

Revista



OAB ESA
SÃO PAULO

Direito Imobiliário

“Uma Instituição de Ensino com a Marca OABSP”

DIRETORIA

Presidente: Luiz Flávio Borges D'Urso

Vice Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Braz Martins Neto

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto

CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ
AMERICO DE CARVALHO FILHO
AMILCAR AQUINO NAVARRO
ANNA CARLA AGAZZI
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO JORGE MARQUES
ARMANDO LUIZ ROVAI
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS BARBARÁ
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS PINHEIRO
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLAUDIO BINI
CLAUDIO PERON FERRAZ
DANIEL BLIKSTEIN
DARMY MENDONCA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ROBERTO REIS
EDUARDO CESAR LEITE
ELI ALVES DA SILVA
ESTEVAO MALLETT
EURO BENTO MACIEL
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI
FABIOLA MARQUES
FERDINANDO COSMO CREDIDIO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS
GUSTAVO FLEICHMAN
HELENA MARIA DINIZ
HORACIO BERNARDES NETO
JAIRO HABER
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA
JOAO CARLOS RIZOLLI
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR
JORGE ELUF NETO
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA
JOSE LEME DE MACEDO
JOSE VASCONCELOS
LAERTE SOARES
LUIS RICARDO MARCONDES MARTINS
LUIZ CARLOS PEGAS
LUIZ DONATO SILVEIRA
LUIZ EDUARDO DE MOURA
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO
MARCELO FERRARI TACCA
MARCIO APARECIDO PEREIRA
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO
MAURICIO SILVA LEITE
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO
ODINEI ROGERIO BIANCHIN
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROMUALDO GALVAO DIAS
ROSANGELA MARIA NEGRAO
ROSSANO ROSSI
RUI AUGUSTO MARTINS
SERGIO ROXO DA FONSECA
SIDNEI ALZIDIO PINTO
UMBERTO LUIZ BORGES D'URSO
YARA BATISTA DE MEDEIROS

Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD
ADRIANA GALVÃO MOURA
ALEXANDRE TRANCHO
ANTONIO CARLOS ROSELLI
ANTONIO ELIAS SEQUINI
ANTONIO HERCULES
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA
ARISTEU JOSE MARCIANO
ARLEI RODRIGUES
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO
EDGAR FRANCISCO NORI
FATIMA PACHECO HAIDAR
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO LUCIANO GARZAO
GENILDO LACERDA CAVALCANTE
GEORGE AUGUSTO NIARADI
JORGE LUIZ CARNITI
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER
JOSE MEIRELLES FILHO

JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO
LIVIO ENESCU
LUCIA MARIA BLUDENI
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO
MARCELO GATTI REIS LOBO
MARCELO SAMPAIO SOARES
MARCOS ANTONIO DAVID
MAURICIO SCHEINMAN
OSCAR ALVES DE AZEVEDO
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA ROSSA
SIDNEY LEVORATO
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
RUBENS APPROBATO MACHADO

Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice Diretora: Anna Carla Agazzi

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

Coordenação Geral: Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfourri Júnior

Conselheiros:

Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Roberto Delmanto Júnior

Representantes do Corpo Docente:

Paulo José Villela Lomar
Sandra Maria Boldini
Cláudio Cintra Zarif

Representante de Curso de Especialização Lato Sensu:

José Fernando Simão

Representante do Corpo Discente:

Antônio Ricardo Miranda Júnior



Sumário

Diretoria	02
Conselho Seccional	03
Conselho Curador	04
Editorial	05
Apresentação	06
Sobre a Revista	66

Artigos



08 Graciano Pinheiro de Siqueira

Distinção entre sociedade simples e sociedade empresária

20 Raimundo Dantas

Vínculo de emprego e responsabilidade nas relações imobiliárias

28 Camila Nunes

Da Alienação Fiduciária de bem imóvel em garantia

54 Thalita Duarte Henriques Pinto e Paulo Vitor Paula Santos Zamperi

Origem da cadeia dominial de imóveis rurais: a importância de sua análise para fins de aquisição de áreas e a imprescindibilidade de uma reflexão sócio-jurídica

60 Marcelo Manhães de Almeida

O instituto do Tombamento e o Direito de Propriedade

Expediente



Revista Científica Virtual da Escola Superior de
Advocacia da OAB-SP
Nº 12. (Primavera - 2012.) - São Paulo: OAB/SP, 2012.

Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Maria do Carmo Oliveira Carrasco

Coordenador de Editoração

Marcelo Manhães de Almeida

Colaboradores

Bruna Corrêa

Bruno Moraes

Leandro Urquiza

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Tomás Rotter Bueno

Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141, Sobreloja - Liberdade

Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br

E-mail: revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

Há pouco mais de 06 anos fomos honrados com o convite (e por que não dizer, desafio) para coordenar na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, um curso de direito imobiliário com conteúdo eminentemente prático que debatesse a atuação do advogado no mercado imobiliário que naquele momento, iniciava um novo, promissor e relevante momento na economia nacional.

Buscamos construir assim, uma grade com temas relacionados à atuação do advogado nas operações imobiliárias, partindo de uma simples e bastante conhecida transação de venda e compra de imóvel até alcançarmos complexas operações como a de “built to suit”, com securitização de recebíveis e instituição de alienação fiduciária do imóvel com o escopo de garantia da dívida objeto da respectiva securitização e cujos títulos, comporiam a carteira de um fundo de investimento imobiliário.

Definidos os temas, prossegui na escolha de profissionais que tivessem, ao mesmo tempo, duas importantes qualidades, a saber: amplo conhecimento das matérias e desprendimento em dividir suas experiências profissionais com os demais colegas. Com sucesso, unimos excelentes profissionais que fizeram com que este curso continuasse a despertar muito interesse em nossos colegas a ponto de sempre estar com suas vagas preenchidas e, via de regra, com uma extensa lista de espera.

Volta a direção da ESA a nos provocar, solicitando desta feita, a elaboração de uma edição da Revista Eletrônica da ESA tendo como tema, o “Direito Imobiliário”. Consciente da responsabilidade de coordenar esse trabalho, novamente nos socorremos dos profissionais que construíram o curso “Direito Imobiliário – O advogado no mercado imobiliário” a que me referi acima, e assim selecionamos os seguintes temas:

1) *Distinção entre sociedade simples e sociedade empresária* (Dr. Graciano Pinheiro de Siqueira). Com a vigência do Código Civil de 2002, o capítulo que trata do Direito de Empresa trouxe para o nosso mundo jurídico, as figuras das sociedades empresárias e das sociedades simples. Tema bastante interessante merece destaque nessa revista para que os operadores do Direito entendam a distinção de ambas e assim, possam orientar seus clientes que exercem a atividade imobiliária, a sobre a adoção da sociedade simples ou da sociedade empresária.

2) *Aspectos do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis nas conferências em integralização de capital* (Dr. José Carlos da Matta Rivitti). Os custos tributários encontram relevância em toda atividade econômica e merecem pois, a devida atenção. Considerando as particularidades do mercado imobiliário confrontada com as regras gerais de incidência de ITBI nas conferências de imóveis em integralização do capital, o texto esclarece, com bastante clareza, a incidência do mencionado tributo.

3) *Vínculo de emprego e responsabilidade nas relações imobiliárias* (Dr. Raimundo Dantas). A atividade imobiliária enseja muito cuidado com contingências que podem repercutir economicamente em alguma operação imobiliária. Por conta disso, bastante relevante a abordagem sobre vínculo de emprego e responsabilidade nas relações imobiliárias.

4) *Alienação Fiduciária de bem imóvel em garantia* (Bel. Camila Nunes). A alienação fiduciária de bem imóvel com escopo de garantia se faz presente nas negociações imobiliárias e, sem receio de dizer, é um dos instrumentos jurídicos mais importantes para o fomento do mercado imobiliário, dando a segurança que o mercado exigia para ver satisfeito, o crédito decorrente das operações imobiliárias.

5) *Condomínio Edifício: 10 anos do novo código civil* (Dr. Márcio de Souza Bagnato). O mercado imobiliário conhecia e aplicava bem as regras relativas aos condomínios edifícios, constantes na Lei 4591/64. Com a vigência do Código Civil, algumas mudanças aconteceram e são analisadas neste artigo, levando em conta, os dez anos de vigência da Lei 10.406/02.

6) *Locação de Imóveis urbanos: algumas notas sobre as ações renovatórias* (Dr. Jaques Bushatsky). O mercado de locações urbanas não residenciais é bastante importante no cenário econômico nacional e, o direito à renovação compulsória da locação, deve ser sempre e muito, estudado de forma a que se mantenha a saúde desse importante instituto jurídico.

7) *Origem da cadeia dominial de imóveis rurais: a importância de sua análise para fins de aquisição de áreas e a imprescindibilidade de uma reflexão sócio-jurídica* (Dra. Thalita Duarte Henriques Pinto e Dr. Paulo Vitor Paula Santos Zamperi). Sabemos que com relação aos imóveis urbanos, especialmente após a edição da Lei 6015/73, a segurança jurídica sobre o histórico documental do imóvel encontra nível bastante satisfatório; já com relação aos imóveis rurais, algumas dificuldades são enfrentadas. Por conta disso, esse trabalho se mostra bastante oportuno e levará os leitores a profundas reflexões.

8) *O instituto do Tombamento e o Direito de Propriedade* (Dr. Marcelo Manhães de Almeida). As limitações urbanísticas ao direito de propriedade suscitam muitos debates. Trazemos neste texto, algumas observações a respeito do tema, destacando que o principal objetivo é o de dar ao "tombamento", a importância que merece como instrumento de preservação da memória e da história da Cidade.

São os temas com os quais iniciamos nossa participação nessa importante tarefa de levar aos colegas advogados, textos elaborados por quem milita no Mercado Imobiliário em um ramo do Direito que vem experimentando, a cada dia, novos e complexos desafios.



Marcelo Manhães de Almeida - Advogado. Membro do CONPRESP – Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo; Presidente da Comissão de Direito Urbanístico da OABSP.; Vice-presidente da Mesa de Debates de Direito Imobiliário e Professor da Escola Superior de Advocacia da OABSP (ESA-OABSP)

Distinção Entre Sociedade Simples E Sociedade Empresária

Palavras-Chave: Teoria da empresa; sociedade simples; sociedade empresária; construção civil; incorporação imobiliária; Junta Comercial; Registro Civil das Pessoas Jurídicas; societário.



Graciano Pinheiro de Siqueira - Especialista em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP; Professor em cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos, e Ex- 4º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca da Capital/SP.

RESUMO: Com a adoção, pelo Código Civil Brasileiro, da chamada “Teoria da Empresa” foi rompido, no campo das atividades econômicas, o critério anteriormente estabelecido - o critério da *comercialidade* (Teoria dos Atos de Comércio), o qual foi substituído pelo da *empresarialidade* - e reformulada a classificação das sociedades, que agora se consideram *empresárias* ou *simples*.

As *sociedades empresárias* serão registradas no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), enquanto as *sociedades simples*, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (Cartórios).

A diferença entre elas não reside mais no objeto social; ambas realizam *atividades econômicas*. O que as diferencia é a *estrutura, é a funcionalidade, é o modo de atuação dos sócios*.

Empresária será aquela que vier a exercer a *atividade econômica organizada*, através da *empresa*, e não diretamente pelos sócios, notando-se um distanciamento com notória aparência entre eles e a atividade.

A *empresa*, pois, é uma atividade, e como tal deve ter um sujeito que a exerça, o titular da atividade, que é o *empresário*. Este é quem exerce profissionalmente atividade econômica ORGANIZADA para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

É importante destacar que não basta o exercício de uma atividade econômica para a qualificação de uma pessoa como *empresário*; é essencial também que este seja o responsável pela organização dos fatores da produção para o bom exercício da atividade. E essa organização deve ser de fundamental importância, assumindo prevalência sobre a atividade pessoal do sujeito.

A organização pode ser de trabalho alheio, de bens e de um e outro juntos. Normalmente, a organização não significa a presença de habilidades técnicas ligadas à atividade fim, mas sim uma qualidade de iniciativa, de decisão, capacidade de escolha de homens e bens, intuição entre outros dados.

Essa organização pode se limitar à escolha de pessoas que, por uma determinada remuneração, coordenem, organizem e dirijam a atividade, isto é, a organização a cargo do *empresário* pode significar a escolha de pessoas para efetivamente organizar os fatores da produção. Ainda assim, temos uma organização essencial na atividade, para diferenciar o *empresário* dos *trabalhadores autônomos* e das *sociedades simples*.

Mesmo no caso do *pequeno empresário* essa organização assume um papel prevalente, na medida em que há preponderantemente uma consideração objetiva dos frutos da atividade, e não das qualificações pessoais do sujeito. Ainda que a figura pessoal desempenhe um papel importante, no caso do *empresário* a organização é que assume papel primordial.

Na *sociedade simples*, a atividade econômica é exercida, ordinariamente, pelos próprios sócios, ainda que tenha

funcionários, ou administrador designado que opera de forma pessoal, surgindo daí uma vinculação entre eles e a atividade. Em última análise, pode-se dizer que a sociedade (de natureza) simples é a sociedade não empresária.

Exemplo claro desta diferença entre *sociedade simples* e *sociedade empresária* nos traz o Prof. José Edwaldo Tavares Borba, já citado, em sua obra *Direito Societário*, Ed. Renovar, 2.003, 8ª. Edição, quando ensina: "A casa de saúde ou o hospital seriam uma *sociedade empresária* porque, não obstante o labor científico dos médicos seja extremamente relevante, é esse labor apenas um componente do objeto social, tanto que um hospital compreende hotelaria, farmácia, equipamentos de alta tecnologia, além de salas de cirurgia e de exames com todo um aparato de meios materiais.

Uma clínica médica, ou um laboratório de análises clínicas (uniprofissional ou não), compostos por vários profissionais sócios e contratados, ainda que dotados de uma estrutura organizacional, mas cujo produto fosse o próprio serviço médico, que se exerceria através de consultas, diagnósticos e exames, e que portanto teria no exercício de profissão de natureza intelectual a base de sua atividade, seria evidentemente uma *sociedade simples*".

Já se as atividades exercidas pelos sócios médicos constituírem o que a lei chama de "elemento de empresa", onde a sua atuação pessoal é apenas um ingrediente dentro de um "bolo", que é a empresa, temos que a sociedade tem natureza *empresária*.

Segundo, ainda, aquele doutrinador o objeto da *sociedade simples*, que será declinado no contrato, "compreenderá qualquer atividade que se enquadre no conceito de pequeno negócio"; não importando, assim, se **comércio**, prestação de serviços, atividades rurais ou de natureza intelectual.

No tocante às sociedades que se dediquem à construção civil e da incorporação imobiliária somos da opinião que devem as mesmas serem constituídas com natureza empresária, eis que, ainda que os sócios exerçam alguma atividade, esta não será mais importante do que a organização que nelas deve preponderar, sendo importante lembrar que, no passado, quando vigoravam as sociedades civis e as comerciais, aquelas que atuavam na área da construção civil era tida como comercial, registrando-se, assim, na Junta Comercial, por força do disposto na Lei nº 4.068, de 09 de junho de 1962.

Todavia, imprescindível destacar que a questão da organização da sociedade e atuação dos sócios, em determinadas situações, poderá dirigir-se para uma situação de difícil definição; nesses casos, os próprios sócios, e somente estes, segundo a sua avaliação, indicarão o caminho, inscrevendo a sociedade no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (Cartórios), a fim de enquadrá-la como *sociedade simples*, ou no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), como *sociedade empresária*.

Qualquer que seja o registro, a sociedade será regular, e desse registro resultará a sua condição de *sociedade simples* ou *empresária*, afora as hipóteses de enquadramento taxativo ou evidente.

A sociedade irregular será aquela que não se inscreveu em órgão algum (artigo 986 NCC), tanto que a finalidade do registro, que é a publicidade e a fiscalização do cumprimento dos preceitos legais aplicáveis, estaria, de qualquer sorte, assegurada.

Colocado, assim, o novo tipo jurídico trazido pelo Código Reale – *sociedade simples*, sua relevância e abrangência; bem como o novo critério divisor entre *sociedade simples* e *sociedade empresária*, que é a ORGANIZAÇÃO, a ESTRUTURA, a ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA OU NÃO PELOS PRÓPRIOS SÓCIOS, e não mais o objeto social isoladamente considerado; é importante também que seja ressaltado que, toda vez que a sociedade situar-se naquela “zona cinzenta” como tem chamado a doutrina, na qual não está muito claro tratar-se de *sociedade simples* ou *empresária*, somente os sócios podem optar pelo órgão de registro, não podendo o Poder Público fazê-lo, tampouco negar-lhe registro.

É importante frisar que a competência da Junta Comercial ou do Registro Civil das Pessoas Jurídicas que, conforme o caso, haja deferido o arquivamento dos atos constitutivos, não pode ser contestada pelas autoridades que fiscalizam o exercício de suas atividades profissionais (Conselhos Regionais) ou se incumbem de efetuar o seu cadastramento ou sua inscrição fiscal.

A saber, a *sociedade simples* é uma das mais significativas novidades do diploma civil pátrio, assumindo papel de destaque na legislação brasileira, sobretudo quando adota a forma típica dos artigos 997 a 1.038 CC (SOCIEDADE SIMPLES PURA).

Em primeiro lugar, porque não está obrigada às formalidades societárias periódicas; em segundo, porque admite a figura do sócio que integraliza a participação societária apenas com serviços, mas que pode participar

dos lucros – espécie inadmissível nas *empresárias*. Ainda: os sócios podem ser pessoas naturais ou jurídicas; o capital pode ser integralizado com qualquer sorte de bem suscetível de avaliação em dinheiro; quanto à responsabilidade, os sócios optam, no contrato, se respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; a administração da sociedade será exercida exclusivamente por pessoas naturais, mas o administrador não precisa, necessariamente, ser sócio; a *sociedade simples* pode instituir filial, bastando inscrevê-la também no Registro Civil das Pessoas Jurídicas da circunscrição da filial, dentre outras vantagens.

Não é demais lembrar que a *sociedade simples* poderá adotar, além da forma pura, acima mencionada, alguns tipos de *sociedade empresária*, a saber: limitada, comandita simples e em nome coletivo. Nem por isso deixará de ter natureza *simples* e ser registrada perante o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Isto posto, não há como desconsiderar a existência deste tipo jurídico inovador, trazido pelo Código Civil de 2.002, sobretudo porque a *sociedade simples* assume posição relevante no âmbito das sociedades, visto que as disposições que a regem funcionam como legislação subsidiária de todos os demais tipos societários, inclusive da sociedade limitada e da sociedade anônima, sendo, por isso, considerada uma lei geral de sociedades.

Referências Bibliográficas

Prof. José Edwaldo Tavares Borba, já citado, em sua obra *Direito Societário*, Ed. Renovar, 2.003, 8ª. Edição

Aspectos do Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis nas Conferências em Integralização de Capital

Sumário

1. Introdução
2. Itbi: Previsão Constitucional e Hipótese de Incidência
3. Itbi: Aspecto Temporal e Aplicação da Imunidade no Caso de Conferência de Imóvel ao Capital Social e Extinção de Pessoa Jurídica
4. Itbi: Base de Cálculo
5. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Direito Imobiliário. ITBI. Integralização/conferência de capital com bens imóveis.



José Carlos da Matta Rivitti - Advogado. Especialista em Direito Tributário; Conselheiro do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em Brasília, no período de janeiro de 2004 a março de 2007; Conselheiro do Conselho Municipal de Tributos do Município de São Paulo no mandato 2006/2007 e Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT) nos biênios de 2008/2009 e 2010/2011.

Resumo

No presente artigo, pretendemos avaliar os reflexos fiscais, mormente na esfera do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis ("ITBI"), das operações de conferência de bens imóveis em integralização do capital social de pessoas jurídicas.

1. Introdução

O Direito Positivo é regulador de diversas condutas intersubjetivas, de conteúdos extraídos de diferentes relações sociológicas. O tema objeto do presente está inserido no Direito Tributário, ramo com autonomia didática, já que nele se identifica um "grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente a seu objeto", qual seja, normas que disciplinam as relações jurídicas pertinentes à exigência dos tributos.¹ Apesar de possuir institutos próprios, como o lançamento, a isenção, a denúncia espontânea, bem como princípios próprios, a exemplo da capacidade contributiva, a autonomia científica do Direito Tributário é bastante contestada pela doutrina, uma vez que sua compreensão e aplicação não pode ser realizada isoladamente das inúmeras regras dos demais segmentos do ordenamento jurídico, mormente em razão da inclusão, em suas normas concretas, dos mais diversos preceitos e institutos, de natureza civil, comercial, trabalhista, imobiliária².

Assim, a par da divergência doutrinária sobre a autonomia didática e científica do Direito Tributário, é certo que na tarefa de interpretá-lo e aplicá-lo, imprescindível observar sua relação com outros ramos do Direito, de modo que, não por outra razão, a doutrina seguiu no sentido de atribuir-lhe a característica de direito de sobreposição.

Tendo em vista que o presente estudo tem por objeto o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis nas operações de conferência de capital de pessoas jurídicas com bens imóveis, encontraremos uma nítida interrelação entre o Direito Tributário e o Direito Civil e Comercial.

2. Itbi: Previsão Constitucional e Hipótese de Incidência

Como ocorre com os demais tributos, a competência para a instituição de um imposto está prevista constitucionalmente. No caso do ITBI, conforme

disposição do artigo 156, II, da Constituição Federal, a competência é atribuída ao Município (sempre aquele da situação do bem), ao qual foi atribuída a prerrogativa de instituir imposto sobre a "transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição".

Conforme Aires Fernandino Barreto³, "múltiplos são os institutos que podem ensejar a exigência do ITBI considerando que constituem como modalidades de transmissão". Como exemplos, o autor menciona, dentre outros, a compra e venda, a dação em pagamento, a adjudicação, o uso, o usufruto etc. Ainda segundo o mencionado autor, não é tecnicamente adequado falar-se em transmissão de imóvel, "porque, juridicamente, o que se transmite é a propriedade imobiliária (...) o direito à propriedade é que é objeto de transmissão".

Neste passo, não se subsume à hipótese de incidência do ITBI autorizada constitucionalmente, a transferência de ações de uma sociedade que seja proprietária de bens imóveis. Trata-se de hipótese debatida pela doutrina e que já foi objeto de questionamentos por alguns municípios. Como bem esclarecem Hugo de Brito Macho e Hugo de Brito Machado Segundo⁴, as ações são bens móveis e, quando de sua transferência, em nada se altera a situação jurídica dos imóveis de que ela era e continua sendo proprietária. O que se transfere é meramente o controle da sociedade, ainda que proprietária exclusivamente de imóveis, situação que não é passível de exigência do ITBI.

A conformação básica do tributo também consta do texto Constitucional e, no caso do ITBI, destacamos disposição que exclui da prerrogativa municipal de tributar a "transmissão de imóveis", quando estes forem "incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, bem como quando sua transmissão for decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica"⁵.

A situação excetuada da incidência do ITBI (imunidade constitucional) não será aplicada se "a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda

1 COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

2 MELO, José Eduardo Soares de. Curso de Direito Tributário. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.12. No mesmo sentido, Regina Helena Costa (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, p. 12) entende que o Direito Tributário não ostenta autonomia científica pois o grau de desenvolvimento de seus institutos não prescindem de normas de outras disciplinas para seu adequado estudo.

3 BARRETO, Aires F. ITBI – Transmissão de bens imóveis da empresa A para as empresas B e C – conceito de atividade preponderante – imunidade específica do artigo 156, § 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, v. 166, julho, 2009, p. 153.

4 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ITBI. Fato Gerador. Não-Configuração com a Venda de Ações de Sociedade Anônima. Lançamento Tributário. Nulidade. Matéria de Direito. Cabimento de Mandado de Segurança. Revista Dialética de Direito Tributário nº 66. São Paulo: Dialética, v. 66, p. 123, março, 2001.

5 Artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”, ou seja, nos casos em que a empresa exerça preponderantemente a denominada atividade imobiliária.

A imunidade acima descrita tem um claro caráter indutor de comportamento econômico, visando incentivar (ou ao menos não embarçar) a formação, transformação, fusão, cisão e extinção de sociedades civis e empresárias, através do ITBI⁶. Nas palavras de Aires F. Barreto, ao facilitar a formação e modificação das empresas, “visou a livre iniciativa, o progresso das empresas e o consequente desenvolvimento econômico”⁷.

Além das normas constitucionais, o Código Tributário Nacional, lei complementar que estabelece as normas gerais em Direito Tributário, traz algumas regras gerais aplicáveis ao ITBI (artigos 35 a 42). É preciso atentar, no entanto, que algumas dessas disposições não foram recebidas pela Constituição de 1988, uma vez que à época da edição do Código Tributário Nacional, em 1966, havia apenas um imposto de transmissão de bens imóveis, de competência estadual. Desde a Constituição de 1988, a competência para instituir imposto sobre transmissão de imóveis é municipal quando esta for por ato “inter vivos” e onerosa, mas é estadual nas transmissões “causa mortis” e por doação.

Continuam em vigor, entretanto, consideradas as devidas adaptações, as hipóteses de incidência e de não incidência do referido tributo. Sobre as hipóteses expressas de não incidência do ITBI, vale ressaltar que a Constituição prevê a imunidade, além das hipóteses de fusão e incorporação contempladas no Código Tributário Nacional, também para os casos de cisão e extinção da pessoa jurídica, alargando, assim, o campo em que não pode ser exigido o ITBI.

Ainda sobre as imunidades, importante mencionar a regra prevista no artigo 37 do Código Tributário que, regulamentando a norma constitucional imunizante, define o que se considera por preponderância da atividade imobiliária. Neste passo, mesmo para os casos de transmissão de imóveis na realização de capital na pessoa jurídica ou fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, haverá incidência do ITBI se (i) no

caso de pessoa jurídica adquirente com mais de dois anos, verifica-se que mais de 50% de sua receita operacional nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição decorrem de venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição; ou (ii) no caso de pessoa jurídica adquirente ainda sem atividades ou com menos de 2 (dois) anos quando da aquisição, verifica-se que mais de 50% a receita operacional nos 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição decorre das atividades já mencionadas⁸.

A partir do descrito, podemos constatar que, nos casos de conferência de imóvel ao capital social de pessoa jurídica, a exigência ou não do ITBI não será verificada na época da transmissão do bem, mas apenas posteriormente (dois ou três anos depois a depender do tempo de atividade da entidade jurídica), quando, então, será possível aferir se a atividade preponderante da entidade jurídica foi ou não imobiliária, segundo seus assentamentos contábeis. Daí exsurtem outras questões teóricas e práticas a serem analisadas.

Como regra geral, o imposto é exigido no momento da transferência do imóvel, já que é esta a materialidade da hipótese de incidência. Atendendo, assim, o quanto disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional, devemos buscar como e quando se dá a transferência da propriedade imobiliária no Direito Civil, já que o Direito Tributário nada trata sobre o tema. Nos termos do artigo 1.245 do Código Civil, a propriedade imobiliária transfere-se entre vivos mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. E complementa o § 1º do mesmo artigo que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. Nessa linha, desde logo, frisamos que não se faz possível a exigência do ITBI antes do registro imobiliário, afirmando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que “a propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título” e, portanto, apenas com o registro imobiliário ocorre fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis⁹.

⁸ Artigo 37, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional.

⁹ Mencionamos, por exemplo, as ementas dos seguintes julgados:

“TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIÁRIO - (C. CIVIL, ART. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro respectivo título (C. Civil, Art. 530). O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o Ordenamento Jurídico.” (REsp. 12.546/HUMBERTO) (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 253.364, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgamento em 13/02/2001).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ITBI – (...) ITBI – FATO GERADOR. (...) 3. O fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis ocorre com o registro da transferência da propriedade no cartório imobiliário, em conformidade com a lei civil. Precedentes.” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 771.781/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgamento em 12/06/2007).

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. FATO GERADOR. CTN, ART. 35 E CÓDIGO CIVIL, ARTS. 530, I, E 860, PARÁGRAFO ÚNICO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. 1. O fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis ocorre com a transferência efetiva da

⁶ Conforme COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, São Paulo: Saraiva, 2009; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁷ BARRETO, Aires F. ITBI – Transmissão de bens imóveis da empresa A para as empresas B e C – conceito de atividade preponderante – imunidade específica do artigo 156, § 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, v. 166, julho, 2009, p. 162.

Ademais, mantendo a coerência com sua jurisprudência, o mesmo Tribunal entende que a promessa de compra e venda, sem registro, não constitui fato gerador do ITBI, já que somente este instrumento não tem o condão de transferir a propriedade imóvel¹⁰.

No que se refere aos aspectos de ordem prática da hipótese sob análise, o imposto não poderia ser exigido na ocasião de eventual lavratura da escritura pública de alienação ou quando da mera elaboração do ato societário que reflita a operação de integralização do capital.

Utilizando como exemplo o Estado de São Paulo e as Normas Extrajudiciais da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo (Tomo II do Provimento 58/89), constatamos no referido diploma determinação para que "o tabelião e escrevente devidamente autorizado, antes da lavratura de quaisquer atos, deverão exigir, se não dispensadas pelo adquirente, certidões referentes aos tributos municipais que incidam sobre imóvel urbano, no caso de escritura que implique na transferência de domínio; comprovantes do pagamento de laudêmio e prova do pagamento do imposto de transmissão devidos (...)" (item 12, f da Seção II do Capítulo XV, que trata dos Cartórios de Notas).

Ainda sobre o tema, o Decreto 93.240/86, que regulamenta a Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985, que trata dos requisitos para a lavratura de escrituras públicas, dispõe que, para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados, dentre outros, o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura¹¹.

Reiteramos que o entendimento, com o qual concordamos, consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que o fato gerador do tributo apenas

ocorre quando da registro do título translativo do direito de propriedade no Registro de Imóveis e, no caso da integralização de capital, apenas após o decurso do prazo previsto na Lei Complementar, independentemente de o ato societário conter previsão, como objeto social da empresa, da realização de atividade imobiliária, a qual, inclusive, poderá não se caracterizar como preponderante. Além da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já apontada, o próprio Conselho Superior da Magistratura no Estado de São Paulo tem decisão nesse sentido, cuja ementa reproduzimos:

"CESSÃO. PROMESSA. ITBI. FATO GERADOR. TRIBUTOS - QUALIFICAÇÃO REGISTRAL. 1. Ao oficial do registro incumbe a verificação (não sua exatidão) do recolhimento de tributos devidos pelos atos praticados. 2. O fato gerador do tributo é o registro do título. Os direitos decorrentes de compromisso não registrado limitam-se à esfera pessoal, afastando-se a ocorrência do fato gerador."¹².

Outra questão comumente colocada pela doutrina diz respeito à aplicação da imunidade (pressupondo que a atividade preponderante não é imobiliária) nos casos em que o sócio transmite imóvel para integralização de capital social de sociedade, porém, quando da extinção desta, o mesmo sócio recebe de volta a sua parte em numerário ou em outro bem, que não imóvel. Sobre o tema, concordamos com a opinião de Sacha Calmon Navarro Coelho¹³, no sentido de que, se não verificado dolo ou fraude, não há razão para que a imunidade seja afastada, visto que a transmissão do imóvel para realização de capital social está acobertada pela imunidade, independentemente do que ocorra na extinção da mesma, salvo, repisa-se, se comprovado que a operação efetivamente ocorrida foi uma compra e venda, e não a constituição propriamente de uma sociedade com todas as características, de fato, inerentes a essa situação (que são usualmente tratadas pelas autoridades administrativas, como simulação, para fins de lastrear eventual lançamento de imposto).

Diferente é a hipótese contida no artigo 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que versa sobre a desincorporação de imóveis, porém, não nas hipóteses de extinção da pessoa jurídica. Haverá a incidência do imposto se, com a desincorporação do imóvel, a transmissão não for ao mesmo alienante. Não haverá,

propriedade ou do domínio útil, na conformidade da Lei Civil, com o registro no cartório imobiliário.
2. A cobrança do ITBI sem obediência dessa formalidade ofende o ordenamento jurídico em vigor.
3. Recurso ordinário conhecido e provido." (STJ, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.650/DF, Relator Ministro Peçanha Martins, julgamento em 16/06/2000).

10 Vide, por exemplo, a ementa dos seguintes julgados:
"(...) TRIBUTÁRIO - ITBI - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - FATO GERADOR - NÃO-INCIDÊNCIA - PRECEDENTES. (...) 3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem firmou entendimento assente na jurisprudência no sentido de que a promessa de cessão de direitos à aquisição de imóvel não é fato gerador de ITBI. Precedentes. Agravo regimental improvido." (STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 982.625/RJ, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento em 03/06/2008).
"TRIBUTÁRIO - ITBI - PROMESSA DE COMPRA E VENDA - FATO GERADOR NÃO CARACTERIZADO. Promessa de compra e venda de imóvel, sem registro, não transfere a propriedade e não constitui fato gerador do ITBI (precedentes do STF e do STJ). Recurso improvido." (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 264.064, Relator Ministro Garcia Vieira, julgamento em 14/11/2000).

11 "Art. 1º Para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados os seguintes documentos e certidões:
II - o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;"

12 Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, Acórdão nº 020512-0/3, Relator Antônio Carlos Alves Braga, julgamento em 19/04/1995.

13 COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 351.

entretanto, incidência do imposto, quando a transmissão de imóvel decorre da extinção da pessoa jurídica, independentemente se aquele que recebeu é ou não o sócio que integralizou o capital com aquele imóvel. Interessante mencionarmos aqui recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual restou decidido pela não aplicação da imunidade ao caso concreto, pois, “apesar de ter havido redução do capital social da empresa com a retirada da autora daquela sociedade, isso não implicou na extinção da pessoa jurídica”. O mencionado acórdão esclarece que por se tratar de “desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica, com a dação em pagamento de imóveis em razão da retirada da apelante da sociedade, aplica-se na hipótese os termos do artigo 36, parágrafo único do CTN”¹⁴. Em casos de desincorporação de imóveis em que não há extinção da pessoa jurídica, o direito à imunidade só deve ser reconhecido se a transferência de bens ocorrer ao mesmo alienante.

3. Itbi: Aspecto Temporal e Aplicação da Imunidade no Caso de Conferência de Imóvel ao Capital Social e Extinção de Pessoa Jurídica

Conforme já afirmamos, a regra é que o ITBI seja exigido no momento da transferência da propriedade imobiliária, o qual, nos termos do Código Civil, ocorre quando do “registro do título translativo no Registro de Imóveis”. Este é, portanto, o aspecto temporal da hipótese de incidência. No entanto, nos casos de transferência da propriedade imobiliária na realização de capital temos uma exceção, já que, a despeito de haver transmissão da propriedade imobiliária, deve-se antes aplicar a imunidade.

É bem verdade que esse direito à imunidade é condicionado ao não exercício preponderante da atividade imobiliária, razão pela qual se trata, conforme descreve Aires F. Barreto¹⁵, de uma “imunidade condicionada”. Verificando-se, no prazo e no percentual estabelecido pelo Código Tributário Nacional, que a atividade preponderante é “imobiliária”, não se implementa a condição da imunidade, razão pela qual deve ser exigido o ITBI. Assim, cabível questionamento caso ocorra a exigência do ITBI nas hipóteses em que entidade para a qual se transfira o bem imóvel presente, no seu objeto social, a atividade

imobiliária, sem que se verifique o implemento das condições previstas na Lei.

Mencionamos, aqui, a opinião de Kiyoshi Harada¹⁶ no sentido de que a Constituição Federal, em seu artigo 156 § 2º, contempla duas imunidades distintas para o ITBI: (i) a imunidade autoaplicável, relativa à transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de bens de capital; (ii) a imunidade condicionada, referente à transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica. Trata-se de imunidade condicionada, pois sua fruição depende de a atividade preponderante do adquirente ser ou não a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Feitas essas considerações, retornamos à questão de como estabelecer o momento da ocorrência do fato gerador do ITBI, nos dois ou três anos posteriores, se a atividade do potencial contribuinte é ou não imobiliária? Como lidar com as situações em que sucessivas incorporações/fusões ocorrem, sem que tenha transcorrido o prazo de para se aferir a preponderância da atividade?

Sobre o tema, o Município de São Paulo dispôs, no artigo 132, § 3º do Decreto 52.703/2011 (que consolida a legislação tributária municipal), que a análise da atividade preponderante ficará prejudica quando a pessoa jurídica adquirente dos bens ou direitos tiver existência em período inferior ao previsto a dois ou três anos (conforme a hipótese de imunidade), casos em que incidirá o tributo.

Nessa linha, a municipalidade presume não implementada a condição da imunidade no caso de ser impossível sua verificação nos termos da lei. Trata-se, sem dúvida, de hipótese cuja consequência não foi prevista expressamente pelo legislador constitucional ou complementar. Se, de um lado, o Município de São Paulo interpretou que a impossibilidade de verificação da atividade do contribuinte culmina no não aproveitamento da imunidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo, de outro lado, possui decisões no sentido de que, na impossibilidade de aferição da preponderância da atividade, não deve haver incidência do ITBI¹⁷. O principal argumento para que a cobrança do

14 Conforme ementa do seguinte acórdão: “APELAÇÃO CÍVEL Ação declaratória c/c repetição de indébito. ITBI Imóveis adquiridos por dação em pagamento em razão de retirada da sociedade. Alegação de imunidade. Desincorporação de imóveis. Inteligência do art. 36, parágrafo único do CTN.” (TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9214781-17.2005.8.26.0000, Relator Desembargador Eutálio Porto, julgamento em 05/07/2012).

15 BARRETO, Aires F. ITBI – Transmissão de bens imóveis da empresa A para as empresas B e C – conceito de atividade preponderante – imunidade específica do artigo 156, § 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, v. 166, julho, 2009.

16 HARADA, Kiyoshi. Parecer sobre Imunidade Condicionada. Disponível em <http://www.haradaadvogados.com.br/Default.asp?Sessao=Busca#>. Acesso em 24/07/2012. Segundo o autor, “o Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, extravasou os limites de sua competência ao regulamentar o disposto no inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF, limitando a imunidade conferida pela Carta Maior, ao submeter, também, a imunidade autoaplicável ao preenchimento dos requisitos previstos nos §§ 1º a 4º de seu art. 37”.

17 EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ITBI - Exercido de 1993 - Município de São Paulo - Imunidade prevista no artigo 36, inciso I, do CTN - Extinção da empresa adquirente do imóvel - Falta de receita operacional ou atividade preponderante - Inobservância do artigo 37 do CTN - Ausência de indícios de atuação no ramo imobiliário - Presunção de validade do crédito fiscal ilidida - Embargos

tributo seja afastada diz respeito justamente à ausência de previsão legal para que, em tal hipótese (de extinção da pessoa jurídica antes do prazo de verificação), seja afastada a imunidade. Portanto, conforme afirma um dos acórdãos do Tribunal de Justiça, “em decorrência do pequeno decurso de tempo, não se pode ainda aferir se a atividade preponderante da empresa se refere a transações imobiliárias”, motivo pelo qual não deve incidir o ITBI¹⁸.

Por fim, e ainda tratando do conflito entre a aplicação da imunidade e a verificação da atividade do potencial contribuinte, mencionamos interessante questão discutida no Superior Tribunal de Justiça e que envolve, mais especificamente, a decadência do direito de constituição do crédito tributário pelo fisco, nos casos em que é necessária a aferição da atividade preponderante do contribuinte. Entendeu o citado Tribunal que a decadência só começa a contar após a verificação do enquadramento ou não da empresa na imunidade do ITBI, ou seja, somente depois do prazo necessário para verificar a atividade preponderante do contribuinte. O Ministro Relator menciona em seu voto que “havia condição pendente a ser cumprida e não o foi, pelo que passou o imposto a incidir sobre as transmissões dos imóveis noticiadas nos autos”. E finaliza a ementa que “somente após a verificação de que a empresa não se enquadra na hipótese constitucional de imunidade de ITBI é que se pode começar a contar o prazo decadencial. (...)”¹⁹.

bem acolhidos – Verba honorária, porém, reduzida - Aplicação do artigo 20, § 4o, do CPC - Sentença reformada em parte – Recurso oficial e apelo da municipalidade parcialmente providos. Discute-se aqui sobre a imunidade prevista no artigo 36, inciso I, do Código Tributário Nacional e ao que se infere do processo administrativo de fls. 254/260, o lançamento foi efetuado, porque a então adquirente encerrou suas atividades, antes de completados dois anos da aquisição, por incorporação da sócia, depois também incorporada pela ora embargante. Ora, extinta aquela empresa, adquirente do imóvel negociado, já não há falar em receita operacional alguma, ou atividade preponderante. E a Lei não prevê tal hipótese, aliás, como fato excludente da referida imunidade. Ademais, o § 3o do artigo 37 do Código Tributário Nacional determina a incidência do aludido imposto, uma vez “verificada a preponderância” da atividade – evidentemente - pelo fisco, em procedimento regular, o que não aconteceu nem antes, nem depois da aquisição, neste caso. Ainda, nenhuma das empresas apontadas nos autos tem - como objeto social - negócio do ramo imobiliário, inexistindo qualquer indício dessa atividade neste feito e a apuração seria possível, ao menos até a extinção da adquirente, ou quanto às suas sucessoras, mas isso também não ocorreu. “Enfim, a liquidação da adquirente só poderia ser levada em conta, caso restasse demonstrada eventual má-fé, o que por igual não aconteceu.” (TJSP, Apelação nº 994.06.069965-4, Relator Desembargador Silva Russo, julgamento em 04/02/2010). (Acórdão também citado por HARADA, Kiyoshi. HARADA, Kiyoshi. Parecer sobre Imunidade Condicionada).

18 “ITBI - Imunidade nos casos de desincorporação e cisão – Pequeno decurso de tempo que não permite aferir se a atividade preponderante da empresa se refere a transações imobiliárias - Hipótese em que o imposto não pode incidir - Recurso improvido. Mesmo que se entendesse impreciso o objeto social da impetrante, não haveria motivo à tributação. Como bem observado pelo Magistrado que prolatou a sentença recorrida, “a constituição da pessoa jurídica, com ingresso no registro competente em junho de 2001 (cf. Fls. 34v.), data de menos de dois anos, tempo ainda insuficiente para aferir qual a sua atividade preponderante, segundo o disposto no artigo 37 do Código Tributário Nacional.” (fls. 166) De fato, segundo o artigo 37 mencionado, a atividade preponderante da empresa somente poderia ser apontada após esse período de tempo. No caso dos autos, em decorrência do pequeno decurso de tempo, não se pode ainda aferir se a atividade preponderante da empresa se refere a transações imobiliárias. Assim, evidentemente, pelos motivos acima expostos, sobre os imóveis referidos não devem incidir o ITBI.” (TJSP, 9ª Câmara, Apelação com Revisão nº 1.203.251-4/SP, Relator Desembargador José Luiz Galvão de Almeida, julgamento em 09/03/2004).

19 STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 69.194/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgamento em 24/04/2012.

4. Itbi: Base de Cálculo

Avaliadas brevemente questões sobre a hipótese de incidência e não incidência (imunidade) do ITBI, bem como quanto ao momento de ocorrência do fato gerador (aspecto temporal), outra questão relevante diz respeito à base de cálculo do referido imposto. Nada trata a Constituição Federal sobre o tema, dispondo o Código Tributário Nacional, em seu artigo 38, que a base de cálculo do ITBI é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Na linha do Código Tributário Nacional, o Município de São Paulo estabeleceu como base de cálculo “o valor venal dos bens ou direitos transmitidos”, definindo-o, entretanto, como o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado (artigo 135 do Decreto nº 52.703/2011). Relacionou, portanto, o valor venal ao “valor de mercado”.

Importante aqui mencionarmos que a atribuição do valor venal do imóvel – base de cálculo do ITBI – não trará reflexos sobre a tributação, por exemplo, pelo Imposto sobre a Renda. No caso do Imposto Federal, a Lei nº 9.249/95^{20 21 22} permite que os bens e direitos que forem entregues pelo/ao titular, a título de integralização e de devolução de sua participação no capital social, bem como nos casos de incorporação, cisão ou extinção, podem ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

Assim, em se utilizando nos documentos societários que acobertam as operações de valores usualmente denominados como “custo”, aferidos a partir dos assentamentos contábeis, não haverá maiores consequências fiscais.

Nada obstante, é de se ressaltar que a Receita Federal do Brasil, ao manifestar-se sobre a hipótese de devolução de participação a sócio pessoa física, orienta no sentido de que, em sendo o valor do bem devolvido maior do que o da participação extinta (na declaração de rendimentos da pessoa física), haverá ganho de capital a ser tributado, mesmo a operação tenha sido conduzida a custo contábil,

20 Art. 22. Os bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

21 Art. 21. A pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, no qual os bens e direitos serão avaliados pelo valor contábil ou de mercado.

22 Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

hipótese esta bastante discutível à luz da norma em vigor bem como dos princípios que regem a tributação pelo Imposto de Renda.

Ainda sobre o valor venal, importa notar que a legislação municipal abre a possibilidade de “caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido” (artigo 137 do Decreto nº 52.703/2011).

Por fim, cumpre informar que a base de cálculo do ITBI (“valor venal”) não necessariamente será a mesma do IPTU, não havendo procedência os pedidos dos contribuintes para que o Judiciário determine que os valores sejam os mesmos. Citamos, aqui, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a forma de apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento do IPTU e do ITBI são diversas, não sendo possível vincular os valores, que em regra serão diferentes”²³. Pelas mesmas razões, entende o Tribunal que “o Fisco não está obrigado a utilizar o mesmo valor apurado pelo Município quando da apuração do valor venal do imóvel para o cálculo do IPTU, podendo arbitrar o seu valor nos termos do art. 148 do CTN”²⁴.

5. Conclusão

A avaliação da incidência de tributos sobre as operações relacionadas às atividades imobiliárias tem o condão de denotar, com maior acuidade, a efetiva ocorrência da interrelação entre as áreas do direito positivo, assim tomadas nas respectivas acepções para fins meramente didáticos.

Nesse sentido, afigura-se de suma importância ao operador do direito atentar para o fato de que as operações de transferência de bens imóveis para pessoas jurídicas, a título de conferência/integralização de capital, envolvem conceitos e determinações previstos na legislação civil, comercial, e do direito tributário, nas três esferas de competência arrecadatória, federal, estadual e municipal, e até mesmo da ciência contábil, vis a vis os reflexos para fins de imposto de renda e demais tributos e contribuições incidentes sobre atividades de pessoas jurídicas.

A interrelação entre as mencionadas áreas do conhecimento restou demonstrada nas diversas situações que envolvem a aplicação do ITBI. Verificamos, por exemplo, que a ocorrência do fato gerador do mencionado tributo apenas se dá com a transferência do direito à propriedade imobiliária, cuja definição é determinada pelo Direito Civil.

A busca de definições em outros ramos do direito não visa quer significar que a todo o momento a ausência de disposição expressa da lei tributária possa ser preenchida. Em razão do princípio da legalidade, a intersecção do Direito Tributário com as demais áreas deve ser aplicada apenas quando permitido, mormente nas situações em que a própria Constituição utilizou tais conceitos para definir a competência tributária. Referimo-nos aqui ao caso em que a municipalidade pretende exigir o ITBI, afastando a imunidade nas hipóteses em que não é possível aferir a atividade preponderante da pessoa jurídica que adquiriu imóveis via integralização de capital.

Por fim, destacamos que se a lei tributária der efeitos específicos a determinados institutos, devem tais efeitos prevalecer, nos limites da competência normativa. É o que ocorre, por exemplo, no mencionado conflito entre a base de cálculo do IPTU e do ITBI, em que o legislador municipal, legitimamente, estabeleceu distinções acerca do valor do imóvel para tributo.

Referências Bibliográficas

BARRETO, Aires F. ITBI – Transmissão de bens imóveis da empresa A para as empresas B e C – conceito de atividade preponderante – imunidade específica do artigo 156, § 2º, I, da CF – observância dos requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, v. 166, julho, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 253.364. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento em 13/02/2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 771.781/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Julgamento em 12/06/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.650/DF. Relator Ministro Peçanha Martins. Julgamento em 16/06/2000.

²³ STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.226.872, Relator Ministro Castro Meira, julgamento em 27/03/2012.

²⁴ STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 36.740/RS, Relator Ministro Humberto Martins, julgamento em 25/10/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 982.625/RJ. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 03/06/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 264.064. Relator Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 14/11/2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 69.194/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 24/04/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.226.872. Relator Ministro Castro Meira. Julgamento em 27/03/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 36.740/RS. Relator Ministro Humberto Martins. Julgamento em 25/10/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 9214781-17.2005.8.26.0000. Relator Desembargador Eutálio Porto. Julgamento em 05/07/2012.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 15ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 994.06.069965-4. Relator Desembargador Silva Russo. Julgamento em 04/02/2010.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Férias. Apelação nº 1.203.251-4. Relator Desembargador José Luiz Galvão de Almeida. Julgamento em 09/03/2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARADA, Kiyoshi. Parecer sobre Imunidade Condicionada. Disponível em <http://www.haradaadvogados.com.br/Default.asp?Sessao=Busca#>. Acesso em 24/07/2012.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. ITBI. Fato Gerador. Não-Configuração com a Venda de Ações de Sociedade Anônima. Lançamento Tributário. Nulidade. Matéria de Direito. Cabimento de Mandado de

Segurança. Revista Dialética de Direito Tributário nº 66. São Paulo: Dialética, v. 66, março, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. Curso de Direito Tributário. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

Vinculo de Emprego e Responsabilidade nas Relações Imobiliárias

Sumário

1. Introdução
2. Direito do Trabalho e Relação de Emprego
 - 2.1. O Empregado e o Empregador
 - 2.2. Exemplos de Proteção Jurídica do Empregado
3. Responsabilidade Solidarietà e Subsidiarietà
4. O "Dono Da Obra" e a Responsabilização Quanto aos Créditos Trabalhistas
5. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Relações de Trabalho; Empreiteiro; Contrato de Empreitada; Responsabilidade Frente Ao Contrato De Emprego; Solidarietà e Subsidiarietà; Responsabilidade nas Relações Imobiliárias.



Raimundo Dantas - Advogado Trabalhista em São Paulo; Professor Universitário (ESA/OAB/SP); Sócio de Lazaro Dantas Advogados e Membro do IBDSCJ (Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior)

1. Introdução

Objetivo; limites do estudo.

As relações trabalhistas abrangem diversos setores da sociedade, de que não escapam os agentes imobiliário. Assim a disciplina direito do trabalho também interage com o que modernamente se denomina direito imobiliário, na medida em que os agentes da vinculação trabalhista, aplicado ao direito imobiliário prescindem de maior domínio sobre os temas afetos ao direito do trabalho, visando bem orientar-se na condução dos problemas que afetam tais relações imobiliárias.

Veja, por exemplo, a questão que envolve a responsabilidade do intitulado "dono da obra" frente às relações trabalhistas em que se envolvem os empregados da construção civil e as empreiteiras ou construtoras que, em decorrência de contrato de empreitada, se propõe à construção de um imóvel.

Outra questão relevante é identificar os limites da responsabilidade solidária ou subsidiária dos agentes envolvidos frente à relação de trabalho ou mesmo relação de prestação de serviços, esta de natureza civil, face aos direitos dos trabalhadores ou dos prestadores de serviço.

Tais respostas prescindem de uma melhor compreensão do direito do trabalho, sua natureza, seus princípios, seus objetivos e sua proteção mater, sem cujo domínio a interpretação do direito e sua aplicação acabam por mostrar-se claudicante, impondo, então, cada vez melhor adequação do operador do direito frente a este peculiar ramo autônomo do direito.

É com este foco, então, como de regra nos propomos a fazer em nossas aulas no curso de Direito Imobiliário promovido regularmente pela ESA/OAB/SP (Escola Superior da Advocacia), que aqui nos debruçamos, advertindo o leitor que não temos a pretensão de constituir trabalho de doutrina ou obra científica, mas, antes compêndio de apoio para a melhor compreensão do direito do trabalho no cotidiano dos que operam o direito imobiliário.

2. Direito do Trabalho e Relação de Emprego

Direito do Trabalho: Definição; Relação de Trabalho: Empregado e Empregador: Definição.

Por definição doutrinária o direito do trabalho "é o ramo da ciência do direito que tem por objeto as normas, as instituições jurídicas e os princípios que disciplinam as relações de trabalho subordinado, determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade."¹

Importante observar que referida definição não é absoluta, tida como do próprio Professor Amauri Mascaro, que ressalta outras, a partir de critérios ora objetivos ora subjetivos, mas que traduz bem a essência da preocupação do direito do trabalho: o estudo das normas e princípios, a fim de aplicá-los às relações de trabalho subordinado, visando a proteção de seu destinatário: o trabalhador.

Definições e celeumas à parte, oportuna a observação de Mauricio Godinho Delgado para quem, sem se afastar do conceito tradicionalmente aceito de "Direito do Trabalho", este "é fundamentalmente, o Direito dos Empregados, especificamente considerados"², o que já levou a alguns a proclamar um "Direito do Emprego" no lugar do tradicional Direito do Trabalho.

Tais conceituações, contudo, são importantes, deixando de lado questões históricas e sociológicas que explicam ou buscam compreender tais distinções, a fim de dar ao intérprete a correta aplicação das normas, princípios e fundamentos que cercam este ramo do direito, que não cuida de qualquer trabalho, mas sim de um trabalho específico, qual seja, o trabalho subordinado.

2.1. O Empregado e o Empregador

Características; Elementos de Formação; Princípio de Proteção ao Hipossuficiente; A questão da subordinação.

1 Nascimento, Amauri Mascaro – *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 33ª. Edição, pg. 59, 2007, Ed. LTr, S. Paulo.

2 Delgado, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª. Edição, pg. 56, 2008, Ed. LTr, São Paulo.

Nem mesmo a norma jurídica posta, entre nós a Consolidação das Leis do Trabalho, inserida no nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto Lei n. 5.452 de 1º. de maio de 1943, foi suficientemente clara em definir o direito do trabalho, posto que se de um lado, à vista do seu artigo 1º. destina sua normatização "*às relações individuais e coletivas de trabalho*", ao adentrar em seu texto logo se vê que não é a qualquer relação de trabalho de que se preocupa, mas, antes, com exclusividade às relações de trabalho subordinado, não sem antes maior atenção do intérprete, posto que será necessário uma interpretação sistemática de seu conjunto para se ver que o seu destinatário primeiro é o empregado.

Empregado, aclara a própria CLT, é "*toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador sob a dependência deste e mediante salário*", vide artigo terceiro, para que, em conjunto com o artigo antecedente, de onde se extrai a definição de empregador, ainda que não muito clara, se possa compreender a "relação de emprego" a que alude o artigo 442 da mesma Consolidação, que explica que "*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso que corresponde à relação de emprego*".

De tal definição de empregado, a que remete o citado artigo terceiro, se extrai que o trabalhador a quem a CLT se dirige, com sua normatização e proteção, fundamento essencial do próprio direito do trabalho, é aquele que desenvolve sua atividade como pessoa física ("*personalidade*"), de modo habitual ("*não eventual*"), subordinado ("*sob dependência*") e oneroso ("*mediante salário*").

Tais elementos, ainda que a doutrina elenque outros, como por exemplo a exclusividade – sobre o qual aqui não teceremos maiores comentários, porque de entendimento isolado – indicam os pilares sobre o quais se destaca como de emprego uma relação de trabalho : a) personalidade – exercer o trabalho em caráter pessoal, a partir de uma pessoa física, jamais pessoa jurídica; b) habitualidade – de modo a apontar para um exercício

constante da atividade, de tal sorte que seu destinatário a espere nesta com constância, ainda que não seja diuturna, mas esperada e exigida em certo lapso de tempo; c) subordinação – sobre cujo tema nos debruçaremos com mais afinco no parágrafo seguinte e d) onerosidade – no caso a contrapaga, denominada salário também por opções históricas, sendo certo que o que importa é que o labor, para caracterizar emprego, não seja a título gratuito, portanto, mais do que característica é mesmo verdadeira consequência, ressaltando que hipóteses há de labor que não impõe contrapaga, como o voluntário, mas este, importante notar, não é emprego.

A subordinação merece explicação destacada, porquanto ainda que todos estes quatro elementos devam subsistir conjuntamente, a fim de emergir relação de emprego, o traço característico do vínculo de emprego, de que cuida propriamente o direito do trabalho, é a subordinação, cuja origem do vocábulo deriva do latim *sub ordinare*, que em bom vernáculo significa estar sob as ordens.

Assim, o traço característico da relação de emprego é a prestação de trabalho sob as ordens de quem toma este trabalho, indo ao encontro, portanto, do elemento "sob as dependências" do empregador, a que alude o artigo 3º. retro decifrado.

Contudo a questão não se encerra na simples tradução vernacular do termo subordinar, posto que também o prestador de serviço, no vínculo civil, presta os seus serviços sob as ordens do tomador dos serviços, portanto é preciso algo mais.

Novamente é a própria CLT que vem em nosso socorro, a fim de melhor explicar o sentido e o alcance do termo subordinação, quando em seu artigo segundo define como empregador aquele – na verdade refere-se, de maneira imprópria, à empresa – "*que assumindo os riscos da atividade econômica admite, assalaria e fiscaliza a prestação pessoal dos serviços*".

Dizemos de maneira imprópria porque não é só a empresa quem pode admitir, assalariar e fiscalizar a prestação pessoal dos serviços, tanto que o parágrafo primeiro do artigo segundo da Consolidação das Leis do Trabalho, equipara a empregador outros sujeitos, ainda que não empresas, portanto, qualquer um que empreenda qualquer atividade e nessa condição se proponha a tomar prestação pessoal de serviços, torna-se automaticamente um empregador.

A doutrina extrai destas características insculpidas no artigo segundo celetista poderes inerentes e próprios do empregador, a saber: poder diretivo, poder fiscalizador e poder disciplinador, poderes estes que demonstram qual o sentido e alcance da subordinação, ou seja, subordina, para os fins da caracterização da relação de emprego, aquele que tomando o serviço pessoal de outro, em face dele exerça o poder de dirigir-lhe, de fiscalizar-lhe e de lhe disciplinar a atividade.

É da união (relação) destes elementos descritos no artigo 3º., que define o empregado como a pessoa física que exerce atividade pessoalmente, de modo habitual e oneroso, sob as ordens de quem lhe dirige, disciplina e fiscaliza (artigo 2º.), que se configura o emprego (modalidade específica de trabalho), e é para os sujeitos desta relação que o direito do trabalho se constrói à luz de princípios próprios.

Diversos são os princípios que guiam a relação de emprego, e mais profundamente ainda, o próprio direito do trabalho, de modo a auxiliar a construção e a interpretação da aplicação do direito, cuidando a doutrina de enumerá-los, ora divergindo neste ou naquele, mas mantendo-se uníssona no que se destaca como mais importante, basilar mesmo do direito do trabalho, o princípio protetor.

Princípio, como elemento de exegese jurídica, no dizer de Miguel Reale é a *"verdade fundante de um sistema*

*de conhecimento"*³, ou seja, a ideia que dá fundamento à construção da ciência e, no nosso caso, a ideia básica sobre a qual o direito se constrói, no caso do direito do trabalho, é a de proteção do hipossuficiente: o empregado.

Assim, como corolário do própria ideia de justiça, em seu sentido lato, visto que as relações de trabalho não são equilibradas porque os lados desta relação são desiguais, é o peso do direito em prol do empregado, a partir do princípio protetor, que vai *"quinhoar desigualmente aos desiguais"*, no dizer de Rui Barbosa.⁴

Portanto, a construção, aplicação e interpretação do direito do trabalho não se afasta da ideia fundante de que o empregado é hipossuficiente e, a fim de alcançar a igualdade desejada para o escopo da justiça, é necessário protegê-lo de modo especial.

2.2. Exemplos de Proteção Jurídica do Empregado

Hipóteses Legais de Eficácia Protetiva

A Consolidação das Leis do Trabalho se forma repleta de exemplos desta proteção, que visa, antes de mais nada, efetivar a proteção da dignidade humana, que parte da mesma ideia de igualdade que há duzentos anos já era aclamada pela Declaração dos Direitos do Homem.

Veja, por exemplo, o artigo nono que declara nulas as tentativas de fraudar, impedir o desvirtuar os preceitos celetistas, ou, ainda, mais diretamente ao que nos interessa o artigo 455 da CLT que garante ao empregado, nos contratos de subempreitada, voltar-se, na hipótese de inobservância de seus direitos, contra o empreiteiro principal ou subempreiteiro, ou ainda, a fim de não deixar escapar, por manobras subreptícias de inescrupulosos empreendedores, a regra de sucessão, insculpada nos artigos 10 e 448 celetista que destoam da sucessão tributária ou mesmo comercial, não deixando margem quanto a quem cabe a responsabilidade do contrato

3 Reale, Miguel – *Lições Preliminares de Direito* - 24ª. Edição, pg 49, 1999, Ed. Saraiva, São Paulo.

4 Barbosa, Rui – *Oração aos Moços* - 8ª. Edição, pg. 25, 1997, Ed. Ediouro, Rio de Janeiro.

nestas hipóteses.

São apenas alguns exemplos de tantas normas que inundam a CLT com o fito de proteger o hipossuficiente, mas que nos impõe debruçar sobre a responsabilidade do cumprimento do contrato.

3. Responsabilidade Solidária e Subsidiária

Responsabilidade frente ao Contrato de Emprego; Solidária e Subsidiária.

A responsabilidade pelo cumprimento do contrato pode ser direta ou derivada.

Será direta quando o próprio tomador dos serviços, por força do artigo 442 da Consolidação, se envolver na relação de trabalho subordinado, ainda que tácito – outro traço da proteção – isto é, sem que haja manifestação expressa da vontade, mas comportando-se em moldes tais àqueles descritos nos artigos 3º. e 2º. da norma trabalhista, quando, então, será o responsável direto do adimplemento das obrigações do contrato.

A responsabilidade derivada será aquela em que, ainda que não se veja o responsável pelo contrato como o próprio empregador, como aquele que se presta a dirigir, disciplinar e fiscalizar a prestação pessoal dos serviços, mas por lei ou por contrato a ele esteja obrigado.

“A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes” é o que proclama o artigo 265 do Código Civil Brasileiro – Lei 10.406/2002, por sua vez solidariedade jurídica, também apoiado no Código Civil, em seu artigo 264 é a concorrência de mais de um credor ou devedor na obrigação toda que, portanto, não é presumida, precisa estar prevista na Lei ou na vontade das partes, traduzindo verdadeiro princípio (ideia fundante) atinente ao “direito das obrigações”, de que o contrato individual do trabalho é espécie e, por força do artigo oitavo da CLT, também se aplica.

Apenas a título de ilustração, por decorrência de lei, são poucas as hipóteses de responsabilidade solidária – derivada – quanto às obrigações do contrato de emprego, entre as quais podemos citar, de modo exemplificativo, a responsabilidade entre empresas do mesmo grupo empresarial, descrita no Parágrafo segundo do artigo segundo da Lei Trabalhista e a responsabilidade entre o empreiteiro e o subempreiteiro, nos contratos de empreitada, à vista do que dispõe o artigo 455 da CLT, sem se esgotar no tema, posto que há outras que de modo particular tangenciam a relação de emprego, como a que alude o artigo 31 da Lei 8212/91, mas que aqui não cuidaremos, ante ao tema previdenciário que lhe reveste.

Outra espécie de responsabilidade que respeita às relações de trabalho subordinado, também derivada, é a responsabilidade subsidiária, que não está legalmente prevista, e nem precisa, posto que, frise-se, distinta da responsabilidade solidária.

Enquanto a responsabilidade solidária tem previsão na própria Lei, à vista do artigo 265 do Código civil, a responsabilização subsidiária tem construção jurisprudencial, especificamente trabalhista, constituindo um meio adicional de satisfação da obrigação trabalhista inadimplida, de modo suplementar, ou seja, para sua efetivação é necessário que todos os meios legalmente previstos para sua satisfação já tenham sido esgotados em face do devedor principal.

Assim, a responsabilização subsidiária vai nascer de decisão judicial, a partir de pretensão formulada pelo credor nos autos do processo de eventual ação reclamatória trabalhista, quando envolvidos o devedor principal e o subsidiário em relação de terceirização de mão de obra.

A jurisprudência, quanto à responsabilização subsidiária, se assenta na Sumula 331 do Tribunal Superior do Trabalho⁵, que, de modo resumido, atribui

5 Fonte: www.tst.gov.br

"responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços" quanto às obrigações do contrato quando inadimplidas pelo empregador, porém *"desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial"*, como se vê do inciso IV da citada súmula de jurisprudência.

Súmula 331:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Importante destacar que tal assentamento jurisprudencial decorreu da maior presença de contratações terceirizadas, isto é do advento da terceirização, instrumento próprio da ciência da administração, que acreditava poder tornar

menos custosa a relação de trabalho, de que é exemplo a contratação temporária regida de modo especial pela Lei 6019/74 que, a despeito de admitir a contratação de mão de obra indireta, o fez por meio de empresa interposta (agência de empregos), com quem se forma a relação de emprego, quando observados os seus requisitos, mas não lhe excluiu a responsabilização quanto ao cumprimento das obrigações do contrato, o que decorre do princípio protetor que envolve a relação de emprego.

Contudo, não só de contratação temporária vive a terceirização, sendo presentes nas relações de trabalho sob diversas figuras, legais ou fraudulentas, falando-se, inclusive, atualmente em quarteirização. Não importa qual seja a forma de interposição de trabalho, lícita ou ilícita, sempre haverá como alcançar o tomador final dos serviços, que responderá, conforme o caso de modo solidário ou subsidiário.

De modo solidário, por exemplo, se a contratação por empresa interposta se mostrar fraudulenta, posto que poderá ser declarado judicialmente o conluio fraudulento entre o empregador direto e a empresa interposta, à luz do que dispõe o artigo nono celetista.

Por outro lado, acaso se verifique, a despeito de eventual contrato formal de prestação de serviços que aponte a terceirizada como agente diretor, fiscalizador e disciplinador das atividades do trabalhador, que em verdade é nas mãos do tomador final dos serviços que tais poderes se encontram, a declaração de emprego poderá se dar diretamente com o tomador dos serviços, não sendo então de se falar em responsabilidade solidária, mas, sim, de vinculação direta com este último, em prestígio ao princípio protetor. Por óbvio, obedecido o devido processo legal.

Finalmente a responsabilização subsidiária na contratação terceirizada se verificará sempre, mesmo nas relações com a administração pública, desde que a contratação seja lícita, ou seja, permitida, nos termos da interpretação jurisprudencial assentada na Súmula

331, que basicamente a entende legítima quando não se tratar de terceirização de atividade fim, mas de atividade meio.

Ao operador do direito, portanto, verificadas estas hipóteses, na formação do contrato de prestação de serviços ou de empreitada, visto que a *longa manus* da justiça do trabalho é eficiente, em razão dos princípios que norteiam esta ciência, notadamente o da proteção ao hipossuficiente, a cautela da previsão contratual é imprescindível.

4. O “Dono Da Obra” e a Responsabilização Quanto aos Créditos Trabalhistas

Empreitada e Prestação de Serviços;
Responsabilidade Civil e Trabalhista; Posição
Jurisprudencial.

Questão polêmica, seja no âmbito jurisprudencial, seja no âmbito doutrinário, diz respeito à responsabilização – se existente, se solidária ou se subsidiária – do dono da obra quanto aos créditos trabalhistas dos trabalhadores envolvidos na empreitada.

Tal polêmica, muitas vezes só solucionada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, nasce em razão da redação do artigo 455 da CLT que dispõe: *“Nos Contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.”*

Oportuno chamar a atenção que tal responsabilização, de caráter solidário, envolve o “subempreiteiro” nos contratos de “subempreitada”, sendo, pois necessário socorrer-nos do direito civil uma vez mais a fim de identificar o que seja contrato de empreitada, que, contudo, em nosso Código Civil não o define expressamente, vindo a tangenciar o tema com a redação do artigo 610 fazendo

alguma alusão à figura do empreiteiro e sua participação na obra.

À doutrina, pois, é quem coube a definição do contrato de empreitada, sendo uníssona a interpretação doutrinária que vê o contrato de empreitada distinto do contrato de prestação de serviços, pois, no dizer de Maria Helena Diniz *“A empreitada ou locação de obra é o contrato pelo qual um dos contratantes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, certa obra para o outro (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado.”*⁶.

De maneira clara, então, que o traço distintivo do contato de empreitada é seu objetivo: a obra, e não o serviço em si, como se espera da “prestação de serviços” ou do mesmo “emprego”.

Esclarecido o que seja “empreitada”, de onde decorre, logicamente, a “subempreitada”, fica claro que a responsabilização solidária a que alude o artigo 455 da CLT, refere-se ao empreiteiro e o subempreiteiro, pois quando aquele (empreiteiro) contratado para a execução de certa obra, valer-se de terceiros (subempreiteiro), responderá em igualdade (solidariedade) a este último quanto às obrigações do contrato de emprego eventualmente inadimplidas. É o que diz o artigo 455 da CLT.

Vale dizer, portanto, que o dono da obra não terá responsabilidade solidária, salvo, por óbvio, se houver confusão da figura de dono da obra e construtor.

É o que, aliás, se extrai da Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho: *“Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo*

⁶ DINIZ, Maria Helena - *Código Civil Anotado*, 8ª edição, 2002, pg. 397, Saraiva, São Paulo.

*empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora*⁷, visto que a previsão legal diz respeito, bom frisar, a relação do empreiteiro com o subempreiteiro, não havendo previsão legal quanto ao dono da obra, seja solidária seja subsidiária, ressalvando, sempre, eventuais alegações de fraude.

5. Conclusão

O que se conclui, portanto, é que a unidade do direito impõe ao seu operador um conhecimento global dos ramos que o compõe, ainda que o foco de sua aplicação científica seja, no caso aqui debatido, o direito imobiliário, não será possível uma adequada interpretação e por conseguinte exata orientação do direito, sem o conhecimento dos demais ramos do direito.

Nosso objetivo, então, com o presente trabalho, foi chamar a atenção para o operador do direito voltado às questões imobiliárias que o domínio de questões trabalhistas podem ser importantes, notadamente no que respeita às relações empregatícias e as responsabilidades que do contrato de emprego emergem, seja para o empregador, diretamente, seja para outros atores envolvidos, como o empreiteiro, o tomador de serviços, ou mesmo o dono da obra.

Acreditamos que o domínio de tais conceitos permite a exata aplicação do direito, inclusive para o caso de avaliar riscos, o que é importante na orientação da tomada de decisões.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

BELTRAN, Ari Possidônio. *Relações de Trabalho e Responsabilidade Civil*. São Paulo: AASP, nº 66, pp. 31-40, junho/2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 33ª. ed. São Paulo: LTr, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed., 2º Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1999.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, José de Segadas, TEIXEIRA, Lima, *Instituições do Direito do Trabalho*, 16ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

7 Fonte: www.tst.gov.br

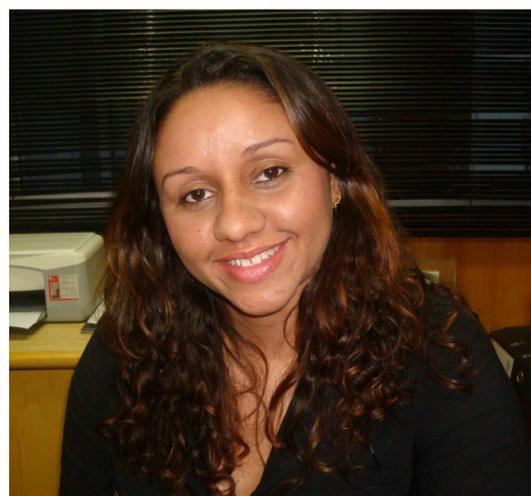
Da Alienação Fiduciária de Bem Imóvel em Garantia

Sumário

1. Conceito
 - 1.1. Características e Natureza Jurídica
 - 1.2. Da posse e propriedade fiduciária
2. Do Contrato de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis
 - 2.1. Elementos e requisitos do contrato
 - 2.2. Da extinção da obrigação
 - 2.3. Do inadimplemento e suas conseqüências
 - 2.4. Do leilão extrajudicial

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Alienação fiduciária de Bens Imóveis, Escopo de Garantia, contrato, negócio jurídico.



Camila Barbosa Nunes - Especialista em Contratos pelo Centro de Extensão Universitária (Departamento de Direito do IICS - Instituto Internacional de Ciências Sociais).

RESUMO: A pesquisa aborda um dos institutos dos direitos reais, inserido no nosso ordenamento, por meio da Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, qual seja, a alienação fiduciária de bens imóveis, demonstrando de uma maneira clara e objetiva a importância desse dispositivo para o mercado imobiliário. Sendo a alienação fiduciária o negócio jurídico pelo qual o devedor, transfere ao credor, denominados respectivamente como fiduciante e fiduciário, a propriedade resolúvel com escopo de garantia, os investidores desse ramo, voltaram a acreditar e investir nesse seguimento, pois assim a sistematização, o desenvolvimento e a solidificação, no que tange a habitação deixaram de ser um risco a economia nacional. Serão apresentadas, de forma específica, as características desse novo instituto, sua natureza jurídica, todos os elementos e requisitos do contrato, tais como, sujeitos, objeto, forma, bem como o que ocorre quando do pagamento e inadimplência do devedor. A pesquisa bibliográfica dar-se-á por meio de doutrinas, jurisprudências e legislações a fim de se concretizar o objetivo ora pretendido.

1. Conceito

O mercado imobiliário no Brasil vem enfrentando diariamente, inúmeros problemas no que tange a sua sistematização, seu desenvolvimento, bem como sua solidificação, especialmente no que diz respeito à habitação. Essas dificuldades acabam gerando uma ameaça na economia nacional, pois são muitas pessoas que deste mercado dependem, quer a título de investimento, quer a título de aquisição de imóveis para moradia, e mesmo por aqueles que extraem dele, indiretamente a subsistência.¹

As garantias instituídas pelo Código Civil vigente, tais como a hipoteca e o penhor, não trazem aos negócios jurídicos, a celeridade ideal para que o mercado consiga desenvolver e solucionar as pendências quando esses institutos precisam ser executados, tampouco aceleram a obtenção do crédito imobiliário para a circulação de riquezas.

Sendo assim, os investidores nesse ramo, por deparar-se

com inúmeros riscos, acabavam optando por não investir no mercado imobiliário, pois a garantia do retorno do capital designado era muito remota, pois os créditos inadimplidos teriam que ser cobrados por meio de uma ação judicial, que na maioria das vezes é morosa e causa prejuízo.

Contudo, buscando o alcance e o avanço das garantias para a realização de um negócio jurídico voltado ao mercado imobiliário, entrou em vigor a Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, que dispõe, dentre outros, sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a Alienação Fiduciária de coisa imóvel.

Assim, conforme disposto no artigo 22 da lei supra mencionada, a alienação fiduciária de bens imóveis *é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência do credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.*

Nesse sentido, Afrânio Carlos Camargo Dantzger, explica que a alienação fiduciária é um contrato de efeitos reais que visa à constituição de direito real acessório de garantia, no qual se transfere ao credor fiduciário à propriedade denominada resolúvel, ou seja, não definitiva, e a posse indireta da coisa, com o intuito de assegurar o cumprimento da obrigação principal pelo devedor fiduciante, que se tornará possuidor direto do aludido bem.

De tal modo, podemos ter a concepção que caso inadimplida a obrigação, estipulada em um contrato de alienação fiduciária de coisa imóvel, a garantia será o próprio objeto do negócio, ou seja, o imóvel.

Marcelo Terra, ainda define que:

A alienação fiduciária em garantia é, nos termos do artigo 22 da Lei 9.514/1997, o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. O

¹ DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo, Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, Editora Método, Ed. 2007

contrato, agora típico ou nominado, se chama alienação fiduciária, ao passo que a garantia é a propriedade fiduciária” (TERRA, Marcelo, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, 1998, pág. 19).

Silvio de Salvo Venosa, também explica que esse instituto vem servindo para dinamizar o crédito direto ao consumidor na aquisição de bens, e garantia mais eficaz ao financiador, protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada, enquanto não paga a dívida, propiciando-lhe o legislador instrumentos processuais eficientes.²

Desta feita, esse regulamento vem progressivamente sendo adotado em maior escala, na aquisição de bens imóveis, sendo estes urbanos ou rurais, como garantia ao credor quanto do negócio jurídico ajustado em contrato.

1.1. Características e Natureza Jurídica

A alienação fiduciária de bem imóvel possui duas características, quais sejam: a resolubilidade e a restrição da propriedade.

Afrânio Carlos Camargo Dantzger (*Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*, Editora Método, Ed. 2007), explica que:

A resolubilidade se explica porque a propriedade, quando da efetivação do contrato de alienação fiduciária em garantia, é transferida ao fiduciário somente para garantia da dívida, não obstante lhe sejam conferidos os poderes inerentes ao domínio.

E, quanto à restrição da propriedade, é certo que o credor, fiduciário não recebe a coisa com o ânimo de tê-la para si como sua de forma plena e definitiva; antes, assume a obrigação inescusável de restituí-la ao fiduciante assim que este, devedor, cumpra sua obrigação.

Contudo, nota-se que na primeira característica, o credor fiduciário possui apenas a garantia da propriedade, no

caso de inadimplemento do devedor fiduciante, ou seja, se o mesmo não cumprir a obrigação estipulada em contrato, o credor fiduciário executa os seus direitos nos termos da Lei 9.514/97.

Quanto a restrição da propriedade, essa se dá por conta da garantia dada ao negócio jurídico, ou seja, o devedor fiduciante ou comprador do imóvel, só terá a propriedade plena, após liquidada na totalidade a obrigação estipulada em contato.

Nesse sentido, Frederico Henrique Viegas de Lima, explica que:

Caso haja o adimplemento da obrigação principal e o conseqüente retorno da propriedade fiduciária ao devedor fiduciante, o credor fiduciário, embora proprietário sob a forma limitada, nunca terá tido a faculdade de usar e perceber os frutos da mesma.

Quanto a natureza jurídica do instituo ora analisado, entende-se que quando da instituição da alienação fiduciária de bens imóveis, o negócio jurídico ali convencionado será típico, formal, bilateral pela onerosidade, tendo assim, por natureza a concepção de um negócio jurídico de garantia, no qual se torna título aquisitivo da propriedade fiduciária.

Deste modo, esse contrato terá característica acessória, assim explica Afrânio Carlos Camargo Dantzger:

É um contrato acessório, porque, pela sua feitura, o que se almeja na verdade, não é a transferência do domínio pleno e irreversível do bem ao credor fiduciário, mas sim, visa tão somente garantir o mesmo, contra eventual inadimplência do devedor fiduciante, no tocante ao cumprimento de uma obrigação principal, como por exemplo, um mútuo.

O ilustre Frederico Henrique Viegas de Lima, explica também que:

A acessoriedade, inerente à propriedade fiduciária em geral, consoante prescreve o

² VENOSA. Silvio de Salvo, *Direitos Reais*, Editora Saraiva, Ed. 2004

artigo 648 do Código Civil, sujeita o bem, por vínculo real, ao destino da obrigação principal. Isto quer dizer que a sorte da propriedade fiduciária está intimamente ligada ao da obrigação principal, ou seja, por exemplo, uma vez que haja o adimplemento da obrigação principal, extinguem-se todos os direitos reais concedidos na sua pendência.

1.2. Da posse e propriedade fiduciária

Além disso, é importante destacar que a propriedade caracterizada como fiduciária, é aquela resolúvel, ou seja, esta será objeto de um contrato de venda e compra, no qual o devedor (fiduciante) deixa como garantia ao credor (fiduciário), o próprio imóvel, no caso de inadimplência deste.

O código civil conceitua essa matéria no seu artigo 1.361, explicando que *"considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor"*.

Nota-se, que o dispositivo acima citado, não faz menção à alienação de bens imóveis, porém o Código Civil, no seu artigo 1.368-A, acrescentado pela Lei nº 10.931 de 2004, esclarece que *"as demais espécies de propriedade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial"*.

Assim, os bens imóveis rurais e urbanos, suscetíveis de alienação, como já mencionado, são regulamentados pela Lei 9.514 de 1997 e na falta de qualquer ordenamento, o código civil.

A alienação fiduciária poderá ser instituída para qualquer gênero de imóvel, ou seja, concluído ou em construção, incluindo os loteados, e para qualquer que seja a destinação do bem, ou seja, para fins comerciais ou residenciais.

Desta feita, Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil – Volume IV, Ed. 2005, p.427), define que a propriedade fiduciária gera a transferência da mesma ao credor, porém existem duas declarações de vontades germinadas, quais sejam:

a) uma de alienação pela qual a coisa passa ao domínio do adquirente;

b) a outra (correspondente ao pactum fiduciae) exprimindo o seu retorno condicional ao devedor.

Deste modo, o código civil, bem como a Lei 9.514 de 1997, que traz a definição da alienação fiduciária de bens imóveis, considera e qualifica essa propriedade como resolúvel, ou seja, o negócio jurídico estará pendente de uma condição prevista anteriormente, que resolverá o negócio.

Assim, o fiduciante terá a posse direta do imóvel, durante o cumprimento de todas as suas obrigações, estipuladas em contrato e a propriedade somente após o término dessas obrigações, ou seja, depois de resolvidas todas as cláusulas condicionadas ao negócio jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas, Ed. 2004, p.404), explica que a propriedade fiduciária constitui-se mediante negócio jurídico de disposição condicional, ou seja, está subordinado a uma condição resolutiva, porque a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, uma vez verificado o implemento da condição resolutiva, não exige nova declaração de vontade do adquirente ou do alienante, nem requer a realização de qualquer novo ato.

Podemos então, conceituar propriedade resolúvel como, a propriedade que, no momento de sua constituição, tem uma causa de encerramento, seja através de um termo extintivo ou de uma condição resolutória (ou revogável). Realizada essa causa extintiva (advento do termo, implemento da condição etc.) a propriedade é resolvida, ou seja, será extinto o direito a que ela se opõe (não

terá mais eficácia). Em outras palavras, é a propriedade que tem em seu próprio título constitutivo uma condição que a encerrará num momento futuro. Realizada essa condição, resolvida estará a propriedade. (artigos 1.359 e 1.360 do Código Civil – www.direitonet.com.br).

Quanto a posse, o nosso ordenamento jurídico define possuidor, como todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns poderes inerentes à propriedade (artigo 1.196 do Novo Código Civil), ou seja, a posse é a apreensão, a ocupação física ou material de uma coisa, e é classificada em direta ou indireta, conforme analisaremos a seguir.

Contudo, na alienação fiduciária de bem imóvel, as partes irão convencionar um contrato, onde o devedor fiduciante, passa a ser o titular da posse direta, ou seja, o mesmo só terá o direito de uso e gozo, sobre o imóvel objeto do negócio, sempre observando as restrições previstas em lei. Já o credor fiduciário passa então a ser o titular da posse indireta, pois é também o titular da propriedade resolúvel, o mesmo terá o direito de rever a coisa, de quem injustamente a detenha, quando da inadimplência do devedor fiduciante, bem como dispor do mesmo bem, se assim o desejar.

Assim, a Lei 9.514 de 1997, determina no seu artigo 23, parágrafo único que *com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário o possuidor indireto da coisa imóvel.*

Contudo, o inciso V do artigo 24 da Lei 9.514 de 1997, dentre as cláusulas obrigatórias do contrato que serve de título ao negócio fiduciário, deverá constar aquela assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária.

Cabe ressaltar, que quanto à aquisição de imóvel sob o regime de incorporação, Alfredo Rizkallah Júnior (A Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, Ed.1998, p.3), explica que esta utilização deve ser entendida de modo amplo, à evidência de que o devedor fiduciante é, antes de tudo um adquirente e possuidor da coisa, da qual é também titular de direito real, porém, por outro lado, entende-se que a livre utilização não pode ser exercida abusivamente, de modo a frustrar, ou comprometer a garantia fiduciária, devendo-se ter em conta, a preservação da substância, bem como da integridade do imóvel.

O doutrinador ainda explica que são aplicáveis as disposições do Código Civil, concernente ao usufruto, uso e habitação, no que seja compatível com o instituto da alienação fiduciária em garantia, competindo ao fiduciante o pagamento de todas as despesas relativas ao imóvel, ordinárias e extraordinárias, de conservação, bem como tributos incidentes, sendo, todavia conveniente haver disposição contratual a esse respeito.

2. Do Contrato de Alienação Fiduciária de Bens Imóveis

O negócio jurídico que instituir a alienação fiduciária de bens imóveis, nos termos da Lei 9.514/1997, para garantir a liquidação da obrigação acordada entre as partes, deverá ser formalizado por meio de um instrumento público ou particular de venda e compra, mútuo, ou de qualquer outro contrato que estabeleça crédito, no qual as partes serão respectivamente, o devedor (fiduciante) que poderá ser qualquer pessoa, sendo ela física ou jurídica, e o credor (fiduciário), ou seja, o titular da propriedade.

Frederico Henrique Viegas de Lima (Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, 3ª Edição, Editora Juruá, 2007), explica que:

O contrato de alienação fiduciária em garantia é um contrato típico. Como tal deve ter conteúdo mínimo, essencial e indispensável para que possa assim ser caracterizado e diferenciado dos demais contratos. Ou em outras palavras, deve possuir um conteúdo básico, de forma a sobreviver como contrato de alienação fiduciária e possibilitar o seu registro para a constituição da propriedade fiduciária.

Desta feita, Afrânio Carlos Camargo Dantzger (*Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*, Editora Método, Ed. 2007), ainda explica que a alienação fiduciária como qualquer negócio jurídico, pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, como também exige requisitos de ordem subjetiva, objetiva e formal, é também bilateral, gerando direitos e obrigações para ambas às partes que irão compor o contrato. Os detalhes e a explicação de cada elemento serão analisados no decorrer dessa seção.

2.1. Elementos e requisitos do contrato

O contrato de alienação fiduciária deverá conter:

- o valor principal da dívida;
- o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito fiduciário;
- a taxa de juros e os encargos incidentes;
- a cláusula de constituição de propriedade, com descrição do imóvel, objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;
- a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel, objeto da alienação fiduciária;
- a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;
- a cláusula dispondendo sobre os procedimentos de que trata o artigo 27.

Além dos requisitos acima exposto, outras cláusulas poderão ser mencionadas, tais como a previsão de vencimento antecipado da dívida, nos casos de inadimplência do devedor, quanto ao pagamento do

principal nas datas estipuladas, juros, tributos e demais despesas que possam incidir o imóvel.

O artigo 26, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal, também estabelece que deverá ser definido em contrato o prazo de carência para que, após, seja expedida a intimação para purgação da mora, pois sem o decurso de tal prazo, o fiduciante devedor não haverá de ser constituído em mora.

As obrigações relativas ao uso e a conservação da coisa, também poderão ser previstas mediante cláusulas inseridas no contrato, a estipulação de seguro, a hipótese de falência ou insolvência, as conseqüências decorrentes de atos de apreensão dos direitos do devedor fiduciante, das hipóteses de desapropriação e finalmente todas as obrigações que possivelmente poderão ser descumpridas (TERRA, Marcelo, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia*, Edição 1998, p.24).

Cabe ressaltar ainda, que para efeitos de venda em leilão público, no caso de inadimplência do devedor fiduciante, é necessária a indicação no instrumento de contrato, do valor do imóvel e os critérios para a sua revisão (revisão e não reajuste), valor esse que não precisa coincidir com o valor da dívida, conforme analisaremos no transcorrer do trabalho. (DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo, *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*, Editora Método, Ed. 2007)

Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 4, Edição 2005), ainda esclarece que na realização de um negócio jurídico fiduciário no qual se delimitam requisitos, dever-se-á considerar sua destinação econômica e sua finalidade assecuratória.

Cumprido todos os requisitos legais, conforme acima declinado, o contrato deverá ser levado a registro na circunscrição imobiliária competente, nos termos do artigo 23 da Lei 9.514/1997, tornando-se público o ato e dando origem ao Direito Real.

Maria Helena Diniz (Curdo de Direito Civil Brasileiro, volume 4, Edição 2005, p.590), explica que o instrumento do contrato de alienação de bens imóveis, seja ele público ou particular, só valerá contra terceiros, sendo oponível *erga omnes*, requer-se então escritura pública e seu registro no Cartório Imobiliário, pois sendo omitido esse requisito, ter-se-á apenas um direito de crédito, sem a publicidade do ato, fazendo com que terceiros não possam tomar conhecimento do mesmo ato, que diz respeito ao imóvel.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (Direito Civil – Direitos Reais, Edição 2004, p.594), também explica que o efeito real só será obtido mediante o registro do contrato, pois o mesmo servirá de título aquisitivo, esclarece ainda que tão somente o contrato não gera o direito real, mantém apenas vínculo entre as partes.

Portanto, é importante ressaltar que sem o Registro no Cartório de Registro de Imóveis Competente, restará desconstituído o Direito Real sobre o bem, e mantendo apenas o vínculo obrigacional entre as partes que integram a relação jurídica.

2.2. Da extinção da obrigação

Conforme já demonstrado, o negócio jurídico que tem como garantia a alienação fiduciária de bem imóvel, advém de um acordo de vontades, formalizada por meio de um instrumento público ou particular, nos termos da legislação vigente, no qual as partes estarão sujeitas a todos os deveres e obrigações lá previstos.

Assim sendo, considerar-se-á extinta a obrigação, quando do cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato.

Afrânio Carlos Camargo Dantzger (Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, Editora Método, Ed. 2007), explica que se a extinção da obrigação se dá pelo pagamento, ante a ocorrência da condição resolutiva, o bem alienado

fiduciariamente em garantia a dívida é imediatamente restituído ao alienante, ou seja, o fiduciante não terá mais somente a posse do imóvel, tornar-se-á o proprietário do bem.

Maria Helena Diniz, também explica que a extinção da obrigação dá-se através do pagamento da dívida, da garantia e quando a propriedade plena da coisa se resolve em favor do alienante.

Seguindo a corrente, dos autores acima mencionados, Frederico Henrique Viegas de Lima (Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, 3ª Edição, Editora Juruá, 2007), entende que a principal forma de extinção é o adimplemento da obrigação principal por parte do devedor fiduciante, assim segue:

O primordial efeito da extinção é o cancelamento do registro da propriedade fiduciária com o retorno da mesma da mesma ao devedor fiduciante ou ao terceiro interveniente garantidor, com todos os atributos que haviam sido transferidos ao credor fiduciário.

Já que existe o pagamento da obrigação principal, o credor fiduciário deverá fornecer ao devedor fiduciante o termo de quitação obrigacional com a autorização do cancelamento do registro da propriedade fiduciária, dirigida ao Oficial do Registro Imobiliário.

Desta feita, após liquidada a obrigação acordada no contrato, o credor fiduciário, entregará ao devedor fiduciante, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data da liquidação, o termo de quitação para o cancelamento da alienação fiduciária, sob pena de, não o fazendo, incidir multa no valor de meio por cento, por mês, sobre o valor do contrato.

Por outro lado, se a extinção se der em decorrência do inadimplemento do devedor da obrigação, que não precisa ser necessariamente o alienante, o bem alienado é que irá responder pela dívida, ou seja, o fiduciário, ora possuidor

indireto, passará a ter todos os poderes inerentes ao imóvel. (DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo, Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, Editora Método, Ed. 2007)

O autor ainda explica que a Lei 10.931 de 2004, inseriu o parágrafo 8º no artigo 26 da lei 9.514 de 1997, possibilitando o fiduciante, mediante a anuência do fiduciário, transferir o seu direito sobre o imóvel em pagamento da dívida, ou seja, o fiduciário passará de possuidor indireto, para proprietário do bem.

2.3. Do inadimplemento e suas conseqüências

De pronto, tem-se que caso inadimplida a obrigação, anteriormente estipulada em contrato, pelo devedor fiduciante, o mesmo deverá ser constituído em mora, para que o credor fiduciário possa requerer o seu crédito nos termos dos artigos 26 e seguintes da Lei 9.514/97.

O artigo 26 caput e seus oito parágrafos, da citada Lei, regulam e definem, nos seus exatos termos, que quando vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, sendo o fiduciante constituído em mora, consolidar-se-á a propriedade em nome do credor fiduciário, conforme segue:

Artigo 26. Vencida e não paga a dívida, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.

§ 1º - Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, as prestações vencidas e as que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobranças e de intimação.

§ 2º - O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º - A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis, por oficial de Registro de Título e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deve recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 4º - Quando o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído se encontrar em local, incerto e não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária.

§ 5º - Purgada a mora no Registro de imóveis, convalidar-se-á o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º - O oficial de Registro de Imóveis nos três dias seguintes à purgação da mora entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e intimação.

§ 7º - Decorrido o prazo de que trata o parágrafo 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão *inter vivos* e, se for o caso do *laudêmio*. (Redação dada pela Lei 10.931 de 2004)

§ 8º - O fiduciante pode, com anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previsto no artigo 27. (redação também incluída pela lei 10.931 de 2004)

Ademais, o devedor fiduciante só poderá ser constituído em mora se passado o prazo de quinze dias para pagamento da obrigação, e mesmo assim não o fizer.

Desta feita explica Frederico Henrique Viegas de Lima que:

O primeiro e um dos principais efeitos da constituição do devedor fiduciante em mora é a oportunidade que lhe é dado de purgá-la, convalidando, com isso, o contrato de alienação fiduciária em garantia imobiliária, fazendo com que o mesmo siga seu curso normal, como se essa nunca tivesse ocorrido, nos termos do parágrafo 5º do artigo 26, da Lei 9.514 de 1997. (Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, 3ª Edição, Editora Juruá, 2007)

Cabe salientar, que caso a obrigação não seja cumprida, no valor e no tempo previsto no contrato, assim se constituirá a mora do devedor fiduciante e o mesmo terá que se submeter ao que está disposto na legislação vigente, perdendo assim o seu eventual direito sobre o imóvel.

Depois de realizados todos os atos previstos no artigo 26, o credor fiduciário terá o prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da averbação que consolida em seu nome a propriedade fiduciária, para promover um público leilão, como veremos adiante.

Além disso, quando da realização do Leilão, só serão restituídos ao devedor fiduciante, o valor que sobejar, ou seja, após arrematado o bem, a credora fiduciária deverá descontar o valor de todas as dívidas e despesas, e se mesmo assim ainda restar algum valor, este deverá ser devolvido ao devedor Fiduciante.

Contudo, esse assunto vem gerando muita polêmica no mercado imobiliário, pois o artigo 53 da Lei 8.078 de 1990, que dispõe de modo geral sobre todos os direitos inerentes a proteção dos consumidores, esclarece que:

No contrato de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda

total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Nesse sentido, Afrânio Carlos Camargo Dantzger, explica que a lei específica deve prevalecer em caso de conflitos de normas, e levando em consideração a incompatibilidade entre os preceitos existentes nas Leis 9.514 de 1997 e 8.078 de 1990, mais precisamente nos artigos 53 desta última e 27 da primeira, tem-se que de plano a Lei 9.514 de 1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, por ser especial deve prevalecer. (Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, Editora Método, Ed. 2007)

Marcelo Terra também esclarece que:

Ainda que, como argumentação, se queira analisar a incidência da regra do citado artigo 53 (do Código do Consumidor), concluo que, alienado a terceiros o imóvel em leilão extrajudicial, poderá ou não haver quantia sobejável e restituível ao devedor (fiduciante): na hipótese negativa, absolutamente não incide a regra do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, eis que o credor (fiduciário) não fica com o imóvel, tudo se passando como se o próprio devedor (fiduciante) houvesse alienado, com prejuízo a terceiro, seu direito real de expectativa, sub-rogando-se o adquirente nos direitos e obrigações do contrato cedido, como se dá no leilão extrajudicial na lei de condomínio e incorporações.

Melhim Namem Chalhub, também se manifesta favorável a essa corrente:

Com efeito, a alienação fiduciária de bens imóveis (assim como a de bens móveis) tem disciplina própria, que regula de maneira específica e exaustiva as conseqüências da mora e a excussão do bem objeto da garantia, tudo com vistas à observância dos mesmos princípios de equidade e de equilíbrio das relações contratuais também perseguidos pelo Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, não de prevalecer às leis especiais, em caso de conflito de normas. No caso da alienação fiduciária de bens

imóveis, a prevalência se dá não só em razão do critério da especialidade da lei, como, também, pelo critério da cronologia, pois a lei que disciplina a alienação fiduciária de bens imóveis é posterior ao Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência vem se manifestando no seguinte sentido:

Compra e Venda – Alienação Fiduciária – Bem imóvel – Devedores Inadimplentes e que não purgaram a mora – Leilão extrajudicial do bem – Legalidade – Aplicação da Lei 9.514/97 – Sentença reformada – Apelo provido.

“(…)

A forma da restituição do valor pago encontra-se regulada pelo § 4º, do artigo 27, da Lei 9.514/97 e não de acordo com a forma genérica do artigo 53, do Código de Defesa do Consumidor. (Apelação Cível nº 400.962-4/00, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Relator Oldemar Azevedo, 26/01/2006).

BEM IMÓVEL - Alienação fiduciária - Rescisão contratual e restituição de valores - Inadmissibilidade - Aplicação da Lei 9.514/1997 - Inexistência de relação de consumo - Hipótese na qual o inadimplemento do fiduciante consolida a propriedade do bem em nome do fiduciário - Inteligência dos artigos 26 e 27 de supradita lei - Recurso provido (Apelação Cível nº 443.821-4/9-00, da Comarca de SÃO PAULO, 6ª Câmara de Direito Privado, Desembargador Relator Ensinas Manfre, 15/03/2007).

BEM IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PLEITO DE RESCISÃO CONTRATUAL E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. A leitura atenta do artigo 27, §§ 4º e 5º da Lei 9.514, de 20/11/1997, conduz à ilação de que é incabível pretensão à restituição das parcelas pagas, pois tal procedimento só ocorre após a venda do bem, ocasião em que se aplica o preço no pagamento do crédito e das despesas, sendo devolvido apenas o saldo remanescente, se houver. (Apelação nº 1.022.741-0/7,

26ª Câmara de Direito Privado, Estado de São Paulo, Desembargador Relator Renato Sartorelli, 29/01/2007).

Desta feita, os entendimentos ora expostos mostram que não será cabível a restituição dos valores pagos pelo fiduciante, conforme dispõe o artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor, pois o mesmo corresponde ao tempo de fruição do imóvel, aplicando-se assim o previsto na Lei 9.514 de 1997, que trata entre outros assuntos, sobre a alienação fiduciária de bens imóveis.

2.4. Do leilão extrajudicial

Inadimplida a obrigação, o credor fiduciário, nos termos da lei, iniciará os procedimentos para a realização do Leilão extrajudicial, assim segue:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, estipulado na forma do inciso VI do art. 24, será realizado o segundo leilão, nos quinze dias seguintes.

§ 2º No segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, entende-se por:

I - dívida: o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais;

II - despesas: a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro.

§ 4º Nos cinco dias que se seguirem à venda

do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

§ 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

§ 6º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.

§ 7º Se o imóvel estiver locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de trinta dias para desocupação, salvo se tiver havido aquiescência por escrito do fiduciário, devendo a denúncia ser realizada no prazo de noventa dias a contar da data da consolidação da propriedade no fiduciário, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Desta feita, Marcelo Terra explica que o objetivo do leilão é vender rapidamente o imóvel, objeto da garantia, aí com o produto da venda, pagar a dívida e se possível gerar quantia sobejável, a mesma será restituída integralmente ao devedor fiduciante. Se após a sua intimação, de acordo com a pesquisa ora exposta, o devedor fiduciante não purgar a mora, a propriedade que já era do credor, se tornará plena e não mais resolúvel tão pouco restrita.

Então, sendo consolidada a propriedade plena em nome do credor fiduciário, promoverá o mesmo público leilão, de acordo com as previsões da Lei 9.514 de 1997. O credor ainda poderá escolher o leiloeiro oficial e quanto ao local do leilão, não há previsão legal, porém o mais conveniente será o local do imóvel.

Marcelo Terra também explica que:

O primeiro leilão: ocorrerá dentro de 30 dias, contados da data de registro, em matrícula, da consolidação da propriedade plena, em nome do credor fiduciário (art. 27), mas não há prazo para se concretizar a consolidação. O referencial é o valor do imóvel (art. 27, § 1º). Exemplos:

a) valor da dívida: 80; valor do imóvel: 100 e valor do lance: 80

Nessa oportunidade o lance não pode ser aceito e deve ser realizado o segundo leilão.

b) valor da dívida: 80; valor do imóvel: 100 e valor do lance: 100

Assim sendo, o credor fiduciário deverá aceitar o lance e alienar o imóvel ao arrematante. E o credor fiduciário retém 80 e restitui 20 ao antigo devedor fiduciante dentro de 5 dias (art. 27, § 4º)

c) valor da dívida: 130; valor do imóvel: 100 e valor do lance: 110

O credor fiduciário deve aceitar o lance nesse caso e não há troco restituível ao devedor fiduciante, e quanto à dívida (saldo de 20) está extinta e desonerado o devedor fiduciante de seu pagamento (art. 27, § 6º).

O segundo leilão: ocorrerá dentro do prazo máximo de 15 dias, contados da data da realização do primeiro leilão (art. 27, § 1º), podendo se realizar em prazo inferior. O referencial é o valor da dívida (art. 27º, § 2º). Exemplos:

a) valor da dívida: 80; valor do imóvel: 100 e valor do lance: 80

O credor fiduciário é obrigado a alienar o imóvel ao arrematante e o credor fiduciário retém 80, porém não há quantia sobejável.

b) valor da dívida: 80; valor do imóvel: 100

e valor do lance: 70

O credor fiduciário não é obrigado a alienar o imóvel ao arrematante, mas pode fazê-lo e o credor fiduciário retém 70, neste caso também não há quantia sobejável, e ainda a dívida (saldo de 10) está extinta e desonerado o devedor fiduciante de seu pagamento (art. 27, § 6º)

c) valor da dívida: 80; valor do imóvel: 100 e valor do lance: 90

O credor fiduciário é obrigado a alienar o imóvel ao arrematante e o credor fiduciário retém 80. Desta feita, o credor fiduciário restitui 10 ao devedor fiduciante dentro de 5 dias (art. 27, § 4º).

(Palestra ministrada por Marcelo Terra na Convenção de 2008 no SECOVI).

É importante ressaltar, que se o imóvel não for alienado no primeiro ou segundo leilão, não se realizará o terceiro, o imóvel permanecerá na propriedade do credor fiduciário, que poderá aliená-lo ou não a qualquer tempo e se caso for realizada a alienação, sem os procedimentos preparatórios do leilão extrajudicial, recomenda-se que, na escritura, se noticie e historicize a tentativa e o insucesso na concretização leilão.

Quanto à participação do devedor fiduciante no leilão, não há nenhum impedimento, porém o mesmo não terá qualquer direito de preferência, mas poderá ser o licitante ou arrematante sem problema algum. Desta feita, é importante ressaltar que o devedor fiduciante não será intimado pessoalmente da realização do leilão, pois também ao nenhuma previsão legal para esse ato.

Diante das declarações acima demonstradas, é importante ressaltar que a prática dos atos extrajudiciais são muito mais eficientes, permitindo assim, que o credor fiduciário, alcance seus objetivos, qual seja, a obtenção do seu crédito com mais presteza. Além disso, caso tais procedimentos não atendam a vontade das partes, a Lei não impede que ambas possam ingressar com as devidas medidas judiciais.

Referências Bibliográficas

BITTAR, Carlos Alberto, A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988, São Paulo, Editora Saraiva, Ed. 1991.

BRASIL, Constituição de 1988.

BRASIL, Lei 8078, de 11 de setembro de 1990 – dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL, Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 – dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

BRASIL, Lei 10.931 de 02 de agosto de 2004 – altera, entre outros, alguns dispositivos da Lei 9.514 de 1997.

BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – institui o Código Civil.

CHALHUB, Melhim Namem, Negócio Fiduciário, Rio de Janeiro, Editora Renovar, Ed. 1998.

DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo, Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, São Paulo, Editora Método, Ed. 2007.

DEL MAR, Carlos Pinto, Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, São Paulo, Ed.1998.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4, São Paulo, Editora Saraiva, Ed. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas, São Paulo, Editora Saraiva, Ed. 2004.

LIMA, Frederico Henrique Viegas, Da Alienação Fiduciária em Garantia de Coisa Imóvel, 3ª Edição, Curitiba, Editora Juruá, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Volume IV, Rio de Janeiro, Editora Forense, Ed. 2005.

RESTIFFE, Paulo Sérgio, Garantia Fiduciária, São Paulo, Editora RT, Ed. 2000.

RIZKALLAH Alfredo Júnior, A Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel, São Paulo, Ed.1998.

TERRA, Marcelo, Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia, Porto Alegre, Ed. 1998.

VENOSA. Silvio de Salvo, Direitos Reais, São Paulo, Editora Atlas, Ed. 2004.

Condomínio Edilício: 10 Anos do Novo Código Civil

Sumário

Introdução

1. Condomínio Edilício

1.1. Definição

1.2. Constituição

1.3. Formas de Rateio e contribuição

1.4. Obrigações dos Condôminos

2. Inadimplência de cota condominial

2.1. Protestos de cotas condominiais

2.2. Execuções de cobrança pelo rito sumário

2.3. Leilão da unidade para pagamento de dívida condominial

2.4. Arrematação do imóvel para satisfazer a dívida

Considerações Finais

Palavras-chave: Condomínio, propriedade exclusiva, obrigações condominiais, cobrança, execução de débito condominial, leilão, arrematação, adjudicação.



Marcio de Sousa Bagnato - Advogado. Especialista em Direito Condominial
Pós Graduação em Negócios Imobiliários e Diretor de Condomínios da
Administradora Habitacional

Introdução

O condomínio é uma instituição que depende do esforço conjunto de todos os condôminos que o representam. Tais condôminos unidos por qualidade e quantidade, exercem de forma compartilhada o domínio sobre a propriedade, que é regida de forma geral por uma Convenção de Condomínio, que estabelece regras de comportamento, disciplina quanto à utilização dos espaços, direitos e obrigações, entre elas, o dever de contribuir regularmente com o pagamento das despesas necessárias à manutenção desta propriedade.

Assim, o inadimplemento da contribuição de qualquer um dos comunheiros, neste caso dos condôminos, pode comprometer o conjunto, devendo o representante da massa condominial, conduzir providências para restabelecer a ordem e manter em dia a manutenção e funcionamento da propriedade comum, que é o tema deste artigo.

1.1. Condomínio Edifício - Definição

O conceito de condomínio contradiz a ideia tradicional de propriedade, vinculada ao caráter de utilização exclusiva de determinada coisa. A evolução do direito trouxe a noção de divisão da propriedade, onde várias pessoas passaram a exercer o direito de domínio sobre aquela coisa, de forma compartilhada.

Assim, em igualdade de condições a cada condômino lhe é assegurado o direito qualitativo da propriedade, diferenciando-os apenas pelo critério quantitativo, calculado sobre a participação proporcional de cada um sobre o todo, denominada "fração ideal".

Nos condomínios em edificações, já regidos pela Lei 4.591 de 1964 e atualmente chamados de Condomínios "Edifícios", terminologia de origem italiana e trazida pelo Novo Código Civil, temos como característica principal a distinção do uso da propriedade, que pode ser de forma exclusiva ou uso comum, conforme dispõe o Art. 1.331 do Código Civil:

Art. 1331 - Pode haver, em edificações, partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de uso comum.

A propriedade exclusiva, como o próprio termo já diz, se concentra nas partes susceptíveis de utilização

independente, tais como apartamentos, conjuntos comerciais, lojas, garagem de veículos e qualquer outro espaço em que o proprietário possa utilizar sem que haja interferência ou perturbação.

A propriedade comum contempla tudo aquilo em que o proprietário aproveita de forma conjunta, como solo do terreno, a estrutura geral da edificação, telhado, rede de distribuição de água e esgoto, instalações elétricas, equipamentos como elevador, gerador, sistema de segurança, entre outros.

Na legislação anterior – Lei 4.591 de 1964, as partes atualmente denominadas, "propriedade exclusiva" e "propriedade comum", eram classificadas como "unidade autônoma" e as demais partes "áreas comuns", mas que ainda são utilizadas pelo novo ordenamento jurídico.

Sendo assim, as frações ideais das unidades correspondem à somatória da metragem privativa "propriedade exclusiva" e das demais áreas e equipamentos do condomínio, considerada "propriedade comum".

1.2. Condomínios Edifício – Constituição

O Condomínio Edifício é instituído por ato entre vivos ou por testamento, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, sobre o qual estão assentados todos os registros relativos ao imóvel.

Os seus registros são lavrados em documento de constituição, denominado "Convenção do Condomínio", onde deverão obrigatoriamente constar a sua finalidade, que pode ser Residencial, Comercial ou Mista, assim como a individualização das partes, propriedade exclusiva e comum, e a determinação das respectivas frações ideais das unidades.

1.3. Formas de rateio e contribuição

Na Convenção do Condomínio devem constar os direitos e obrigações dos seus titulares, vinculados quantitativamente ao quinhão proporcional da sua unidade frente ao todo, ou seja, na grande maioria das convenções de condomínio, o direito ao voto é proporcional à fração ideal da unidade, critério também utilizado para cálculo da participação de cada unidade no rateio de despesas do condomínio, segundo o Art. 1336 do Código Civil.

Art. 1.336 - São deveres do condômino: I – contribuir para as despesas do condomínio, na proporção das frações ideais.

As despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio são decididas em assembleia geral dos condôminos, convocada neste caso pelo seu representante legal – Síndico.

As despesas ordinárias são aquelas destinadas ao custeio e manutenção das áreas e equipamentos comuns, funcionários dos condomínios, sejam eles próprios ou terceirizados, tarifas de consumo, despesas administrativas, tarifas bancárias, o seguro da edificação, entre outros.

As extraordinárias estão relacionadas às obras de melhorias e benfeitorias nos condomínios, que tem como principal objetivo a valorização do patrimônio e a longevidade dos seus equipamentos.

1.4. Obrigações dos Condôminos

Neste sentido, o resultado da aprovação destes itens em assembleia geral, dá ao administrador condições de manter organizada a manutenção e o funcionamento geral do condomínio. A partir desta aprovação, são lançados aos condôminos os rateios ordinários e extraordinários aprovados, calculados proporcionalmente pela fração ideal de cada unidade, como vimos no Art. 1.336 do Código Civil, constituindo nestes casos a obrigação “propter rem” própria da coisa.

Por outro lado, um pequeno percentual desta receita aprovada não é integralizado aos cofres do condomínio, por conta de unidades inadimplentes e se o condomínio não contar com fluxo financeiro equilibrado que permita tais variações, pode comprometer serviços contratados.

2. Inadimplência de cota condominial

Com o advento do Novo Código Civil, para garantir a obrigação estatuída no inciso I do Art. 1.336, houve uma redução do percentual aplicado sobre a impontualidade do pagamento, limitando-o para até 2% sobre o valor do débito, conforme parágrafo 1º do artigo em questão:

Art. 1.336 – São deveres do condômino:

(...)

§1º O condômino que não pagar a sua obrigação ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito.”.

A Lei 4.591 de 1964, no seu Art. 12 - parágrafo 3º determinava o pagamento de uma de até 20% sobre o débito, percentual estipulado nas convenções condominiais registradas na vigência da lei anterior, mas que decaiu em função do Novo Código Civil:

Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio.

§ 3º O condômino que não pagar a sua contribuição no prazo fixado na Convenção fica sujeito ao juro moratório de 1% ao mês, e multa de até 20% sobre o débito, que será atualizado, se o estipular a Convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso da mora por período igual ou superior a seis meses.

Percebendo que em função da redução da multa por inadimplemento de cotas condominiais, muitos condomínios naquela época optaram por “driblar” o novo percentual, elevando sua previsão orçamentária em 20% para conceder posteriormente uma redução chamada de “desconto pontualidade”. Naquela época o Judiciário já se posicionava contra aquela prática, entendendo que uma assembleia não poderia aprovar um aumento para posteriormente conceder desconto, considerando flagrante desrespeito ao novo texto legal, tese defendida pelos inadimplentes em ação judicial de cobrança. Ainda assim, alguns condomínios adotam esta prática como controle de inadimplência, baseados nas suas respectivas Convenções de Condomínio, o que no meu entendimento não é correto.

Entendo também que a referida mudança fez com que a inadimplência aumentasse sensivelmente nos condomínios, o que causou desconforto para aqueles que o administram, especialmente síndicos e administradores de condomínio.

A alta inadimplência gera uma sensação de “injustiça” perante os condôminos que pagam em dia suas cotas

condominiais e indiretamente assumem pelos seus vizinhos a obrigação de honrar os compromissos em nome da massa condominial.

2.1. Protestos de cotas condominiais

Ao longo da vigência do Novo Código, várias foram as tentativas para evitar ou minimizar o risco de aumento da inadimplência, nos condomínios. A primeira proposta estava concentrada na aprovação de uma multa diária na ordem de 0,66% ao dia, percentual aplicado sobre o débito e calculado para cada dia de atraso, cujo resultado no final do mês era equivalente a 20%. A referida proposta não encontrou apoio das autoridades competentes.

Em julho de 2008 entrou em vigor no Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 13.160 que trata da possibilidade de levar a protesto, boletos bancários de condôminos que não estiverem em dia com as suas obrigações condominiais, compelindo o devedor ao pagamento da sua contribuição mensal.

Embora em vigor, muitos síndicos, preocupados e não banalizar a medida realizaram assembleias gerais para regulamentar a aplicação deste mecanismo de controle, evitando que dentro de um mesmo condomínio fossem adotadas medidas diferenciadas para um ou para outro caso. Para levar um título a protesto era necessário, ter uma convenção de condomínio registrada, inscrição no CNPJ, rateio de despesas devidamente aprovado, síndico regularmente eleito e principalmente, os dados pessoais e cadastrais do proprietário da unidade, maior entrave na adoção deste mecanismo. Os cadastros dos condomínios não continham informações que permitissem com o segurança, levar aquele título ou boleto a protesto, o que poderia gerar uma ação de dano moral.

A maioria dos condomínios que executaram com rigor e segurança a referida medida teve êxito, por outro lado, encontraram também condôminos que alegaram inconstitucionalidade da Lei 13.160, sob o argumento de que uma Lei Estadual não se sobrepõe a Lei Federal, matéria discutida e pacificada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os reflexos da alteração na legislação refletiu no próprio Poder Judiciário. Segundo o site Sindiconet, fonte de consulta de profissionais e empresas do mercado imobiliário, em Maio deste ano o Judiciário computou

um aumento de 91,7% em ajuizamento de ações de cobrança, em comparação ao mês de Abril.

Ainda de acordo com esta fonte, cerca de 1.010 ações de cobrança foram propostas no mês de Maio, movimentando e sobrecarregando ainda mais a máquina judicial.

2.2. Execução de cobrança pelo rito sumário

Assim, resta aos advogados especializados em direito imobiliários o ajuizamento das ações de cobrança de cotas condominiais pelo rito sumário.

Cobrar as cotas condominiais em aberto não é tarefa fácil, nem tão pouco barata.

Como muitas vezes as tentativas de cobrança por via extrajudicial não têm êxito, não resta ao condomínio alternativa que não seja a cobrança judicial.

As ações ajuizadas para cobranças das cotas seguem pelo rito sumário, conforme o Art. 275, inciso II, alínea "b":

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

(...)

II - nas causas, qualquer que seja o valor.

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio

Procedimento diferente é aplicado nos casos de cobrança de alugueres em atraso, exequíveis em função da certeza e legitimidade estabelecida pelo contrato de locação celebrado entre as partes.

No caso das cotas condominiais, a ação será sempre a de cobrança, que é regida pelo rito sumário, já que não há necessidade de realização de provas, pois se trata de matéria de direito e não de fato.

O rito sumário visa uma solução mais célere, o que no rito ordinário não ocorreria.

Em 2005 entrou em vigor a Lei 11.232/2005 que mudou significativamente o Código de Processo Civil, com uma nova redação que torna o procedimento mais eficaz.

Fazendo uma análise comparativa, antes da alteração, para o prosseguimento do processo até a fase de execução era necessário ingressar com outro processo, denominado "cumprimento de sentença", onde se juntavam as cópias do processo de conhecimento até a sentença, para caracterizar o título executivo judicial.

Para dar início ao cumprimento da sentença, era necessário aguardar todos os procedimentos internos até o início da execução.

Com a nova redação, houve a inclusão dos artigos 475-I até 475-R, porém, sendo neste caso aplicado Art. 475-J, vejamos a redação:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1o Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2o Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3o O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4o Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5o Não sendo requerida a execução

no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

As sentenças de rito sumário têm quantia certa e estipulada, e nela determinada a multa, os juros e os honorários advocatícios.

Além dos débitos relativos ao condomínio, são computadas todas as despesas necessárias para ajuizamento do processo, sejam elas de caráter processual, como custas e diligências ou administrativas que são as certidões de propriedade, cópias entre outras.

Há entendimentos jurisprudenciais no sentido que são totalmente cabíveis os honorários advocatícios no cumprimento de sentença.

Vejamos o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o assunto:

DESPEAS DE CONDOMÍNIO. COBRANÇA. SENTENÇA PROCEDÊNCIA. FASE DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO PELA RÉ. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS PARA A NOVA FASE. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. Cabível a fixação de verba honorária em fase de cumprimento de sentença, na hipótese da devedora não adimplir a dívida no prazo a que alude o artigo 475-J do CPC, pois, neste caso, exigir-se-á do causídico a prática de atos processuais executivos, sendo justa e devida a remuneração por tais serviços, como prevê o artigo 20, §4º, do CPC, que não foi derogado pela Lei nº 11.232/05. (TJSP – 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO - Agravo de Instrumento nº 1.181.697-0/1 – VOTO Nº: 3.732 – RELATOR DESEMBARGADOR:ADILSON DE ARAUJO – 08/07/2008)

Sendo assim, não há como ingressar diretamente com ação de execução perante o condômino devedor, pois as cotas condominiais não são caracterizadas como títulos executivos judiciais e que por si só tem condão de título executivo, precisa de um provimento judicial para tanto.

Neste caso também não se aplica Ação Monitória, pois as cotas de condomínio em aberto não são títulos executivos extrajudiciais, já que não estão elencadas no Art. 585 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

É certo que as alterações na lei contribuíram para um andamento processual mais efetivo e menos burocrático, passando a ser uma fase processual sem a necessidade de abertura de um novo processo.

No decorrer do cumprimento da sentença, o condomínio credor busca obter o valor devido através de penhora de contas, ativos financeiros, penhora de automóveis ou móveis que estejam registrados em seu nome.

Assim, com a recente alteração do Código de Processo Civil, a via sumária torna-se mais eficaz, reduzindo o tempo processual entre ajuizamento da ação e trânsito em julgado.

2.3. Leilão da unidade para pagamento de dívida condominial

Caso todas essas alternativas restem infrutíferas, a medida a ser tomada é a alienação em hasta pública, onde seu imóvel é leiloado para pagamento da dívida junto ao condomínio credor.

Neste caso, o imóvel é avaliado por perito judicial e, não sendo impugnado seu laudo, são designadas as praças.

O procedimento a ser adotado está contido na Subseção VIII do Código de Processo Civil do Art. 686 até 701.

Em primeiro momento cumpre ressaltar que são designadas 2 datas distintas para as praças, com diferença de 10 a 20 dias entre estas.

No momento da realização da primeira praça, o imóvel não pode ser arrematado por valor inferior ao que foi estipulado em avaliação, conforme o Art. 686, inciso VI do Código de Processo Civil:

Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterá:

(...)

VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lance superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lance (art. 692)

Caso em primeira praça não haja arrematação, será procedida com a segunda praça, o qual o bem pode ser arrematado por qualquer valor desde que não seja vil (Art. 692):

Art. 692. Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

Não há entendimento pacificado sobre o valor correspondente a vil, estipulado pelo legislador, ficando, desta forma, a critério do juiz responsável pelo processo de arrematação decidir, cuja análise é totalmente subjetiva.

Sendo assim, desde o ajuizamento da ação de cobrança até o efetivo recebimento, lembrando sempre que a ação segue pelo rito sumário, um processo pode levar entre 2 ou 3 anos, sem a interposição de nenhum recurso.

Cabe ressaltar, em vias finais, que a alienação em hasta pública é a ultima alternativa a ser tomada contra o réu (condômino devedor), que é adotada quando são esgotadas todas as possibilidades de obter o crédito com seus próprios recursos.

2.4. Arrematação do imóvel para satisfazer a dívida condominial

Existe grande controversa sobre a arrematação do imóvel para satisfazer a dívida condomínio, tendo como fundamento a sua falta de personalidade jurídica, impedindo-o de atuar no mundo jurídico, não sendo assim possível adquirir imóveis em seu nome.

Por outro lado, há entendimento entre alguns juristas que a referida arrematação ou a aquisição de bens imóveis é possível, em alguns casos especiais.

Partindo do pressuposto que o condomínio é a união de esforços em benefício do interesse comum e a manifestação da vontade das partes em associar-se pode estar presente no contrato de compra e venda de uma unidade, alguns advogados, apoiados na jurisprudência predominantemente favorável, defendem a possibilidade da adjudicação de unidade autônoma de condômino devedor.

Em que pese às análises sustentadas, ao condomínio edilício já são assegurados alguns direitos, inclusive de capacidade postulatória, pois não é lógico admitir que um condomínio, (como vimos acima) que tem capacidade de exigir em juízo pagamentos de contribuições em nome próprio, bem como a penhora de unidade devedora, ficar impedido de adjudicar o bem penhorado, sendo ele o credor da dívida.

Desta forma, negar ao condomínio esta possibilidade, posterga ainda mais um desfecho favorável.

O Conselho da Magistratura de São Paulo tem admitido as aquisições pelo condomínio edilício, na hipótese de arrematação ou adjudicação da unidade autônoma em hasta pública, para satisfação de crédito resultante do não pagamento de despesas condominiais, cujo fundamento é análogo à aplicação do Art. 63 – parágrafo 3º da Lei 4.591 de 1.964.

Para que o resultado seja satisfatório, é essencial considerar os seguintes requisitos:

- a) Que a aquisição seja o único modo de satisfazer o crédito decorrente do inadimplemento
- b) Que a unidade adquirida seja aquela sobre a qual recai o débito condominial
- c) Que a aquisição seja anuída pelos condôminos, mediante decisão unânime em assembleia geral, computando-se todos os votos totais, excluindo neste caso o devedor.

Adjudicado o bem pelo condomínio, este representado pelo síndico, ele deve requerer o registro do título judicial, perante o Cartório de Registro de Imóveis da Região, apresentando para tanto a ata de eleição, a ata com a anuência dos demais condôminos. No caso de posterior alienação para terceiros, deverá o síndico convocar nova assembleia geral para decidir sobre a alienação do imóvel, necessária para validação da transferência da titularidade para terceiros.

Considerações finais

Apesar da evolução dos mecanismos jurídicos para compelir os condôminos quanto ao pagamento das suas contribuições, ainda percebemos um descompasso entre a urgente necessidade do condomínio em satisfazer seus créditos e a efetivação destes. Considero as recentes alterações no Código de Processo Civil um grande avanço para a redução do tempo processual, mas ainda assim, muitos condomínios e administradores preferem celebrar acordos para pagamento destas dívidas, para evitar que os demais condôminos sejam obrigados a custear despesas para as quais já contribuíram.

A estabilidade da economia e o incentivo do Governo Federal para a aquisição de novas propriedades, também são reflexos do aumento de ações judiciais para cobrança de cotas condominiais, que acredito seja proporcional ao

número unidades novas entregues pelas incorporadoras e construtoras.

Tendo em vista a crescente demanda de novas moradias em edifícios, se faz necessária uma reflexão sobre a criação de um mecanismo jurídico capaz de satisfazer com maior rapidez uma necessidade que se mostra urgente e presente em grande parte dos condomínios.

Referências Bibliográficas

Avvad, Pedro Elias

Condomínio em Edificações – Novo Código Civil Comentado

Rio de Janeiro - Editora Renovar, 2004

ISBN 85-7147-406-0

Franco, J. Nascimento

Comdomínio / J. Nascimento Franco – 5 ed.

São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2005

PORTAL SINDICONET

www.sindiconet.com.br

IRIB - Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Fonte: Base de dados do IRIB Responde

Comentários: Equipe de revisores técnicos

www.irim.org.br

Locação de Imóveis Urbanos: Algumas Notas Sobre as Ações Renovatórias

Sumário

1. As ações renovatórias de contratos de locação
2. O direito do locatário à renovação do contrato
3. Os requisitos do artigo 71: a petição inicial
4. Fixação do valor do novo aluguel
5. Fixação de aluguel provisório (parágrafo 4º, do art. 72)
6. Sucumbência
7. Efeito da apelação
8. Os vetos presidenciais
9. Conclusão: a proteção ao fundo de empresa depende da atenção aos dispositivos processuais

Palavras-chave: Renovatória – Requisitos Da Petição Inicial – Avaliação Do Aluguel – Aluguel Provisório – Efeitos Da Apelação Em Renovatória – Sucumbência Em Ação Renovatória



Jaques Bushatsky - Advogado. Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico, da OAB/SP.

1. As ações renovatórias de contratos de locação

É sensível a elevação da quantidade de ações renovatórias ajuizadas em São Paulo: em 2011, foram distribuídas 438 ações e neste ano de 2012, somente até junho, já foram 750 as demandas aforadas, a explicar a preocupação com o tema.

Foram escolhidos nesta oportunidade, alguns tópicos que parecem merecer análise com a brevidade que a advocacia impõe. Evidentemente, não existe qualquer pretensão ao esgotamento da matéria, que mereceu a edição de diversas e portentosas obras, escritas por renomados juristas.

2. O direito do locatário à renovação do contrato

O direito à renovação da locação de imóvel destinado ao comércio encontra-se previsto no artigo 51 da Lei das Locações, sendo outorgado se o locatário reunir as seguintes condições, a par de preenchidos os requisitos discriminados no artigo 71: (i) o contrato a renovar ter sido celebrado por escrito e com prazo determinado; (ii) o contrato a renovar (um ou vários consecutivos) abranger o período mínimo de cinco anos; (iii) o locatário explorar o mesmo ramo de comércio no local por pelo menos três anos.

Deve ser observado que o artigo 45 da Lei nº. 8.245/91 fulmina, por nula, eventual cláusula contratual que impeça a renovatória, previsão que não foi novidade quando insculpida na Lei de 1991.

Realmente, no Decreto nº. 24.150, de 1934, o artigo 30 previa: "São também nulas de pleno direito as cláusulas que visem a ilidir os objetivos da presente lei, e nomeadamente, as cláusulas proibitivas da renovação do contrato de locação, ou que impliquem renúncia dos direitos tutelados por esta lei".

Diga-se o mesmo quanto à Lei nº. 6.649, de 1979, cujo artigo 46 dispunha: "São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os

objetivos da presente lei, e, nomeadamente, aquele que proíbe a sua prorrogação".

Pode ser recordado que: (i) não é necessário, em regra, que o contrato de locação esteja registrado, para o pleito renovatório¹; (ii) embora a Lei de Locações exija (art. 51, II) a soma dos prazos ininterruptos, a afastar a possibilidade da acumulação de prazos contratuais quando ocorra solução de continuidade entre os períodos pactuados, a jurisprudência² admite tradicionalmente a "accessio temporis" quando breve e justificado o interregno entre os contratos; (iii) ocorre a decadência do direito à renovação se a ação não for ajuizada entre um ano e seis meses anterior à data do termo final do contrato em vigor, mas o retardo na citação do locador não prejudica o locatário, desde que decorrente do funcionamento da máquina judiciária; (iv) nada impede, aliás, é obrigatório³ que se proponha uma segunda ação renovatória se correr o prazo necessário ao ajuizamento, malgrado se arraste o processamento da primeira ação.

No mais, não pode ser olvidado o artigo 52, da Lei das Locações, que indica as excludentes do direito à renovação. Assim, o locador não estará obrigado a renovar o contrato quando: "I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificações de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade; II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente"⁴.

3. Os requisitos do artigo 71: a petição inicial

É bastante claro o mandamento legal⁵ e a Lei nº.

1 RT 657/132.

2 (STJ – 4ª Turma, RESP nº.14540, relator Ministro Cesar Rocha, julg. 20/02/97).

3 (STJ – 6ª Turma, AI nº.122.092 – AGRG, relator Ministro Vicente Cernicchiaro, julg. 12/05/97).

4 Transcrição dos incisos I e II, do art. 52.

5 "Art. 71. Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com: I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51; II - prova do exato cumprimento do contrato em curso; III - prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia; IV - indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação; V - indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se

12.112/09 somente deu nova redação ao inciso V (que cuida da indicação de fiador).

Pois bem, a lei é contundente ao exigir o cumprimento de condições específicas, intransponíveis e, a oportunidade para apresentação da documentação pertinente se dá com a inicial, jamais depois.

Logo com a petição inicial, o locatário deve provar o cumprimento de cada um dos requisitos, condições "sine qua non", tais como o período contratado por escrito (incisos I e II, do art. 51); a exploração do comércio (art. 51, III) durante o período de, ao menos, três anos ininterruptos; o exato cumprimento do contrato, inclusive a adequada contratação de seguro (art. 71, II); a quitação dos impostos e taxas (art. 71, III) e assim por diante.

São cedidas as decisões⁶ negando a renovatória em razão da ausência da documentação exigida pelo artigo 71, da Lei nº. 8.245/91, a ser apresentada logo com a petição inicial e, de fato, a clareza do dispositivo impõe a sua estrita obediência⁷.

4. Fixação do valor do novo aluguel

Nas ações renovatórias é crucial a fase de apuração do aluguel justo, isto é, coerente com o praticado pelo mercado no momento da decisão judicial.

Tal averiguação exige o estudo de vários elementos informativos e relevantes, de onde a essencialidade dos laudos periciais, cuja metodologia tem sido sofisticada em prol do atendimento das sucessivas mutações econômicas (expressão de diversos fatores, evidentemente) vivenciadas no país e em especial, em alguns locais.

A par dos dados tradicionalmente considerados e dos meios utilizados, foram desenvolvidas pesquisas interessantes, valendo a rápida e exemplificativa lembrança daquelas resultantes no "índice de custos condominiais", pois sob a ótica do locatário, é relevante o custo total em que incorrerá, seja o importe destinado ao locador (aluguel) ou ao condomínio; no "comportamento dos valores médios contratados", na "quantidade de ações locatícias ajuizadas", do Secovi-SP ou das "vendas de imóveis residenciais novos na cidade de São Paulo", da Embraesp. São claros indicadores das tendências de mercado e cumpre, aos especialistas, interpretá-los e considerá-los.

A sofisticação das avaliações (vale dizer, o cada vez mais minucioso tratamento científico dos trabalhos avaliatórios) é detidamente acompanhada pelo "IVSC - International Valuation Standards Council", na busca da sistematização dos conceitos e dos critérios correntes, para que se alcance uma adequada padronização dos laudos.

Atenta-se, quando tais critérios são contemplados em normas técnicas, são estas equiparadas à lei, no aspecto material⁸ e conseqüentemente, haverão de ser aplicadas nos laudos.

Mormente em cidades em constante e veloz desenvolvimento, a diversidade de alterações dos fatos tem provocado o envelhecimento precoce das avaliações e prevê o Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia - IBAPE, que "Nos casos de exame de dados não contemporâneos, é desaconselhável a atualização do mercado imobiliário através de índices econômicos, quando não houver paridade entre eles, devendo, nesse caso, o preço ser atualizado mediante consulta direta à fonte"⁹.

de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira; VI - prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for; VII - prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário."

⁶ "Para que tenha curso a ação renovatória, necessário que sejam atendidos, no momento de seu ajuizamento, os requisitos previstos no art. 71 da Lei do Inquilinato", consta da ementa do acórdão proferido na Apelação Cível nº. 32557-8/2008, 5ª Câmara Cível - TJBA, Relatora Desembargadora Vera Lucia Freire de Carvalho, julg. 20.01.2009.

⁷ Impossibilidades pontuais na reunião desses elementos ficam no fosse das patologias, com bom senso analisadas judicialmente.

⁸ Para a Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz: "Assim, as Normas Técnicas Brasileiras, por imporem condutas restritivas de liberdades fundamentais (liberdade de iniciativa, de indústria, de comércio etc.) e destinarem-se a proteger o exercício de direitos fundamentais (direito à vida, à saúde, à segurança, ao meio ambiente etc.) expressam, como se disse acima, atividade normativa material secundária do Poder Público, ou, como ensina a doutrina, podem ser qualificadas de atos normativos equiparados à lei em sentido material, por retirarem sua força e validade de "norma" impositiva de conduta de atos legislativos e regulamentares do ordenamento jurídico brasileiro." ("O posicionamento institucional da ABNT e das normas técnicas no quadro dos direitos fundamentais" "in" Revista Mestrado em Direito, Osasco (SP), Ano 6, nº. 1, 2006, p. 63-95).

⁹ "11.3 Recomendações" da Norma para Avaliação de Imóveis Urbanos do IBAPE/2005, que atende as exigências do item 8.2.1.4.2 da NBR 14653-2 de 2004, da ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Ou seja, a singela aritmética calçada em índices de inflação, pode levar à apuração de valor enganado e bem por isso, os especialistas¹⁰ não deixam seus trabalhos restritos a tal. Ou seja, são, sim, necessários laudos de avaliação contemporâneos à decisão judicial.

No âmbito do pedido vestibular a ser formulado em ações renovatórias ou revisionais, raramente haverá substância na postulação da singela atualização monetária do aluguel antigo: é tão imensa a alteração das cidades, que ou o valor velho deverá crescer bastante, ou sofrerá diminuição, dificilmente ocorrerá a pacífica manutenção, tão somente atualizada: vivemos no Brasil!

Sensível à necessidade de perseguir-se o valor exato e contemporâneo como pressuposto da distribuição da justiça, a jurisprudência¹¹ (buscando base no artigo 683, do CPC) tem considerado como elementos de convicção, a serem tratados em laudos técnicos:

(i) Matérias jornalísticas e certidões: “além da avaliação imobiliária e reportagens acostadas pelo recorrente com vistas a demonstrar a valorização do imóvel, consta também certidão em que o Poder Público Municipal avalia o bem...”¹², analisando, portanto, tais elementos, desde que demonstrados;

(ii) Fatos notórios (art. 334, do CPC) acerca de investimentos públicos: “forçoso é convir que constitui fato notório que a Municipalidade de São Paulo implementou obras viárias de relevo na região em que situado o imóvel penhorado (...), que podem ter importado em valorização do bem em vulto que se denote incompatível com a mera atualização monetária da avaliação realizada há aproximadamente quatro anos”¹³;

(iii) Cotações e pesquisas genéricas publicadas: “(...) a parte devedora acostou aos autos, ainda, matérias acerca da valorização dos imóveis usados, nos anos de 2008 e 2009 (...), além de cotações de imóveis residenciais similares ao constrito”¹⁴;

(iv) Alteração do zoneamento: “apresentação de fatos novos que recomendam atualizar a avaliação à vista da alteração do zoneamento e da implantação em área vizinha de retro porto”¹⁵.

Em suma, as modernas circunstâncias com repercussão no valor dos imóveis e os cada vez mais acessíveis meios de informação, têm sido considerados como elementos a serem analisados nas avaliações, para subsidiar decretos judiciais estritamente legais e justos. Logo, postulação judicial alguma poderá, pensa-se, se afastar dessa evidência.

5. Fixação de aluguel provisório (parágrafo 4º, do art. 72)

O locador (ou o sublocador) pode requerer que seja fixado – e o faz ao contestar a ação – aluguel provisório, jamais superior a 80% daquele postulado na peça de resistência, que vigorará desde o primeiro mês do período renovando.

Essencial é a prova do valor justo, que se faz com a exibição de elementos hábeis para a respectiva aferição, renovando-se a este propósito o antes discorrido acerca da avaliação.

E deve ser anotado: existindo dados razoáveis, será fixado o aluguel provisório; sobrevindo elementos de convicção que sugiram a sua alteração, tal se dará¹⁶.

10 Sempre submetidos às normas técnicas, seja em atenção ao “estado da arte”, seja por lei, os engenheiros, os arquitetos e os agrônomos, lembra-se, atentam ao Código de Ética (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) que prevê a atenção às “normas aplicáveis”, que não são somente as leis em sentido estrito.

11 As transcrições de julgados foram extraídas de ementas e dos corpos dos acórdãos citados, material colhido pela internet nos Tribunais referidos.

12 Agravo de Instrumento nº. 700241285062008, TJRS, Relator Desembargador Glêncio José Wasserstein Hekman, julg. 05/05/2008.

13 Agravo Regimental nº. 2.000.689-3/81, TJSP, Relator Desembargador João Camillo de Almeida Prado Costa, julg. 12/04/2005.

14 Agravo de Instrumento nº. 70035411859, TJRS, Relator Desembargador Orlando Heemann Júnior, julg. 06/04/2010.

15 Agravo de Instrumento nº. 783216-5/5-00, TJSP, Relator Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, julg. 11/09/2008.

16 “(...) Conforme se verifica o valor atualmente pago pela agravante a título de aluguel corresponde ao montante pactuado entre as partes há mais de uma década, apenas com reajustes anuais pelo IGP-M, conforme previsão contratual. É notório, no entanto, que o valor dos alugueis na cidade de São Paulo, nos últimos anos, sofreu aumentos muito superiores a esse índice. Houve, ainda, grande valorização da Rua Vinte e Cinco de Março, importante endereço comercial onde está localizado o imóvel. Não parece razoável, portanto, a manutenção do valor do aluguel atual. (...). Nada impede que, após a produção de prova pericial, seja esse valor ajustado para mais ou para menos, caso

6. Sucumbência

No que diz com a condenação ao suporte da sucumbência em ações renovatórias, comunga-se com o pensamento de Chiovenda, para quem tudo quanto se despendeu até que fosse reconhecido o direito, ou para que este não fosse diminuído, deverá ser recomposto ao titular do direito.

Nessa linha, Yussef Said Cahali sintetizou que: “A condenação nas despesas é a conseqüência necessária da necessidade do processo, o que se explica pelo princípio fundamental de que a sentença deve ensejar a atuação da lei como se isto acontecesse no momento mesmo da propositura da ação”¹⁷.

Esta é a idéia: é dever do sucumbente pagar as despesas processuais, vindo a propósito a previsão do art. 20, do CPC¹⁸. Bem por isso, “Em havendo o reconhecimento do pedido inicial (rectius: pleito renovatório), inconcebível a existência de lide de mero acerto, de modo que as custas e honorários advocatícios serão devidos pelo réu, pois foi quem deu causa à instauração do processo”, como constou de paradigmático e recente voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹⁹.

Caberia indagar: o item da “fixação do aluguel” é tão importante quanto o do “exercício do direito de renovar”? Ou então, se a questão vital em demanda é somente a referente ao valor, por que é que as partes não a levam, somente ela, a juízo, acordando quanto ao restante?

O que se percebe é que o locatário é obrigado a invocar a tutela judicial, pois não consegue obter novo contrato; após vencer todas as questões de direito e de fato que cercam a sua pretensão, passa finalmente a debater o valor do aluguel.

se verifique a respectiva inadequação. Ademais, poderá ser determinada eventual compensação após a fixação dos alugueis definitivos (Lei nº. 8.245/91, art. 73). Neste momento, no entanto, diante dos elementos já existentes nos autos, o montante revela-se razoável e deve ser mantido”. (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 0084604-11. 2011.8.26.0000, relator Desembargador Pereira Calças, DJE, edição de 01/06/2011).

17 Honorários Advocatícios, Cahali, Yussef Said. 2ª Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990 - p. 34.

18 Coerente com a previsão do diploma instrumental anterior e com o artigo 91 da lei processual italiana, seu inspirador: “Il giudice, com la sentenza que chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell’atra e ne liquida l’ammontare insieme con gli onorari di difesa”.

19 (STJ – AGREG em Agravo de Instrumento nº. 878.460/DF, julg. 14/09/10, DJU de 04/10/10).

Ora, é evidente que toda a amplitude da renovação contratual é objetivada na ação: discute-se o preenchimento dos requisitos legais principais (existência e tempo de contrato escrito; prática do mesmo ramo de negócios, cumprimento dos dispositivos ajustados) e, obviamente, o valor do aluguel.

Daí concluir-se que, se quem “sucumbe” é quem “perde” o embate (conforme o aforismo, “qui victus est iudicio superatus”), e se o tema “valor do aluguel” é um entre os vários discutidos, será razoável, nas ações renovatórias (necessárias: não o fossem, ser-lhe-iam precedentes os acordos), condenar-se o locador, sempre que forem julgadas procedentes as demandas, não se atribuindo ao valor eventualmente divergente do aluguel (o que não abrange as situações de proposta diametralmente distinta da decretada, como já decidiu boa jurisprudência²⁰), o mesmo peso dado à totalidade das demais questões.

7. Efeito da apelação

Remanesce a previsão do inciso V, do artigo 58 da Lei nº. 8.245/91²¹, que determina que o recurso de apelação seja recebido somente no efeito devolutivo.

Trata-se de tema que, malgrado a clareza do dispositivo legal, continua sendo submetido ao Judiciário, firme na atribuição de somente este efeito ao recurso, mesmo quando agitado o argumento de os artigos 558 e 520, do CPC, abrirem ao relator a possibilidade de conceder efeito suspensivo à apelação.

Assim, “... Quanto às demais irresignações, melhor sorte não assiste à recorrente, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento segundo o qual não se aplica a regra do duplo efeito prevista no art. 520, do Código de Processo Civil aos recursos interpostos em ação de despejo ou renovatória (art. 58,

20 “Em se tratando de ação renovatória em que as partes discutem apenas o valor do aluguel do imóvel para o contrato renovando, não há se falar tratar-se de ação de mero acerto quando há substancial diferença entre o aluguel proposto e o fixado. Neste caso, o vencido deve suportar os ônus sucumbenciais, honorários advocatícios, inclusive” – Apelação com revisão nº. 1143737-0/3 – São Paulo, TJSP, relator desembargador Luis de Carvalho, julg. 28/01/09.

21 “Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte: (...) V - os recursos interpostos contra as sentenças terão efeito somente devolutivo.”

inciso V), eis que a hipótese resta regulada por norma específica...”, no dizer do Ministro Gilson Dipp²².

Logo, é respeitada a lei específica (vindo sempre a pelo o artigo 2.036, do Código Civil) e imaginar-se a atribuição imotivada de efeito suspensivo a apelação, configuraria franca irritação ao artigo 58, V da Lei nº. 8.245/91.

8. Os vetos presidenciais

As ações renovatórias foram lembradas na Lei nº. 12.112 de 09/12/2009, que modernizou a Lei nº. 8.245, de 18/10/1991, que rege as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

Pretendia-se mais do que findou no diploma legal, interessando breve lembrança sobre os vetos opostos nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, ao Projeto de Lei nº. 140, de 2009 (nº 71/07 na Câmara dos Deputados), aprovado pela unanimidade dos membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal²³.

Primeiro destaque é a manutenção²⁴ do texto do art. 74 da lei nº. 8.245/91, referente às ações renovatórias que não resultem na renovação, almejada, do contrato: não foi admitida a liminar de desocupação, sendo mantido o prazo de seis meses para o despejo, malgrado tal decreto ocorra, mercê da mecânica forense, muito tempo depois de verificado o termo final do contrato cuja renovação se busca judicialmente, não representando, a desocupação, surpresa a qualquer dos envolvidos.

Outro veto, se deu quanto à pretendida²⁵ alteração do art. 75 da Lei nº. 8.245/91, permanecendo a previsão de

que o próprio juiz que julgar a renovatória improcedente e acolher melhor proposta de terceiro (art. 72-III), fixará a indenização devida ao locatário, ao invés de remetê-lo ao ajuizamento de nova e dispendiosa demanda judicial.

Findou também vetada a alteração do parágrafo 3º²⁶ do art. 52 que mantinha a indenização ao locatário se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não desse o destino alegado ou não iniciasse as obras determinadas pelo poder público ou que tivesse declarado que iria encetar, mas suprimia a indenização, que remanesce legalmente devida, na hipótese de “a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições”²⁷.

Foi, portanto, mantida a previsão de indenização para a hipótese, situação que muita grita gerou quando do advento da Lei nº. 12.112/09, pois não observado que fora preservada a antiga situação legal, embora praticamente desconhecido, na casuística forense, exemplo de tal evento, até porque, em regra, é solvido extrajudicialmente pelos interessados.

9. Conclusão: a proteção ao fundo de empresa depende da atenção aos dispositivos processuais

Como se vê, é através de dispositivos processuais, aliados em especial à exigência do adimplemento do contrato de locação que se protege o fundo de empresa (ou, como muitos o compreendem, o “ponto comercial”).

A estrita atenção aos ditames legais é, enfim, o meio de proteger esse patrimônio do locatário de imóvel no qual se desenvolva atividade não residencial. Realça-se: se é verdade que somente o exato e quase obsessivo cumprimento do contrato permitirá a defesa dos direitos dele decorrentes, é por igual verdadeira a conclusão de que idêntica ou maior relevância tem o cumprimento de cada um dos dispositivos de natureza processual.

22 (STJ, Recurso Especial nº. 756.913, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, julg. 23/04/2007)

23 Após o relato da Senadora Ideli Salvatti.

24 Era a seguinte a alteração pretendida no Projeto de Lei: “§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em 15 (quinze) dias, contados da intimação do locatário, por si ou por seu advogado, quando houver, na contestação, pedido de retomada fundado em melhor proposta de terceiro. § 2º A desocupação liminar somente será indeferida se: I – a proposta de terceiro não atender aos requisitos previstos no § 2º do art. 72; II – o locatário aceitar, em réplica, as mesmas condições ofertadas pelo terceiro. § 3º A execução provisória da retomada fica condicionada à prestação de caução em valor não inferior a 6 (seis) meses nem superior a 12 (doze) meses do aluguel, atualizado até a data da prestação da caução.”

25 Era pretendida a seguinte redação: “Art. 75. Sendo executada provisoriamente a decisão ou sentença que conceder a retomada do imóvel, o locatário terá direito a reclamar, em ação própria, indenização por perdas e danos, caso a ação renovatória venha a ser julgada procedente ao final da demanda, vedado, em qualquer hipótese, o retorno do locatário ao imóvel”.

26 Do Projeto de Lei, previsão vetada: “§ 3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio se o locador, no prazo de 3 (três) meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo poder público ou que declarou pretender realizar.”

27 Como consta no texto do § 3º, do artigo 52, da Lei nº. 8.245/91.

O

rigem Da Cadeia Dominial De Imóveis Rurais: A Importância De Sua Análise Para Fins De Aquisição De Áreas E A Imprescindibilidade De Uma Reflexão Sócio-Jurídica

Sumário

Introdução

1. Lei de Terras do Brasil e o conceito de terras devolutas
2. A inexistência de Título de Domínio
3. A nulidade de Título de Domínio
4. A estrita legalidade *versus* a proteção à confiança – o julgamento da ACO 79
5. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-Chave: agronegócio – imóvel rural – cadeia dominial – Lei de Terras – terras devolutas – usucapião – processo discriminatório – título de domínio.



Thalita Duarte Henriques Pinto – Advogada. Especialista em Negócios Imobiliários; Membro da Mesa de Debates de Direito Imobiliário – MDDI e professora nos cursos de especialização em direito imobiliário da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil.

Paulo Vitor Paula Santos Zampieri – Advogado. Formado e membro do Instituto Brasileiro de Direito da Construção – IBDIC.

Resumo

Com o fortalecimento do agronegócio, as questões fundiárias têm ganhado cada vez mais relevância. Nesse contexto, o presente artigo tem por finalidade colocar para debate dos aplicadores do Direito a relevância da análise da cadeia dominial dos imóveis rurais, em especial de sua origem, tudo de forma a evitar, dentre outros, a aquisição de áreas que se configurem como terras devolutas, passíveis de eventual retomada pelo Poder Público.

**

É notório e intenso o fortalecimento do agronegócio brasileiro nos últimos anos, com a crescente aplicação de recursos financeiros e tecnológicos no campo e a expansão das fronteiras agrícolas.

Esse pujante processo de desenvolvimento na área rural tem atraído olhares cada vez mais atentos para a questão fundiária brasileira, em seus mais diversos aspectos. Em especial, há uma preocupação por parte dos investidores agrários com a legitimidade dos documentos que comprovam a propriedade do imóvel rural. Afinal, a “solidez” da propriedade rural é elemento essencial para conferir segurança jurídica aos vultosos investimentos que vêm sendo realizados.

Nesse contexto, tem sido de especial relevância a análise minuciosa da cadeia sucessória (dominial) do imóvel rural e de sua origem, com a finalidade de verificar a existência e validade de documentos que comprovem terem sido os imóveis rurais destacados do patrimônio público, passando a pertencer ao particular (em geral, títulos de domínio expedidos pelo Estado).

A comprovação de que o imóvel rural não pertence ao domínio público é de fundamental importância, já que os bens públicos poderão ser reclamados, a qualquer tempo, pelo Estado, sem que seja dado ao particular alegar a prescrição aquisitiva de bens públicos. Assim,

ainda que o particular e/ou seus antecessores ocupem o imóvel há várias décadas, tal situação fática não servirá para convalidar a falta de destaque do imóvel do domínio público, como se verá adiante.

Apesar da extrema relevância de tal documentação, é comum deparar-se com áreas rurais cuja origem não está fundada em títulos expedidos pelo Poder Público, restando impossibilitada a comprovação de que foram destacadas do patrimônio estatal. Também não raras são as propriedades rurais que possuem origem em títulos eivados de nulidade, posto que outorgados em desacordo com a legislação vigente.

Isso nos leva a concluir que, nas últimas décadas, as transações imobiliárias envolvendo imóveis rurais eram feitas sem uma análise jurídica mais detalhada. De fato, pelo que se verifica de operações realizadas com áreas situadas nas regiões Norte e Nordeste (regiões em que a expansão da fronteira agrícola ocorreu por último), a aquisição de imóveis era feita, até pouco tempo, na base da confiança, muitas vezes sem qualquer análise jurídica¹.

Essa situação sociológica acabou permitindo que áreas rurais com cadeias dominiais nulas fossem sucessivamente alienadas, afastando, ainda que apenas temporalmente, o vício de sua origem.

O debate que ora se pretende e que, conforme se verá adiante, foi recentemente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal é justamente analisar as consequências da inexistência ou nulidade de títulos de domínio expedidos pelo Estado *vis-à-vis* uma realidade fática há muito consolidada.

Para melhor compreensão do ponto ora colocado em debate, vale tecer alguns breves comentários sobre a legislação agrária em seu nascedouro: a Lei de Terras do Brasil.

¹ Para o produtor rural que comprava imóveis rurais, o importante era analisar se o solo e a região eram propícios à atividade agropecuária pretendida, tendo as questões legais atinentes à aquisição do bem menor - ou quase nenhuma - relevância.

1. Lei de Terras do Brasil e o conceito de terras devolutas

O processo de ocupação do território brasileiro iniciou-se com a concessão de sesmarias, sendo a primeira delas autorizada por força da Carta Régia datada de 20 de novembro de 1530, passada a Martim Afonso de Souza².

Com a independência do Brasil, a concessão de sesmarias foi suspensa, tendo o país passado por um período de vazio legal que se prolongou até 18 de setembro de 1850³, quando foi editada a primeira Lei de Terras (Lei n.º 601), posteriormente regulamentada por força do Decreto Imperial n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Uma das principais finalidades da Lei de Terras foi retomar a propriedade de áreas cuja ocupação, por alguma razão, não havia se consolidado ao longo do tempo. Daí o surgimento da expressão "terras devolutas"⁴.

O conceito de "terras devolutas" foi dado pela Lei de Terras por exclusão. Eram consideradas devolutas todas as terras que já não fossem de domínio público, bem como aquelas que não fossem consideradas como propriedade privada.

A referida Lei de Terras, por sua vez, considerava como propriedade privada as seguintes áreas: (i) aquelas objeto de título legítimo de domínio, não incursas em comisso; (ii) aquelas objeto de sesmaria ou concessão, desde que o particular providenciasse o devido procedimento de revalidação; e (iii) aquelas objeto de posse, desde que o particular providenciasse a necessária legitimação.

Em suma, para que uma área fosse considerada de propriedade particular, de duas uma: ou já havia sido outorgado pelo Poder Público título legítimo de propriedade, ou o particular deveria providenciar o procedimento de revalidação ou legitimação.

² Cf. A. GARCEZ e H. A. MACHADO, *Lei de Terra do Estado da Bahia*, 2ª ed., Salvador, 2001, p. 19.

³ Cf. A. GARCEZ e H. A. MACHADO, *op. cit.*, p.21.

⁴ O termo "devolutas" é oriundo do latim (*devolutum*) e tem o sentido de "devolvido", "adquirido por devolução". (Cf. E. SILVA FILHO, *Terras Devolutas*, RT 554/55).

De acordo com o artigo 4º da Lei de Terras, seriam revalidadas "*as sesmarias ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas*". O procedimento para revalidação de terras foi previsto no Regulamento da Lei de Terras.

A legitimação de posses, por sua vez, encontra previsão no artigo 5º da Lei de Terras: "*Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente*". O procedimento para legitimação também foi previsto no Regulamento da Lei de Terras.

Como se vê, tanto para a revalidação, quanto para a legitimação, um dos requisitos essenciais era a efetiva exploração do imóvel na época.

Todas as demais áreas, nos termos do artigo 3º da Lei n.º 601/1850, eram consideradas públicas ou devolutas⁵. Assim, ainda que uma área fosse objeto de sesmaria ou concessão, caso não tivesse sido efetivamente explorada pelo particular, não poderia ser revalidada, passando, portanto, a configurar-se como terra devoluta.

Ainda nos termos da Lei de Terras, as terras devolutas somente poderiam ser adquiridas mediante venda e compra, na forma de seu artigo 1º⁶.

⁵ Cf. artigo 3º da Lei n.º 601/1850: "São terras devolutas: § 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal. § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura. § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei. § 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei."

⁶ Cf. artigo 1º da Lei n.º 601/1850: "Ficam prohibidas as aquisições de terras devolutas por outro titulo que não seja o de compra."

Com o advento da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a propriedade da maior parte das terras devolutas foi transmitida aos respectivos estados⁷, que passaram, portanto, a deter competência para praticar os atos de alienação das referidas áreas.

2. A inexistência de Título de Domínio

Ao mesmo tempo em que apresentou os conceitos de propriedade particular e propriedade estatal, a Lei de Terras definiu o procedimento pelo qual o Poder Público formalizaria a retomada da propriedade das terras devolutas⁸. Atualmente, o mencionado procedimento é denominado de processo discriminatório e, no âmbito federal, encontra-se regulado pela Lei n.º 6.383, de 07 de dezembro de 1976.

Em um processo discriminatório, restando demonstrado que a área rural ainda integra o patrimônio público, seja porque nunca deixou a esfera patrimonial pública, seja porque foi devolvida ao patrimônio estatal, o particular deixa de ter qualquer direito quanto à propriedade e uso do referido imóvel.

Nesta hipótese, nem mesmo poderia o particular alegar a prescrição aquisitiva do imóvel rural, na medida em que os bens públicos não estão sujeitos a usucapião, nos termos do artigo 191, parágrafo único, da Constituição Federal⁹ e do artigo 102 do Código Civil Brasileiro¹⁰.

Em outras palavras, ainda que se demonstre o exercício de posse mansa e pacífica por particular por mais de 15

ou 20 anos, não terá o particular o direito de usucapir o imóvel. A situação fática não poderá, portanto, ser oposta à pretensão discriminatória do Estado.

Segue-se daí porque é fundamental a análise da existência de título legítimo de domínio, apto a comprovar o destaque do imóvel rural do patrimônio estatal e, com isso, afastar o risco de eventual discriminação pelo Poder Público.

3. A nulidade de Título de Domínio

Ocorre que a simples existência de um título de domínio expedido pelo Estado não é, por si só, suficiente para conferir segurança jurídica à aquisição imobiliária de áreas rurais.

É necessário também que os títulos tenham sido expedidos em consonância com o ordenamento jurídico então vigente, sob pena de serem declarados nulos. É o caso, dentre outros, de títulos relativos a áreas localizadas em reservas indígenas, inalienáveis em sua natureza.

A esse respeito, destaque-se que, em decisão proferida em maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a nulidade de títulos de domínio expedidos pelo Estado da Bahia em desacordo com o artigo 198 da Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, que dispunha sobre a inalienabilidade das áreas habitadas por silvícolas¹¹ (Ação Cível Originária n.º 312, Rel. Min. Luiz Fux).

Também são nulos os títulos cuja concessão tenha desrespeitado as regras constitucionais. De fato, as Constituições Federais pátrias têm imposto diversos requisitos para a transferência de terras a particulares, em especial com relação ao tamanho da área passível de alienação.

⁷ Cf. artigo 64 da Constituição Federal de 1891: "Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais."

⁸ Cf. artigo 10 da Lei n.º 601/1850: "O Governo proverá o modo pratico de extremar o dominio publico do particular, segundo as regras acima estabelecidas, incumbindo a sua execução às autoridades que julgar mais convenientes, ou a commissarios especiaes, os quaes procederão administrativamente, fazendo decidir por arbitros as questões e duvidas de facto, e dando de suas proprias decisões recurso para o Presidente da Provincia, do qual o haverá tambem para o Governo."

⁹ Cf. artigo 191 da Constituição Federal Brasileira: "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

¹⁰ Cf. artigo 102 do Código Civil Brasileiro: "Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião".

¹¹ Cf. Artigo 198 da Emenda Constitucional n.º 01/1969: "Art. 198 - As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes."

Nesse sentido, por exemplo, a Carta Magna vigente prevê a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para a alienação de imóveis públicos com área superior a 2.500has. (dois mil quinhentos hectares)¹². Dessa forma, eventual alienação feita em desconformidade com tal norma será nula, o que afetará toda a cadeia dominial que desse ato se originar.

Nos termos dos artigos 168 e 169 do Código Civil Brasileiro¹³, os vícios que ensejam a nulidade dos negócios jurídicos podem ser questionados a qualquer momento, não estando sujeitos a prazo prescricional e, a rigor, ao convalidamento com o tempo.

Ademais, tais vícios podem ser suscitados por qualquer interessado, de ofício e até mesmo pela Administração Pública, a quem se atribui o poder-dever de rever seus próprios atos, quando eivados de nulidade¹⁴.

4. A estrita legalidade *versus* a proteção à confiança – o julgamento da ACO 79

Sob o ângulo da estrita legalidade, a questão ora posta em debate é extremamente simples: inexistindo título legítimo de domínio expedido pelo Estado ou havendo algum vício que o torne nulo, a consequência deve ser o reconhecimento do domínio público da área rural. Mas até que ponto a estrita legalidade deve ser tratada como um dogma?

Bastante comuns têm sido os casos em que se verifica a constituição de uma extensa cadeia sucessória formada por adquirentes de boa-fé, que adquiriram a propriedade do bem imóvel com base em matrículas imobiliárias e até mesmo títulos de domínio tidos até então como legítimos e válidos.

12 Cf. § 1º do artigo 188 da Constituição Federal do Brasil: "A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional".

13 Cf. artigo 168 do Código Civil Brasileiro: "As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes"; e artigo 169 do Código Civil Brasileiro: "O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo".

14 Cf. Súmula 473/STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

A retomada da propriedade rural pelo Estado, nestes casos, poderia causar significativos transtornos sociais, sem contar a enorme sensação de insegurança jurídica¹⁵. Por outro lado, abrir exceções à regra posta, permitindo a ocupação do bem público por um particular, põe em cheque a própria validade do ordenamento jurídico.

E foi justamente este o embate levado ao plenário do Supremo Tribunal Federal no último dia 15 de março de 2012. No bojo da Ação Civil Originária n.º 79, a União Federal pleiteou a anulação de concessões de domínio feitas pelo Estado do Mato Grosso há mais de 59 (cinquenta e nove) anos, tendo como fundamento o fato de que tais concessões desrespeitaram os limites constitucionais de área vigentes na ocasião.

No referido julgamento, foi vencedora a tese defendida pelo Relator Ministro Cezar Peluso, para quem as relações constituídas e estabilizadas sob a aparência de plena regularidade devem prevalecer – em situações específicas – sobre a estrita legalidade, em reverência aos princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança¹⁶.

Da mesma forma contundente foi o voto divergente proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello, a quem fez parecer que o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião máximo da Carta Constitucional, não poderia permitir uma violação tão patente de suas normas, sob pena de estimular o desrespeito à ordem jurídica.

É óbvio que o referido caso não pode ser tratado como precedente, como bem asseverou o Ministro Dias Toffoli durante o julgamento, dadas as suas características

15 A este respeito, confira-se a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: "o ato viciado se caracteriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados (...) e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável" (Cf. C. A. B. de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. ver. e atual, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p.484).

16 Nesta esteira, a lição da melhor doutrina: "É certo que o futuro não pode ser o perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público" (Cf. A. do COUTO E SILVA, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99)*, in Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 02).

peculiares e extraordinárias. Mas, por outro lado, é inegável o reconhecimento de que, passado mais de século e meio desde a edição da Lei de Terras, seja necessário repensar a propriedade rural brasileira.

5. Conclusão

A existência e a validade de títulos de domínio expedidos pelo Estado como forma de comprovar que os imóveis rurais não integram o patrimônio público são essenciais na análise da regularidade da propriedade rural. Afinal, os imóveis públicos estão sujeitos a processo discriminatório e não podem ser usucapidos, por mais que ocupados há muitos anos.

Esse tema tem assumido especial relevância com o fortalecimento do agronegócio brasileiro e o conseqüente destaque da questão fundiária. A segurança dos investimentos realizados no campo depende da solidez jurídica da propriedade rural e, para tanto, imprescindível é a análise da origem do imóvel rural.

Por outro lado, não raro deparamo-nos com áreas sem uma origem capaz de comprovar o regular e necessário destaque do imóvel do patrimônio público ou cujo título de origem foi outorgado em desconformidade às normas do ordenamento jurídico pátrio.

Nessa esteira, é imperioso que os aplicadores do Direito e os legisladores façam uma profunda reflexão sobre a possibilidade de se reconhecer os efeitos produzidos pela ocupação de boa-fé ao longo do tempo, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da confiança, *versus* a necessidade de se respeitar a estrita legalidade da norma posta.

De fato, não se pode ignorar a lei, mas tampouco a realidade fática consolidada há décadas.

Referências Bibliográficas

GARCEZ, Angelina e MACHADO, Hermano Augusto, *Lei de Terra do Estado da Bahia*, 2ª ed., Salvador, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed. ver. e atual, São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99)*, in Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 02.

SILVA FILHO, Elvino, *Terras Devolutas*, RT 554/55.

O Instituto do Tombamento e o Direito de Propriedade

Sumário

1. Notas introdutórias sobre o Direito de Propriedade
2. O Tombamento como instrumento de proteção ao Patrimônio Cultural
3. Síntese do processo de Tombamento:
4. Eventuais efeitos de caráter econômico em relação ao bem tombado
5. Incentivos para conservação do bem tombado
6. Considerações finais

Referências Bibliográficas

Palavras chaves: Direito de propriedade; limitações urbanísticas; preservação; incentivos; tombamento.



Marcelo Manhães de Almeida - Advogado. Membro do CONPRESP – Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo; Presidente da Comissão de Direito Urbanístico da OABSP; Vice-presidente da Mesa de Debates de Direito Imobiliário e Professor da Escola Superior de Advocacia da OABSP (ESA-OABSP).

1. Notas introdutórias sobre o Direito de Propriedade

O presente trabalho não tem a pretensão de desenvolver, com a profundidade que se poderia fazer, os conceitos de "propriedade" e de "direito de propriedade", ambos, sob o enfoque de sua existência e de seu exercício levando em conta os relacionamentos sociais e suas conseqüências em um determinado espaço de convivência humana.

De todo o modo, para abordar o tema central - o instituto do tombamento -, fazemos algumas observações relativas ao Direito de Propriedade transcrevendo ensinamentos que traduzem com singular perfeição, o tema que aqui se apresenta. Vejamos:

De Cláudia Fonseca Tutikian¹: ". . . a propriedade é, sim, juridicamente um direito fundamental, principalmente – mas não só – por estar arrolada no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXII, como tal, mas também por todo o esboço histórico da propriedade que sempre foi tratada como um direito fundamental", contrapondo-se assim, com a posição defendida por outros que entendem a propriedade como um direito exclusivamente patrimonial.

Conclui a ilustre Tabela: "Enfim, a definição mais adequada ao direito à propriedade é a de tratar-se de um direito fundamental patrimonial. Aliás, justamente por este direito ser patentemente fundamental, com tamanha grandeza a ponto de trazer embutidas a dignidade da pessoa humana e a cidadania das pessoas, é que se pretende o inverso: a ampliação do direito de propriedade em si e seus efeitos, visando beneficiar mais pessoas e, mormente, o interesse público."

Nesse mesmo sentido, a análise que faz o Professor Denis Lerrer Rosenfield² ao dizer que: "Um país constituído

de proprietários no sentido amplo do termo, um país que valorize a propriedade, um país que assegure aos seus o usufruto de seus bens, é um país em que vigora o estado de direito e onde a sociedade se desenvolve socialmente com crescimento econômico. E digo bem aqui que a valorização da propriedade privada e não a sua consideração como algo nocivo que deveria ser eliminado."

Mais adiante, assevera o professor de filosofia: "Dado esse seu caráter invisível, a propriedade se incorpora a um processo legal que a valoriza, que a faz pertencer a um circuito propriamente econômico, não podendo ser reduzida à posse de um objeto, mesmo que um bem imóvel. Não se trata somente de que os novos proprietários passarão a pagar impostos, mas que extrairão benefícios, via exercício de direitos, dessa sua integração a um sistema legal de propriedade. Enfatizem-se os benefícios desse processo de integração, que pode ser identificado a um de cidadania plena, de saída de um processo ilegal e/ou assistencialista, como o do bolsa-família."

Ainda que considerado um direito fundamental e de relevante interesse público como demonstração de pleno respeito ao estado de direito, a propriedade e o próprio exercício deste direito de propriedade encontra limitações que, fixadas conforme critérios objetivos concebidos em decorrência de um processo de participação da sociedade, devem também ser respeitados.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf³ trata dessa questão, da seguinte forma: "No que concerne às limitações urbanas ao direito de propriedade em face dos direitos de personalidade, podemos focar a importância que representam os elementos urbanísticos e o contorno que oferecem à propriedade, respeitando-se a função social que esta detém, pois como se sabe, na realidade brasileira milhares de pessoas convivem em ambientes instáveis, sem infraestrutura, desrespeitando as normas edilícias de segurança, desrespeitando a lei de

1 Tutikian, Cláudia Fonseca, Propriedade Imobiliária e o Registro de Imóveis – Perspectiva Histórica, Econômica, Social e Jurídica, Quartier Latin.

2 Rosenfield, Denis Lerrer, Reflexões sobre a Propriedade Privada, Elsevier.

3 Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas, Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade, Editora Atlas.

zoneamento, o Estatuto da Cidade, construindo suas casas em regiões insalubres ou com risco de desabamentos, favelas e morros."

Por seu turno, as limitações urbanísticas ao direito de propriedade encontram o seu fundamento constitucional no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (C.F.) - "*a propriedade atenderá a sua função social*" – cujas diretrizes, nos termos do seu artigo 182, devem ser fixadas pelo Plano Diretor de cada Município com mais de vinte mil habitantes.

Regulamentando o artigo 182 da C.F. e estabelecendo as diretrizes gerais de política urbana, a **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2007 (Estatuto da Cidade) define em seu **artigo 2º**, o objetivo da política urbana e quais suas diretrizes gerais, **das quais destacamos o inciso XII**, a saber:

"Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

. . .

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;. . ."

As restrições ao exercício do pleno direito de propriedade de bens imóveis pressupõem a subordinação do uso da propriedade privada face aos interesses públicos e às necessidades sociais, sem que por outro lado, despreze-se o dever-poder que tem o proprietário do bem em levar a efeito suas necessidades pessoais que o bem em questão, possa lhe suprir.

"Em termos urbanísticos, a malha urbana que se estabelece formando a cidade também possui personalidade. A identidade da cidade se dá pela configuração de suas construções, pela sua historicidade bem como pela viabilização da vida e do desenvolvimento global dos

*seus habitantes"*⁴

Neste sentido, há de se admitir, sempre calcado em dispositivo legal, o sacrifício que se opera pelo "privado" em relação "ente público". Dentre as restrições previstas em nosso ordenamento jurídico onde o interesse público se sobrepõe ao privado, vale citar os seguintes institutos: desapropriação, tombamento, vedação de uso do imóvel para determinados fins (lei de uso e ocupação do solo), áreas *non edificandi* por interesse ambiental, etc.

Mesmo não nos aprofundando, neste momento, sobre o problema da elevadíssima taxa de urbanização pelas quais passaram as cidades brasileiras nos últimos 50 (cinquenta) anos, cabe ponderar que toda e qualquer limitação à exploração do direito de propriedade pode provocar repercussões sob o ponto de vista de ocupação irregular do solo.

Essa preocupação encontra-se bem retratada por Edésio Fernandes⁵ no texto adiante destacado: "*A combinação de tais processos, industrialização e urbanização, tem provocado uma enorme concentração econômica, a qual tem determinado – e dependido em – um processo de exclusão política e segregação sócio-espacial da maior parte da população. Nas principais capitais brasileiras, áreas centrais modernas são cercadas por parcelamentos periféricos muito pobres, geralmente irregulares – se não "clandestinos" – onde a autoconstrução é a regra."*

Portanto, ao estudarmos instrumentos de limitação urbanísticas do direito de propriedade, devemos atentar para os efeitos que tais limitações podem gerar sob o ponto de vista social e econômico.

2. O Tombamento como instrumento de proteção ao Patrimônio Cultural

A proteção ao patrimônio cultural brasileiro vem sendo objeto de tratado pelos textos constitucionais desde a

⁴ Dabus Maluf, Adriana Caldas do rego Freitas, citando Fernando Checa Goitia, ob.cit.

⁵ Fernandes, Edésio. Direito Urbanístico, Livraria Del Rey Editora.

Constituição de 1934 (artigo 10, III), sendo certo que na Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a Ordem Social, o artigo 216 definiu o que vem a ser um bem que constitui patrimônio cultural brasileiro. Vejamos:

"Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos de formadores da sociedade brasileira nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico".

Para tanto, ao tratar da Organização do Estado (Título III), a Constituição Federal determinou que cabe ao Poder Público proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, **tombamento** e desapropriação.

Neste sentido, o artigo 23 da C. F. estabelece que é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, assim como impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Como instrumento de proteção, encontramos o instituto do "**tombamento**" que, em síntese, trata-se de um ato pelo qual a Administração Pública, após análise dos elementos técnicos que instruem o respectivo processo administrativo, reconhece que o bem se reveste dos

valores a que faz menção a Constituição Federal, e por conseguinte, decide-se pela necessidade de sua conservação. Por conta disso, a Administração Pública determina a sua preservação e a inclusão do bem no Livro dos Tombos.

Conforme nos ensina a ex-desembargadora, Professora Lúcia Valle Figueiredo (in *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Malheiros Editores), o tombamento é:

"... ato vinculado. Em outro falar, sem a existência de determinados pressupostos fáticos explícitos na lei, e sem obediência rigorosa ao devido processo legal, não se poderá verificar".

Considerando o disposto no citado artigo 23 da Constituição Federal, o bem pode ser tombado pela União (por meio do IPHAN), ou pelos órgãos estaduais e municipais criados para essa finalidade.

No Estado de São Paulo, o órgão competente para tratar de tombamento é o **CONDEPHAAT** (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo); no Município de São Paulo, é o **CONPRESP** (Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo).

3. Síntese do processo de Tombamento

O Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, dispõe que o tombamento pode ser (i) voluntário, pelo qual o proprietário solicita ou anui com o tombamento do seu bem; ou (ii) compulsório, onde há recusa em anuir com a inscrição do bem no Livro dos Tombos.

Deliberada a abertura do processo de tombamento, tem-se o que se denomina "tombamento provisório". Vale destacar que com o deferimento da abertura do processo de tombamento, opera-se desde logo, os efeitos do tombamento sobre o bem em análise. Ao concluir o processo, o órgão de preservação decidirá

se há ou não relevância do bem para que se proceda ao tombamento. Se negativa a conclusão, o bem fica liberado sem qualquer gravame; por outro lado, se a decisão for pelo tombamento, opera-se então o que se denomina "tombamento definitivo".

As decisões de tombamento (formalizadas por meio de "resoluções") são precedidas de estudos técnicos do qual, a meu ver, devem os respectivos proprietários participar ativamente, de modo a que sejam, os processos administrativos que tratam de tombamento, devidamente instruídos.

O nível de restrição a ser respeitado pelo proprietário do bem tombado estará apontado no ato administrativo que tratar do respectivo tombamento, cabendo aqui transcrever, por oportuno, o artigo 17 do Decreto-lei 25/37. Vejamos:

"Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado."

Dispositivos semelhantes foram adotados nas legislações estaduais e municipais que tratam dessa questão.

Cabe lembrar que a resolução de tombamento de determinado bem deverá também dispor sobre eventual restrição em **área envoltória** ao bem tombado de modo a evitar que alguma construção levada a efeito nessa área envoltória, impeça ou reduza, em nível significativo, a sua visibilidade.

4. Eventuais efeitos de caráter econômico em relação ao bem tombado

Conforme o nível de proteção definido para o bem tombado, poderá o mesmo: (a). tornar-se inútil ao proprietário

particular, (b). ter sua utilização parcialmente reduzida ou (c). não sofrer nenhum prejuízo com o tombamento.

Tornando-se inútil o bem tombado para o proprietário particular, configura-se caso de desapropriação indireta, cuja solução está na fixação de justa indenização.

Havendo apenas redução no potencial econômico ou utilização reduzida, o Poder Público está na prática, instituindo uma servidão sobre o bem, o que também deve ser objeto de indenização na proporção do que tenha sido atingido.

É o que ficou decidido pelo nosso Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento citado pela ex-desembargadora Lucia Valle Figueiredo (STF, Agravo de Instrumento 127.174), do qual destacamos da decisão de S. Exa., o Ministro José Celso de Mello:

"O Tombamento quando importar esvaziamento do valor econômico da propriedade impõe ao Estado o dever de indenizar."

E prossegue:

"Embora de extração constitucional, o tombamento não pode – e não deve – ser invocado pelo Estado como causa de exoneração do seu dever de indenizar aqueles que, como os particulares ora agravados, expondo-se à ação desenvolvida pelo Poder Público na defesa do patrimônio cultural, vêm a sofrer prejuízos materiais de ordem econômica resultantes da utilização governamental desse instrumento de limitação ao uso da propriedade privada'."

Por outro lado, não experimentando qualquer prejuízo o proprietário, nada há indenizar, cabendo entretanto, ao proprietário, respeitar as restrições impostas pela respectiva resolução de tombamento.

5. Incentivos para conservação do bem tombado

Ainda que criticado por alguns, há de se reconhecer que o tombamento é, por definição, o instrumento jurídico capaz para preservar os bens de relevância cultural; no entanto, em que pese essa sua qualidade, o que se vê é que não vem se mostrando eficaz posto que, isolado, não atinge ao objetivo de efetivamente preservar o bem tombado. A ausência de uma **política de preservação de bens tombados** leva, em verdade, a um abandono do bem tombado.

Não há medidas concretas que incentivem os proprietários de bens tombados a promover a recuperação, restauração e conservação de tais bens.

O artigo 19 do Decreto-lei 25/37 prevê que a União, em determinados casos, arcará com os custos com obras de conservação e reparação. Vejamos:

"Art. 19. O proprietário de coisa tombada que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa."

Ainda que se admita que esse dispositivo tenha sido aplicado em algum momento, vale notar que ele se presta apenas para a situação em que o proprietário comprove a sua indisponibilidade financeira para proceder às obras de conservação e reparação. Ou seja, não temos um único dispositivo focado na elaboração e aplicação de uma política concreta de incentivos à recuperação, restauração e utilização racional de um bem tombado que viabilize ao seu proprietário, não apenas promover à sua conservação, mas continuar a extrair do bem tombado, os justos rendimentos que esse patrimônio deveria gerar ainda que sobre ele, não pesasse o que hoje podemos

qualificar como "gravame do tombamento".

A permanecer esse descaso com a preservação racional e sustentável, o que se avizinha é uma situação de verdadeira hipocrisia onde a preservação do patrimônio histórico, cultura e artístico estará retratada apenas, e exclusivamente, nas páginas que instruem os processos administrativos de tombamentos pois, no mundo real, os bens listados nesses processos estarão (como muitos já estão), absolutamente deteriorados.

6. Considerações finais.

Da mesma forma que não podemos banalizar o instituto do Tombamento, procedendo a aberturas de inúmeros processos de tombamento de bens sobre os quais se busca, com muita dificuldade vale dizer, encontrar alguma relevância arquitetônica ou histórica para proceder ao seu tombamento, cabe-nos trabalhar com bastante dedicação, a formatação de um programa de incentivo aos bens tombados para que estes exemplares, devidamente reparados e conservados, sejam sinais de nossa história, de nossa cultura e nossa arquitetura.

Referências Bibliográficas

Tutikian, Cláudia Fonseca. "Propriedade Imobiliária e o Registro de Imóveis – Perspectivas Histórica, Econômica, Social e Jurídica". Quartier Latin.

Rosenfield, Denis Lerrer. "Reflexões sobre o Direito de Propriedade". Elsevier.

Dabus Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas. "Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade". Editora Atlas.

Figueiredo, Lúcia Valle. "Disciplina Urbanística da Propriedade", Malheiros Editores.

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

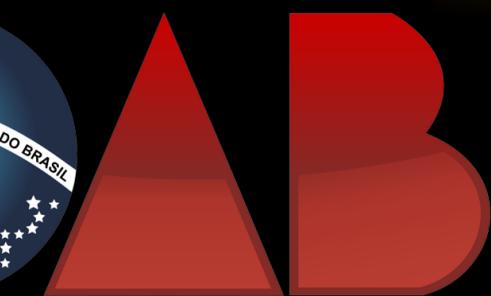
Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: revista@esa.oabsp.org.br**

Revista



ESA

SÃO PAULO