interessante abordagem sobre a questão afeta às estruturas societárias para o desenvolvimento de projetos imobiliários.

2. ESTRUTURAS SOCIETÁRIAS PARA O DESENVOLVIMENTO DE PROJETOS IMOBILIÁRIOS

Além das anunciadas projeções de investimentos imobiliários para a realização da Copa do Mundo de Futebol e das Olimpíadas no Brasil, o setor imobiliário tem tido nos últimos anos um crescimento exponencial, principalmente impulsionado por incentivos fiscais, financiamentos facilitados e pelo aumento do poder de compra de classes sociais antes não consumidoras deste mercado.

Os diversos projetos imobiliários para exploração hoteleira ou para edificação de imóveis para comércio e moradia têm diferentes características e peculiaridades, resultando em inúmeras possibilidades de estruturação societária para exploração do negócio imobiliário.

2.1. Estruturação do Projeto Imobiliário

A estruturação do negócio tem início na verificação da viabilidade econômica do projeto e na forma de captação dos recursos para construção do empreendimento, que poderá ser obtida de diversas formas pelo empreendedor, sejam estes recursos próprios, ou capital de terceiros, obtidos através da incorporação imobiliária, financiamento do projeto, lançamento de ações em bolsa, recebimento de investimentos de fundos imobiliários, além de outras formas de investimentos de terceiros.

A incorporação imobiliária é forma consagrada e comumente utilizada para a exploração do negócio imobiliário, todavia nada impede que seja aliada a outras formas de captação de recursos e estruturas societárias para a execução do projeto imobiliário.

Ainda nesta seara, para que seja possível a arrecadação de recursos através da emissão de títulos imobiliários na bolsa de valores é necessária a estruturação do negócio sob forma de Sociedade Anônima com capital aberto, único tipo societário capaz de atender a tais necessidades.

Assim é que a origem dos recursos e o porte do empreendimento devem moldar a estruturação societária do negócio, de modo a organizar a sociedade da forma mais adequada e eficaz à cada empreendimento.

Por óbvio, são muitas as possibilidades e variáveis para elaborar a estruturação societária de um projeto imobiliário, mas algumas características comuns podem ser destacadas.

2.2. Projetos de Grande Porte

Alguns tipos societários são mais indicados aos empreendimentos de grande porte, tal como a sociedade anônima e o consórcio de empresas.

A própria natureza mercantil e aptidão nata às grandes corporações gabaritam a sociedade anônima à exploração de grandes empreendimentos, levando-se ainda em conta que somente este tipo societário possibilita a captação de recursos através do mercado de capitais ou bolsa de valores.

O consórcio de empresas tem na aglomeração de empreendedores verdadeiro potencializador de recursos e capacidades. A formação do consórcio permite não somente que as empresas somem seus recursos financeiros, mas também outorguem umas às outras suas competências e expertises individuais, agregando recursos e técnicas para a execução dos projetos imobiliários.

3.2. Outros Tipos Societários

A Sociedade em Conta de Participação e a Sociedade de Propósito Específico, respectivamente SCP e SPE, estão presentes em diversos empreendimentos imobiliários, justamente por suas características peculiares, que atendem tanto à iniciativa privada quanto às obras realizadas pelo poder público.

A formação da sociedade com propósito específico - SPE proporciona segurança ao empreendimento imobiliário, uma vez que o seu objeto social visa exclusivamente a realização de determinado projeto, não havendo interferências de outros negócios e credores para a sua execução. A sociedade se extingue após a finalização do empreendimento de modo a encerrar as obrigações e direitos entre os sócios participantes.

A SCP tem por característica a projeção do sócio ostensivo como único responsável pelo empreendimento, cabendo aos demais sócios, denominados participantes, direitos e obrigações de aporte de recursos somente para com o sócio ostensivo, sem que haja qualquer exposição do capital dos sócios participantes, o que certamente fomenta a captação de recursos pela formação de SCP.

Não sem motivo, a estruturação societária através da formação destes tipos de sociedades divide espaço com os tipos societários mais comuns, como as sociedades limitadas e anônimas.

A verdade é que a estruturação societária do negócio imobiliário deve observar as características próprias do projeto, existindo no direito brasileiro diversos tipos societários aptos a atender diferentes necessidades do mercado.

As soluções para desenvolvimento de projetos imobiliários devem ser estudadas caso a caso e um bom assessoramento e planejamento jurídico é imprescindível ao sucesso do empreendimento.

Assunto que desperta grande interesse, sobretudo por investidores nacionais e estrangeiros, é o que diz respeito aos recentes regramentos criados pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em relação aos Fundos de Investimento Imobiliário.

3. OS FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO E O RECENTE REGRAMENTO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM

Os Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs) foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 8.668/1993, com o intuito de ampliar as fontes de financiamento no mercado imobiliário.

Tal lei entrou em vigor durante o período que ficou conhecido como o período negro do mercado imobiliário brasileiro, que se segue à extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1986, que, por sua vez, decorreu da estagnação da economia brasileira à época, associada ao aumento da inflação. Desde esse ano, até o ano de 2003 praticamente não existiram fontes de recursos oficiais ou privadas para produção e financiamento de imóveis, situação que somente se modificou em 2004 com a promulgação da Lei n.º 10.931 que criou regras importantes institutos para dar maior segurança e conseqüente estímulo ao mercado, como a Alienação Fiduciária e o Patrimônio de Afetação.

No ano seguinte ao da promulgação da Lei n.º 8.668/1993 a CVM regulamentou os FIIs por meio das Instruções CVM n.º 205/1994 e 206/1994 que tratavam, respectivamente, da constituição, funcionamento e administração dos Fundos de Investimento Imobiliário e das normas contábeis aplicáveis às demonstrações financeiras desses Fundos. Não obstante a imediata reação causada por tais normas, o mercado de FIIs, que sequer havia se desenvolvido significativamente, logo apresentou sinais de estagnação.

Ainda diante dos esforços da Bolsa de Valores e da Sociedade Operadora do Mercado de Ativos – SOMA de incentivar um ambiente de negociação de quotas de FIIs, bem como a criação de novos fundos, o mercado apenas deu sinais de melhora com a publicação, em dezembro de 2008 da Instrução CVM n.º 472/2008, que revogou a Instrução CVM n.º 205/1994.

Referida Instrução aproximou a regulamentação dos FIIs à regulamentação de outros fundos de investimento já regulados pela CVM, simplificando os procedimentos e dando mais transparência aos FIIs.

Dentre as principais alterações trazidas pela Instrução CVM n.º 472/2008, destacam-se algumas como:

a) a flexibilização das regras de constituição e funcionamento dos FIIs com aprovação da constituição e funcionamento automáticos, deferidos no prazo de 05 dias úteis contados da data da entrega da documentação na CVM;

b) a permissão para que os FII's possam investir em valores mobiliários² e outros ativos ligados ao setor imobiliário, como Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), letras hipotecárias, debêntures e ações (desde que a emissão destas tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM e desde que as atividades preponderantes dos emissores sejam permitidas aos FII), o que significou uma ampliação na lista de ativos que podem compor a carteira do Fundo, garantindo maior flexibilidade na gestão da carteira.

c) dispensa da obtenção de registro do administrador da carteira do Fundo junto à CVM no caso de administradores de fundos que invistam parcela inferior a 5% do patrimônio do FII em valores mobiliários.

d) inclusão da possibilidade de tais Fundos serem administrados também por companhias hipotecárias, e não mais apenas por instituições financeiras.

e) inclusão de matérias que obrigatoriamente devem ser tratadas no regulamento do FII como taxas de administração e desempenho, se aplicáveis; possibilidade de realização de subscrição parcial e cancelamento de saldo não colocado findo o prazo de distribuição, entre outras;

f) sobre a dita possibilidade de realização de subscrição parcial e cancelamento de saldo não colocado findo o prazo de distribuição, tem-se que tal não era permitido antes da Instrução CVM n.º 472/2008; atualmente, com a possibilidade de colocação parcial das quotas mediante estabelecimento de um valor mínimo a ser subscrito no regulamento do Fundo, se o valor mínimo estipulado no ato que aprovou a emissão de cotas não for alcançado, deverá haver o rateio dos recursos recebidos entre os subscritores; se não for o caso, o saldo não colocado é cancelado. No caso de primeira distribuição de cotas do fundo, no entanto, se o valor mínimo não for alcançado, além do rateio, será necessário fazer a liquidação do fundo.

g) condições mais flexíveis para os FII's destinados exclusivamente a investidores qualificados³ como a utilização de títulos e valores mobiliários na integralização das cotas do Fundo, desde que com um claro estabelecimento de critérios para tanto; a dispensa de elaboração de prospecto, de anúncio de início e encerramento de distribuição e de elaboração de laudo de avaliação para integralização de cotas em bens e direitos; e a

² Os FII's cuja composição da carteira se dê preponderantemente por valores mobiliários devem observar os limites de aplicação por emissor e por modalidade de ativo financeiro, conforme estabelecido nos artigos 86 e 87 na Instrução CVM n.º 409/2004, a menos que se trate de aquisição de quotas de outros FII's.

³ Art. 109. Para efeito do disposto no artigo anterior, são considerados investidores qualificados:

I – instituições financeiras;

II – companhias seguradoras e sociedades de capitalização;

III – entidades abertas e fechadas de previdência complementar;

IV – pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, de acordo com o Anexo I;

V – fundos de investimento destinados exclusivamente a investidores qualificados;

VI – administradores de carteira e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios;

VII – regimes próprios de previdência social instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios.

possibilidade de existência de cotas com direitos ou características especiais quanto à ordem de preferência no pagamento dos rendimentos periódicos, no reembolso de seu valor ou no pagamento do saldo de liquidação do fundo.

h) flexibilização do controle de atos relativos ao funcionamento dos FII's pela CVM, sendo que atos como alteração do regulamento, por exemplo, não mais necessitam de autorização prévia da CVM.

i) possibilidade de divulgação de informações relativas ao FII por meio eletrônico para a CVM e para os cotistas, desde que com expressa anuência destes, e também para o público em geral, a fim de facilitar e tornar mais ágil a comunicação.

Recentemente, em setembro do corrente ano, foi publicada a Instrução CVM n.º 478/2009 que alterou a disposição sobre a competência exclusiva da Assembléia Geral para aprovar os laudos de avaliação de bens e direitos utilizados na integralização de cotas do Fundo e de bens e direitos adquiridos pelo Fundo, estabelecida pela Instrução CVM n.º 472/2008;

A nova Instrução excluiu da competência exclusiva da AGE a apreciação do laudo de avaliação dos bens e direitos adquiridos pelo Fundo, mantendo somente a apreciação do laudo de avaliação de bens e direitos utilizados na integralização de suas cotas;

Tais modificações no regramento dos FII's devem ser refletidas em seus regulamentos, por meio de deliberação da Assembléia Geral, cuja ata deve ser protocolada na CVM em cópia, acompanhada da consolidação do regulamento do Fundo, a fim de que as modificações passem a produzir efeitos.

Assunto de grande importância, sobretudo em relação aos interesses aos investidores deste mercado é o que diz respeito à securitização de créditos imobiliários, tema a ser desenvolvido no próximo tópico.

4. SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS: O SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO COMO FONTE DE CAPITALIZAÇÃO

As sucessivas crises econômicas que assolaram o país ao longo dos anos oitenta trouxeram como uma de suas conseqüências a falência do Sistema Financeiro da Habitação, criado pela 4.380/64, vez que as principais ferramentas de incentivo aos mutuários foram revogadas.

Neste cenário é que foi promulgada a Lei 9.514/97, que trouxe uma alternativa ao financiamento público instituindo o SFI – Sistema Financeiro Imobiliário, com menor rigidez e regulamentação se comparado ao SFH e com o objetivo de *“promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos”*.

Um dos avanços do SFI foi a criação das ferramentas legais que permitem a securitização de créditos imobiliários. O volume de operações dessa natureza vem crescendo sustentavelmente⁴ desde então, tornando-se uma interessante alternativa àqueles que

⁴ Desde 2005, as transações dessa natureza vêm superando o patamar de 1 bilhão de reais anualmente.

atuam no setor imobiliário e habitacional, pois vem a um só tempo pulverizando o risco e diversificando a captação, atraindo, assim, investidores institucionais e do mercado de capitais.

Desse modo, as construtoras e incorporadoras poderão incrementar seu fluxo de caixa deixando de aplicar a maior parte do seu capital de giro no financiamento dos adquirentes das unidades, por meio da venda dos recebíveis gerados pela venda a prazo das unidades construídas.

Explicamos a seguir informações relevantes àqueles que consideram a possibilidade de atuar na Securitização de Crédito Imobiliários.

4.1. Securitização de Créditos Imobiliários

A Securitização de Créditos Imobiliários é a “operação pela qual créditos com origem em operações relacionadas à aquisição de direitos reais são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização lavrado por Companhia Securitizadora”.

Pela própria definição da operação verifica-se que a Lei 9.514/97 criou alguns institutos que irão operar neste novo mercado.

4.2. Companhias Securitizadoras

Seguindo a definição da Lei 9.514/97, as Cias Securitizadoras de Créditos Imobiliários são instituições não-financeiras constituídas sob a forma de sociedade anônima, devendo obter o registro de companhia aberta perante CVM⁵.

Devem ter por objeto exclusivo a aquisição e a securitização de créditos imobiliários, bem como a emissão e colocação de Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRIs, sempre sob a fiscalização da CVM.

4.3. Certificado de Crédito Imobiliário

Os chamados CRIs são títulos de crédito nominativos com lastro em créditos imobiliários. Constituem promessa de pagamento em dinheiro e são de emissão exclusiva por companhias securitizadoras, originado através da formalização de Termo de Securitização de Créditos para serem negociados e liquidados nos sistemas de registro da CETIP ou da CBLC.

Os CRIs tem registro obrigatório perante a CVM⁶ e normalmente são lastreados por créditos imobiliários de longo prazo, tanto de natureza residencial quanto comercial.

Além das promessas de compra e venda de unidades habitacionais que lastreiam a emissão (“contratos do SFI”), a legislação permite a securitização de créditos oriundos de contratos de locação “built-to-suit”⁷ e de escrituras públicas de concessão de direito real de superfície.

⁵ Ver Instrução CVM nº 202/93

⁶ Instrução CVM nº 414/04, alterada pelas Instruções CVM nº 443/06 e 446/06.

⁷ Contrato de “locação” de longo prazo, em média 15 anos, com objetivo de realizar a construção nos moldes estruturados de acordo com as unidades operacionais de quem contratou.

4.4. Regime Fiduciário

Uma das garantias instituídas pela Lei 9.514/97 foi a criação do regime de alienação fiduciária como meio de incrementar a garantia das operações do SFI.

Com a adoção desse regime, os créditos imobiliários securitizados constituem patrimônio separado da Companhia Securitizadora, sendo mantidos apartados do restante do patrimônio da Companhia.

Assim, haverá a publicação independente das demonstrações financeiras que deverão ter ainda registros contábeis independentes para cada CRI e contas bancárias independentes.

Será necessária a nomeação de Agente Fiduciário nos termos do Artigo 66 da Lei 6.404/76, devendo este ser instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN, devendo este emitir relatórios mensais.

Os beneficiários serão os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto desse regime.

Os créditos referentes a estes títulos destinam-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados (bem como ao pagamento dos respectivos custos de administração e de obrigações fiscais) e estarão imunes aos demais credores da companhia securitizadora, não sendo passíveis de constituição de garantias ou de excussão por quaisquer dos seus credores.

No tópico abaixo, após breves considerações a respeito dos aspectos tributários envolvendo a venda de imóveis, bem como seus efeitos sobre as atividades de empresas do ramo imobiliário, segue-se uma interessante abordagem acerca das atividades relacionadas a *Flats* e *Hotéis*.

5. ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO MERCADO IMOBILIÁRIO

5.1. O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro

Como intróito deste apanhado, vejamos uma resenha sobre o imposto de renda das empresas (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro (“CSL”) em nosso sistema jurídico.

Muitos dos principais tributos brasileiros têm como base de cálculo a riqueza do contribuinte. Por exemplo: o IPTU é devido sobre a propriedade de imóvel urbano; o ITR, sobre a propriedade de imóvel rural; o IPVA, sobre a propriedade de automóveis.

Contudo, apenas dois tributos são apurados sobre o lucro da empresa apurado no Brasil, quais sejam, o IRPJ e a CSL. Por isso podemos classificá-los como tributos sobre resultados.

Em regra, o imposto de renda é devido tanto pela pessoa natural residente no Brasil (“IRPF”) quanto pela pessoa jurídica brasileira (“IRPJ”), cada qual com trâmites próprios.

O IRPJ incide sobre a renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e os proventos de qualquer natureza (acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda) da pessoa jurídica. A CSL tem exatamente a mesma base de apuração.

Atualmente, a pessoa jurídica tem a possibilidade de efetuar o pagamento do IRPJ calculado com base na apuração pelo lucro real ou lucro presumido (há também a hipótese do lucro arbitrado, mas pouco usado em função de sua elevada carga tributária).

No tocante às pessoas jurídicas que optarem pela apuração do lucro real anual, deverão verificar, mês a mês, se há IRPJ e CSL a recolher, de acordo com o regime da estimativa e dos balanços de suspensão ou redução.

Sobre a base de cálculo, será aplicada a alíquota do IRPJ de 15%, mais adicional de 10% para a parcela da base de cálculo que exceder a R\$ 20.000,00. Já a CSL terá alíquota de 9%.

As pessoas jurídicas não obrigadas à tributação com base no lucro real poderão optar pela sistemática de apuração do IRPJ devido pelo lucro presumido, dentre elas, aquelas empresas as quais não auferiram receita total anual superior a R\$ 48.000.000,00, bem como as que não estão enquadradas nas hipóteses da legislação em vigor.

A apuração de IRPJ e CSL será trimestral e definitiva. Para a determinação das bases de cálculo presumidas, deve-se observar, basicamente, os mesmos percentuais aplicáveis sobre o faturamento da empresa, no caso da apuração estimada apontada no item precedente.

A base de cálculo do IRPJ, na sistemática do lucro presumido, é determinada da seguinte forma:

Receita Bruta na venda de bens e serviços

- (x) % determinado pela SRF (mesmos mencionados para o cálculo do IRPJ estimado)
- (=) Resultado
- (+) Outras receitas (inclusive de aplicações financeiras)
- (=) Base de Cálculo do IRPJ

Como no lucro real, sobre essa base de cálculo, incide a alíquota básica de 15% (quinze por cento), mais a alíquota adicional de 10% (dez por cento), sobre a parcela do lucro presumido que ultrapassar R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por trimestre.

Para o cálculo da Contribuição Social, a determinação do montante devido obedecerá ao seguinte cálculo:

Receita Bruta na venda de bens e serviços

- (x) 12%
- (=) Resultado
- (+) Outras receitas (inclusive de aplicações financeiras)
- (=) Base de Cálculo da CSL

Sobre essa base de cálculo, aplicar-se-á a alíquota de 9%.

A diferença da tributação pelo Lucro Presumido, em relação ao Lucro Real, é a base de cálculo. Na tributação pelo lucro real – como o próprio nome já diz – o ponto de partida para a determinação da base de cálculo é o lucro efetivamente auferido pela pessoa jurídica. No lucro presumido, por outro lado, não importa qual seja o lucro efetivo: tributa-se um determinado montante que se presume ser o lucro tributável.

Assim, como a alíquota de IRPJ é de 25% sobre a presunção de lucro que, por sua vez, pode ser, no máximo, 32% da receita bruta, mais outras receitas, a alíquota efetiva, para uma empresa que não possua outras receitas, será de 8% sobre a receita bruta.

O mesmo ocorre com a contribuição CSL: enquanto no lucro real os rendimentos sofrem a tributação 9% sobre o lucro efetivo, com o lucro presumido, a base de cálculo CSL é de 12% da receita bruta (presunção de lucro), e esta, por sua vez, será tributada à alíquota de 9%, assim a tributação terá alíquota efetiva de 1,08% sobre a receita bruta, assumindo, mais uma vez, que a empresa em questão não tenha qualquer outra receita.

Com relação à pessoa física, a tributação pelo IRPF segue as seguintes alíquotas:

Base de cálculo mensal em R\$	Alíquota %	Parcela a deduzir do imposto em R\$
Até 1.499,15	-	-
De 1.499,16 até 2.246,75	7,5	112,43
De 2.246,76 até 2.995,70	15,0	280,94
De 2.995,71 até 3.743,19	22,5	505,62
Acima de 3.743,19	27,5	692,78

Os rendimentos sujeitos à tributação conforme tabela progressiva acima são os valores efetivamente recebidos em cada mês, os quais, ficarão sujeitos à retenção na ocasião do pagamento, quais sejam, a) Remunerações indiretas: contraprestação de arrendamento mercantil ou aluguel, despesas com benefícios a sócios e administradores (vale-refeição); b) Rendimentos de trabalho assalariado: salário, férias, 13º salário e participação nos lucros; c) Rendimentos de ausentes no exterior a serviço do Brasil; d) Rendimentos de trabalho não assalariado pagos de pessoa jurídica à pessoa física; e) Rendimentos de prestação de serviços de transporte ou assemelhado de pessoa jurídica à pessoa física; f) Rendimentos de aluguéis ou “royalties” de pessoa jurídica à pessoa física; dentre outros. h) Rendimentos pagos por entidades de previdência privada; i) Outros rendimentos.

5.2. Ganho de Capital

Além dos rendimentos acima indicados, estará sujeito ao pagamento do imposto a pessoa física que auferir ganho de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, ou, transferir a propriedade de bens ou direitos, à qualquer título.

Ganho de capital corresponde à diferença positiva entre o valor de alienação dos bens ou direitos e o respectivo custo de aquisição.

Assim, por valor de alienação, entenda-se o preço efetivo do valor de venda ou de cessão, ou nas operações não expressas em dinheiro, o valor de mercado dos bens ou direitos.

Já o custo de aquisição é o valor em R\$ constante da declaração de ajuste anual de 2009, relativo ao ano-calendário de 2008.

Para bens ou direitos (no caso em apreço, imóveis) adquiridos no ano de 2009, considera-se o valor pago na operação, à vista, ou a soma das parcelas.

O ganho de capital será apurado em cada operação, à alíquota de 15%, recolhido até o último dia do mês subsequente ao do recebimento.

Nas alienações em moeda estrangeira, o ganho de capital será apurado anualmente, também à alíquota de 15% e recolhido, em quota única, até a data da entrega da declaração de ajuste anual.

Nas operações a prestação, o ganho de capital será apurado à cada parcela, na data de seu recebimento.

No caso de ganho de capital verificado por empresa, o valor deverá ser computado como base de cálculo para fins do IRPJ e CSL, sendo aplicável a alíquota de 34% (considerando 15% + 10% do imposto de renda e 9% da CSL).

Lembramos que, além do imposto de renda há que se falar igualmente no imposto municipal ITBI, calculado sobre o valor da venda do imóvel, à alíquota de 2%⁸, sendo o contribuinte o adquirente do imóvel.

5.3. Isenção na Venda de Imóveis

Pela antiga legislação, para o benefício por parte da pessoa física da isenção do imposto de renda seria necessário que:

- (i) o valor de alienação do imóvel não ultrapassasse o valor de R\$ 440.000,00; e
- (ii) este deveria ser o único imóvel do alienante.

No caso de cumprimento das duas condições estaria garantida isenção do imposto de renda sobre o ganho de capital para as pessoas físicas que alienassem unidades imobiliárias.

Ocorre que, recentemente, o atual governo federal, houve por bem ampliar a isenção existente, na tentativa de fomentar o setor imobiliário.

Tal benesse foi positivada pela legislação com alcunha de “lei do bem”⁹. Tal legislação determinou a isenção de imposto de renda (sem prejuízo das regras anteriores acima expostas) sobre o ganho de capital na alienação de imóvel quando dentro do prazo de 180 dias se aplique o produto da venda na aquisição de outros imóveis residenciais.

Veja-se que a regra é direcionada para a habitação, deixando de lado outros tipos de imóveis, tais como os comerciais, industriais e escritórios diversos.

Além disso, há igualmente a condição de se efetuar – para fins de aproveitamento deste benefício – uma operação a cada 5 anos.

⁸ Podendo variar de Município para Município.

⁹ Lei nº 11.196 de 21.11.2005.

Entretanto, dúvidas surgiram:

- (i) Há de ser o único imóvel do alienante?
- (ii) Há conflito ou revogação da isenção anterior?
- (iii) Qual é a data a ser considerada para fins da contagem do prazo?

Respondendo às polêmicas acima apontadas, entendemos que no caso do segundo benefício tributário para fins imobiliários, não há necessidade de ser o único imóvel do vendedor, mas desde que este seja utilizado como moradia.

Além disso, não vemos conflitos ou revogação da legislação anterior, podendo o contribuinte se aproveitar de ambas as isenções. Explicamos.

Exemplo 1: o contribuinte proprietário de um único imóvel que vende o referido bem por valor acima de R\$ 440.000,00 poderá se valer da Lei do Bem para não pagar imposto, desde aplique o resultado da venda na aquisição de outra unidade dentro de 180 dias, no País.

Exemplo 2: o proprietário de vários imóveis pode vender uma de suas unidades e seguir a mesma regra da lei do bem acima indicada.

Exemplo 3: o proprietário do imóvel poderá se valer da “primeira” isenção alienando seu único imóvel desde que o valor seja inferior a limite supra citado e, ato contínuo, nos anos seguintes vender outro imóvel adquirido, por valor superior ao limite estabelecido, utilizando-se da isenção regradada pela Lei do Bem.

Com relação às datas para contagem do prazo de 180 dias, nos termos em que disposto pela Secretaria da Receita Federal, a assinatura do compromisso de compra e venda para aquisição futura do imóvel seria o prazo necessário para cumprimento da legislação. A legislação é relativamente nova e contém uma série de lacunas as quais acreditamos serão preenchidas conforme entendimento das nossas Cortes pátrias.

5.4. Tributação nas Empresas do Setor Imobiliário

Para empresas do setor imobiliário, que apurem o IRPJ e a CSL pela sistemática do Lucro Presumido, há a garantia, nos termos da Lei do Bem, da utilização do percentual de base presumida de 8%.

Nos termos da citada regra legal, o percentual será aplicado sobre a receita financeira da “pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.”

No tocante à CSL, as empresas que apuram pelo lucro presumido poderão utilizar o percentual de base de 12%.

Com relação à Contribuição para o Programa de Integração Social (“PIS”) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”), as empresas do setor devem seguir a sistemática de apuração “não cumulativa”, ou seja, com possibilidade de apropriar como

crédito o valor do tributo cobrado na operação anterior, para fins de compensação com débitos das contribuições nas operações seguintes.

Excetuam-se da regra acima, as “receitas relativas às atividades de revenda de imóveis, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária e construção de prédio destinado à venda, quando decorrentes de contratos de longo prazo firmados antes de 30 de outubro de 2003”¹⁰.

5.5. Regime Especial Tributário - RET

Outra medida adotada pelo atual governo foi a instituição do regime especial tributário, em conjunto com o assim definido “regime de afetação”, que separa o terreno e o prédio construído do patrimônio total da construtora.

O regime de afetação ou patrimônio de afetação, trata-se de um instrumento criado para impulsionar a venda de imóveis, pois os adquirentes do imóvel inserido no patrimônio de afetação, estarão comprando um bem com a garantia de que o mesmo, não responderá por dívidas e obrigações vinculadas à construtora.

Com efeito, de acordo com a lei¹¹, em caso de decretação de falência ou insolvência civil da construtora, os patrimônios de afetação constituídos ficarão fora da massa falida.

Nesse mesmo sentido, a legislação de regência determina que dois meses após a decretação de falência da construtora, os adquirentes, por convocação da comissão de representantes, instituirão o condomínio da construção, que irá decidir sobre a continuação da obra ou sobre a liquidação do patrimônio de afetação.

No tocante à tributação, as construtoras que optarem pelo regime especial instituído pela Lei nº. 10.931/2004, restrito às receitas oriundas do patrimônio de afetação, pagarão alíquota única de 7%, incidente sobre a totalidade da receita mensal recebida.

Tal alíquota pode ser dividida e tem por base os seguintes tributos:

- 3% para a COFINS;
- 0,65% para o PIS;
- 2,2% para o IRPJ;
- 1,15% CSL.

É importante frisar, que a incorporadora poderá gozar do regime especial de tributação, somente após afetar o terreno e as acessões objeto da incorporação e receber a autorização da Secretaria da Receita Federal, o que deverá ser pleiteado através de "termo de opção ao regime especial de tributação", a ser entregue na Delegacia da Receita Federal.

¹⁰ Nova redação do artigo 10 da Lei nº 10.833, dada pela Lei do Bem.

¹¹ Lei nº 10.931 de 02.08.2004.

Com a lei do bem, o RET torna definitivo o pagamento de tributos relativos ao patrimônio afetado, não havendo ajustes ou compensações com valores devidos ou apurados pela Incorporadora ou Construtora na consecução de suas outras atividades.

Outras características do RET:

- (i) contabilidade segregada para cada empreendimento optante pelo RET;
- (ii) não há limite de receita (48 milhões de reais no Lucro Presumido);
- (iii) redução de fraudes na medida em que se possibilita a utilização conjunta de vários RETs.

O grande benefício desta inovadora legislação é que além de diminuir a carga tributária destas entidades, ela facilita o controle e a fiscalização por parte dos mutuários e melhorando as condições de financiamento de imóveis.

Além disso, também para os representantes fazendários há melhores condições de apuração dos eventos sujeitos à tributação, havendo, portanto, uma relação de verdadeiro “ganha-ganha” entre contribuintes e ente público.

6. ADMINISTRAÇÃO DE FLATS E HOTÉIS

6.1. Evolução Histórica

Como intróito deste apanhado, vejamos a evolução histórica de tais organizações em nosso sistema social e jurídico.

Tem-se pelos registros e pesquisas que desde o Século VI a.C. já se verificavam atividades voltadas para a hospedagem. No caso, a demanda surgia em razão do intercâmbio de comércio entre as cidades européias¹².

Mas foi na época do Império Romano que surgiram as primeiras acomodações no estilo de hotel. No caso, houve a criação do “Hostellum” que seriam palacetes para reis e nobres se hospedarem em suas viagens. Neste caso iniciava-se uma diferenciação entre simples hospedagens e aquelas em que imperava o luxo.

De lá para cá, houve considerável avanço no setor, notadamente a partir do século passado, principalmente na Europa e Estados Unidos.

Com o advento das grandes guerras o cenário no setor oscilou: na Primeira Guerra Mundial houve declínio do mercado de hotelaria; na Segunda Guerra Mundial, verificou-se uma recuperação em razão da forte migração de pessoas.

¹²A hotelaria de negócios iria se desenvolver fortemente nos idos de 1900, nos Estados Unidos da América, em razão da expansão de sua economia.

No Brasil, pode-se dizer que o marco hoteleiro se deu por conta da construção do *Copacabana Palace* no Rio de Janeiro.

Outros pontos determinantes do setor ocorreram com a construção, em São Paulo, do *Cesar Park* em 1976, do *Maksoud Plaza* em 1979¹³, do *Mofarrej* em 1980 e *Transamérica* em 1984¹⁴.

No tocante aos *Flats*, seu surgimento ocorreu no início da década de 90, gerando crise nos empreendimentos hoteleiros.

Além disso, com a chegada da globalização o Brasil observava (e ainda observa) o desembarque de grandes redes internacionais, tais como, *Hilton*, *Renaissance*, *Inter-Continental*, *Hyatt*, *Posadas*, *Sofitel*, *Mercure*, *Accor* etc.

Ao longo dos anos, em razão de aptidões naturais e econômicas, faz-se urgir a grande diferença entre o setor hoteleiro nos Municípios do Rio de Janeiro e São Paulo: turismo de lazer x turismo de negócios

Último dado histórico sobre o setor, a crise econômica mundial, desencadeada em 15 de setembro de 2008, com a queda do banco de investimentos *Lehman Brothers*, pouco afetou suas atividades, já que o setor verifica um aumento gradativo na ocupação de unidades. Segundo noticiado pela imprensa, a Cidade de São Paulo realiza um evento a cada seis minutos, entre congressos, simpósios e convenções.

Com tantas pessoas vindo à capital paulista atrás de negócios, as cadeias relacionadas ao turismo vislumbram um futuro cada vez mais promissor para o setor.

6.2. Conceito

Passamos agora a conceituar as atividades de *Flats* e Hotéis. Iniciando por hotéis, fazemos abaixo uma descrição analítica (passo a passo) de sua natureza:

1. Na atividade de hotelaria, ocorre a cessão de posse de bem imóvel: determinado indivíduo procura uma empresa de hospedagem para permanência temporária (geralmente por uma ou mais noites);
2. A empresa (na fase pré-contratual) sugere os imóveis que estão disponíveis (Unidades Habitacionais), esclarece as características do bem (com os móveis que o acompanham) e o custo do seu uso temporário;
3. Caso o indivíduo aceite as condições propostas pela empresa de hospedagem, ele firma o contrato (que geralmente não é documentado, mas verbal) com o estabelecimento empresarial;
4. Assim, o indivíduo (que passa a ser consumidor) recebe do Hotel um imóvel em perfeito estado de uso e tem a posse desse bem por um determinado tempo;

¹³ Com a construção do *Maksoud Plaza* os hotéis da região central da Cidade de São Paulo perderam valiosa clientela (classe alta da sociedade).

¹⁴ A construção do Hotel *Transamérica* marca o início da expansão do setor imobiliário para a região da Av. Luis Carlos Berrini, em São Paulo.

5. Encerrado o uso do imóvel, o cliente deve restituir a posse do bem à empresa de hospedagem e pagar o preço contratado;

6. Existem ainda outras atividades relacionadas com a cessão de unidades habitacionais, que podem ser chamadas de atividade meio: limpeza, lavagem, restaurante, dentre outras.

Em geral, para o desenvolvimento de atividades de hotelaria, há a figura de uma empresa administradora.

Com efeito, dependendo da situação do imóvel o negócio jurídico tende a mudar. Em outras palavras, se o imóvel for "próprio" da administradora, os serviços executados são de hospedagem. Por outro lado, se o imóvel for de terceiros, a natureza da atividade será de administração de bens de terceiros.

Com respeito aos *flats*, temos que se tratam de conjunto de unidades imobiliárias, de propriedade de diversas pessoas, com o objetivo de residência ou locação temporária¹⁵.

No caso de *flats*, também verificamos a atuação de empresas administradoras, cuja natureza do serviço seria a de administração de bens de terceiros.

Como se vê, apesar de muito similares, há uma diferença flagrante nas operações de flats e dos hotéis, qual seja, no primeiro há a intenção de fixação de residência, enquanto que no segundo apenas a passagem temporária, com vistas a um maior conforto.

6.3. Tributação

Em geral, atividades de Hotelaria e *flat* são gravadas pelos seguintes tributos:

(i) Sobre os serviços prestados no hotel/*flat*, o Imposto sobre Serviços ("ISS"), à alíquota de 5%;

(ii) Sobre o lucro percebido pela atividade, Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas ("IRPJ") e a Contribuição Social sobre o Lucro ("CSL"), à alíquota de 34%;

(iii) Sobre a receita bruta, a Contribuição para o Programa de Integração Social ("PIS"), à alíquota de 1,65% e a Contribuição Social sobre o Faturamento ("COFINS"), à alíquota de 7,6%;

(iv) Sobre a propriedade do imóvel, o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana ("IPTU"), cujo valor é determinado com base em quota fixa sobre o valor do imóvel;

¹⁵“Os apart-hotéis, também denominados flat services, surgem para uma porção diferenciada da população, de maior poder aquisitivo. Servem para atender uma necessidade de estada mais ou menos longa, podendo até mesmo caracterizar moradia, residência ou domicílio do usuário, mas sem a conotação de locação para a lei do inquilinato. A natureza e destinação desses prédios é que os coloca fora da lei do inquilinato. Esses serviços de que fala a lei são os usuais do ramo hoteleiro, com maior ou menor sofisticação, de acordo com o nível apresentado. No entanto, a lei exige que para a caracterização desse fenômeno existam os serviços, tais como fornecimento de refeições, limpeza diária e arrumação da unidade, portaria, mensageiros etc., postos efetivamente à disposição dos hóspedes. O contrato que une o usuário do flat e a administração ou proprietário é de hospedagem, e não de locação.” (Sílvio Salvo Venosa: nova lei do inquilinato comentada. São Paulo: Atlas, 1992, p. 27).

(v) Se for proprietário de veículos, o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores ("IPVA"), à alíquota de 4%.

Indo além, apresentamos igualmente a modalidade societária comumente utilizada por Hotéis e *Flats* para desenvolvimento de suas atividades: a Sociedades em Conta de Participação ("SCP")¹⁶.

6.3.1. Modelo de Operação de Hotéis / Flats

Embora não seja nova, já que prevista no Código Comercial de 1850, a Sociedades em Conta de Participação ("SCP") tem ganhado nos últimos anos uma nova roupagem empresarial, assumindo o status de um importante instrumento jurídico para a formatação de vários negócios.

A SCP é uma reunião de pessoas físicas ou jurídicas para a produção de um resultado comum, operando sob a responsabilidade integral de um "sócio ostensivo" que realizará todas as operações em nome da sociedade, registrando-as contabilmente como se fossem suas.

Além disso, a SCP não pode ser considerada uma sociedade. Forma-se por contrato, sendo desprovida de personalidade jurídica e patrimônio próprio, que são características das sociedades em geral.

Assim, na SCP temos dois tipos de sócios: a) o sócio ostensivo, aquele a quem incumbe a gestão da sociedade, que pratica todos os atos necessários ao seu desenvolvimento; e b) o sócio participante (também conhecido como sócio oculto ou investidor), que não tem poder de gerência na sociedade, sendo-lhe facultada a fiscalização dos atos da administração.

Nos Hotéis e *Flats*, em geral há uma empresa administradora (detentora da marca) que administra bens de terceiros mediante a prestação de serviços de hotelaria. Assim, a operação executada mediante SCP (Pool Hoteleiro) pode ser discriminada conforme abaixo:

- Empresas Multinacionais = sócias ostensivas;
- Proprietário do imóvel = sócio oculto/participante.

No tocante ao aspecto tributário, as SCPs são equiparadas às pessoas jurídicas pela legislação do Imposto de Renda¹⁷, e, como tais, são contribuintes do IRPJ, da CSLL, do PIS e da COFINS.

O lucro real da SCP deverá ser demonstrado destacadamente na escrituração do sócio ostensivo e será informado e tributado na mesma declaração de rendimentos do sócio ostensivo.

Em caso de resultados positivos produzidos pela SCP, tais valores serão distribuídos aos sócios após o recolhimento de todos os tributos.

¹⁶ Os artigos 991 a 996 do Novo Código Civil, o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) e a IN da SRF nº 179/87 estabelecem as regras básicas (societárias e tributárias) para a sociedade.

¹⁷ Art. 148 do RIR/1999, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99.

Ainda no que se refere à distribuição dos lucros apurados pelas SCP, tal medida obedecerá as mesmas regras aplicáveis às demais pessoas jurídicas, e, desta forma, a partir do mês de janeiro de 1996, são isentos do imposto de renda, não se sujeitando à incidência na fonte ou na apuração pelo beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior¹⁸.

Em caso de alienação de participação em SCP, o ganho ou perda de capital será apurado segundo os mesmos critérios aplicáveis à alienação de participação societária em outras pessoas jurídicas¹⁹.

A questão ganha em complexidade quando percebemos que as administradoras usavam o modelo de sociedade citada para operar de maneira que fosse possível determinar em seus contratos a distribuição dos resultados mediante rateio entre os integrantes do pool e a empresa hoteleira.

Assim, havia a seguinte divisão: (i) pertenciam aos sócios ocultos, os aluguéis pagos; (ii) pertenciam à empresa hoteleira, os serviços prestados. Com essa “divisão” procurava-se evitar a tributação do PIS/COFINS sobre as receitas auferidas quando do recebimento da locação, diária e alguns serviços de hotelaria, já que as pessoas físicas não pagam as contribuições sociais.

Ocorre que, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) atenta ao assunto, emitiu determinação interna²⁰ orientando seus fiscais como seria o tratamento tributário de tais sociedades: *“São receitas ou resultados próprios da SCP, exemplificativamente, sujeitando-se às normas de tributação específicas do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins: as diárias, semanadas ou aluguéis, relativos às unidades integrantes do pool hoteleiro, inclusive de áreas de restaurantes, salão de convenções, lojas, etc., também integrantes do sistema de locação conjunta; os preços dos serviços prestados, os impostos e taxas incidentes sobre os imóveis, e os demais encargos locatícios, se cobrados, pela administradora, destacadamente das diárias, semanadas ou aluguéis; as indenizações recebidas por extravios e danos causados às unidades; as multas e juros de mora; o resultado das aplicações dos saldos financeiros da sociedade.”*

Em nosso pensar, trata-se de orientação acertada e condizente com as atividades prestadas por uma SCP. Não há como segregar receitas ao bel prazer das sociedades da maneira como comumente praticada.

Espera-se, dessa forma, que o setor de hotelaria e flats passe a navegar por águas pacíficas e que o princípio da segurança jurídica gere espectros de oportunidades em todas as atividades da área, sendo um ímã para novos e futuros investimentos no setor.

No tópico abaixo, serão abordadas questões de ordem trabalhista relacionadas ao Mercado Imobiliário, tais como os tão utilizados contratos de empreitada, de corretagem de imóveis, além do interessante, e não menos importante, assunto referente aos possíveis impactos

¹⁸ Art. 179 do RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99.

¹⁹ Item 9 da IN SRF 179/1987.

²⁰ Ato Declaratório Interpretativo No 14, de 4 de Maio de 2004.

gerados pela concessão de imóvel a título de comodato e de auxílio moradia para colaboradores

7. ASPECTOS PRÁTICOS E ESTRATÉGIAS PARA O GERENCIAMENTO DOS CONTRATOS DE EMPREITADA

7.1. Introdução

No setor da construção civil é bastante comum a adoção de contratos de empreitada para formalização das atividades econômicas, o que configura uma terceirização de serviços.

De acordo com a lei, a terceirização em atividades-meio, isto é, atividades não diretamente relacionadas ao objeto social da empresa, tais como serviços de conservação e limpeza, é permitida pelos Tribunais Trabalhistas e não gera o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços, desde que inexistentes a subordinação direta e a pessoalidade.²¹

A terceirização de atividades-fim sem que haja o reconhecimento de vínculo de emprego com a empresa tomadora de serviços somente é autorizada em hipóteses bem restritas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, no caso da Lei nº 6019/74, que regula o trabalho temporário.²²

De acordo com a referida lei, o trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa através de uma empresa de trabalho temporário, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Importante ressaltar que no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas em Lei.

Nas demais situações de terceirização de atividades-meio, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador poderá resultar na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que ele tenha sido parte no processo.²³

7.2. Contrato de empreitada como forma de terceirização de serviços

Conforme acima mencionado, uma das formas de terceirização pode ser identificada no contrato de empreitada, que pode ser definido como contrato pelo qual um dos contraentes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, obra certa e determinada para o outro (dono da obra), com material próprio

²¹ Cf. Súmula 331, item III, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

²² Cf. Súmula 331, item I, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

²³ Cf. Súmula 331, item IV, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado.²⁴

Trata-se de um contrato típico, cujas principais regras estão previstas no Código Civil, e que pode ser classificado como *empreitada simples*, quando o serviço é realizado diretamente pelo empreiteiro, ou como *subempreitada*, que corresponde à uma parte separada do trabalho, confiado em conjunto a um empreiteiro principal.²⁵

7.3. Responsabilidade do empreiteiro e do subempreiteiro por débitos trabalhistas

Em linha com a lei civil, a legislação trabalhista determina que nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, na qualidade de real empregador dos trabalhadores que contratar. Caberá aos empregados, todavia, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.²⁶

Caso o trabalhador ajuíze reclamação trabalhista também em face do empreiteiro principal, a lei garante a este o direito de propor ação regressiva em face do subempreiteiro, bem como o direito de reter as importâncias a este devidas, até a completa regularização de sua situação enquanto real empregadora dos trabalhadores.²⁷

Com fundamento nas regras acima mencionadas, os Tribunais Trabalhistas entendem que existe a necessidade de o reclamante incluir no pólo passivo da demanda desde a fase de conhecimento tanto o devedor originário (o subempreiteiro) quanto o empreiteiro original, sob pena de cerceamento de defesa.

Ressalta-se também que, de acordo com a jurisprudência trabalhista, o subempreiteiro não pode exigir do empregado a citação do empreiteiro, pois o reclamante tem o direito de escolher contra quem pretende demandar.

7.4. Responsabilidade do dono da obra por débitos trabalhistas

Da interpretação da lei feita pelos Tribunais Trabalhistas, é possível concluir que, em princípio, apenas o empreiteiro principal responderia por eventual inadimplemento de verbas trabalhistas, se houver subempreitada, mas jamais o dono da obra.

Na própria Justiça do Trabalho tal regra geral apresenta uma importante exceção, por meio da qual se responsabiliza o dono da obra se este for uma empresa construtora ou incorporadora, devido ao risco da atividade econômica ser atribuído ao tomador de serviços e à primazia do trabalho como valor reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.²⁸

Como consequência, o Tribunal Superior do Trabalho adotou o entendimento segundo o qual: “diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 212-213. v. 3

²⁵ MAGANO, Octavio Bueno, *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1988. p. 86. v. II.

²⁶ Cf. artigo 455, *caput*, da CLT.

²⁷ Cf. artigo 455, *parágrafo único*, da CLT.

²⁸ Cf. artigo 1º, III e IV; artigo 4º, II e artigo 170, III, da Constituição Federal.

trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”.²⁹

Para melhor proteger os interesses da empresa dona da obra, recomenda-se a elaboração cautelosa de contratos, com clara determinação das responsabilidades de cada uma das partes contratantes, bem como regras a respeito da possibilidade de subcontratação de serviços, e requisitos para sua formalização.

Adicionalmente, sugere-se a verificação mensal do cumprimento das obrigações trabalhistas atribuídas ao subempreiteiro, mediante solicitação de cópia dos documentos trabalhistas, sob pena de retenção da fatura, até a completa regularização dos débitos trabalhistas.

7.5. Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que, mediante um planejamento prévio, que deverá incluir uma análise detalhada não apenas dos aspectos trabalhistas, como também previdenciários e fiscais, a terceirização de serviços por meio de contratos de empreitada pode ser feita de maneira juridicamente segura e desse modo colaborar decisivamente no desenvolvimento das atividades das empresas ligadas à construção civil.

8. O CONTRATO DE CORRETAGEM DE IMÓVEIS E CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

O contrato de corretagem pode ser definido como o instrumento por meio do qual uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas³⁰

O objeto do contrato de corretagem, assim, é estabelecer uma obrigação de fazer, que se desenvolve mediante esforços empregados para a convergência de interesses entre duas potenciais partes contratantes, que resultará na celebração de um contrato por escrito, na maioria dos casos.

As partes do contrato de corretagem são o comitente (pessoa que deseja vender ou adquirir determinado bem e para tanto faz uso dos serviços do corretor) e o corretor. Estes, por sua vez, podem ser corretores oficiais (tais como os corretores de operações câmbio; os de navios; os de seguros, os de imóveis e os de valores mobiliários) ou corretores livres (tais como os corretores de espetáculos públicos; os de artistas e os de esportistas profissionais).³¹

Profissional bastante requisitado nos dias atuais, o corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob

²⁹ Cf. Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI – I do TST.

³⁰ Cf. artigo 722 do Código Civil.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 12a. Edição, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 460.

pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência.³²

A principal obrigação do comitente, a princípio, é pagar a remuneração do corretor a qual, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.³³ Importante observar também que a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.³⁴

Ainda de acordo com a lei, iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor; mas se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação, salvo se comprovada sua inércia ou ociosidade.³⁵

Se o contrato de corretagem for por prazo indeterminado e o dono do negócio dispensar o corretor, e o negócio se realizar posteriormente, como fruto da sua mediação, a corretagem lhe será devida; igual solução se adotará se o negócio se realizar após a decorrência do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor.³⁶

Por outro lado, se o negócio se concluir com a intermediação de mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário.³⁷ Salvo disposição contratual em contrário, a remuneração devida ao(s) corretor(es) envolvidos na celebração do contrato principal é paga pelo comitente

Para concluir essas observações gerais a respeito do contrato de corretagem, vale a pena registrar que a lei não exige forma legal ao contrato de corretagem, o qual pode adotar qualquer forma não defesa em lei.³⁸ Desse modo, o contrato de corretagem pode ser verbal ou por escrito, sendo este último o recomendado, para efeitos de futura prova dos termos e condições pactuados.

Especificamente no que se refere ao corretor de imóveis, vale a pena ressaltar tratar-se de profissão regulamentada, sendo o corretor de imóveis possuidor do título de "Técnico em Transações Imobiliárias", o qual deve ser obtido em curso especializado.³⁹

Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária,⁴⁰ sendo certo que o exercício da profissão de Corretor de Imóveis, em todo o território nacional somente será permitido ao possuidor do título de Técnico em Transações Imobiliárias, inscrito no Conselho Regional de Corretores de Imóveis da jurisdição.⁴¹

³² Art. 723 do Código Civil.

³³ Art. 724 do Código Civil.

³⁴ Art. 725 do Código Civil.

³⁵ Cf. artigo 726 do Código Civil.

³⁶ Cf. artigo 727 do Código Civil.

³⁷ Cf. artigo 728 do Código Civil.

³⁸ Conforme dispõe o artigo 104 do Código Civil.

³⁹ Cf. Lei 6350/1978 e Decreto 81.871/1978.

⁴⁰ Cf. artigo 3º da Lei 6.530/78 e artigo 2º do Decreto nº 8.171/1978.

⁴¹ Cf. artigo 1º, I, do Decreto nº 8.171/1978.

Vale a pena ressaltar que as atribuições do corretor de imóveis poderão, também, ser exercidas por pessoa jurídica, devidamente inscrita no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI).⁴² De acordo com a lei, o atendimento ao público interessado na compra, venda, permuta ou locação de imóvel, cuja transação esteja sendo patrocinada por pessoa jurídica, somente poderá ser feito por Corretor de Imóveis inscrito no Conselho Regional da jurisdição.⁴³

Como consequência de tal fato, o número da inscrição do Corretor de Imóveis ou da pessoa jurídica constará obrigatoriamente de toda propaganda, bem como de qualquer impresso relativo à atividade profissional.⁴⁴

Importante observar que somente poderá anunciar publicamente o Corretor de Imóveis, pessoa física ou jurídica, que tiver contrato escrito de mediação ou autorização escrita para alienação do imóvel anunciado.⁴⁵

Dentre as principais infrações disciplinares que podem ser praticadas pelo Corretor de Imóveis, pessoa física ou jurídica, e que podem sujeitá-lo à perda do registro profissional, nas situações mais graves, destacam-se: (i) transgredir normas de ética profissional; (ii) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses que lhe forem confiados; (iv) anunciar publicamente proposta de transação a que não esteja autorizado através de documento escrito; (v) fazer anúncio ou impresso relativo a atividade profissional sem mencionar o número de inscrição; (vi) violar o sigilo profissional; e (vii) negar aos interessados prestação de contas ou recibo de quantia ou documento que lhe tenham sido entregues a qualquer título.⁴⁶

De todo o exposto, verifica-se que a atividade do corretor de imóveis pessoa física pode ser realizada tanto sob a condição de empregado (geralmente de uma empresa corretora de imóveis) quanto sob a condição de profissional autônomo, que poderá ou não estar vinculado a uma empresa corretora de imóveis.

Na hipótese de corretor de imóveis ser profissional autônomo não oficialmente vinculado a nenhum empregador, surge a questão de eventual reconhecimento de vínculo de emprego entre tal indivíduo e seus respectivos clientes, uma vez que a onerosidade e a pessoalidade são características comuns tanto ao contrato individual de trabalho quanto ao contrato de corretagem imobiliária profissional.

De acordo com os Tribunais Trabalhistas, a presença de apenas tais características não é suficiente para o reconhecimento do vínculo de emprego entre o corretor de imóveis autônomo e seus clientes. A existência de habitualidade na prestação de serviço, de subordinação para com o cliente (o qual inclusive adota medidas punitivas em caso de descumprimento de suas ordens) e a falta de registro no CRECI são outros fatores bastante considerados pelos juízes trabalhistas para o conhecimento do vínculo de emprego e a condenação da empresa cliente ao pagamento de todas as verbas trabalhistas e rescisórias decorrentes.

⁴² Cf. artigo 3º, caput, do Decreto nº 8.171/1978.

⁴³ Cf. artigo 3º, parágrafo único, do Decreto nº 8.171/1978.

⁴⁴ Cf. artigo 4º, do Decreto nº 8.171/1978.

⁴⁵ Cf. artigo 5º do Decreto nº 8.171/1978.

⁴⁶ Cf. artigo 38 do Decreto nº 8.171/1978.

Para evitar tal contingência, recomenda-se que o corretor de imóveis profissional autônomo tenha real liberdade na prestação de serviços, e uma ampla cartela de clientes, podendo ser fixado no contrato de corretagem que a remuneração a ele devida não será paga pelo comitente, mas pela parte com quem ele celebrar o contrato principal. De todo o exposto, pode-se concluir que, mediante um planejamento prévio, que deverá incluir uma análise detalhada não apenas dos aspectos trabalhistas, como também cíveis, a celebração e execução de contratos de corretagem no setor imobiliário pode colaborar decisivamente para a celebração de lucrativos negócios de maneira rápida e proveitosa para todos os envolvidos.

9. CONCESSÃO DE IMÓVEL A TÍTULO DE COMODATO E AUXÍLIO-MORADIA PARA COLABORADORES – POSSÍVEIS IMPACTOS TRABALHISTAS

No mercado de trabalho atual, a existência de uma política de remuneração estratégica bem estruturada pode colaborar decisivamente para a atração e manutenção de talentos humanos que farão a diferença na vida das empresas.

Cada vez mais freqüentemente, a remuneração do empregado é composta não apenas do salário-base, mas também de outros benefícios de natureza não imediatamente pecuniária, tais como plano de previdência privada, seguro de vida, automóvel, dentre outros, que proporcionam uma vantagem indireta ao empregado e são juridicamente conhecidas como utilidades.

De acordo com a lei e os Tribunais Trabalhistas, como regra geral, as utilidades concedidas para possibilitar a adequada prestação de serviços e que são parcialmente custeadas pelo empregado (ainda que simbolicamente) possuem natureza indenizatória.⁴⁷

Por esse motivo, o respectivo valor de tais utilidades não deverá ser considerado para o cálculo das verbas trabalhistas e rescisórias que forem devidas ao empregado. Ademais, devido à natureza indenizatória, a empresa terá maior facilidade para alterar a política de concessão de utilidades, caso isso se torne necessário no futuro.

Questão controvertida no que se refere às utilidades salariais diz respeito à concessão de imóvel residencial ao empregado, a título de comodato, contrato por definição gratuito e que pode ser celebrado tanto verbalmente quanto por escrito, sendo esta forma a recomendada para fins de prova dos termos e condições ajustados.

Caso a moradia seja concedida para a prestação de serviços, como por exemplo ocorre nos casos de profissionais que atuam em obras de engenharia, o seu respectivo valor terá natureza indenizatória para todos os fins legais, e o comodato celebrado será considerado um contrato acessório ao contrato de trabalho. Para melhor resguardar os interesses da empresa, sugere-se a celebração do contrato por escrito, com a menção expressa de que o imóvel é concedido para a prestação de serviços.

Devido à natureza acessória do contrato de comodato, quando o contrato de trabalho for encerrado por qualquer uma das partes por qualquer motivo, o empregado deverá

⁴⁷ Cf. Artigo 458, §2º, da CLT.

imediatamente desocupar o imóvel, sob pena de a empresa estar autorizada a tomar todas as medidas legais para a desocupação do imóvel, sendo a Justiça do Trabalho competente para processar e julgar eventual ação possessória ajuizada em face do empregado.

Outra interessante situação que vale a pena ser analisada é a concessão de imóvel por mera liberalidade e gratuitamente a alguém, para que a pessoa simplesmente habite o imóvel, sendo este o maior interesse da parte concedente (o comodante), que busca dessa maneira evitar o esbulho da propriedade, geralmente localizada em área rural.

Nessa segunda hipótese, a simples disponibilização do imóvel, sem que o comodatário seja remunerado ou receba ordens e eventuais punições por parte do comodante em caso de prestação de serviços ineficiente, não cria vínculo de emprego entre as partes, as quais estabeleceram, para todos os fins, somente um simples contrato de comodato.

Por fim, registre-se a hipótese em que o empregador, ao invés de fornecer diretamente um imóvel ao empregado, opte por conceder-lhe mensalmente um valor adicional ao salário, a título de auxílio-moradia ou de auxílio-aluguel.

Caso esse valor adicional não seja indispensável à prestação de serviços, e configure verdadeira vantagem, ele adquirirá natureza salarial e como resultado deverá ser considerado no cálculo de todas as verbas trabalhistas e rescisórias e não poderá ser posteriormente suprimido sem que a média dos valores pagos seja integrada ao salário-base, sob pena de se caracterizar redução salarial ilícita.

De todo o exposto, pode-se concluir que, mediante um planejamento prévio, que deverá incluir uma análise detalhada não apenas dos aspectos trabalhistas, como também previdenciários e tributários, a concessão de utilidades aos empregados pode colaborar decisivamente tanto no desenvolvimento pessoal do trabalhador, bem como das atividades da empresa, devendo-se tomar especial cautela caso se opte pela concessão de moradia diretamente, ou pelo pagamento de um auxílio-moradia/auxílio-aluguel.

Uma vez encerrada a abordagem de temas jurídicos de ordem trabalhista tratados nos tópicos anteriores cabem, ainda na seara contratual, alguns esclarecimentos acerca do contrato de locação e de seus efeitos perante terceiros, bem como a questão afeta à cessão de direitos e obrigações nos chamados “contratos de gaveta” e sua utilização no Mercado Imobiliário.

10. O CONTRATO DE LOCAÇÃO E SEUS EFEITOS PERANTE TERCEIROS

Na locação de bens móveis e imóveis, locadores e locatários, às vezes por ausência de orientação, outras pela impossibilidade ou recusa em suportar os custos para o registro do Contrato, acabam por não praticarem as cautelas necessárias para referida modalidade de contrato produza efeitos perante terceiros.

Isso porque conforme se verificará em maiores detalhes no presente artigo, cabe a ambos os contratantes registrar o documento no Cartório de Títulos e Documentos, ou ainda, no Cartório de Registro de Imóveis, por ato de averbação na matrícula do imóvel ou por ato de registro em sentido estrito na matrícula, também na matrícula deste, caso tenha a pretensão

de, futuramente, fazer com que o ato emanado possa alcançar terceiros alheios à obrigação contratual inicial.

Isso é o que prevê as Leis 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), 8.245/91 (Lei do Inquilinato) e o Código Civil.

A prática de mencionado ato impedirá que terceiros aleguem desconhecer o negócio jurídico, configurando, portanto, a perpetuação da credibilidade do documento, tendo em vista a segurança e eficácia que esse registro dá ao ato jurídico praticado.

Ademais, após o registro, a qualquer momento poderá se obter uma cópia idêntica e com fé pública, tendo, portanto, o mesmo valor do original, em juízo ou fora dele.

É importante que se diga que referido registro servirá para prova e efeito de conservação da data e do texto integral, conforme previsto no inciso VII, do art. 127 da Lei 6.015/73), senão vejamos:

“Art. 127 - No Registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição:

VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.”

Além disso, para que referido contrato apresente validade contra terceiros, se faz necessário o mencionado registro. É o que dispõe o artigo 129 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

“Art. 129 - Estão sujeitos a registro, no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

1º) os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3;

4º) os contratos de locação de serviços não atribuídos a outras repartições;”

Um segunda modalidade de registro para alcançar terceiros envolve o direito de preferência do locatário na eventual venda do bem.

Para que referido benefício se concretize, se faz necessário registrar o Contrato de Locação no Cartório de Registro de Imóveis por ato de averbação na matrícula do imóvel.

É o que prevê o artigo 167, inciso II, da Lei 6.015/73, art. 167, II, 16:

“Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

II - a averbação:

do contrato de locação, para os fins de exercício de direito de preferência;”

Por fim, e não menos importante temos a questão que resguarda a permanência do locatário no imóvel pelo prazo de 90 dias, na hipótese de alienação do bem, conforme dispõe o artigo 167 da Lei de Registros Públicos:

“Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

3) dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada;”

No mesmo sentido é o artigo 576 do Código Civil:

“Art. 576 – Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.

§ 1º - o registro a que se refere este artigo será o de Título e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição quando for imóvel.

§ 2º - Em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação.”

Pois bem, explanados os procedimentos legais atinentes aos Contratos de Locação, denota-se a extrema relevância de serem executados para que, futuramente, imprevistos sejam evitados.

Todavia, a prática não demonstra mencionadas cautelas tanto pelo locador quanto pelo locatário, e é este ponto que preocupa.

Por conta disso, é de extrema importância que todo negócio jurídico tenha o auxílio de um profissional do direito, para que todos os direitos sejam resguardados.

11. CESSÃO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES NOS “CONTRATOS DE GAVETA” E SUA UTILIZAÇÃO NO MERCADO IMOBILIÁRIO

Os contratos de gaveta se caracterizam por compromissos de compra e venda ou cessão de direitos de compra e venda relativos a imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação.

É assim denominado em função da não participação da instituição bancária responsável pelo financiamento do imóvel, que normalmente detém esse mesmo bem em garantia, de forma que, a operação de compra/venda não pode ser aperfeiçoada perante terceiros,

produzindo efeitos tão somente, através de contrato particular, entre vendedor e comprador, permanecendo sem o devido registro perante o competente Cartório de Registros de Imóveis (por isso “Contrato de Gaveta”).

Assim, de fato, a operação só tem valor e efeito entre os contratantes, sem que transponham o adquirente e o vendedor, sendo absolutamente inexistente perante terceiros.

A opção pela não comunicação da transação à instituição financeira, apesar de legalmente exigida, encontra justificativa no fato de que a transmissão do bem acarretaria ao adquirente, além de sua necessária demonstração de preenchimento de requisitos como a capacidade de pagamento das parcelas do financiamento, de acordo com o artigo 2º da Lei 8692/93, um invariável incremento nos valores mensais pagos pelo mutuário.

Isso porque, quando cientificada a instituição financeira, procede-se a uma revisão do saldo devedor até então existente, acarretando, normalmente, considerável acréscimo no valor total devido, com conseqüente reflexo nas parcelas mensais pagas do financiamento.

Esse descompasso encontra origem no fato de que as parcelas mensais pagas pelo mutuário, em regra, sofrem correção de acordo com a variação salarial de sua categoria profissional, ao passo que o saldo devedor total do financiamento é corrigido de acordo com os juros praticados pelo mercado.

Tais fatores conjugados – verificação da capacidade financeira do adquirente e revisão dos valores até então devidos – afastam qualquer interesse, e viabilidade, de negociação formal do bem imóvel, o que remete à utilização do contrato de gaveta.

A diferença nos índices utilizados para correção das parcelas do financiamento e do saldo devedor esclarece os motivos pelos quais, não raras vezes, um imóvel financiado pelo SFH, mesmo após pagas todas as parcelas, ainda apresenta saldo devedor que muitas vezes supera até mesmo o valor de mercado do bem. Tal fator justificou a criação de fundos especiais, subsidiados pelo Governo Federal para quitação desse saldo devedor final, o que inviabiliza ainda mais, ante a sua peculiaridade, a transmissão do financiamento.

Sensíveis ao problema, os poderes Executivo e Legislativo procuraram através das Medidas Provisórias de número 1520, 1696, 1877, 1878, 1981 e mais recentemente a Lei 10.150/00, regularizar a situação dos contratos de gaveta firmados até o dia 25 de outubro de 1996, desde que atendidas algumas exigências.

A utilização dos contratos de gaveta não diminuiu e continua corrente nos dias atuais, apesar dos sérios riscos inerentes, que vão desde a possibilidade de negativação do vendedor perante os órgãos de proteção ao crédito em caso de débitos de IPTU ou Condomínio, quando não solvidos pelo comprador, até dificuldades sofridas pelo comprador para registro do imóvel ao final do financiamento.

Em recente decisão, o pleno do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que toda e qualquer transferência de imóvel objeto de mútuo vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ante sua peculiaridade e evidente interesse público, somente poderia se operar com a concordância do agente financeiro, e conseqüentemente todas as implicações dela advindas.

Tal exigência mantém o evidente desinteresse econômico na transmissão de imóveis, objeto de financiamento pelo SFH, o que mantém viva a opção por esse tipo de contrato, em que pese o elevado risco que o envolve.

O Código Civil de 2002 trouxe, de forma inédita, regras específicas relacionadas ao Condomínio Edilício, tipo de imóvel este que se apresenta já há algum tempo, como a modalidade de moradia mais procurada e, em razão disso, mais desenvolvida pelas empresas de construção civil, em razão das características culturais, econômicas e sociais, dos indivíduos que residem, principalmente, nos grandes centros. No tópico abaixo, são abordadas algumas interessantes regras jurídicas inerentes aos chamados condomínios edilícios.

12. REGRAS GERAIS INERENTES AO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

12.1. Introdução e Conceitos.

À medida que a sociedade foi se tornando complexa, devido à concentração da população nos centros urbanos, uma nova forma de vida em comum foi criada, diante da necessidade de aproveitamento de áreas de terrenos mais propícias à habitação. Surgiu então a moradia em edifícios de dois ou mais pavimentos, que futuramente receberia o nome de *condomínio horizontal*.

Existem duas espécies legais ou típicas de condomínio: o *geral* ou *tradicional*, disciplinado pelo Código Civil; e o *especial* ou *relativo*, também chamado de *horizontal*, atualmente regido pela Lei nº 4.591/64. Na primeira modalidade, toda a coisa fica sujeita ao regime comum, sem se cogitar da propriedade individual, e sua extensão incide sobre a integralidade da coisa, e não apenas em parte desta. Já na segunda espécie, além das partes comuns relativas a todos os proprietários, existem as partes autônomas de propriedade de modo singular ou coletiva⁴⁸.

Mais comumente difundida e partilhada pelas pessoas em geral, o condomínio tradicional é regido atualmente pelo Código Civil cujo capítulo está dividido em seções da seguinte forma: Seção I, abrangendo os artigos 1.331 à 1.346, engloba as disposições gerais atinentes ao instituto; Seção II, de que tratam os artigos 1.347 à 1.356, ocupa-se da administração do condomínio; e, Seção III, por sua vez, perfazendo-se através dos artigos 1.357 e 1.358, ocupa-se das formas de extinção do condomínio.

De forma conceitual o condomínio é aquele em que pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos⁴⁹ e, por ser uma forma de parcelamento da propriedade, pode-se dizer que o condomínio é um direito híbrido daquele que o detém.

12.2. Principais Características e Regras Gerais do Condomínio.

⁴⁸ SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de Fato*; Incidência do Princípio da Autonomia Privada nas Relações Jurídicas Reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁹ Art. 1.331 do Código Civil.

Com o advento do Código Civil, este em muitos aspectos incorporou, alterou ou deu novas redações a muitos dos artigos antes previstos na antiga Lei de Condomínio (Lei n.º 4.591/64) a qual, no entanto, não se encontra totalmente revogada.

Como regra geral, vale lembrar que o condomínio edilício só se institui por ato entre vivos ou testamento e, neste ato, deve-se desde logo prever as frações ideais atribuíveis a cada unidade, o fim a que se destinam, bem como sua discriminação e individualização.

Com sua instituição, vale lembrar que apenas as partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas, no todo ou em parte, e gravadas livremente por seus proprietários (como por exemplo, mediante penhor ou hipoteca).

Assim, por dedução lógica, e também por previsão expressa na lei civilista, o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados indistintamente pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

Quando se fala no uso comum de determinadas áreas e espaços condominiais, regra taxativa é que nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público, assim como o terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária expressa na escritura de constituição do condomínio.

A lei civilista se preocupou, também, em instituir algumas cláusulas obrigatórias que devem estar regulamentadas na Convenção que constitui o condomínio edilício (que não se confunde, em absoluto, com o Regimento Interno), documento este que deve ser subscrito pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais tornando-se, desde logo, obrigatória para todos os titulares ou para aqueles que detenham sobre as unidades autônomas sua posse ou detenção.

Vale lembrar que para que a Convenção condominial seja oponível perante terceiros é obrigatório que o documento esteja registrado junto ao competente Cartório de Registro de Imóveis⁵⁰ e a alteração de suas disposições só poderá se dar por aprovação de 2/3 dos votos dos condôminos e, em se tratando de mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária a lei exige que haja unanimidade dos condôminos⁵¹.

Questões polêmicas que podem surgir na vida condominial e, portanto, extremamente importantes de serem tratadas nos documentos internos, vão desde o tratamento dado pelos condôminos a casos de furtos e roubos nas áreas comuns, bem como fechamento de sacadas e limitação de juros convencionados moratórios sempre que se verificarem atrasos na contribuição condominial, já que, neste último caso, os parâmetros poderão, por outorga legal, serem estipulados internamente⁵².

⁵⁰ Conforme dispõe a Lei de Registros Públicos

⁵¹ Art. 1.351 do Código Civil.

⁵² Art. 1.336 do Código Civil.

Outra importante regulamentação legislativa pode ser encontrada nos artigos destinados aos deveres do condômino que vão desde i) contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais; ii) não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; iii) não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; a iv) dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Neste particular, definições e questões envolvendo o que seria a dita violação aos *bons costumes* ainda rendem debates na doutrina e na jurisprudência por ser um termo bastante amplo e passível de interpretações frente ao caso concreto.

No entanto, o legislador cuidou de trazer parâmetros valorativos aos condôminos infratores bem como o *quorum* necessário para sua aplicação nas reuniões condominiais⁵³.

Longe de esgotar um tema tão fértil como o da comunidade condominial importante fazer menção que outros regulamentos legislativos esparsos como, por exemplo, leis estaduais e municipais podem vir a atingir as regras e a vida condominial. Nesse âmbito pode-se citar a Lei Estadual Paulista nº 13.541/2009 (“Lei Antifumo”) que intervém e estabelece restrições ao consumo de cigarros e correlatos em áreas comuns dos condomínios.

Outra Lei Paulista que também traz regras inerentes ao condomínio é a de nº 13.160/2008 que abriu a possibilidade de protesto do crédito do condomínio, decorrente das quotas de rateio de despesas e da aplicação de multas, na forma da lei ou convenção de condomínio, devidas pelo condômino ou possuidor da unidade.

Com a retomada do crescimento do mercado imobiliário brasileiro volta a ser possível fazer projetos e traçar planos visualizando um período em que os riscos já não parecem tão aterrorizadores. O mercado imobiliário brasileiro vem mostrando sinais expressivos de recuperação um ano após o início da crise financeira que abalou todos os setores da economia e para os próximos dez anos volta a ser o centro de atenções de investidores nacionais e estrangeiros. Dessa forma, volta à tona o tema da Aquisição Imobiliária e as formas mais comuns utilizadas no mercado, conforme será demonstrado no tópico abaixo.

13. AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA – FORMAS CONTRATUAIS E DUE DILIGENCE

Para um melhor desenvolvimento do tema, as Aquisições serão divididas em dois grandes grupos, a saber, quais sejam: Diretas e Indiretas.

Aquisições Diretas - Como Aquisição Direta entende-se toda aquela aquisição de um ativo imobiliário propriamente dito, por exemplo, um apartamento, uma casa ou um galpão. Como característica preponderante, destaca-se a necessidade de aperfeiçoamento através de escritura pública, sob pena de nulidade (artigo 104 do Código Civil). Também destacamos a necessidade de registro da referida escritura perante o cartório de registro de imóveis competente.

⁵³ Artigos 1336 e 1337 do Código Civil.

Com relação à tributação incidente, destaca-se o ITBI (Imposto de Transmissão Inter-Vivos), cuja Competência é Municipal e possui como base de cálculo o valor venal ou valor da operação, o que for maior.

Dentre as formas de Aquisições Diretas, destacamos a Venda e Compra, a Promessa de Venda e Compra e a Permuta e suas variantes. As duas primeiras têm como característica a venda de um bem e o pagamento através de determinado valor em dinheiro, enquanto que a terceira (Permuta) trata da troca entre um imóvel por outro(s) Imóvel(is) futuro(s).

Aquisições Indiretas - As Aquisições Indiretas, por sua vez, destacam-se pela aquisição de ações/quotas de sociedade titular de bem imóvel. A forma de aperfeiçoamento é livre, podendo ser por instrumento particular ou escritura pública.

Além disso, não há necessidade de registro perante o cartório de registro de imóveis competente, sendo necessário apenas o arquivamento do ato societário em Junta Comercial/anotação em livro.

Com relação à Tributação, não há incidência de ITBI (exceção a determinadas *Joint Ventures* societárias).

Dentro das Aquisições Indiretas, destacamos a Compra e Venda de Participação Societária, a Subscrição de Participação Societária, a *Joint Venture* Societária e o Consórcio.

A Compra e Venda de Participação Societária caracteriza-se quando o adquirente adquire a totalidade das participações societárias tituladas pelos sócios da empresa. Dá-se a Subscrição de Participações Societárias quando o adquirente ingressa na sociedade mediante subscrição de novas ações/quotas. Tal forma é utilizada nos casos em que os sócios originários permanecerão na sociedade, geralmente empregada como veículo para realização de empreendimentos imobiliários.

A *Joint Venture* Societária é a modalidade na qual utiliza-se pessoa jurídica pré-constituída e titular de bem imóvel, para fins de desenvolvimento de empreendimentos imobiliários. Nessa hipótese, o ingresso do novo sócio dá-se mediante compra e venda de participações societárias ou subscrição de novas quotas/ações.

E, por fim, o Consórcio, caracteriza-se quando duas ou mais sociedades se associam para o desenvolvimento de determinado empreendimento imobiliário, dividindo entre si as respectivas receitas e despesas. A formalização do consórcio dá-se mediante a celebração de instrumento particular e é disciplinado pela Lei das S/A em seus artigos 278 e 279.

Independente da forma escolhida de negócio, destacamos que toda e qualquer operação de alienação/aquisição de bens imóveis ou direitos reais a eles relativos, seja ela realizada de forma direta ou indireta, demanda a realização de uma *Due Diligence*, abrangendo a análise de documentos relativo ao imóvel, ao proprietário e aos antecessores de domínio dos imóveis (geralmente abrangendo 20 anos). A *Due Diligence* visa apurar a existência de ônus incidentes sobre o imóvel objetivado, bem como a verificação de eventuais riscos inerentes à sua aquisição (ações questionando a propriedade ou posse do imóvel, ações de fraude contra credores ou fraude à execução, esvaziamento patrimonial, falência e recuperação judicial).

O tema “Aquisição Imobiliária” e suas formas deverá, portanto, voltar ao centro das atenções de investidores, sendo importantíssimo a escolha da opção que melhor se encaixe no perfil

do adquirente, levando em consideração, principalmente, a tributação envolvida na operação, a situação registraria do Imóvel (*Due Diligence*) e a intenção futura de negociação do ativo imobiliário.

Em sequência à abordagem afeta aos negócios relacionados ao mercado imobiliário, cabe esclarecer, como se pôde observar nos tópicos anteriores, que os negócios realizados nesta seara, em suas mais diversas formas, estão invariavelmente adstritos aos contratos.

Em razão disso, para a formalização de qualquer transação envolvendo bens imóveis, é necessária a observância das diretrizes gerais fixadas pelo Código Civil (Lei 10.406/2002) para os contratos em geral, principalmente, a probidade, a boa-fé e a função social⁵⁴.

Tais requisitos contratuais, por si só, em função de sua amplitude, tornam os contratos imobiliários extremamente importantes como instrumento de consolidação de uma transação que possui no seu âmago um elevado valor social, e que por isso, tende a ceder à possíveis intervenções judiciais, ainda mais quando se leva em consideração que grande parte desses contratos são formalizados através de instrumentos de adesão, com suas cláusulas pré-redigidas, sem qualquer possibilidade de contribuição pelo contratante, tido como a parte mais vulnerável.

14. OS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não bastassem os requisitos fixados pela legislação civil e atinentes aos contratos em geral, verifica-se também, a possível caracterização da relação de consumo, quando presentes as figuras do fornecedor e consumidor, o que pode alargar ainda mais os subsídios para questionamentos judiciais.

Para tanto, necessária a presença do consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto como destinatário final e do fornecedor.

Sabidamente o Código de Defesa do Consumidor possui uma carga protetiva que visa restabelecer a equidade entre os contratantes, e em especial tende à proteção do consumidor, tido como o elo mais fraco da cadeia.

Aqui, cabe a observação de que em casos de empreendimentos imobiliários, em que se verifica a participação de incorporadoras, construtoras e representantes de vendas, eventual responsabilidade por problemas na cadeia produtiva, ou até mesmo no momento da venda, com possíveis propagandas que não correspondam à realidade, podem atingir a todos que nela se inserem, já que a tal cadeia é vista, e tratada, como um todo, sem distinção de responsabilidade pelas partes do empreendimento, ainda que não tenham contribuído diretamente para uma determinada consequência.

Os Tribunais vêm cada vez mais utilizando desses pressupostos, consumeristas e civis, para reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, visando o restabelecimento da igualdade na relação mantida entre os contratantes, principalmente quando verificada qualquer possível lesão ao consumidor.

⁵⁴ Artigos 421 e 422.

Logo, tem-se que a regra geral é a da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em todos os negócios imobiliários, sendo tratadas como exceção determinadas situações regidas por legislação específica, desde que entrada em vigor posteriormente, e com o fim de regular determinada relação específica.

Como exemplo de exceção à aplicação do Código de Defesa do Consumidor pode se citar a Lei de Locações (8.245/91), que é posterior e específica para regular determinado negócio imobiliário, no caso as locações de imóveis residenciais e não-residenciais, em que pese existir posicionamento contrário à caracterização da Locação como relação sujeita ao Código de Defesa do Consumidor.

Outro exemplo de negócio jurídico imobiliário não sujeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor é a Lei que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário, reguladora da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e outras providências (9.514/97), pelos mesmos motivos acima elencados, ou seja, por sua posterioridade e especificidade.

Portanto, e como regra geral se verifica a aplicação dos dispositivos legais contidos no CDC, desde que caracterizada a relação de consumo entre os contratantes, evidenciando-se desde logo a figura do consumidor e do fornecedor, como acima mencionado.

Ante tais considerações é que se justifica um cuidado especial que nasce na formalização dos contratos que irão dispor sobre bens imóveis, descrição, formas de aquisição, parcelas, juros, dentre outras questões, até a concretização final do que está ali previsto, sendo de se ressaltar a possibilidade de responsabilização de todos os participantes da cadeia produtiva e comercial igualmente, independentemente de efetiva responsabilidade sobre determinada consequência contestada judicialmente.

O presente estudo aborda a partir do tópico que segue a questão relacionada ao entendimento de grande parte das incorporadoras no sentido de obterem o “ressarcimento” dos valores despendidos com a energização dos loteamentos, frente às concessionárias de energia elétrica.

15. RESPONSABILIDADE FINANCEIRA SOBRE A ILUMINAÇÃO DE LOTEAMENTOS URBANOS

O artigo. 2º da Lei no 6.766, de 1979, com redação dada pela Lei no 9.785, de 1999 (Lei de Parcelamento do Solo), prevê que o responsável pelos custos com obras de infraestrutura básica de iluminação de terrenos situados em loteamentos urbanos é do respectivo loteador.

Todavia, o Poder Judiciário tem sido provocado com regularidade pelos loteadores que buscam o ressarcimento dos valores despendidos, sob a fundamentação de que, como empresa, teriam cumprido com todas as disposições legais relativas à implementação do loteamento, obedecendo estritamente o projeto de eletrificação com iluminação aprovada pela concessionária, decorrendo daí a contratação de mão de obra especializada e a aquisição de materiais específicos, o que justificaria o ressarcimento de todos os custos destinados ao empreendimento.

É importante ressaltar que a exigência de se energizar os loteamentos não parte das Concessionárias de Energia Elétrica, mas sim do Poder Público, já que aquela apenas

prestará toda a assessoria necessária para a instalação e incorporação em toda a rede elétrica existente.

Assim, as instalações construídas por particulares serão, em virtude do que disciplina a legislação em vigor, automaticamente incorporadas ao patrimônio das Concessionárias de Energia Elétrica no ato da energização da rede e na ligação dos lotes a serem comercializados. Em razão disso, todas as despesas de implementação são incluídas no preço final do imóvel a ser comercializado.

Em cumprimento ao disposto pela Resolução nº 82/2004 da ANEEL, as Concessionárias praticam à incorporação dos bens e instalações de infraestrutura básica referente às redes de energia elétrica do loteamento, nos termos do que disciplinam seus artigos 5º e 6º.⁵⁵

Nesta seara, em que pese a tentativa das Incorporadoras de alcançarem o “ressarcimento” dos valores despendidos com a energização dos loteamentos, não possuem as Concessionárias qualquer obrigação legal nesse sentido, posto que devidamente amparadas pela legislação afeta ao Setor Elétrico, bem como pela jurisprudência majoritária⁵⁶.

Apenas a título ilustrativo, já que compete somente às Concessionárias de Serviços Públicos Energéticos a gestão, manutenção e distribuição de energia elétrica, para que houvesse coerência na pretensão das Incorporadoras, todo o lucro advindo da venda dos terrenos teria que ser partilhado, além de assunção das responsabilidades e despesas oriundas da manutenção do fornecimento de energia. Neste caso estar-se-ia se firmando uma sociedade, na qual os investimentos, lucros e prejuízos deveriam ser partilhados, o que se afigura impossível.

Conclui-se, em decorrência do exposto, que os pedidos de ressarcimento pelas despesas incorridas pelas Incorporadoras, em razão da instalação da rede elétrica nos loteamentos,

⁵⁵ “Art. 5º Os bens e instalações de infra-estrutura básica referentes a redes de energia elétrica, implantados pelos loteadores para atendimento dos respectivos lotes, com exceção das instalações destinadas a iluminação pública, devem ser incorporadas ao patrimônio da concessão, na oportunidade de sua conexão ao sistema de distribuição de propriedade da concessionária ou permissionária, o que se caracteriza pela energização e instalação de equipamento de medição em unidade consumidora.”

“Art. 6º A incorporação efetuada na forma desta Resolução não enseja qualquer forma de indenização ao loteador ou aos adquirentes dos lotes, considerando que, após a inclusão no ativo imobilizado em serviço, as despesas de operação e manutenção das instalações elétricas serão de responsabilidade da concessionária e os bens vinculados ao instituto da reversão.”

(grifos nossos)

⁵⁶ PODER JUDICIÁRIO DE SÃO PAULO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO
Apelante: Organização Imobiliária Alvorada da Serra Empreendimentos, Administração SC Ltda
Apelada: Elektro Eletricidade e Serviços S.A. Comarca: Santa Rita do Passa Quatro – 1ª Vara Cível
Relator Ruy Coppola Voto nº 16.942 EMENTA: “Prestação de serviços. Ação de cobrança. Implementação da rede elétrica como obra de infra-estrutura em loteamento. Pretensão do loteador em se ver ressarcido das despesas despendidas com a instalação da rede de distribuição interna de energia junto à concessionária do serviço público. Inadmissibilidade. Encargo legal obrigatório derivado da execução do empreendimento. Ação improcedente. Recurso improvido.” (Santa Rita do Passa quatro 1244360-0/4 apelação c/ revisão; 1001/07 Santa Rita do Passa Quatro; Apte: Organização Imobil Alvorada da Serra Empeend Adm s/c Ltda; Apdo: Elektro Eletricidade e Serviços S/A).

não merecem prosperar, seja pelo fato de já ter sido ressarcida de seu investimento na venda dos terrenos, seja pelo fato de não possuírem autorização legislativa para fornecer energia elétrica.

Nos dois tópicos seguintes o tema objeto do presente estudo será analisado sob a ótica do Direito Público, eis que serão analisadas as questões afetas à desapropriação de imóveis pelo Poder Público, bem como uma interessante abordagem relacionada às demarcações ilegais e cobranças indevidas relacionadas aos terrenos da Marinha Brasileira.

16. DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS PARA USO OU POR INTERESSE PÚBLICO

16.1. Introdução e Conceitos.

Embora o instituto da Desapropriação seja bastante conhecido e difundido na comunidade em geral, muitas vezes, principalmente no âmbito de grandes empresas, proprietários, locadores e locatários de imóveis se vêem surpreendidos por uma ordem pública de desapropriação que pode afetar profundamente sua rotina e negócios.

Vale lembrar que a desapropriação, por conceito, é um ato estatal, seja ele administrativo ou judicial, e unilateral que tem como efeitos produzir a extinção da propriedade sobre um bem ou direito, passando o domínio para a entidade expropriante, mediante o pagamento de uma indenização justa.

Neste contexto, é fato que o Estado delibera a supressão da propriedade privada, sem que o titular do domínio possa se impor. No entanto, como requisito, este ato deve ser motivado por uma necessidade ou utilidade pública ou ainda estando presente o interesse social.⁵⁷

Como a desapropriação por interesse social está intrinsecamente ligada ao objetivo de promoção da reforma agrária, o que mais comumente se observa nos grandes centros populacionais e empresariais é a figura da desapropriação por necessidade ou utilidade pública que surge sempre que o cumprimento das funções estatais exigir a aquisição do domínio de bens ou direitos alheios.

Embora a desapropriação mais amplamente difundida e conhecida seja aquela que recai sobre bens imóveis, importante destacar que o objeto deste instituto jurídico pode recair sobre quaisquer bens e direitos economicamente avaliáveis (com exceção dos bens personalíssimos), inclusive participações societárias e direitos sobre uma propriedade industrial no tocante a sua utilização econômica⁵⁸, exemplificativamente.

16.2. O Devido Processo Legal para Viabilização da Desapropriação.

Embora a desapropriação advenha de um ato unilateral estatal tal questão não implica na irrelevância da participação do particular que deve ter garantido o direito à observância ao devido processo legal⁵⁹.

⁵⁷ Artigo 5ª, inciso XXIV da Constituição Federal.

⁵⁸ Não se transfere a autoria de um invento, mas apenas sua utilização econômica.

⁵⁹ Artigo 5ª, incisos LIV e LV da Constituição Federal.

Para que a desapropriação seja válida e eficaz ela deve observar a instauração de procedimento prévio administrativo onde a entidade expropriante deverá identificar objetivamente:

- i) A adequação e a necessidade do bem a ser expropriado para satisfação do objetivo coletivo;
- ii) A apuração do valor de indenização a ser pago;
- iii) Os encargos a que deve satisfazer e os recursos econômicos e financeiros de que a entidade dispõe.⁶⁰ A propriedade imaterial, ou direitos imateriais, é gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade sendo que, de forma principal, a matéria é regulada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 9.610 de 19.02.98⁶¹.

Concluído esse procedimento o resultado será a publicação de um decreto de utilidade pública, necessidade ou interesse social que, entre outros objetivos, visa dar publicidade e conhecimento geral do ato expropriatório, bem como sujeita o expropriado a pleitear ao ente expropriante autorizações para realização de eventuais benfeitorias úteis, sob pena destas não serem posteriormente contempladas quando do pagamento da indenização.

Depois de decorrido todo o procedimento administrativo, caso o particular se oponha às conclusões Públicas (como, por exemplo, o valor proposto da indenização), o aperfeiçoamento da desapropriação dependerá de sentença judicial ou, nos casos em que for exigido o pagamento prévio da justa indenização, da sua efetiva liquidação.

Ponto importante a ser destacado é que, em hipótese de urgência justificada e demonstrada, admite-se que o poder expropriante pleiteie judicialmente a imissão provisória na posse do bem, oportunidade em que deverá ser realizado o depósito, em dinheiro, de sua estimativa quanto ao justo preço.

16.3. Considerações Finais

Embora se possa constatar com facilidade que o procedimento da desapropriação preveja a ocorrência de várias fases impostas por lei, visando garantir direitos de todos, direta ou indiretamente, envolvidos, a realidade é que alguns cuidados e precauções devem ser adotados, em especial, em grandes contratos imobiliários e de locação.

Isso porque, uma premissa quase que unanimemente aceita é que o mero decreto de desapropriação, por si só, não restringe a posse do particular sobre o bem.

Nesse contexto, não raro, inúmeros contratos acabam sendo discutidos no âmbito do Poder Judiciário quando as partes se vêem em conflito por extensões de responsabilidades, incidência de multas entre outros envolvendo imóveis que foram objeto de decretação de desapropriação.

⁶⁰ A desapropriação está sujeita ao princípio da autorização orçamentária, a qual deve ocorrer anualmente, nos termos do artigo 167, incisos I e II da Constituição Federal em conjunto com a Lei da Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000).

⁶¹ A Constituição Federal de 1988 contemplou a proteção a propriedade industrial e intelectual, marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos em seu art. 5º, inciso XXIX, entre os Direitos e Garantias Fundamentais.

Daí porque, em grande parte dos casos, embora o procedimento da desapropriação possa ser bastante burocrático e demorado, sem dúvida alguma que em contratos envolvendo longos anos de locação e/ou outra forma de usufruto de imóveis, por exemplo, podem gerar inúmeros conflitos entre particulares que poderiam ter planos de investimento, expansão negocial entre outros sobre um imóvel e/ou área atingida pelo interesse ou utilidade estatal.

Nesse sentido, a elaboração de cláusulas contratuais claras, específicas e com atribuições e cessões de ônus e responsabilidades para todos os envolvidos são essenciais em negociações envolvendo, em especial, imóveis com destinação comercial e industrial.

Ressaltamos que o Almeida Advogados possui equipe especializada com vasta experiência contratual e no acompanhamento de litígios e questões envolvendo o tema aqui abordado, pelo que permanecemos à disposição para dirimir quaisquer questionamentos provenientes do tema ora abordado.

17. QUESTÕES CONTROVERSAS DA ATUAL DEMARCAÇÃO DE TERRENOS DA MARINHA: DEMARCAÇÕES ILEGAIS E COBRANÇAS INDEVIDAS

Tendo como ponto de partida a "*linha do preamar média do ano de 1831*", a demarcação das áreas de marinha e as cobranças dali advindas em favor da União já há muito são pontos de grandes divergências.

A situação se agravou recentemente diante das novas demarcações realizadas pela Secretaria do Patrimônio da União que têm levado diversos proprietários de imóveis costeiros a pagar, inadvertidamente, valores que efetivamente não são devidos e o pior, cobrando acréscimos retorativos a 5 anos.

Todavia, diante das ilegalidades formais e materiais dos procedimentos administrativos de remarcação destas áreas, é possível ilidir as cobranças indevidas e manter a plena propriedade destes terrenos próximos à zona costeira.

17.1. Áreas de Marinha e a Demarcação

Os terrenos da Marinha são áreas de domínio público, demarcadas, conforme a redação Decreto Lei 9.760/46, pela Linha Preamar Média de 1831, medidos horizontalmente 33 metros em direção à terra.

Sendo áreas de domínio público os terrenos integram o patrimônio da União e estão sob a guarda e administração da Secretaria do Patrimônio da União, órgão que atualmente é vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que outorga seu domínio aos particulares mediante o pagamento anual do foro.

17.2. As Novas Medições

De acordo com o estabelecido pelo Decreto-Lei nº 9.760/46, compete ao Serviço de Patrimônio da União "*a determinação das linhas de preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias*", de modo a que fiquem claramente estabelecidas as dimensões dos terrenos de marinha.

Já em 1981, por meio da IN n. 01, o Patrimônio da União tentava ilegalmente calcular as áreas de marinha com base na maré de sizídia (maré mais alta) da época, ou seja, deixando de lado o requisito legal da maré média do ano de 1831. Este procedimento incluiu ilegalmente dentre as áreas de marinha diversas propriedades, causando a cobrança indevida do foro (taxa de ocupação).

Já em 2001, por meio da IN n. 02, a SPU retomou a ilegalidade de demarcar as áreas de marinha com critérios outros que não a aferição da preamar média de 1831 e, como se não fosse suficiente, passou a intimar os interessados por meio de editais informando do procedimento que objetivava determinar a posição da Linha de Preamar Média de 1831⁶², dando um prazo de 60 dias para impugnação. Após, passou a notificar pessoalmente os ocupantes para cobrar o foro retroativo a 5 anos.

17.3. Ilegalidades das Demarcações

O resultado das novas demarcações foi muito claro: permitiu à União o acréscimo de área substancial ao seu patrimônio e com isso permitiu o aumento da receita com as taxas de ocupação.

Mas o procedimento realizado é marcado por irregularidades que anulam grande parte das cobranças realizadas.

17.3.1. Métodos de Cálculo

A questão da delimitação dos terrenos de marinha através da Linha Preamar Média mostra-se extremamente complexa. O Decreto-Lei nº 9.760/46 determinou que fosse tomada a referida linha relativa ao ano de 1831. Ou seja, a média das marés-altas apuradas em 1831. Por óbvio que a informação é difícil (senão impossível) de ser recuperada.

Na costa brasileira são raros os locais em que a linha foi traçada e a União se recusa a fazê-lo, alegando a inexistência de elementos técnicos.

Por essa razão, além da IN n. 02/2001, a Orientação Normativa GEADE-002/2001 também estabelece critérios para a demarcação dos terrenos de marinha, porém ambos instrumentos normativos permitem a demarcação por presunção e outros critérios não científicos, resultando no cálculo da preamar-média atual ou recente, o que não atende ao requisito da lei.

Ora, não bastasse o questionável critério de demarcação, é importante relembrar que grande parte dos terrenos de marinha, considerados pela linha da preamar-média de 1831, já estão encobertos pelo mar, isto é, já não existem. Desse modo, a imposição aos proprietários de tais terrenos de pagamento de foros, laudêmios, taxas de ocupação, dentre outros, constituem atos administrativos inválidos, de modo que os valores pagos à maior devem ser restituídos.

17.3.2. Vício Formal

⁶² No Rio Grande do Norte, a Gerência Regional do Patrimônio da União encaminhou ofícios a todos os cartórios dos municípios abrangidos pela medição, informando da necessidade de fixação do Edital 002/2001.

A publicação do edital para intimação dos interessados não elide a necessidade de prévia notificação do ocupante do imóvel acerca do aumento da área de terreno de marinha incidente sobre o bem, especialmente para os casos dos ocupantes devidamente cadastrados perante a SPU. Sobre essa questão, são diversos os julgados do Superior Tribunal de Justiça que, de modo pacífico, reputa por ilegal a intimação via edital, invalidando aqueles procedimentos.

17.4. Conclusão

Pelos motivos expostos acima, é possível afirmar ser ilegítima a delimitação de grande parte dos terrenos de marinha do litoral brasileiro e por conseguinte, impassíveis de cobranças as diferenças pleiteadas pela União a título de Taxa de Ocupação, foro, laudêmio, dentre outros.

18. CONCLUSÃO

O presente estudo procurou abordar as principais questões afetas ao tema Mercado Imobiliário, tais como as referentes aos aspectos institucionais do Setor no Brasil, aos contratos de maior predominância considerando-se os diversos campos do Direito e aos ambientes de contratação, questões e aspectos de ordem tributária, societária, dentre outras de igual importância.

O Almeida Advogados é um escritório de advocacia focado no ambiente de negócios corporativos, tendo como maior premissa buscar entender o mercado de cada um de seus clientes, as nuances de cada indústria, a cultura corporativa e os objetivos de cada empresa. Do ponto de vista jurídico, tal enfoque nos permite estruturar e proporcionar o atendimento de nossos clientes de uma maneira mais segura e econômica.

Nascido de uma união de profissionais competentes, comprometidos com a prática jurídica, cujas atividades são focadas em prestar serviços jurídicos para empresas brasileiras e estrangeiras nas áreas da consultoria jurídica empresarial, gestão de risco e consultoria contenciosa em geral, o Almeida Advogados também desempenha um importante papel na prestação de serviços jurídicos e de consultoria jurídica junto ao Mercado Imobiliário.

O Almeida Advogados coloca-se à disposição para prestar quaisquer outros esclarecimentos relacionados ao assunto tratado no presente estudo.