

OPINIÃO 4

JURÍDICA DIREITO IMOBILIÁRIO

Opini3o Jur3dica 4: Direito Imobili3rio

Secovi-SP
Editor

Jaques Bushatsky
José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
Coordenadores

Opinião Jurídica 4: Direito Imobiliário

Secovi-SP

São Paulo
2016

FICHA TÉCNICA

Presidente
Flavio Amary

Curador
Jaques Bushatsky

Coordenação geral
Jaques Bushatsky
José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

Secretária
Lucimara Albuquerque de Jesus

Edição e Revisão
Maria do Carmo Gregório
Assessoria de Comunicação do Secovi-SP

Agradecimentos
Adelmo Felizati
Beatriz Souza Brito
Janaína Jardim de Almeida
Márcio Valeriano
Monica Andrade
Patrícia Beli de Oliveira

Direção de Arte
João Paulo Palmieri
Departamento de Marketing do Secovi-SP

Diagramação
Marcos Vinicius Pellegrini
Departamento de Marketing do Secovi-SP

Contatos Secovi-SP
PABX: (11) 5591-1300

Jornalista responsável
Maria do Carmo Gregório MTb: 23.732

Fale conosco
secovi@secovi.com.br

Opinião jurídica 4 : direito imobiliário / Paulo Dimas de Bellis Mascaretti... [et al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Coords.). – São Paulo : Secovi-SP, 2016.
94 p.

ISBN: 978-85-5980-002-9

1. Direito 2. Mercado imobiliário 3. Direito imobiliário

CDU 347.235

Bibliotecária responsável: Cinara Oliveira Nunes CRB-8/7357

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. A reprodução das matérias é admitida, desde que destacadamente citados o autor e a fonte.

Os informes publicitários são de inteira responsabilidade dos anunciantes.

EDITORIAL



Há muitos anos, o Secovi-SP fortalece a sua veia de estímulo dos estudos jurídicos e da discussão franca com os operadores do Direito: membros do Judiciário, integrantes do Ministério Público, advogados e professores interessados nas várias especialidades do Direito Imobiliário.

A propósito, há uma década e meia, eventos organizados pelo Secovi-SP, alguns em conjunto com o Tribunal de Justiça paulista, em que magistrados e advogados especializados debatiam temas caros ao mercado imobiliário, foram o embrião da Universidade Secovi-SP e do Programa Qualificação Essencial. Também foram o ponto de partida de novas e aplaudidas iniciativas, tendo subsidiado estudos e discussões legislativas, condutas, e preconizado melhores práticas do mercado em benefício de toda a sociedade.

Na esteira dessas atividades, nasceu a Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário, cuja quarta edição é agora editada. E o seu objetivo é claro: por meio do estudo e da discussão franca, manifestada por operadores oriundos de diversas entidades, atingirmos a sempre desejada segurança jurídica, condição “sine qua non” do desenvolvimento do País.

Esta edição, coordenada pelo desembargador José Horácio Cintra Gonçalves Pereira e pelo advogado Jaques Bushatsky, novamente apresenta larga gama de importantíssimos autores e temas. Certamente traz algumas provocações – naturais em textos jurídicos – e compõe a contribuição do nosso setor para robustecer, graças ao debate erudito e franco, a essencial segurança jurídica nacional.

Desejo uma excelente leitura.



FLAVIO AMARY

PRESIDENTE DO SECOVI-SP E REITOR DA UNIVERSIDADE SECOVI

APRESENTAÇÃO



Quando o físico americano Isidor Isaac Rabi recebeu o Prêmio Nobel de Física, em 1944, pela criação do método de registro de propriedades de ressonância magnética de núcleos, um entrevistador lhe indagou a que ele atribuía o extraordinário desenvolvimento de sua curiosidade científica e o conseqüente sucesso dos seus estudos. O cientista buscou a explicação em sua infância, dizendo que, quando voltava da escola, sua mãe não queria saber o que ele havia aprendido ou dito, mas, sim, o que ele havia perguntado.

Talvez esteja aí a explicação de chegarmos tão bem à quarta edição da Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário: temos canalizado as perguntas dos operadores do mercado imobiliário a magistrados, professores, advogados especializados e colhido, mais que lições, suas atualizadíssimas opiniões. E mantém-se intocada a premissa de gozarem, os autores, da mais absoluta liberdade de escolha de tema, de opção de entendimento, de forma: à liberdade de perguntar, a liberdade de responder.

O sucesso se deve, é evidente, a todos os que se envolveram nesta realização: aos articulistas, sempre dispostos ao debate e empenhados na produção de estudados textos; ao Sindicato da Habitação, sempre interessado em disseminar a inteligência jurídica referente ao ramo imobiliário; aos leitores, curiosos e que instigam, dia a dia, novas análises e trabalhos, fazendo menções elogiosas à Revista em matérias, discursos, palestras, petições judiciais.

Nesta quarta edição, agradecemos a cada articulista pela participação, que certamente engrandece a publicação; homenageamos cada colaborador, das várias equipes do Secovi-SP, que auxiliou esta empreitada; e, aos leitores, desejamos excelente leitura além de, é lógico, solicitarmos: tragam novas perguntas, pois saberemos a quem dirigi-las!



JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

JAQUES BUSHATSKY

S U M M A

8

Segurança pública e liberdade de locomoção: a constitucionalidade da instituição de loteamentos fechados

Paulo Dimas de Bellis Mascaretti

32

Execuções de IPTU: pesadelo para empreendedores

Flávio Gonzaga Bellegarde Nunes

12

Sociedades de Propósito Específico, patrimônio de afetação e a Justiça do Trabalho

Alex Sandro de Lima

39

Compromisso de compra e venda de unidades autônomas: distinção entre impossibilidade de cumprimento e desistência do adquirente, à luz das Súmulas 543 do STJ e 1 do TJSP

Francisco Loureiro

15

Locações por curto período de tempo ou para temporada nos condomínios residenciais

Alexandre Callé

43

O concurso de credores e o NCPC. Condomínio x credor hipotecário. Quem tem preferência ao recebimento do crédito em execução?

Gilson Delgado Miranda

22

Averbação Premonitória

Carolina Rafaella Ferreira

47

A ineficácia de registros de direitos reais posteriores à falência

*Hamid Bdine
& Hamid Bdine Neto*

26

O Princípio da Segurança Negocial e a Sociedade de Propósito Específico: um novo olhar para harmonizar os interesses dos sócios nos investimentos imobiliários

Daniel Bushatsky

ARTIGO

50

A representação sindical empresarial,
sua relevância social e garantias na
Constituição da República

*Karina Zuanazi Negreli
& Helena Terezinha Amaral Gomes*

73

Transferência do direito de construir em
imóveis ZEPEC e a nova Lei Paulistana de
Zoneamento

*Marcelo Terra
& Natália Japur*

58

Recursos no exterior e governança
tributária internacional

Luciana Della Nina Gambi

77

Garantia imobiliária em risco

Olivar Vitale

62

A fraude à execução no âmbito dos
negócios imobiliários: o princípio da
concentração dos atos na matrícula e o
novo CPC em sintonia na proteção do
adquirente de boa-fé

Luiz Augusto Haddad Figueiredo

83

A mão de obra na construção civil e a
necessária modernização da legislação
trabalhista

Sólon Cunha

68

Reflexões sobre os requisitos legais da ação
renovatória

*Manoel de Queiroz Pereira Calças
& Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva*

88

Alguns temas da Lei do Inquilinato diante
do novo Código de Processo Civil

*José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
& Jaques Bushatsky*

92

Minicurrículos dos articulistas

SEGURANÇA PÚBLICA E LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE LOTEAMENTOS FECHADOS

PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI

As expressões “loteamento”, “desmembramento”, “desdobro”, “loteamento fechado”, “condomínio geral”, “condomínio edilício”, “condomínio horizontal de lotes” e “condomínio urbanístico” têm suscitado grande interesse na comunidade jurídica atuante no ramo do Direito Imobiliário e Urbanístico, notadamente em virtude das inovações legislativas e, sobretudo, daquelas operadas na realidade fática.

A doutrina de Hely Lopes Meirelles admite a formação de loteamentos fechados:

“Loteamentos especiais’ estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando a descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os Municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados ‘loteamentos fechados’, ‘loteamentos integrados’, ‘loteamentos em condomínio’, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para autossuficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regime legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e

remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso” (in “Direito Municipal Brasileiro”, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 468/469).

Na opinião de Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei, o loteamento fechado “é novo modelo de desenvolvimento urbano que se classifica no regime próprio de loteamento, cujo perímetro é cercado ou murado, com acesso controlado ao núcleo urbano, concebido para agregar segurança e qualidade de vida” (In Como Lotear uma Gleba – O Parcelamento do Solo Urbano em todos os seus aspectos - Loteamento e Desmembramento. 3ª Ed., Campinas, Millenium, 2012, p. 15).

Não obstante ser prática comum na atualidade, o loteamento ou “condomínio fechado” é figura jurídica cuja constitucionalidade de sua regulamentação costuma ser frequentemente debatida no âmbito dos Tribunais em todo o país.

Conquanto não tenha sido contemplado expressamente na Lei nº 6.766/79 ou em qualquer outro regramento, tal fato não é razão para sua inconstitucionalidade.

Bem de ver que aos Municípios é reservada competência para legislar sobre assuntos de interesse local (v. inc. I do art. 30 da CF), incumbindo-lhes, portanto, promover o adequado ordenamento territorial, a partir de planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (v. inc. VIII do mesmo dispositivo constitucional).

Tal é o entendimento deste Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual nem toda lei instituidora de loteamentos dessa natureza é inconstitucional:

¹ Não se pode perder de vista que as figuras jurídicas do “loteamento” e do “condomínio” não se confundem. Enquanto o loteamento encontra regulamentação na lei de parcelamento do solo urbano, sob a égide da Lei nº 6.766/79, o condomínio edilício é tratado pela Lei nº 4.591/64, bem como pelo Código Civil de 2002.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL.

Lei nº 5.492, de 18 de dezembro de 2012, do Município de Pindamonhangaba, que ‘dispõe sobre o fechamento e o controle de acesso a loteamentos residenciais e comerciais e fechamento de ruas.’ Vício de iniciativa ao argumento de ser da competência da União legislar sobre Direito Civil e Urbanístico. Inocorrência. Ausência de afronta aos artigos 22, I e 24, I, da Constituição da República que, por sua vez, dá competência aos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber e promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano. Inteligência do artigo 30, I, II e VIII, da CF/88. Vício não reconhecido. ‘Competência da União para legislar sobre as normas gerais de Urbanismo, cabendo ao Estado e aos Municípios as normas para atendimento das peculiaridades regionais e locais’.
(Ação direta de inconstitucionalidade n. 2133801-90.2014.8.26.0000 – Rel. Des. Xavier de Aquino – j. em 19.11.14 – v.u).

José Afonso da Silva, a seu turno, dá conta que:

“A exigência constitucional é a de que o Município promova, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo (inciso VIII do art. 30). Contextualizemos o texto, lembrando que o art. 21, XX, declara competir à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, enquanto o art. 182 estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Nesses dois textos encontramos os fundamentos das duas amplas perspectivas da política urbana: uma que tem como objeto o desenvolvimento adequado do sistema de cidades (planejamento interurbano) em nível nacional ou macrorregional, de competência federal; e outra que considera o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal (planeja-

mento intra-urbano), e de competência local”
(in “Comentário Contextual à Constituição”, 4ª edição, p. 310).

Desse modo, as disposições legais municipais devem se limitar a estabelecer normas para permitir a regularização de loteamentos fechados que tenham seus projetos aprovados pela Administração local até a data da publicação do respectivo Plano Diretor do Município; ou seja, não podem se imiscuir propriamente em matéria pertinente às regras relativas ao parcelamento do solo urbano, definidas em outros dispositivos de lei, uma vez que não é possível a invasão de competência legislativa alheia para dispor sobre direito civil ou sobre normas gerais de direito urbanístico.

De fato, aludidas leis não invadem competência normativa da União para legislar sobre direito civil e dos Estados para legislar sobre direito urbanístico, em ofensa ao artigo 144 da Constituição Bandeirante.²

Na verdade, o agulhão imposto aos loteamentos fechados e que causa tanto incômodo à doutrina e aos Tribunais diz respeito à possibilidade de se edificar cercas ou muros ao redor do loteamento e implantar *controle de acesso*, mediante instalação de guarita na entrada, com pessoal contratado para impedir a entrada de pessoas que não sejam moradoras ou convidadas, inviabilizando a utilização dos espaços não privativos do loteamento ou condomínio por outras pessoas. Trata-se, pois, de questão afeta à colisão de dois princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal: o da segurança pública e o da liberdade de locomoção.

De acordo com doutrina a propósito do tema “do lado dos moradores do loteamento ou da vila, há o princípio da segurança pública, com previsão e guarda constitucional nos artigos 5º, caput, e 144, e este direito fundamental – a segurança pública – representa, ainda, o instrumento de concretização de outros direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o direito à vida (art. 5º, caput)”; “do lado das pessoas que não residem nestes loteamentos e vilas que pretendem restringir o acesso dos não-moradores, há outro direito fundamental de mesma estatura constitucional: a liberdade de locomoção, prevista no art. 5º, inciso LXVIII”.

Ora, como admite o mesmo autor, “na colisão de princípios há a necessidade de proceder a uma ponderação de valores. As normas-princípios contêm uma dimensão valorativa, uma carga axiológica cuja solução exige sopesar, em cada caso concreto, qual norma deverá prevalecer, mas não por que a outra seja inváli-

² Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

da, mas porque a eleita traduz, para o caso que se apresenta, a melhor realização dos valores encontrados nas normas em aparente antinomia. Apenas ao se cotejar as intenções, as aspirações valorativas, a carga ideológica das normas-princípios em análise é que se encontrará qual o valor que reclama com primazia, para o caso, a sua realização. A conclusão a que se chegará não arroja definitivamente o outro princípio, ou seja, o princípio não prestigiado não é, como se sinônimo fosse, menoscabado. Ao contrário, o princípio preterido apenas o é como conteúdo valorativo que não pretenderá realizar em preferência, mas permanecerá em torno, circunscreverá o princípio preferido, dando-lhe as condições e os limites de sua realização”³.

Efetivamente, sob certas circunstâncias, um dos princípios pode ter primazia sobre o outro, devendo então ser feita a valoração adequada, mediante o mínimo sacrifício daquele que for circunstancialmente preterido.

Daí o uso da técnica da ponderação, sopesando os valores ou interesses conflitantes; a lógica dos valores, por sinal, representa na verdade a lógica do razoável.

Ora, se a legislação local se limitar, como dito anteriormente, a estabelecer normas para permitir a regularização de loteamentos fechados já anteriormente aprovados pela Administração Municipal, sem prejuízo do acesso de não-moradores, com expressa previsão quanto à manutenção da destinação das áreas verdes, vias públicas e áreas institucionais existentes, a liberdade de circulação não ficará comprometida em demasia, sendo certo que os loteamentos fechados já há muitos anos estão plenamente consolidados em muitos Municípios (no Estado de São Paulo, há vários exemplos, como a Capital, com a Lei nº 9.413/81, Campinas, com a Lei nº 8.736/96, São José dos Campos, com a Lei nº 5.441/98).

É evidente que as vias de circulação, praças e espaços livres inseridos no loteamento fechado são de domínio do Município, não sendo constitucional a negação ao direito de liberdade de locomoção a qualquer um do povo.

Contudo, há de se ter em vista que a proibição ou negação do direito de ir e vir não equivale a controle de acesso, que é a forma utilizada para acrescentar segurança pela verificação de identidade e interesse quando do ingresso no núcleo controlado, de sorte que não seja indispensável assegurar a irrestrita circulação de pessoas e veículos nessas áreas exclusivamente residenciais, de modo a justificar a exposição dos moradores à violência cotidiana da criminalidade que assola nosso Estado.

Não sem razão a doutrina de Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei indica que a melhor deno-

minação para os loteamentos fechados seria, em verdade, loteamentos *de acesso controlado* (op. cit. p. 17).

Nesse contexto, os valores que se alinham no princípio da segurança pública efetivamente autorizam a restrição de acesso que se pretende impor, sendo certo que, na situação exposta, só haverá real comprometimento do direito de ir e vir daqueles que, presumivelmente mal intencionados, buscam ingressar nesses espaços urbanos sem um propósito legítimo.

Cumprir consignar que o Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já apreciou a questão por diversas vezes, afastando a indicação de inconstitucionalidade dos diplomas legais municipais. Veja-se, a propósito, julgado de minha relatoria, com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Artigo 1º, parágrafo único, e artigo 2º da Lei nº 3.953, de 22 de dezembro de 2010, do Município de Atibaia, que revogou as leis que tratavam do fechamento normalizado de loteamentos, vilas e ruas sem saída situadas em áreas predominantemente residenciais, preservando as situações já consolidadas, e Lei nº 2.568, de 30 de setembro de 1993, com a redação que lhe deu a Lei nº 2.963, de 20 de maio de 1999, ambas também do Município de Atibaia, que dispôs sobre a criação de “Bolsões Residenciais” – Inexistência de invasão de competência legislativa alheia para dispor sobre direito civil ou sobre normas gerais de direito urbanístico – Município que não se excedeu ao legislar sobre o tema, num contexto voltado a garantir o bem estar de parcela expressiva de seus habitantes – Inocorrência, ainda, de vício de cunho material, a partir da indicação de que o diploma em comento segrega espaço público de uso comum – Controvérsia instaurada no presente feito que envolve, na verdade, a colisão aparente de dois princípios fundamentais: o da segurança pública e o da liberdade de locomoção – Necessidade, desse modo, de proceder a uma ponderação de valores – Lógica dos valores que, por sinal, representa a lógica do razoável – Legislação em causa que se limita a estabelecer normas para permitir, em prestígio da segurança dos moradores, o fechamento total ou parcial de determinados espaços urbanos (ruas sem saída, vilas e loteamentos), sem prejuízo do acesso de pedestres e condutores de veículos não residentes, vedada, outrossim, qualquer alteração na destinação de áreas institucionais ou verdes

³ Luis Manuel Fonseca Pires. “Loteamentos Urbanos”, Ed. Quartier Latin, p. 83/84.

– *Liberdade de circulação que, nessa linha, não fica comprometida em demasia – Petição inicial que não se abalou a indicar em que medida se mostraria indispensável assegurar a irrestrita circulação de não residentes nessas áreas, de modo a justificar a maior exposição dos moradores à violência cotidiana da criminalidade – Valores alinhados no princípio da segurança pública que, destarte, autorizam a restrição de acesso que se pretende impor – Na situação exposta, só haverá real comprometimento do direito de ir e vir daqueles que, presumivelmente mal intencionados, buscam ingressar nesses espaços urbanos sem um propósito legítimo – Precedentes deste Órgão Especial e da Seção de Direito Público desta Corte – Processo legislativo que não se ressentem da falta de participação comunitária, a induzir a presença do vício de inconstitucionalidade formal – Diploma legal objurgado que dispõe, a rigor, sobre ato autônomo e concreto de administração (autorização para controle de acesso a determinados espaços urbanos), não demandando obrigatoriedade e indiscriminada participação da população no processo legislativo – Controle de acesso que, de toda sorte, depende de aprovação de projeto de reurbanização, mediante requerimento apresentado aos órgãos municipais competentes, assinado por pelos menos cinquenta por cento dos moradores atingidos, e posterior edição de ato normativo municipal específico, acompanhado de declaração expressa de anuência ao projeto subscrita por, no mínimo setenta por cento dos proprietários dos lotes da área a ser delimitada – Coletas dessas assinaturas, ademais, que deve necessariamente ser precedida de reuniões abertas ao público, com a convocação dos moradores dos lotes lindeiros aos bolsões residenciais, obrigando a participação de toda a população direta ou indiretamente afetada, atendendo-se ao anseio de se ampliar a participação social nas intervenções urbanas – Bolsões residenciais, ademais, que já existem no Município há mais de vinte anos, sem qualquer resistência da sociedade local, o que induz à presunção de que atende o interesse coletivo, sem qualquer impacto negativo na mobilidade urbana – Atos normativos municipais impugnados, por outro lado, que não importam em violação ao direito de liberdade de associação, haja vista que o uso das áreas públicas dos loteamentos é incondicional, dependendo a adesão à entidade de moradores e posterior rateio das despesas de adesão voluntária dos proprietários*

dos lotes – Questão relativa à contribuição compulsória que nem seria matéria a ser tratada na legislação municipal, uma vez que encontra sua disciplina na legislação federal pertinente, inexistindo qualquer disposição a esse respeito nas leis objurgadas nos autos – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (TJSP-ADI nº 2058613-57.2015.8.26.0000, rel. Des. PAULO DIMAS MASCARETTI).

Aliás, “o direito de ir e vir, como outros direitos, deve ser objeto de exercício regular, com observância de seus fins sociais, sem desvirtuamento abusivo que possa propiciar amparo a caprichos ou intenções duvidosas” (v. Apelação Cível nº 994.05.132860-2 – Mariporã, julgada pela Nona Câmara de Direito Público desta Corte Bandeirante, relator o eminente Desembargador DE PAULA SANTOS, em que se pronunciou a improcedência da ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual questionava o controle de acesso ao chamado “Parque Imperial da Cantareira”).

Não se pode olvidar, outrossim, que os espaços urbanos, desde a origem de sua incorporação ao domínio público, tem como sinal o acesso controlado em sua afetação. Nas sábias palavras de Vicente Celeste Amadei e Vicente de Abreu Amadei:

“(…) sob o ângulo da liberdade de locomoção de qualquer um do povo, em rigor, não houve restrição, mas ampliação do potencial de ir e vir: aquele que não tinha acesso algum à gleba, sem a permissão do dono; agora, com o loteamento, o tem, embora controlado, uma vez que, deste modo (ou seja, sob controle de acesso), as áreas públicas foram afetadas e incorporadas à Municipalidade, com uso repassado à associação de proprietários e/ou adquirentes de lotes, por concessão ou permissão, segundo a forma e limites previstos na legislação municipal” (op. cit. p. 18).

Portanto, o “fechamento” não traz, necessariamente, prejuízo aos moradores de bairros lindeiros, devendo ser avaliadas eventuais violações à liberdade de locomoção no caso concreto. Não se trata de delegar aos particulares atribuição que não lhes é própria, inerente ao campo da segurança pública, mas tão somente permitir-lhes que possam se proteger, através de meios necessários, uma vez que o Poder Público, nesse aspecto, tem sido ineficiente.

Assim sendo, da mesma forma que inadmissível o “fechamento” sem autorização da Municipalidade, inviável qualquer forma de fechamento que impeça, e não apenas controle, o acesso ao loteamento.

SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO

ALEX SANDRO DE LIMA

A Sociedade de Propósito Específico (SPE) pode ser definida como uma sociedade empresária cuja existência está diretamente ligada ao alcance de um objetivo específico, previamente determinado. Findo esse objetivo, via de regra, encerra-se a sociedade.

Esse instituto passou a existir no ordenamento jurídico brasileiro a partir da nova sistemática do Código Civil de 2012, e tem previsão legal no artigo 981, parágrafo único do Código Civil de 2002, que estabelece:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo Único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

A partir daí, os contornos da SPE foram traçados seja com a edição da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a qual instituiu o regime das Parcerias Público-Privadas ou PPPs, cujo objetivo era somar forças entre os setores público e privado para a realização de parcerias; e também através da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, que alterou o artigo 56 da Lei 123/2006 (Lei das Micro e Pequenas Empresas), inserindo a figura da SPE, organizada estritamente por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP) que optassem pelo regime tributário conhecido como Simples Nacional. Nesses dois dispositivos legais, tornou-se possível a constituição de uma empresa (limitada ou sociedade anônima) com objetivo determinado, que pode ter como sócios pessoas físicas e/ou jurídicas.

Para o setor da construção civil, a SPE é uma figura jurídica de especial importância, que surge para trazer otimização na gestão de empreendimentos e segurança adicional aos adquirentes de unidades imobiliárias e estancar o receio que se criou no setor no final da década de 1990, quando ocorreram abalos na estrutura do mercado de construção civil

brasileiro em virtude de grandes construtoras e incorporadoras, como o emblemático caso da Encol, terem a respectiva falência decretada, causando consideráveis prejuízos para a segurança do sistema de aquisição imobiliária. Nessa ocasião, diversos adquirentes de unidades imobiliárias tiveram o “sonho da casa própria” interrompido e suas economias perdidas, pois não havia um isolamento do patrimônio de cada uma das incorporações realizadas pela construtora. Também houve um grande abalo de crédito para as instituições financeiras que aportavam valores em empreendimentos imobiliários. Empreendimentos em fases distintas de execução foram integralmente afetados pela falência das incorporadoras.

Diante disso, como alternativa e medidas objetivando estancar tais problemas, em momento próximo àquele que tornou possível o estabelecimento de uma SPE, permitindo a segregação de empreendimentos em unidades jurídicas distintas, com CNPJ próprio e contabilidade e administração realizadas para cada empreendimento, viu-se a aprovação do regime de patrimônio de afetação na Lei no. 10.931/04, que adicionou dispositivos à Lei no. 4.591/64 (Lei de Incorporações).

Assim, a partir desse momento, tornou-se possível ainda o regime de afetação de patrimônio, pelo qual, a critério do incorporador, o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. Nesse regime não há, necessariamente, a criação de uma pessoa jurídica (empresa), mas apenas a segregação do patrimônio, da apuração contábil, da prestação de contas e sua não afetação especialmente no caso de falência do incorporador.

Ambos os institutos (SPE e patrimônio de afetação) são ferramentas distintas, que podem ou não ser usadas pelo incorporador, juntas ou de forma separada, mas que, sem dúvida, são importantes instru-

mentos para garantir maior transparência, nível de governança e segurança para os adquirentes de unidades imobiliárias em construção, à medida em que o patrimônio e a contabilidade ficam segregados por empreendimento, com o controle e ingerência dos adquirentes, através da Comissão de Representantes, esta última por exigência da Lei que instituiu o patrimônio de afetação.

Uma SPE, portadora de CNPJ e criada especificamente para a gestão fiscal e administrativa de um determinado empreendimento segregando-o dos demais empreendimentos do incorporador, devidamente averbada no cartório de registro de imóveis competente, pode ou não apresentar a figura do patrimônio de afetação.

Havendo, além da criação da SPE, a instituição do patrimônio de afetação, restarão estabelecidas maiores garantias ao comprador, uma vez que tal mecanismo exige que a empresa preste contas detalhadas trimestralmente para a Comissão de Representantes, que deve ser constituída por representantes nomeados e escolhidos pelos compradores do empreendimento.

Além disso, uma importante garantia está no fato de que o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos, e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Ambos os institutos, SPE e patrimônio de afetação, permitem a obtenção de otimização e benefícios tributários, tais como a possibilidade de opção pelo RET (Regime Especial de Tributação), concedido pelo governo para estimular a adoção do patrimônio de afetação por parte das empresas incorporadoras. Além disso, as instituições financeiras, para aprovar linhas de crédito para a realização de empreendimentos, incentivam a adoção de um ou ambos instrumentos, SPE e patrimônio de afetação, pois garantem uma maior transparência e controle financeiro do empreendimento.

Assim, há que se ter sempre em mente que referidos institutos foram abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro, no caso da construção civil, visando maior controle e segurança jurídica para a aquisição imobiliária no Brasil. Se devidamente constituídos pelas empresas incorporadoras, elegendo corretamente a comissão de controle, realizando todos os atos administrativos visando a transparência do empreendimento, a expressa previsão jurídica de comunicabilidade desse patrimônio com o patrimônio da incorporadora ou das demais pessoas físicas ou

jurídicas que constituem a SPE ou o patrimônio de afetação deveriam ser respeitadas em todas as esferas jurídicas, especialmente na Justiça do Trabalho. Mas nem sempre isso acontece.

Nesse sentido, há que se ter em mente que o artigo 31-A da Lei nº 4.591/1964 dispõe:

“Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

(...)

§ 8º Excluem-se do patrimônio de afetação:

I - os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (art. 44), considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e

II - o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58).”

O patrimônio de afetação nesses empreendimentos visa exatamente “proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada”.

Portanto, somente é possível admitir a exclusão da afetação nos casos recepcionados pelo § 8º, do artigo 31-A, da Lei nº 4.591/1964. Para que seja possível essa comprovação, é de primordial importância que haja o real cumprimento das normas de governança, com a efetiva constituição de Comissão de Representantes, que deve ser constituída por representantes dos compradores do empreendimento, devendo a SPE ou a incorporadora, no caso de patri-

¹ CHALHUB, Melhim Namen. *Da Incorporação Imobiliária*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 66

mônio de afetação devidamente registrado perante os órgãos competentes, prestar contas detalhadas trimestralmente para a Comissão.

Dessa forma, havendo como comprovar a destinação do patrimônio, seja da SPE ou do empreendimento objeto da afetação, ao evidenciar a transparência no processo, há que ser respeitada a incomunicabilidade de tal patrimônio, sob pena de violação do direito de propriedade, garantido no artigo 5o, XXII, da Constituição Federal.

Ocorre, porém, que a Justiça do Trabalho muitas vezes se vale do disposto na Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, embora ainda não convertida em lei, para penhorar bens de SPE ou empreendimentos com registro de patrimônio de afetação, alegando estar referida MP mantida em vigor pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2003. Referida MP dispõe:

“Art. 76. As normas que estabeleçam a afetação ou a separação, a qualquer título, de patrimônio de pessoa física ou jurídica não produzem efeitos em relação aos débitos de natureza fiscal, previdenciária ou trabalhista, em especial quanto às garantias e aos privilégios que lhes são atribuídos.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, permanecem respondendo pelos débitos ali referidos a totalidade dos bens e das rendas do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os que tenham sido objeto de separação ou afetação.”

Porém, pelo princípio de que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, conforme exposto no artigo 2o, § 1o, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, referida MP nº 2.158-35/01 foi substituída pelo disposto na Lei 10.931/04.

Assim, não há que se falar na sua aplicabilidade.

Ademais, a Lei de Falências, em relação ao patrimônio de afetação, expressamente dispõe em seu artigo 119, IX que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”.

Corroborando com tais argumentos, o novo Código de Processo Civil, no artigo 833, inciso XII, dispõe:

Art. 833. São impenhoráveis:

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Acertadamente e em perfeito alinhamento com a disposição constitucional da função social da propriedade, o novo CPC acaba por ampliar a abrangência da impenhorabilidade, garantindo essa faculdade de forma genérica, nada especificando acerca da necessidade de segregação, seja por constituição de SPE ou patrimônio de afetação. Ora, assim o fazendo, mais uma vez dá guarida aos procedimentos adotados para proteger os adquirentes de unidades imobiliárias, protegendo, assim, o constitucional direito à propriedade.

Dessa forma, importante uma detida análise por parte dos magistrados, especialmente da Justiça do Trabalho, do efetivo cumprimento dos mecanismos de governança e publicidade dos atos de uma SPE e/ou de um empreendimento que possua registro de patrimônio de afetação, para que as garantias legais sejam efetivamente cumpridas e respeitadas, quando tais empresas agem no estrito cumprimento das leis que tocam a matéria.

LOCAÇÕES POR CURTO PERÍODO DE TEMPO OU PARA TEMPORADA NOS CONDOMÍNIOS RESIDENCIAIS

ALEXANDRE CALLÉ

Nos casos dos condomínios com destinação exclusivamente residencial, há notícias de alguns condôminos-proprietários que estão realizando várias locações em curto espaço de tempo (ex. 1, 2, 3 dias ou para um final de semana), locando o imóvel para diversas pessoas, estranhas ao condomínio, semelhante ao que ocorre nas estadias em hotéis, flats e pousadas.

Este tipo de locação ou hospedagem tem ocorrido com frequência, estimulado por empresas que administram essas estadias em sites de buscas na internet.

Grosso modo, o serviço é ofertado aos proprietários com apartamentos vazios e sem muita utilização ao longo do ano, com a promessa de ganhos rápidos e sem burocracia. Aos locatários ou hóspedes é oferecido, em contra partida, ótima localização e baixo custo, se comparado com os preços praticados em hotéis e congêneres.

Os imóveis ofertados são mobiliados e com a segurança de um condomínio residencial, em ambiente familiar e acolhedor. O locador é chamado de hóspede e o interessado na locação de anfitrião.

O fato é que essa nova modalidade ou espécie de locação tem causado muita insegurança à comunidade condominial, sendo que a principal reclamação é que esses “hospedes”, por serem pessoas estranhas ao condomínio (estrangeiros em alguns casos), acabam transitando livremente pelas áreas comuns e se utilizando de toda estrutura da edificação (piscina, sauna, salão de festas, churrasqueira, quadras de esportes, etc.). Isso sem falar no aumento das despesas condominiais devido ao maior uso das áreas comuns e dos equipamentos e funcionários do condomínio. Em alguns casos, há superpopulação nas unidades e, noutros, há até mesmo um comércio paralelo de sublocações, para exploração de atividades sexuais, com a frequência de inúmeros desconhecidos nas unidades.

Pois bem, num ambiente estritamente residencial, os condôminos se conhecem e sabem, exatamente, quem mora e quem não mora no Condomínio, diferente do que ocorre em um empreendimento comercial ou hotel, em que circulam diversas pessoas e o controle de acesso é maior que em um residencial.

O período de estadia é muito curto e sequer existe a identificação desses hóspedes, de modo que haven-

do algum dano ao prédio ou ao condômino, dificilmente serão ressarcidos pelo hóspede que já poderá estar longe. Maior insegurança existe, ainda, com relação aos filhos dos condôminos que circulam livremente pelas áreas comuns junto com esses estranhos.

Ou seja, dá-se uma destinação diversa ou ampliada ao Condomínio, transformando-o numa espécie de hotel, podendo acarretar, como visto acima, diversos transtornos aos seus condôminos, gerando uma situação de insegurança dentro de um ambiente que deveria ter o acesso controlado e uso privativo.

Em tese, o proprietário-locador está dando uma destinação diversa da prevista na Convenção, pois, sendo um edifício residencial, não poderiam serem exploradas atividades lucrativas, semelhante à um hotel.

Segundo dispõe o Código Civil, é proibido ao condômino alterar a destinação dada à edificação, fazendo uso de forma diversa da prevista em Convenção:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: III - o fim a que as unidades se destinam.

Art. 1.335. São direitos do condômino: (...) II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais possuidores;

Art. 1.336. São deveres do condômino: (...) IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

A alteração da destinação do edifício, somente seria possível mediante a realização de assembleia geral, com quórum de aprovação unânime dos condôminos, nos termos do art. 1.351, do Código Civil, *in verbis*: “(...) a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos”.

Desse modo, sendo o condomínio exclusivamente residencial, não se poderia, a qualquer pretexto, alterar a sua destinação, sem que antes fosse também alterada a convenção pelo quórum exigido na Lei.

Contudo, ainda há quem defenda não se tratar de uma alteração de destinação, propriamente, pois o imóvel continuaria sendo utilizado para a finalidade de residencial, mesmo que por temporada, diferente do ocorreria em uma locação tipicamente comercial, como na locação de imóveis para fins de escritórios ou consultórios médicos. Ademais, a locação para temporada não é proibida pela Lei de Locações nº 8.245/91, ao contrário, essa situação está devidamente regulamentada no artigo 48, assim destacado:

Art. 48. Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel. Grifamos.

Com efeito. A locação para temporada se dá por um período curto não superior a noventa dias, pois ultrapassado esse prazo, será considerada locação convencional por prazo indeterminado. Todavia, na locação por temporada tradicional, costuma haver a contratação por um período de locação maior ou de até noventa dias previstos, autorizando a cobrança adiantada dos aluguéis ao locador.

Já nas locações realizadas nesse novo formato de hospedagem, o prazo é muito curto, havendo casos de locações por um único dia ou final de semana prolongado.

Por esse ângulo, igualmente seria afastada a ideia de locação típica para temporada, seja pelo exíguo prazo - em que pese não haver a imposição de contratação por período menor que noventa dias - como também seria descaracterizada pela denominação empregada "hospedagem", tentando afastar a lei de locações à essa nova modalidade de negócio e aproximá-la a locação com serviços de hospedagem.

Ademais, uma vez constado trata-se de típico contrato de hospedagem, a Lei de Locações, mesmo que para fins de temporada, não se aplicaria, devendo-se aplicar apenas o Código Civil, para esses contratos de hospedagem em unidades de apart-hotel ou flat, veja-se:

Lei nº 8.245/91:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei:

Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações: (...) 4. em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

O TJ-SP sempre afastou o pedido de despejo e declarou o autor carecedor de ação, quando se deparava-se com o contrato de hospedagem, julgando extinta a ação de despejo, orientando que seja manejada por meio de ação de retomada da posse pelo proprietário, confira-se:

Decisão agravada que determinou o cumprimento da liminar de despejo e citação do réu. Insurgência. Contrato firmado entre as partes onde constou se tratar de locação por temporada. Imóvel alugado em condomínio que oferecia diversos serviços, dentre eles, de limpeza e arrumação diária dos quartos, oferecimento de internet grátis, apartamentos mobiliados e a possibilidade de contratação por diárias que revela se tratar de contrato de hospedagem, e não de locação. Inaplicabilidade da Lei do Inquilinato aos contratos de hospedagem em unidades de apart-hotel ou flat (art. 1º, alínea "a", nº 4, da Lei n. 8.245/1991). Autor da ação de despejo cumulada com cobrança que carece dessa ação. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 2257382-11.2015.8.26.0000. São Paulo. 35ª Câm. Dir. Privado. Rel. Morais Pucci. J. 22.07.2016).

RECURSO. APELAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA DE ALUGUEIS.

Locação de quarto de pensão. Extinção do processo. Artigo 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Não se subordina à Lei do Inquilinato o contrato de hospedagem em hospedaria ou pensão, sendo o autor, por isso, carecedor da ação de despejo prevista naquele diploma legal. Sentença mantida. (Apelação nº 1023570-04.2014.8.26.0100. Rel. Ana Catarina Strauch. São Paulo. 27ª Câm. de Dir. Privado. J. 21/10/2014).

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - "APARTHOTEL" (OU FLAT SERVICE) - SUBORDINAÇÃO À LEI DO INQUILINATO (ARTIGO 1º PARÁGRAFO ÚNICO, LETRA "a", Nº 4 DA LEI 8245/91) - INADMISSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. Tendo em vista que o contrato celebrado entre as partes é de hospedagem, prevendo os serviços de flat, e que dispõe claramente que sua regência se dará pelo Código Civil, deve ser provido o recurso para se reconhecer a extinção do processo sem resolução do mérito, com base no art. 267 do CPC. (Agravo de Instrumento nº 0048145-49.2007.8.26.0000. Rel: Paulo Ayrosa. São Paulo. 31ª Câm. de Dir. Privado. J. 29/01/2008).

Certamente que o proprietário tem o direito de alugar a sua unidade para quem lhe interessar, pelo

período que desejar. Quanto a isso não há discussão.

A questão que se coloca diz respeito aos transtornos gerados àquela comunidade condominial, muitas das vezes sem estrutura adequada, para recepcionar hóspedes em grande volume e rotatividade.

Ora, é compreensível que num hotel existe um mínimo de estrutura para recepcionar e administrar as hospedagens, garantindo-se uma segurança própria à edificação. O que não se pode exigir de um síndico de um condomínio modesto.

Ademais, nos condomínios residenciais, tanto o locador quanto os visitantes e hóspedes, deverão respeitar às regras de convivência interna, pré-estabelecidas na Convenção ou no Regulamento Interno daquela edificação, de conhecimento público em geral, posto que registrada em cartório de imóveis, gerando o que se chama de efeito erga omnes (para todas às pessoas, indistintamente).

Ao desvirtuar a finalidade do edifício ou, no caso de utilizar a unidade de modo incompatível ou prejudicial com as regras internas impostas a todos os condôminos, estaria o proprietário-locador, assim como o seu hóspede, infringindo as regras do Condomínio, em especial, aquele comando genérico previsto no artigo 1.336, IV, do Código Civil, o qual, assegura a todos os condôminos o direito ao sossego, à segurança, à salubridade e, principalmente, aos bons costumes daquele lugar, vale conferir:

Art. 1.336. São deveres do condômino: (...) IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Para Biasi Ruggiero¹, **a proibição de desvio da destinação visa coibir um uso tão intensivo que exceda o limite do normal em uma residência, evitando que a afluência de pessoas chegue a conspirar contra a tranquilidade e a segurança dos demais ocupantes, a desvalorização patrimonialmente às unidades e a aumentar as despesas com maior solicitação de serviços.**

Segundo Hamilton Quirino Câmara², **a convenção de prédio tipicamente residencial proíbe, via de regra, a utilização das áreas privativas ou áreas comuns com atividades mercantis, não especificando a atividade, pois são inúmeras as possibilidades. Assim, em princípio, estaria proibida a utilização de apartamento em qualquer atividade comercial, ainda que se trate de um atelier. Reforça a proibição a presença constante de pessoas estranhas ao**

prédio, como empregados, fregueses e fornecedores, o que, geralmente, prejudica a segurança dos demais moradores.

O uso irregular da unidade – e das áreas comuns do condomínio – pelo locatário, por exemplo, pode configurar motivo justo para a rescisão do contrato de locação, podendo o locador promover ação de despejo, por mau uso da unidade, nos termos do art. 23, da Lei de Locações, confira:

Art. 23 - O locatário é obrigado a: II - servir-se do imóvel, para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado com o se fosse seu.

O direito de propriedade não é absoluto. A contrário, sendo constatado um abuso de direito por parte do proprietário quanto ao uso regular da sua unidade, o Poder Judiciário poderá intervir até mesmo na propriedade privada e restringir o uso prejudicial ou atentatório ao direito de vizinhança.

É o que prevê o artigo 1.277, do Código Civil, ao tratar: “Do direito de vizinhança – do uso anormal da propriedade, *in verbis*:

Art. 1.277 - O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Grifamos.

Na mesma linha é o art. 187 do Código Civil: **“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”** (teoria do abuso de direito).

Como dito alhures, o artigo 1.336 do CC, impõe a cada condômino o dever de não utilizar a propriedade de modo prejudicial, causando prejuízos aos demais condôminos, ao que se refere ao sossego, à salubridade, à segurança e aos bons costumes.

Logo, uma vez identificado que o morador da unidade, seja ele proprietário, inquilino, hóspede ou visitante, está causando prejuízos aos condôminos, deverá o síndico fazer cumprir às regras internas do condomínio, aplicando às advertências e multas previstas na Convenção e no Regulamento Interno.

Frise-se que a multa aplicada ao inquilino (ou possuidor) deve ser imediatamente comunicada ao proprietário-locador, para que este último tome às providências que entender necessárias perante o seu

¹ *Questões Imobiliárias. São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 73.*

² *Condomínio Edifício. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004, pág. 51.*

inquilino, inclusive, promovendo ação de despejo com fundamento na quebra do contrato, pois, o inquilino é obrigado a respeitar as regras internas do condomínio, por força do artigo 23, inciso X, da Lei de Locações: *O locatário é obrigado a: - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos. Grifamos.*

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já enfrentou caso semelhante, reconhecendo a validade da Convenção que restringia o uso das unidades para locação por temporada ou finais de semana, diante todos os transtornos causados àquela comunidade condominial, em especial, diante a quantidade excessiva de pessoas utilizando os recursos do condomínio, o que causou situação de abuso perante os demais condôminos. Confira-se:

Os autores proprietários de um apartamento de veraneio no condomínio requerido, confesadamente utilizado para locação por temporada ou fim de semana, insurgem-se contra a limitação de ocupantes por unidade residencial, estabelecida em assembleia geral, para os casos de locação ou empréstimo. A convenção condominial estabelece que (...) as unidades autônomas do edifício (...) se destinam exclusivamente a fins residenciais, vedado, portanto, seu uso para qualquer outro fim, tendo cada proprietário o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade exclusiva, como melhor lhe aprouver, desde que não prejudique igual direito dos demais condôminos, e não comprometa a segurança, solidez e o nome do edifício, e nem de às unidades autônomas destinação diversa da finalidade do prédio. (...) Ao que se tem, não estipulou a assembleia geral nenhuma alteração na convenção condominial nem no regimento interno. Ao revés, e sem interferir no direito de propriedade dos autores, apenas fixou regra para casos específicos. Estabelecendo, como lhe era permitido até mesmo por imperativo de segurança e do bom nome do edifício -, diretrizes para hipóteses de empréstimo ou locação a terceiros estranhos ao quadro de proprietários do condomínio. Ademais, a anulação da decisão assemblear perquirida pelos autores confesadamente busca resguardar unicamente a exploração econômica do bem. O que, em assim sendo, além da segurança, deixa de observar o direito dos outros condôminos em não se verem às voltas com toda sorte de aborrecimentos causados pelo excesso de ocupantes nas unidades locadas ou emprestadas, mormente nos festejos de fim de ano e férias (v. G., falta d'água ocasionada pela excessiva demanda decorrente da desmesurada lotação de unidades). Por outro lado, como bem consignado pela r. Sentença, "a anulação

de assembleia de condomínio somente deve ser decretada quando presentes motivos fortes e suficientes que evidenciem ruptura ao sistema legal ou prejuízo concreto à sociedade condominial. Afora esses casos, as deliberações adotadas por coletividade de condôminos, regularmente reunidos em assembleia, devem ser preservadas. Por fim, consigno que a análise de mérito das matérias tratadas nas normas condominiais, uma vez provenientes de deliberações em assembleias, deve-se restringir à legalidade dos comportamentos dos sujeitos nela inscritos, e não à justeza das deliberações, caso em que os interessados deverão se acudir da própria assembleia geral, se-ara apta a tratar destes assuntos". (Apelação nº 0020327-73.2012.8.26.0477. Rel. Luiz Ambra. Praia Grande; 8ª Câm. de Dir. Privado; julgado em 19/01/2015). Grifamos.

Cumpre transcrever, ainda, um trecho do V. Acórdão julgado pelo extinto Segundo TAC-SP, em 29.02.2000, nos autos do recurso de Apelação nº 609.498/0-9, da lavra do relator Vieira de Moraes, privilegiando aos interesses coletivos da massa condominial em detrimento ao interesse particular do condômino, fazendo mau uso da unidade naquela edificação:

Por regra encontrada no artigo 10, inciso II, da já citada Lei do Condomínio e Incorporações, é defeso a qualquer condômino usar a unidade de forma nociva ou perigosa ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos. Essa espécie de propriedade, pois, por sua natureza, apresenta restrições ao exercício do respectivo direito muito mais amplas que aquelas preconizadas pela recorrente. "Consoante lição de João Batista Lopes, ilustre magistrado que já integrou esta Corte, no seu Condomínio, "... A vida em comum, no mesmo edifício, sujeita os condôminos a uma disciplina jurídica especial, em que não há lugar para o individualismo ou o egoísmo... Na solução de conflitos, deverá o juiz dar prevalência, sempre, aos direitos da coletividade condominial e não aos interesses de um único condômino, por mais respeitáveis que sejam... Essa orientação se ajusta perfeitamente aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, na medida em que evita a desarmonia e o dissentimento entre os condôminos, preservando a ordem, a disciplina e a tranquilidade do edifício". (...) "O exercício da propriedade não pode ser colocado em nível de extremado individualismo, que ignore os interesses coletivos" (in 6a ed. Págs. 153 e 154). Por fim, conclui, "Para que se preserve a harmonia, possível a limitação do número de ocupantes de cada apartamento,

desde que o condomínio ou seu representante, com delegação para tal não aja abusivamente.

Verifica-se que o assunto é bastante polêmico e longe está de ser solucionado, pois, o direito de propriedade não pode colidir com outros direitos igualmente protegidos, como o direito de vizinhança e a função social da propriedade.

O abuso no exercício do direito de propriedade deve ser evitado, para que todos possam conviver harmonicamente dentro do condomínio, respeitando a paz, o sossego, a segurança, a salubridade e os bons costumes (art. 1.336, do Código Civil).

A limitação aos direitos da propriedade, em matéria condominial, tem sido difundida pela Teoria da Pluralidade dos Direitos Limitados, ensinada por Wilson Batalha³, *in verbis*:

A concorrência de várias propriedades sobre a mesma coisa acarreta, necessariamente, a ideia de limite entre elas. Cada propriedade limita e cada propriedade é limitada. Aí se ensarta o conceito de quota, como medida do limite das diversas propriedades concorrentes sobre a mesma coisa. E esta é a única construção jurídica que atende a verdadeira natureza do condomínio. (...). Em outros termos, o condomínio é, na frase expressiva de Sciarloja, uma relação de igualdades que se limitam reciprocamente, uma relação de equilíbrio, que torna possível a coexistência de direitos iguais sobre a mesma coisa na medida em que o exigem as mesmas faculdades atribuídas ao demais. E Oliveira Bosisio adverte que 'o direito de propriedade não se divide nem por quotas ideais nem por quotas reais e que, quando se fala em quotas no condomínio, se faz referência à proporção segundo a qual os direitos dos condôminos reciprocamente se limitam. Em substância, a quota é a proporção que representa a utilidade auferida da coisa comum por cada condômino, servindo também para estabelecer a parte de contribuição para as despesas e a parte correspondente a cada um na repartição dos resultados de vendas eventuais. A compressão do direito de cada condômino, em virtude dos direitos dos demais condôminos, não faz desaparecer o conceito de propriedade. A elasticidade do domínio permite que este se comprima e se limite, sem desaparecer (...).'

Cumpra colacionar um julgado prolatado pelo TJ-RJ, onde já se reconheceu a soberania da ata da assembleia, com base na "teoria da pluralidade dos direitos", impondo ao condômino que fossem cessa-

das às atividades de hospedagem, sob pena de multa diária, o que foi mantido pelo Tribunal, confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LOCAÇÃO DE APARTAMENTOS PARA TEMPORADA VETADA PELO CONDOMÍNIO. PRAZO PARA CESSAÇÃO DA LOCAÇÃO E MULTA, PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA CITADA REGRA PROIBITIVA, FIXADOS EM ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE RESPALDADA NA TEORIA DA PLURALIDADE DOS DIREITOS LIMITADOS. PRECEDENTE DO E. STJ. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA REALIZADO NA AGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

1. A Convenção do Condomínio, ora Recorrido, prevê a aplicação de multa para o condômino que destinar o apartamento para finalidade diversa do prédio, que é residencial.

2. O Regulamento Interno estabelece o procedimento que deve ser observado na hipótese de aplicação de multa, o termo inicial de sua incidência e a possibilidade de recurso administrativo.

3. Improcedente a alegação do ora Recorrente de que não há previsão nas regras internas do Condomínio, ora Recorrido, que assegurem o exercício da ampla defesa ou interposição de recurso administrativo.

4. O Autor, ora Apelante, compareceu à AGE de 19/12/2013, na qual a locação dos apartamentos por temporada foi vetada, mesmo depois de expor suas razões, tendo sido anotado prazo para encerramento daquela atividade - 30 dias -, sob pena de multa diária prevista no Regimento Interno -, a incidir a partir de 19/01/2014.

5. Contraditório e ampla defesa respeitados na AGE.

6. Termo inicial da sanção pecuniária fixado na ata da AGE: 19/01/2014.

7. Honorários advocatícios de sucumbência reduzidos para R\$ 500,00 (quinhentos reais) tendo em vista a pouca complexidade da causa e o trabalho desenvolvido pelos causídicos no processo. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação nº 0075033-03.2014.8.19.0001. Rel. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS. Julgamento:15/04/2015. DÉCIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL).

³ *Loteamentos e Condomínios*, 1953, vol. II. P. 22 e segs.

Portanto, constando casos de abusos e incômodos aos condôminos, o síndico poderá se reunir com os conselheiros e propor a deliberação do assunto em assembleia, apontando os reais prejuízos ao Condomínio e, se for o caso, colocar em votação se o condômino deverá suspender ou não essa prática, caso considerada prejudicial aos demais, desvirtuando a destinação residencial do empreendimento.

Alternativamente, poderá ser sugerida a inclusão desta proibição, expressamente, na Convenção e no Regulamento Interno da edificação, para que novos proprietários já saibam de antemão as regras de utilização e convivência daquela edificação.

Outra medida que tem sido adotada por alguns Condomínios, como forma de contornar a situação, é de se exigir do proprietário-locador o mínimo de informações possíveis e com antecedência de seus hóspedes, como forma de identificá-los pelo período

em que irá permanecer nas dependências do Condomínio, deixando bem claro que eventuais danos causados não será de responsabilidade do Condomínio.

O acompanhamento da entrada e saída dos hóspedes, realizando-se um registro na portaria, cadastrando os dados e contatos daqueles, ajustando a entrega das chaves com o síndico, também poderia ajudar, mas traria responsabilidades para o síndico, o que é motivo de impasse.

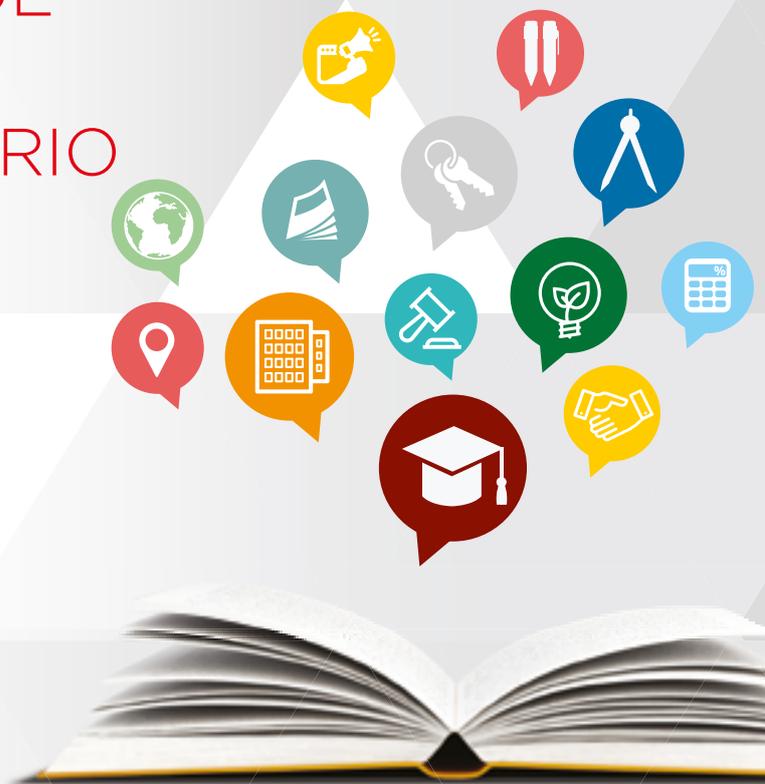
Concluindo, há muito o que se pensar para fins de se tornar esse novo tipo de negócio vantajoso não só para o proprietário que aluga a sua unidade por um valor sedutor, mas também para trazer maior segurança à comunidade condominial, evitando prejuízos ao sossego e aos bons costumes do local e, principalmente, respeito às regras daquele Condomínio, ainda que limite um pouco o direito individual de propriedade de cada condômino.

APRIMORE O SEU CONHECIMENTO COM QUEM ENTENDE TUDO SOBRE O MERCADO IMOBILIÁRIO

Desde 2001, a Universidade Secovi já formou mais de 21 mil alunos nos cursos voltados aos profissionais dos diversos segmentos do setor imobiliário.

Com um corpo docente formado por mestres e especialistas do mercado, a Universidade Secovi também mantém convênios e parcerias com instituições internacionais, viabilizando o intercâmbio entre profissionais de outros países.

Isso faz com que a Universidade Secovi seja reconhecida como um centro de excelência em conhecimento no mercado imobiliário.



Cursos:



Especialização em direito imobiliário empresarial



Contratos específicos e registro de loteamentos



O direito do trabalho para condomínios



Legislação tributária para o mercado imobiliário



Imóveis: responsabilidades do construtor e do comprador



Noções de direito para administradores de condomínio sem formação jurídica



O contrato built to suit e a Lei nº 12.744/2012



O impacto da lei da concentração da matrícula nos negócios imobiliários

Av. Brigadeiro Luís Antônio, 2.344 - 9º andar - São Paulo - SP
Informações: (11) 5591-1306 | universidade@secovi.com.br



www.universidadesecovi.com.br



twitter.com/unisecovi



facebook.com/universidadesecovi

AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

CAROLINA RAFAELLA FERREIRA

O advento da Lei 13.097/2015, que tratou da Concentração do Atos na Matrícula (artigo 54)¹, deu luz a artigo de lei já existente no nosso ordenamento jurídico, introduzido pela Lei 11.382/2006, que tratou de pequena reforma do Código de Processo Civil de 1973.

A Lei 11.382/2006, introduziu ao artigo 615 do Código de Processo Civil de 1973, o artigo 615-A², que instrumentalizou a forma pela qual o credor poderia resguardar seus direitos perante terceiros, solicitando ao juízo expedição de certidão comprobatória de ajuizamento de execução, para averbação em matrícula de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens que pudessem se sujeitar a penhora ou arresto.

O artigo trazido pela lei em 2006, até então pouco prestigiado, tornou-se o instrumento fulcral para o

resguardo dos direitos do credor perante terceiros na instituição da concentração dos atos na matrícula em janeiro de 2015.

O novo Código de Processo Civil de 2015, promulgado em março de 2015, um mês após o início da vigência do artigo da lei que tratou da concentração, não poderia inovar com relação à matéria e manteve praticamente na íntegra o teor do artigo 615-A, com mínimos ajustes, então artigo 828³ que trata da AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA.

NATUREZA JURÍDICA

Segundo o professor Afrânio de Carvalho, a averbação premonitória, *serve para divulgar riscos pendentes sobre direitos inscritos, inclusive o de*

¹ Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

² Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º O exequente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

³ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

iminente constituição de gravame, para o fim de chamar a atenção de terceiros acerca de pretensões adversas àqueles, pondo-os de sobreaviso quanto ao imóvel atingido por elas. Dada a sua finalidade de premonição de riscos, é chamada com toda a propriedade de inscrição preventiva (em *Registro de Imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147).

A Averbação Premonitória tem cunho declarativo e não constitutivo de direitos. Ela assegura preferência e não obsta que sejam inseridas, por exemplo, na matrícula, novas restrições.

Inobstante não obstar novas restrições, ela assegura ao credor diligente a preferência em relação aos atos posteriores, caracterizando-se fraude à execução toda alienação posterior à averbação.

Além de garantir os direitos dos credores, tem como finalidade precípua garantir a segurança jurídica dos negócios com relação a terceiros, daí sua grande ligação com a lei que trata da concentração dos atos na matrícula.

A averbação premonitória garante a publicidade e impõe ao terceiro adquirente do bem, ciente da existência do ônus, provar a existência de má-fé na averbação da restrição, caso contrário, será considerada fraude a alienação.

O dispositivo encontra amparo ainda no Código Civil de 2002, em seus artigos 161⁴ e 422⁵, e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º, inciso III⁶, todos tratando da boa-fé na relações negociais, e remotamente no Decreto 737 de 1850, que já tratava de princípios como autenticidade, segurança, eficácia e publicidade.

REQUISITOS

 artigo 615-A do Código de Processo Civil mencionava que o exequente poderia obter já **no ato da distribuição** certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com a identificação das partes e o valor da causa, para fins de averbação no registro competente.

O artigo 828 do Código de Processo Civil então em vigor alterou o dispositivo no tocante ao momento em que se pode obter a certidão, mencionando que deverá ser admitida a execução pelo juiz para a obtenção da certidão, o que significa que não basta a distribuição da execução. O credor deve aguardar o recebimento do processo pelo juiz, para somente então obter a certidão e realizar a averbação premonitória.

Entretanto, o artigo 799⁷, também do Código de Processo Civil de 2015, em seu inciso IX, quando trata das incumbências do exequente, impõe a necessidade de se proceder a averbação em registro público do **ato de propositura da execução**, pairando a dúvida sobre o entendimento que irá prevalecer, se a averbação poderá ser feita só após o recebimento da execução pelo magistrado, ou se já no ato da distribuição da demanda.

O artigo menciona ainda somente execuções, ficando de fora demais ações que possam ou não gerar um crédito. Contudo, o artigo 792, inciso I⁸ do novo Código de Processo Civil, e a Lei 13.097, artigo 54, inciso I, mencionam o registro de ações reais ou pessoais reipersecutórias, e ainda, este mesmo artigo, no inciso IV, ampliando para a averbação da existência de qualquer outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir o proprietário à insolvência, necessitando, porém, para esses casos, de decisão judicial autorizando a averbação, fundado, principalmente, no poder geral de cautela do juiz.

Uma vez expedida a certidão com a qualificação das partes e o valor da causa, deverá o credor levar o documento a cartório, com requerimento específico, por escrito, com firma reconhecida, indicando a matrícula e/ou transcrição que se pretende gravar.

Ato contínuo, deverá o exequente, dentro do prazo de 10 dias, comunicar ao juízo a averbação efetivada. O não cumprimento desta exigência legal suspende o exercício do direito do exequente, pois deve ser levado a conhecimento do devedor a imposição do gravame sobre o bem de sua propriedade, pode ser responsabi-

⁴ Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé.

⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁷ Art. 799. Incumbe ainda ao exequente: (...)

IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

⁸ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

lizado por prejuízos causados pelo excesso de garantia e caracteriza-se procedimento atentatório aos deveres de lealdade e boa-fé processual, sujeitos às penas dos artigos 77 a 80 do Código de Processo Civil.

Se, contudo, obtém a certidão mas não realiza a averbação, não poderá alegar fraude à execução, exceto se comprovar a má-fé do terceiro adquirente. Fatos passíveis de averbação e não averbados, são inoponíveis a terceiros.

EFICÁCIA

Conforme mencionado alhures, a eficácia da averbação premonitória é declarativa e preventiva. Tem caráter provisório, podendo tanto ser cancelada, como convertida em penhora.

Sendo assim, não é qualquer alienação do bem constrito que pode ser considerada fraude, vez que, como mencionado, a averbação premonitória é fugaz e pode ser cancelada uma vez que a dívida for satisfeita, ou até pode o devedor solicitar a transferência de restrição para outro bem, ou levantamento da restrição se já foram averbados bens suficientes a garantir a dívida.

O credor responderá se averbou indevidamente, se gravou bens em excesso ou não cancelou a averbação após satisfeito seu crédito ou declarado indevido.

Com relação à preferência da averbação premonitória em relação a posteriores penhoras, se privilegia o princípio da anterioridade, porém, não em detrimento de dispositivos legais que privilegiam alguns credores em face de outros, como exemplo, em caso de penhoras promovidas pelo Fisco.

CONCLUSÃO

Averbação premonitória não é só uma proteção assegurada ao credor. Ela constitui ferramenta primordial para a garantia de interesses de terceiros adquirentes de boa-fé.

A exemplo do que acontece no Direito Germânico, a inscrição na matrícula saneia tudo. O registro/

averbação permanece até prova em contrário, sendo, naquele país, o Estado responsável pelas informações prestadas, respondendo, inclusive, civilmente.

Embora longe de existir a estrutura de escrituração germânica em nosso país, e ainda ante a descentralização de informações, não precisar obter infindáveis documentos para garantir seu negócio, bastando analisar a matrícula onde contenha todas as informações, para garantia do negócio jurídico, se configura um significativo avanço.

É dever do Estado criar meios para garantia dos negócios, a averbação premonitória, juntamente com o princípio da concentração dos atos na matrícula e outras proteções legais, são institutos que garantem a segurança jurídica, fomentam o crédito e geram desenvolvimento de mercado.

BIBLIOGRAFIA

DE CARVALHO, Afrânio. Registro de Imóveis. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 147.

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20B%20Furlan-formatado.pdf> . Acesso em 3 de outubro de 2016

<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/694/1/palRM-ASI.pdf> . Acesso em 3 de outubro de 2016

http://mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/marco_antonio_botto.pdf . Acesso em 3 de outubro de 2016

http://biblioteca.fadergs.edu.br/TCC_Rodger_2010.pdf . Acesso em 3 de outubro de 2016

http://fm.volpi.com.br/plugins/filemanager/files/Fe_Publica_Registral.pdf . Acesso em 03 de outubro de 2016

<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/702/1/palRM-REG.pdf> . Acesso em 3 de outubro de 2016



AMPLIAR: TRANSFORMANDO A VIDA DE JOVENS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RISCO SOCIAL



Ampliar é uma instituição beneficente sem fins lucrativos que realiza há mais de 25 anos ações que transformam vidas.

Com a missão de educar e profissionalizar jovens em situação de risco social, de 14 a 28 anos, oferece cursos gratuitos ministrados em suas duas unidades na cidade de São Paulo.

O Ampliar acredita que, ao oferecer condições de crescimento pessoal e profissional, pode-se resgatar a autoestima e fortalecer o convívio social e familiar dos jovens, evitando que eles escolham o caminho da marginalidade.

Você pode colaborar com doações, contribuições ou adquirindo cotas de patrocínio. Seu apoio é muito importante para o que Ampliar possa continuar oferecendo um futuro melhor aos nossos jovens.



NÚMEROS DO AMPLIAR

- 70% dos alunos no mercado formal de trabalho e consumo
- 2.200 pessoas são atendidas anualmente pelo programa
- 50 mil alunos formados
- 72 mil certificados emitidos

*Diariamente são atendidos, aproximadamente, 220 jovens e adolescentes em diversos cursos.

Sede Administrativa do Ampliar:
Rua Dr. Bacelar, 1.043
Vila Mariana - São Paulo
Telefones: (11) 5591-1283 / 5591-1282
e-mail: ampliar@ampliar.org.br
www.ampliar.org.br

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL E A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO: UM NOVO OLHAR PARA HARMONIZAR OS INTERESSES DOS SÓCIOS NOS INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS

DANIEL BUSHATSKY

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é relacionar¹ o “princípio da segurança negocial” com a “sociedade de propósito específico”. Para tanto, primeiramente lembrar-se-á da importância deste veículo de investimento, com foco acentuado nas sociedades de responsabilidade limitada, seguindo com a definição do princípio da segurança negocial e, finalmente, trazendo opinião sobre a inter-relação entre este princípio e aquela sociedade.

Espera-se que a leitura desse estudo possa trazer maior segurança ao tráfego comercial, com a diminuição de comportamentos contraditórios e oportunistas entre sócios, aumentando a segurança negocial e jurídica.

Isto porque o desenvolvimento econômico de um país depende de inúmeros fatores econômicos, políticos, sociais etc, e, lógico, de um ordenamento jurídico previsível e capaz de trazer, conseqüentemente, à sociedade, segurança jurídica.

O problema é que ter “segurança jurídica” não pode ser interpretado tão somente como contar com a previsibilidade estanque de decisões judiciais, por um motivo lógico: a sociedade está sempre evoluindo e os negócios (imobiliários), também.

Cumpra então ao “princípio da segurança negocial” a possibilidade de ser uma janela aberta ao julgador para, caso a caso, cirurgicamente analisados, reequilibrar a relação societária, eliminando ou diminuindo assimetrias para que seja possível a consecução do objeto do contrato social, em um ambiente seguro.

1) A IMPORTÂNCIA DAS SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

As sociedades empresárias são taxativamente enumeradas na lei, destacando-se a sociedade limitada e a sociedade anônima. Estas duas espécies de sociedades adaptam-se com perfeição aos anseios dos sócios de criarem pessoa jurídica, com deveres e responsabilidades distintas dos detentores da participação societária², trazendo responsabilidade limitada ao capital subscrito e integralizado pelo quotista/acionista.

Ainda, há a possibilidade de inserção de regras de governança corporativa (cada vez mais em uso), que tendem a entregar transparência e diminuir o conflito de interesse entre os sócios e entre administradores e sócios.

O veículo mais tradicional, no mercado imobiliário, para a incorporação de terrenos e sua futura venda ao público é a sociedade limitada³, com objeto específico, pela facilidade de constituição e menor exigência legal de procedimentos societários (assembleias, órgãos societários, publicações etc), o que tende a diminuir custos na operação e burocracias, com o conseqüente ganho de agilidade nas decisões societária.

A sociedade de propósito específico (“SPE”)⁴ tem como objeto social, em geral, o planejamento, o desenvolvimento, a administração e a execução sob regime de incorporação imobiliária de empreendimento imobiliário a ser realizado em determinado terreno, especificamente para a consecução de um

¹ Em uma primeira apresentação e sem esgotar o tema.

² Que, lembre-se, pode ser pessoa física ou jurídica.

³ Lembrando que segundo o antigo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), no Brasil, em amostragem de 1985 a 2005, foram constituídas 4.300.257 deste tipo societário. A título exemplificativo, no mesmo período, foram constituídas 20.080 sociedades anônimas e 21.731 cooperativas. Consulta realizada aos 25.03.14: <http://www.dnrc.gov.br/estatisticas/caep0101.htm>

prédio, destinado preferencialmente à venda a público. Complementando a lógica do objeto social delimitado, o prazo de duração da sociedade: prazo de duração determinado, que deverá remanescer em existência pelo período de tempo necessário à execução de seu propósito específico.

Observe-se, portanto, que a sociedade somente se dissolverá, entrando em liquidação e, após, se extinguindo, se o objeto social *específico* for inteiramente cumprido; já a dissolução parcial será possível se provada a justa causa para saída do sócio, conforme prescreve o artigo 1029, do Código Civil⁵. É nítido que quando o objeto é específico, os vínculos societários tornam-se mais estáveis, protegendo a sociedade empresária de possível reembolso ao sócio dissidente, o que prejudicaria a consecução de seu fim social.

Vale ressaltar que neste artigo se está considerando a SPE que tem conjugação de esforços entre sociedades distintas para a promoção de determinado empreendimento (imobiliário) comum, com vida e interesses próprios dos quais decorrem direitos e obrigações autônomas. Lembre-se que inúmeras incorporadoras constituem SPEs com sociedades empresárias que pertencem aos seus grupos econômicos, o que acaba levando a questionamentos sobre a autonomia patrimonial e, em especial, a responsabilidade solidária do grupo perante o Código de Defesa do Consumidor⁶.

Desta forma, o contrato empresarial (sim o contrato social é um contrato empresarial) é o negócio jurídico⁷ pactuado entre dois ou mais sócios, fruto da autonomia privada, com o objetivo de unir os contratantes para um fim comum, a consecução do objeto contra-

⁴ Confira-se Luiz Antonio Guerra: “É da tradição, no direito societário brasileiro, a viabilidade de se constituir sociedade de propósito específico, ou seja, aquela constituída especificamente para desenvolver um determinado objetivo ou empresa, esta no entendimento do firme conceito lançado no Código Civil como sendo atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’. Tanto é verdade que o ordenamento jurídico autoriza a constituição de sociedade com prazo de vigência determinado ou indeterminado. Ao determinar-se o prazo de vigência, o legislador trabalhou com a clara ideia de que no prazo previamente fixado, no ato de constituição, os sócios já acertaram que o objetivo da sociedade seria ou será cumprido especificamente naquele prazo. Também, na constituição da sociedade por prazo indeterminado, ocorrendo o exaurimento do seu objetivo, é causa para a dissolução das obrigações e sua extinção, posto que sendo o seu objeto específico ou determinado, exaurido o seu fim social, extingue-se a sociedade.” (*Consórcio empresarial e sociedade de propósito específico proteção e segurança jurídica para o poder público*. In Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Luiz Antonio Tavolaro (coords.), *Licitações e contratos administrativos*, Juruá, 2008, p. 296 e 297).

⁵ No Código Civil: Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa” (realce nosso). No Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), em seu artigo 207, disciplina o direito de retirada do sócio: “Art. 207. A retirada pode ser imotivada na sociedade contratada por prazo indeterminado, mas deve ser motivada na contratada por prazo determinado”.

⁶ Confira-se o voto do Des. Luis Mario Galbetti: “A alegação de ilegitimidade passiva da *corrê Goldfarb* não comporta acolhimento. Tal empresa afirmou que o compromisso foi firmado pela Dinamarca Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, que é sociedade de propósito específico que dela é controladora. A característica principal das sociedades de propósito específico é a efetivação de um objeto social determinado, com o intuito de ilidir riscos, potencializar a atividade da empresa e auferir benefícios fiscais. A sua autonomia patrimonial e jurídica tem suporte no conceito de patrimônio separado em razão do interesse jurídico diferenciado, para satisfação do interesse desta própria sociedade. Esta sociedade manteria interesses próprios e inconfundíveis, totalmente distintos dos sócios individualmente, base da própria ideia construída para a teoria da personalidade ficta ou jurídica. Mas o seu próprio modelo e finalidade tornam difícil a distinção entre os interesses desta específica sociedade e os da controladora, não sendo raro poder-se afirmar que a Sociedade de Propósito Específico, embora possa cumprir principalmente nestes tempos modernos a necessidade de segregação de alguns empreendimentos como se fossem patrimônios específicos, em face da própria complexidade que congregam, não cumpre um objeto social próprio, não se destina a desenvolver uma vida social, tratando-se de mero instrumento de sua controladora. E esta autonomia patrimonial e jurídica, que até mesmo pode ser vista com certa relatividade, não deve servir a dificultar o cumprimento das obrigações em relação a terceiros que realizaram negócios jurídicos com a sociedade criada, em especial se esta sociedade tem prazo determinado. Não discrepa a doutrina mais autorizada em admitir a responsabilidade do grupo controlador que institui a SPE, em caso de insolvência ou inadimplência, na medida em que foi criada para prestar um serviço à sua controladora, para cumprir uma simples etapa de um projeto, ou até mesmo para desenvolver um projeto da controladora, mas que já nascem marcadas para morrer, ou seja sem vida própria e independente. Não se pode esquecer que o conceito de personalidade jurídica, baseada na organização para criação de um centro autônomo de decisões, somente deve ser prestigiado com rigor em especial para segregar patrimônios quando esta estrutura represente um verdadeiro centro de imputação de direitos e deveres titular de um interesse individual, como decorrência esta organização. Não se dá o mesmo em situações de inadimplência assim devendo ser considerada o não reconhecimento de descumprimento de prazos de entrega alegado no caso concreto da controlada, pois a permissão legal para constituição de uma sociedade específica para um projeto nunca pretendeu blindar, ou limitar a responsabilidade dos controladores e idealizadores do projeto negociado a terceiros. (...) Nesse contexto, legítima a inserção da controladora da SPE no polo passivo da lide na qual se discute a inadimplência desta e em empreendimento idealizado pela sócia.” (realce nosso) (TJSP; Apelação 0045737-61.2011.8.26.0577, pela 7ª Câmara de Direito Privado, em 30/10/2013).

⁷ Nas palavras de Ferrara, negócio jurídico é: “manifestação da vontade dirigida a um fim prático que a ordem jurídica tutela, tendo em conta a responsabilidade do ou dos sujeitos e a confiança dos demais”. (Ferrara, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20).

tual sob a ótica da exploração de determinada atividade econômica⁸, *in casu*, a incorporação imobiliária.

Da união destes sócios, que não podem ou não querem desenvolver determinadas atividades sozinhos, espera-se que haja a consecução do objeto social, preservando-se, se possível, o lucro do empreendimento.

Isto não significa de forma alguma que a capacidade econômica, técnica ou de informação entre os sócios tenha que ser igual, mas, dentro do estabelecido contratualmente, deve existir ao menos uma igualdade que respeite os princípios formadores do direito empresarial e de sua espécie – o direito societário⁹.

Pela relevância do tema, é necessário destacar que a sociedade limitada é formada por um contrato plurilateral, onde os sócios são titulares de direito e de obrigações recíprocas.

Note-se que os *interesses* dos sócios podem até não se manter compatibilizados, mas devem sempre ser orientados para o *interesse da* sociedade.

Nesse caminho, Marcus Elidius¹⁰ bem aponta: “Os *interesses antagônicos dos contratantes são, no contrato plurilateral, coordenados pelo escopo comum. Há, portanto, uma coordenação do antagonismo*”.

São inerentes a este antagonismo, as possibilidades de divergência, às vezes desastrosas, ante o caminho social que a sociedade deve trilhar, o que acaba levando a conflitos societários, como a indicação do melhor administrador, fechamento do projeto arquitetônico e de engenharia, valor do preço unitário da unidade, materiais de construção etc, sendo estas algumas das possíveis causas de saída do sócio.

As SPÉs respeitam os princípios da autonomia privada, majoritário e da preservação da empresa e, como explicado acima, devem perseguir a consecução do objeto social, equilibrando possíveis divergências e, para tanto, possíveis modificações de contrato social ou reuniões/assembleias devem ser de interesse da sociedade e não dos sócios.

Como veremos no próximo capítulo, uma das formas de se evitar conflitos societários seja preventivamente, seja pelo julgador, quando o conflito já está

instalado, é por meio do “princípio da segurança negocial”, para que seja respeitado o equilíbrio entre os contratantes e as condições do negócio jurídico, melhorando o tráfego comercial, deixando-o mais seguro e eficaz, tudo com, espera-se, regras claras e justas.

2) O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL

A proteção do tráfego comercial é de suma importância para o desenvolvimento do comércio. Os sócios somente terão tranquilidade para desenvolver suas atividades, trocarem informações, *know how*, e investirem em seus negócios se tiverem confiança de que o pacto não será rescindido e/ou desrespeitado.

Nessa lógica, em tese de doutorado defendida na PUC/SP, propus a criação de um princípio, denominado princípio da segurança negocial¹¹, que se insere na sistemática do direito comercial e suas características, protegendo todos os lados da relação contratual. Confira-se:

Por princípio da segurança negocial, entende-se a conjugação do dever de lealdade (boa-fé objetiva), a necessidade do agir como esperado (princípio da confiança), bem como a perseguição do comportamento correto (princípio da *correttezza*) entre as partes, facilitando-se a comunicação necessária, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade (autonomia privada). Acrescente-se que o nascimento desse princípio está no seio do direito comercial e suas clássicas características: a) cosmopolita: marcadamente internacional, precisando se adaptar a diversos “usos e costumes”; b) fragmentado: não forma um sistema jurídico completo, ainda mais pelo caráter cosmopolita; c) dinâmico: o tráfego comercial está em rápida evolução, muitas vezes de forma criativa e inovadora; d) oneroso: a legislação e os negócios jurídicos envolvem,

⁸ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), a partir do seu artigo 297 disciplina os contratos empresariais: “Art. 297. É empresarial o contrato quando forem empresários os contratantes e a função econômica do negócio jurídico estiver relacionada à exploração de atividade empresarial”.

⁹ Projeto do Código Comercial (Projeto nº. 1572/2011), em seu artigo 113, disciplina os princípios específicos do direito comercial societário: “Art. 113. São princípios do direito comercial societário: I – liberdade de associação; II – autonomia patrimonial da sociedade empresária; III – subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais; IV – limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais como proteção do investimento; V – prevalência da vontade ou entendimento da maioria nas deliberações sociais; VI – proteção dos sócios minoritários.”

¹⁰ Direito Processual Empresarial: estudo em homenagem ao professor Manoel Queiroz Pereira Calças / Gilberto Gomes Bruschi (coords.). - Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 544

¹¹ O princípio proposto é uma aglutinação dos princípios da boa-fé objetiva, confiança, *correttezza* (inspirado no direito italiano) e autonomia privada, dentro de um regime jurídico comercial. Para saber mais, consultar: “O princípio da segurança negocial no direito societário”, tese de doutorado, na PUC/SP: 2016.

via de regra, atos não gratuitos; e) simplicidade: busca formas menos rígidas de pactuação se comparado a outros ramos do Direito, como o Civil, até pelo dinamismo; e f) presunção de solidariedade: visa à garantia do crédito.

Parece nascer assim um princípio balizador do direito comercial, ramo autônomo¹², que atuará como força matriz e motriz do sistema¹³ e uma janela aberta ao julgador (juiz estatal ou árbitro) para a melhor solução ao caso concreto.

Ainda, esse conjunto ora colocado é que se denomina como o regime jurídico comercial, marcado por forte consenso entre as partes e especialidade de seu objeto, que visa à produção e circulação de bens e serviços.

Na prática, o princípio da segurança negocial cria deveres inerentes às partes, que, mesmo não escritos, são traduzidos, em especial no direito societário, como o dever e a obrigação de prestar informação clara e precisa, manter sigilo (sobre o *know how*, por exemplo), prestar colaboração (assistência e auxílio), cooperação, exercer a vigilância e o cuidado¹⁴, não atuar com conflito de interesse, e manter a não concorrência, se negociada no contrato social ou no acordo de quotistas¹⁵, em qualquer uma das fases contratuais, tudo para que as partes caminhem para o cumprimento pleno do objeto avençado¹⁶. Ou seja,

diferentemente dos princípios na ótica civilista, na ótica comercial os deveres e obrigações não são *relacionados* ao cumprimento da obrigação, e sim *característica essencial* do cumprimento da obrigação.

A incidência maior ou menor desses deveres sempre dependerá do caso a caso, porém nítido é que o desrespeito ferirá o princípio ora em estudo, que serve em última instância para afastar danos aos contratantes¹⁷.

Assim, o princípio da segurança negocial será o valor base na interpretação da Lei e dos negócios jurídicos, criando uma consideração especial entre as partes, gerando um aumento dos deveres e obrigações, que não serão mais acessórios, e sim inerentes ao convencionado entre as partes (validação de condutas), afastando perdas e danos, dentro de um regime jurídico comercial, em que há um interesse subjetivo pela propriedade empresarial, visando ao bem comum¹⁸.

3) A RELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA NEGOCIAL COM A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

É graças à autonomia subjetiva e objetiva que as partes sujeitam-se ao contrato social, mas a dinâmica empresarial, com a celeridade dos negócios, deve respeitar um fluxo claro e leal de informações

¹² Confira-se Ascarelli: *A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulamentada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado [...], sucessivamente em um âmbito mais vasto.* (Ascarelli, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 93.)

¹³ Ainda, Lotufo ensina: *Princípios, a nosso ver, são ideias matrizes e motrizes do sistema, do ordenamento, porque são pontos de partida e de movimentação dos mesmos, dão origem e ensejam a interpretação das normas.* (Lotufo, Renan. *Teoria geral dos contratos*. In: Lotufo, Renan; Nanni, Giovanni (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.)

¹⁴ Sobre a necessária forma de agir ético, com a necessidade de diminuir as perdas do credor em atitudes proativas entre as partes: “Superior Tribunal de Justiça. *Direito Civil - Contratos. Boa-Fé Objetiva. Standard Ético-Jurídico. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. Violação ao princípio da boa-fé objetiva*”. (grifo nosso). (Recurso Especial nº: 758518 PR 2005/0096775-4. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Data de Julgamento: 17/06/2010 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 28/06/2010 REPDJe 01/07/2010).

¹⁵ A não-concorrência é cláusula importantíssima para a proteção do negócio jurídico, mas deve ser sopesada entre os sócios, inclusive pela ótica dos princípios da livre a iniciativa e da livre concorrência, que não podem ser feridos.

¹⁶ Couto e Silva afirmou: *Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. Obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor.* (Couto e Silva, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 120; 168).

¹⁷ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Comercial. Recurso contra decisão de primeira instância que proibiu a agravante de rescindir a relação comercial com a agravada. O longo tempo de relação contratual entre as partes geraram deveres acessórios, dentre eles o dever de cooperação, sendo certo que tais deveres acessórios visam à restauração do equilíbrio das relações contratuais e a evitar situações danosas para a contratante que se encontra em situação de desvantagem contratual. Ademais, o Código Civil de 2002, ao adotar os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, teve o intuito de considerar os contratantes como verdadeiros parceiros, devendo, portanto, atuarem de forma a garantir a finalidade do negócio entabulado.* (Agravo de Instrumento: 0037547-50.2015.8.19.0000. Agravante: O Boticário Franchising Ltda. Agravada: Oliveira Bruno Presentes Ltda. EPP e outros. Relator: Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos. Data de Julgamento: 20/07/2015, 2ª Câmara Cível.

¹⁸ Confira-se Carvalho sobre a propriedade empresarial: *Propriedade empresarial é o controle do titular de direito subjetivo pertinente – ou de alguém, por esse consentido, ou de algum modo autorizado – sobre ativos. De regra, a propriedade empresarial só pode ser dirigida para o bem comum.* (Carvalho, Gilberto de Abreu Sodré. *A propriedade empresarial: um estudo transdisciplinar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 63).

e condutas, para a consecução do objeto contratual.

As SPEs podem no decorrer da incorporação enfrentar diversos problemas, como recessão econômica, atrasos na integralização do capital social, dificuldade de obtenção de documentos regulatórios, adequação ao plano diretor, discórdia quanto ao melhor projeto arquitetônico, cumprimento do plano de marketing, atingimento do preço ideal da unidade autônoma, melhor empresa de construção etc.

Muitas destas decisões cabem exclusivamente aos sócios, que se não alcançarem o consenso podem acabar em litígio, devendo sempre respeitar a boa-fé objetiva¹⁹, base do princípio da segurança negocial.

Preventivamente e coadunando-se com os princípios de governança corporativa, sempre se sugere para evitar desgastes desnecessários, a inclusão nos contratos sociais ou no acordo de quotista, de cláusulas de estabilização social como reunião de sócios para tratativas das matérias, prevendo a votação dos principais pontos sensíveis para os sócios e para a sociedade, forma de administração e outorga de procuração, regras claras para cessão e transferência de quotas, forma do cálculo visando a apuração de haveres e modo de solução de conflito – mediação e arbitragem.

Tais regras, que atendem aos princípios de direito comercial, ainda auxiliam o mediador ou julgador (juiz estatal ou árbitro), à solucionar possível conflito, por entender o espírito dos sócios que deram origem a sociedade empresária, bem como, por exemplo, no caso de exclusão de sócio, que os haveres deveriam ser calculados através do fluxo de caixa descontado a valor presente ou o preço de custo da unidade autônoma do empreendimento.

Por meio de um contrato social (ou acordo de sócios) preventivo, com cláusulas que já antevêm estes possíveis conflitos e a vedação de comportamentos oportunistas entre os quotistas, a SPE caminhará com muito mais tranquilidade para a consecução do objeto social, atingindo em suas regras contratuais a segurança negocial na relação societária com foco ao pleno desenvolvimento do tráfego comercial com consequente entrega de maior tranquilidade aos empresários.

Ou seja, se o objetivo é a incorporação, da maneira mais eficiente e com o maior lucro possível, é isto que o princípio da segurança negocial buscará, sem, contudo, prejudicar qualquer sócio ou administrador.

Sob a ótica do princípio da segurança negocial no direito societário a solução é a mesma. Fere a lealdade

entre as partes e a legítima expectativa criada ao longo de uma relação contratual duradoura, se não houvesse o cumprimento do estabelecido entre os sócios e que problemas naturais do negócio desgastassem a relação a ponto de prejudicar a exequibilidade do objeto social.

CONCLUSÕES

 desenvolvimento do tráfego comercial atrela-se à necessidade de segurança para as partes envolvidas nos mais diversos contratos. Isto significa que o direito societário deve trazer um arcabouço normativo capaz de trazer tranquilidade aos sócios e administradores, mas sempre perseguindo o objeto social.

Esta tranquilidade somente ocorrerá se os julgadores puderem, com equilíbrio e respaldo jurídico, analisarem os casos e conseguirem responder se houve ou não respeito ao princípio da segurança negocial no direito societário.

Ou seja, os julgadores precisarão concluir se os contratantes seguiram com os deveres inerentes de prestar informação clara e precisa, manter sigilo (sobre o know how, por exemplo), prestar colaboração (assistência e auxílio), cooperação, exercer a vigilância e o cuidado, não atuar com conflito de interesse, e manter a não concorrência se negociada no contrato. Certamente ajudará nesta tarefa, cláusulas contratuais bem elaboradas, disciplinando a gestão da sociedade, apuração de haveres, reunião de quotistas para a votação das matérias mais sensíveis etc.

Nesse caminho, o princípio ora defendido é um comando de otimização da análise da real intenção das partes, cláusula a cláusula, tudo com o objetivo de permitir a exequibilidade do objeto social.

Em relação às SPE's, que possuem um objeto social específico e prazo determinado de duração, a formação de um contrato social amparado no princípio da segurança negocial é essencial para que o empreendimento imobiliário, fim maior, aconteça, mas sempre respeitados e sopesados os interesses dos sócios e administradores.

Assim, espera-se que o princípio da segurança negocial no direito societário e, quiçá no direito comercial como um todo, traga a possibilidade de julgamentos mais justos, trazendo a necessária segurança para os negócios imobiliários além de potencializar o desenvolvimento econômico.



NA REDE IMOBILIÁRIA SECOVI, TUDO SE CONECTA. **ATÉ AS MELHORES OPORTUNIDADES.**

A **Rede Imobiliária Secovi** é a união de imobiliárias associadas ao Secovi-SP, maior sindicato patronal do setor imobiliário da América Latina, que compartilham, em um único sistema, as suas ofertas e somam esforços para a viabilização de negócios de compra e venda de imóveis de terceiros e de locação.

Essas empresas contam com uma gama de produtos e serviços que agregam diferenciais ao negócio e aos seus colaboradores: qualificação profissional com certificações, apoio jurídico, tecnologia, networking, informações de mercado e descontos na contratação de fornecedores da Rede destacam-se entre as vantagens.

Conecte-se à Rede Imobiliária Secovi e aumente as chances de fechar mais negócios em menos tempo.



180 AGÊNCIAS
IMOBILIÁRIAS



2.400 CORRETORES
TRABALHANDO EM PARCERIA



Rede Imobiliária
SECOVI SP

OS MELHORES IMÓVEIS AQUI

EXECUÇÕES DE IPTU: PESADELO PARA EMPREENDEDORES

FLÁVIO GONZAGA BELLEGARDE NUNES

1) INTRODUÇÃO DO TEMA

Execuções fiscais de IPTU são recorrentes na vida de loteadores e incorporadores.

Ocorre que o objeto dessas ações é a cobrança de imposto deixado em aberto, não pelo empreendedor, mas sim pelo adquirente da unidade que ele comercializou.

Não é incomum nos depararmos com certidões dos distribuidores forenses listando centenas e até mesmo milhares e milhares de execuções de IPTU contra empreendedor imobiliário.

Em nosso país, que já tem 80% de sua população nas áreas urbanas, a demanda por imóveis urbanos é nada desprezível. Consequentemente, eventuais sequelas negativas depois do fechamento guardarão proporcionalidade com o tamanho da demanda existente no mercado.

Quanto às prefeituras, elas são implacáveis na cobrança do IPTU. Nada mais lógico, pois esse imposto pode corresponder a cerca de 20% a 25% do total da receita tributária de um município. Respalçadas em entendimento pacífico dos Tribunais, que lhes é favorável, as prefeituras executam o empreendedor, ao invés de buscarem o adquirente do imóvel. De fato, muitas vezes, é difícil saber onde está ou quem é o adquirente. Cessões sucessivas da promessa de compra e venda mediante “contratos de gaveta” sem a devida comunicação ao empreendedor e à prefeitura; invasões de lotes, geralmente, em loteamentos populares - tudo isso dificulta a eficácia da cobrança. Daí, o empreendedor acaba se tornando presa fácil da prefeitura.

Usualmente, é o próprio imóvel tributado que garante a execução fiscal. Contudo, o artigo 11 da Lei das Execuções Fiscais coloca imóveis no quarto lugar da ordem das penhoras, sendo que o dinheiro figura em primeiro lugar. Portanto, em tese, paira um risco sobre os empreendedores: o da penhora online em suas contas bancárias, para assegurar a quitação do IPTU atrasado.

Considerem-se também os entraves que tais execuções podem acarretar no cotidiano do empreendedor. Por exemplo, a eventual necessidade de apresentação de certidões de objeto e pé para registrar novos empreendimentos nos cartórios de imóveis ou para esclarecer interessados na aquisição de seus imóveis; possíveis retardamentos para finalização de proces-

sos de financiamentos bancários; inclusão do seu nome no CADIN municipal; custo com montagem e manutenção de uma estrutura de acompanhamento das execuções fiscais etc.

E, pior, as ações declaratórias desconstitutivas de crédito fiscal, exceções de pré-executividade, ou embargos à execução de que se socorra o empreendedor para buscar sua exclusão dos processos, não estão sendo acolhidos pelo Judiciário. E quanto mais passa o tempo, outros exercícios vencerão, e novas execuções virão a se somar ao rol das que estão em curso.

Em suma, essa questão dos passivos de IPTU é um grande pesadelo para o empreendedor imobiliário.

Por que ele teria de responder pelo imposto que o seu cliente deixou de pagar? A propósito, não é o adquirente quem tem a posse e a disponibilidade econômica do imóvel tributado? O empreendedor até já deu a baixa desse imóvel no seu balanço patrimonial. Então, por que não é o adquirente alvo dessas execuções? É o que passaremos a ver nas seções seguintes.

2) FATO GERADOR DO IPTU E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA



Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) define o fato gerador do IPTU e o seu contribuinte:

Art.32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

O vasto alcance dessas definições deve-se provavelmente à intenção do legislador de assegurar a eficiência da arrecadação do IPTU, alcançando diversos matizes da titularidade patrimonial, desde a propriedade plena até a posse, passando pelo domínio útil.

O STJ deu a seguinte interpretação ao art.34 do CTN: “1. o contribuinte do IPTU é o proprietário do

imóvel, admitindo o CTN, por expressa determinação, possa figurar como contribuinte o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência do STJ tem entendido que as hipóteses são estabelecidas pela lei, mas estão restritas às relações de direito real, excluindo-se da incidência o locatário, por exemplo, que é possuidor direto, mas não é contribuinte do IPTU. 3. Hipótese em que se estabeleceu mais uma incidência, fora do alcance da norma, para atribuir sujeição passiva a quem figure como proprietário no cadastro municipal, mesmo que não mais esteja relacionado com o imóvel.” (REsp 810.800-MG, Relatora Min. Eliana Calmon, em 2006).

O CTN abriga normas de caráter geral, cabendo aos municípios (Constituição Federal, artigo 156, I) a competência para instituir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Os mais de 5.500 municípios brasileiros que cobram o IPTU basicamente reproduzem as palavras dos artigos 32 e 34 do CTN em suas legislações locais. Não fosse o fato de o município de Oiapoque, no Amapá, não cobrar IPTU de sua população, poder-se-ia dizer sem qualquer exagero que, no Brasil, do Oiapoque ao Chuí, há a mesma postura das prefeituras no que respeita à definição do fato gerador e do sujeito passivo tributário em seus respectivos Códigos Tributários. O que pode variar é o detalhamento da regulamentação.

Por isso, é indispensável analisar o Código Tributário municipal, também.

De acordo com o CTN, o IPTU, obrigação tributária *propter rem* (que acompanha o imóvel), não é afetado pelas mudanças subjetivas na titularidade do imóvel:

“Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.”

*“Art. 131. São pessoalmente responsáveis:
I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Vide Decreto Lei nº 28, de 1966) (...)”*

3) A DOUTRINA

Há divergência na doutrina quanto à ordem de prioridade da responsabilização pelo pagamento do tributo, quando a hipótese é de coexistência de contribuintes, como é o caso aqui versado (proprietário versus promitente comprador).

Dentre os renomados comentaristas do CTN, cabe destacar os posicionamentos de Aires Ferreira Barreto e Hugo Brito Machado a respeito do artigo 34 do CTN, que repercutiram no STJ.

Do primeiro, extrai-se:

“Assume, ainda, a condição de contribuinte o possuidor do imóvel, como o compromissário-comprador imitado na posse, o usuário e o titular de direito real de habitação.

*O legislador poderá optar, para a decretação do tributo, por qualquer das situações previstas no Código Tributário Nacional. Vale dizer, poderá escolher, *verbi gratia*, o proprietário de imóvel compromissado à venda, ou o promitente comprador imitado na posse.*

Poderão ser previstas, ainda, hipóteses de sujeição passiva indireta, em virtude de transferência da responsabilidade tributária, através de expressa disposição na lei municipal” (“Comentários ao Código Tributário Nacional”, coordenação Ives Gandra Martins, Saraiva, 6ª edição, 2011, primeiro volume, p. 319.).

Ainda, em reforço ao que disse na obra anteriormente citada, Aires Ferreira preleciona em outra obra: *“Definindo a lei por contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar pelo possuidor no caso em que há proprietário. Há quem defenda haja uma escala de preferência a ser observada. Em outras palavras, vedado seria a autoridade administrativa optar pelo possuidor, sempre que conhecido fosse o proprietário. Não nos parece que assim seja. A escolha é livre. Opta-se por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação. Ademais disso, em relação a imóveis não edificados, mas com construções inadequadas, (barracos, barracões, telheiros), a regra é a de facilidade para identificar o possuidor, que, no mais das vezes, proprietário não é “* (“Curso de Direito Tributário”, coordenação Ives Gandra Martins, Saraiva, 8ª edição, 2001, p. 738).

Hugo de Brito Machado, com posicionamento pela ordem excludente das diversas categorias de direito real mencionadas no artigo 34 do CTN, se expressa assim:

“Havendo proprietário, não se cogitará de titular de domínio útil, nem de possuidor. Não havendo proprietário, seja porque a propriedade está fracionada, ou porque não está formalizada no registro competente, passa-se a cogitar da segunda figura indicada, vale dizer, do titular do domínio útil. Se for caso de imóvel sem propriedade formalizada, contribuinte será o possuidor a qualquer título.” (“Comentários ao Código Tributário Nacional”, vol. I, Atlas, 2007, p. 361).

Mais uma vez, Aires Ferreira, citando os professores Misabel de Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Côelho, ressalta que: *“O preceito do CTN que versa a sujeição do IPTU não inova a Constituição, ‘criando por sua conta’ um imposto sobre a posse e o*

domínio útil. Não é qualquer posse que deseja ver tributada. Não é a posse direta do locatário, do comodatário, do arrendatário do terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação) ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova etc.). A posse prevista no Código Tributário como tributável é a de pessoa que já é ou pode ser proprietária da coisa.”, (“Curso de Direito Tributário”, coordenador Ives Gandra da Silva Martins, 8ª Edição, 2001, Saraiva, pág.739).

Em suma, os entendimentos expressados anteriormente mereceram reflexão no STJ, conduzindo à pacificação de sua jurisprudência, conforme se verá na seção a seguir.

4) DO STF AO STJ – RECURSOS REPETITIVOS E SÚMULA STJ 399

Partindo das considerações que Hugo de Brito Machado (pág. 392 do vol. 1 da sua obra citada) faz sobre as Súmulas 74 e 583 do STF, pode-se dizer que, dadas as peculiaridades da legislação anterior ao CTN o STF sumulou (Súmula 74) seu entendimento no sentido de que somente o proprietário era o contribuinte do IPTU, mesmo que existisse promitente comprador. Tal súmula focava situação peculiar de proprietário entidade autárquica isenta de IPTU. Todavia, o princípio “proprietário contribuinte” ficou consagrado naquela Corte. Muitos anos depois, quando o CTN entrava no seu décimo ano de vigência, o STF superou sua Súmula anterior, adotando, em substituição, a de nº 583, que consagrou o entendimento quanto à responsabilidade do promitente comprador, além do proprietário. A ementa de aprovação da nova Súmula assim se expressa: *“Imposto predial. Se pelo artigo 34 do vigente CTN o contribuinte de tal imposto não é somente o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, não mais vigorará a Súmula 74, segundo a qual o imóvel transcrito em nome de autarquia, embora objeto de promessa de venda a particulares, continua imune de impostos locais.”* (RE 69781, Relator Ministro Barros Monteiro, Tribunal Pleno, julgamento em 26.11.1970, DJ de 5.3.1971).

Quando foi instalado o STJ, a competência dessa matéria passou para tal Corte. Lá, igualmente, houve divergência quanto à interpretação e integração das regras dos artigos 32 e 34 do CTN. É que a realidade da vida traz nuances que constituem sutis diferenças em relação aos paradigmas julgados. Assim é que os tópicos “propriedade” e “posse”, “proprietário” e “possuidor a qualquer título” constantes nos artigos 32 e 34 do CTN deparam com situações muito especiais. É verdade que o artigo 1.245 do Código Civil estabelece que a propriedade se considera transferida somente com a consumação do registro do título

translativo no registro de imóveis. Assim, um promitente comprador que não registra seu contrato não criará direito real aquisitivo sobre seu imóvel. Mas há situações como a do promitente comprador que, embora não tenha registrado o seu contrato no registro de imóveis, quitou o preço da compra e está exercendo posse por tempo tal que ensejaria usucapião. Também há casos em que, apesar da promessa de compra e venda não estar registrada, a prefeitura tem ciência expressa de quem seja o promitente comprador, tendo, inclusive, feito, no passado, acordo com este para liquidação do IPTU em atraso. Por isso, a jurisprudência do STJ (e também a dos Tribunais Estaduais) oscilou durante muitos anos, ora excluindo o empreendedor da execução, ora dando ganho de causa ao fisco municipal. Em suma, há casos e casos.

Finalmente, em 2009, embora a interpretação do artigo 34 do CTN já estivesse pacificada no STJ, a mesma ainda não havia sido submetida ao procedimento do recém-editado artigo 543-C, introduzido pela Lei 11.672, de 2008, no CPC de 1973. Esse dispositivo trata da solução dos recursos repetitivos (multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito).

Assim, os Recursos Especiais 1.110.551/SP e 1.111.202/SP, foram os selecionados como representativos da controvérsia jurisprudencial. O julgamento, pela 1ª Seção do STJ, ocorreu em 10/6/2009 (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques). Nesses recursos, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) e o SECOVI-SP foram admitidos na condição de “amicus curiae”. A ementa desses recursos assim se enuncia:

“1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. Precedentes: RESP n.º 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.4.2008; REsp 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 8.2.2008; REsp 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 11.9.2007; REsp 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1º.8.2007; REsp 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.2.2006.

3. Ao legislador municipal cabe eleger o sujei-

to passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro, visando a facilitar o procedimento de arrecadação' (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004).

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1111202/SP, Rel. Min. Mauro Campbell, Primeira Seção, julgamento em 10.06.2009)"

Na esteira dessas duas decisões, o STJ adotou a Súmula nº 399, com o seguinte enunciado: "Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU".

O posicionamento do STJ, por meio do processo instaurado pelo artigo 543-C do CPC de 1973 (no Novo CPC, artigo 1.036 e segs.), pôs uma pá de cal em toda a controvérsia que ainda pudesse provir dos Tribunais Estaduais.

Para o empreendedor imobiliário, praticamente esvaiu-se aquela pequena chance de poder ver acolhido no STJ seu pleito de exclusão do processo de cobrança de IPTU nos casos de imóveis com promitente comprador. Isto porque, de acordo com o artigo 543-C (no Novo CPC, artigos 1.036 e segs.), todos os recursos especiais que viessem a ser interpostos passariam a ter seguimento denegado no Tribunal Estadual. E se o empreendedor agravar, para o STJ, contra a decisão denegatória de seguimento do Recurso Especial, esse agravo, muito provavelmente, será improvido em Brasília. Só não o será, se o caso concreto se revestir de peculiaridades tais que não se enquadrem na atual orientação jurisprudencial do STJ.

Ademais, se o recorrente lograr trazer argumentos que demonstrem a inaplicabilidade da jurisprudência adotada pelo STJ, correrá o risco de sofrer uma sanção pecuniária. Exemplo expressivo desta situação encontra-se no Agravo Regimental nº 50.101- SP (Rel. Min. Mauro Campbell Marques), julgado em 17 de novembro de 2011. Nesse recurso, a Turma julgadora entendeu que o recorrente não conseguiu trazer argumentos que superassem o posicionamento firme do tribunal, oriundo das decisões nos recursos repetitivos acima citados e da Súmula 399 do STJ. Consequentemente, o STJ aplicou-lhe multa com fundamento no artigo 557, § 2º do CPC anterior (no novo CPC, artigo 1.021, § 4º). Assim está ementada essa decisão:

"1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU." (REsp 1110551/SP e REsp

1111202/SP, Rel. Min. Mauro Campbell, Primeira Seção, DJ 18.6.2009, julgados de acordo com o regime previsto no art. 543-C do CPC).

2. Por se tratar de insurgência manifestamente inadmissível, diante da análise do mérito pelo regime dos recursos repetitivos, fica autorizada a aplicação da penalidade estabelecida no art. 557, § 2º, do CPC.

3. Agravo regimental não provido.

5) AS BASES DA ATUAL ORIENTAÇÃO DO STJ

Registre-se que, em muitos casos, não foi levada em conta a circunstância do proprietário promitente vendedor não mais ter interesse econômico no imóvel. Com o escopo de facilitar a arrecadação, o tribunal considerou tão somente os aspectos formais, isto é, o fato de o proprietário vendedor ainda figurar no Registro de Imóveis e/ou estar arrolado no cadastro imobiliário municipal.

A atual orientação jurisprudencial do STJ baseia-se em um ou mais dos seguintes pressupostos fático-jurídicos, que foram conhecidos e analisados nos diversos precedentes das Decisões sob o art. 543 C do antigo CPC:

(a) quanto a quem deve ser o contribuinte:

- o possuidor, na qualidade de promitente comprador, pode ser considerado contribuinte do IPTU, conjuntamente com o proprietário do imóvel;

- a responsabilidade tributária do proprietário vendedor não será excluída em razão de haver coexistência de possuidores a qualquer título;

- a existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do IPTU não implica a exclusão automática do polo passivo da obrigação tributária do titular do domínio (assim entendido aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis);

- proprietário, qual seja, aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis e/ou está no cadastro imobiliário da municipalidade, poderá ser executado em demandas relativas à cobrança do IPTU;

- o proprietário do imóvel, na qualidade de promitente vendedor, é contribuinte do IPTU, cuja responsabilidade deve ser somada à do promitente comprador (possuidor do imóvel);

- na ausência de registro da promessa de venda e compra no Registro de Imóveis, tanto o promitente comprador do imóvel (possuidor de qualquer título) quanto o seu proprietário promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são responsáveis pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel.

(b) quanto à prerrogativa de escolher quem pagará:

- ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no art. 34 do CTN;
- a eleição do possuidor como contribuinte é faculdade do legislador municipal, e caso a lei (municipal) aponte aquele e o proprietário promitente vendedor, a opção por um e/ou por outro deve ser exercida pela autoridade administrativa (fisco), visando a facilitar o procedimento da arrecadação;
- se a lei municipal tiver eleito o promitente comprador como contribuinte do IPTU de forma a excluir o proprietário, isto seria a única hipótese para a retirada do proprietário do imóvel da qualidade de contribuinte do IPTU.

A orientação jurisprudencial em vigor não fecha as portas para todos os casos. Cabe ao recorrente demonstrar cumpridamente as razões que devem ensejar inaplicabilidade da jurisprudência daquela Corte ao caso concreto trazido a lume. Duas decisões servem de paradigma, a saber:

No Recurso Especial nº 1.204.294 – RJ relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques, o mesmo relator dos julgamentos dos recursos repetitivos tratados na Seção 4 acima, julgado dois anos depois daqueles, foi reconhecida a possibilidade de se excluir do polo passivo o proprietário promitente vendedor. Eis a Ementa:

“1. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU [...].

2. No entanto, o acórdão de fls. 141/147, proferido na forma do disposto no artigo 543-C, § 8º, do CPC, bem demonstrou a inaplicabilidade desse entendimento ao caso concreto, nos seguintes termos: “O acórdão proferido por este Colegiado teve por fundamento não só a existência de contrato de promessa de compra e venda do imóvel gerador do tributo, mas as específicas circunstâncias de haver ele sido firmado em caráter irrevogável e irretratável, com imediata imissão do promitente-comprador na posse, e subsequente averbação no Registro de Imóveis (daí advindo os efeitos jurídicos previstos nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil), além do manifesto exaurimento do prazo para usucapião do bem.

Contornos específicos, que fazem destacar-se um caso particular na massa de demandas repetitivas, reclamam detido pronunciamento jurisdicional, como forma mesmo de aperfeiçoar o regime estabelecido na Lei nº 11.672/2008.

3. Além disso, no que se refere ao acórdão proferido em sede de apelação (fls. 86/94), o Tribunal de origem, entre outros fundamentos, entendeu que, ainda que o promitente comprador não seja o proprietário em virtude da ausência de registro da escritura de compra e venda no Cartório de Imóveis, ele o tornou em razão da usucapião, explicitando que “por força de promessa de compra e venda celebrada em caráter irrevogável e irretratável, com transmissão imediata da posse, lavrada no ano de 1979, devidamente averbada no competente cartório de registro de imóveis, sendo que, de tão longínqua a data de formação de contrato, já se exauriu, há muito, o prazo da usucapião, razão pela qual deve ser afastada a responsabilidade do promitente vendedor.”

Infelizmente, porém, o recurso resultou não conhecido pela Turma julgadora, em razão de desatendimento de requisito procedimental pela recorrente, que atraiu a incidência da Súmula 283 do STF. Mas ficou nos anais da jurisprudência do STJ um registro muito lúcido de entendimento de admissibilidade, em tese, do mérito do caso por parte desse Ministro Relator.

O segundo caso é o Agravo em Recurso Especial 84.033-SP, relatado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 30/11/2011, do qual se extrai o seguinte trecho: *“No caso, onde também se discute a legitimidade passiva para pagamento de tributo incidente sobre imóvel, houve averbação no registro de imóveis da alienação realizada antes da ocorrência do fato gerador, conforme afirmou o acórdão recorrido, de modo que não há de falar de sujeição passiva tributária do ora recorrido. Diante do exposto, nego provimento ao agravo”.*

6) A ORIENTAÇÃO NO TJSP

Em nosso Estado, o TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo (e anteriormente o 1º Tribunal de Alçada Civil) também houve decisões conflitantes no que respeita ao tema deste artigo. No entanto, nos casos em que havia promessas de compra irretratáveis e irrevogáveis, com posse outorgada para o promitente comprador e preço quitado, mesmo que não tivessem sido registradas no Registro de Imóveis, ensejavam o reconhecimento de ilegitimidade da permanência do proprietário promitente vendedor na execução. Todavia, a partir de 2009, com aquele julgamento em procedimento de recursos repetitivos no STJ e a aprovação da Súmula 399, a orientação jurisprudencial no TJSP passou a amoldar-se ao entendimento da Corte Superior. Não obstante, encontram-se, ainda, decisões que admitem a possibilidade da exclusão do proprietário promitente vendedor da execução, na hipótese de o contrato

de promessa de venda e compra ter sido registrado no Registro de Imóveis. No dia dois do mês de setembro, a 15ª Câmara de Direito Público do TJSP (Agravo de Instrumento nº 2071738-58.2016.8.26.0000 – Relator Des. Rezende Silveira) negou provimento a recurso de agravo para manter o agravante, proprietário promitente vendedor, no polo passivo da execução fiscal, visto que não houve a comprovação do registro do contrato particular. Esse julgado, expressamente, faz coro com a orientação do STJ e enfatiza que se afina com o entendimento adotado por aquela Câmara. Mas deixa registrado que “... sem qualquer comprovação de haver ou não registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda junto à matrícula do imóvel, não pode o promitente vendedor invocar a ilegitimidade passiva ‘ad causam’, devendo responder pelo débito”. A “contrário sensu”, vale concluir: tivesse o contrato de promessa de venda e compra sido registrado, o proprietário promitente vendedor seria excluído da execução.

7) O IPVA E AS ARRENDADORAS MERCANTIS

A semelhança do IPTU, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, o IPVA, é um tributo sobre a propriedade, de natureza “propter rem”. A diferença é que este imposto, instituído anos depois da edição do CTN, é de competência estadual (Constituição Federal, artigo 155, III). A execução fiscal do IPVA contra as empresas de arrendamento mercantil (leasing) também tem chegado aos tribunais.

Cada Estado regulamenta o IPVA do seu território. Em regra, as legislações estaduais usam os mesmos termos e conceitos. Em São Paulo e em Minas Gerais, por exemplo, as legislações definem o fato gerador como a propriedade, somente. Não há a inclusão de situações fato-jurídicas como a “posse a qualquer título” que a legislação do IPTU contempla na conceituação do fato gerador.

Porém, pelo menos nos dois Estados supracitados, a lei insere a figura da responsabilidade solidária para o pagamento do imposto veicular: “São responsáveis, solidariamente, pelo pagamento do imposto: I - o adquirente, em relação ao veículo adquirido sem o pagamento do imposto do exercício ou exercícios anteriores; II - o titular do domínio e/ou o possuidor a qualquer título; [...]” e, ainda, “a solidariedade prevista não comporta benefício de ordem”.

Como é sabido, os contratos de leasing são contratos financeiros, pelos quais a empresa de arrendamento mercantil conserva a propriedade sobre o bem, enquanto o arrendatário conserva a posse e tem a fruição do mesmo. Findo o contrato, o arrendatário terá a opção de adquirir o bem, mediante o pagamento de um valor residual, ou devolvê-lo à

empresa de *leasing*.

No tocante ao IPVA, são numerosos os processos judiciais promovidos contra as empresas de arrendamento mercantil. Estas não têm a posse, nem fazem uso do veículo. Mas são cobradas pelo fisco estadual porque são as proprietárias. No STJ, a questão da está pacificada, como se pode constatar do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 645.648 – DF (2015/0000404-3), cujo Relator foi o Ministro Herman Benjamin, com julgamento em 19/3/2015: “[...]. 3. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em arrendamento mercantil, a arrendante é responsável solidária para o adimplemento da obrigação tributária concernente ao IPVA, por ser ela possuidora indireta do bem arrendado e conservar a propriedade até o final do pacto”.

Em igual sentido:

[...]. 3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em arrendamento mercantil, a arrendante é responsável solidária para o adimplemento da obrigação tributária concernente ao IPVA, por ser ela possuidora indireta do bem arrendado e conservar a propriedade até o final do pacto. No mesmo sentido: EDcl no AREsp 207.349/SP; Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/10/2012; REsp 744.308/DF; Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 12/8/2008, DJe 2/9/2008; AgRg no AREsp 617.730/DF; Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 9/2/2015. Incidência da Súmula 83 do STJ.

No STJ, diz-se que “A classificação doutrinária que subdivide os tributos em reais e pessoais reforça a assertiva lançada, uma vez que no contrato de alienação fiduciária o credor mantém a propriedade do bem, de modo a tornar o IPVA um ‘tributo real’, tendo como consequência lógica a possibilidade de solidariedade “ex vi legis em relação ao pagamento da exação.”

Encontra-se, também o seguinte, num julgado de caso de Minas Gerais: “O apelante arguiu, ainda, a sua ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que não é o possuidor direto dos veículos arrendados. Porém, a Lei nº 14.397/03, que dispõe sobre o IPVA no Estado de Minas Gerais, elegeu como contribuinte do imposto o proprietário do veículo automotor (art. 4º), de modo que, no caso de arrendamento mercantil, caberá ao credor (instituição financeira), na qualidade de arrendante, assumir o ônus tributário do veículo”.

Mas, no caso das execuções de IPTU, o STJ não menciona expressamente que o proprietário promitente vendedor e o promitente comprador são solidários na obrigação. Contudo, na prática, esta ideia de solidariedade está constantemente presente nas decisões versando IPTU, com acórdãos que empregam as expressões “soma”, “coexistência”, “conjuntamente”, “não exclusão”, como se pode conferir na Seção 5, letra (a) supra.

8) CONCLUSÃO

É de todo compreensível a preocupação da lei e a postura do Judiciário, ao interpretá-la e integrá-la, de assegurarem eficácia arrecadatária ao fisco.

Em matéria fiscal, não se queira recorrer aos princípios gerais de direito para interpretá-la. O CTN deixa isto bem claro: “Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

No caso aqui abordado, o da responsabilidade do empreendedor por dívida de IPTU deixada por seu promitente comprador, a percepção que se tem é de que, em certos julgados, o promitente vendedor é guindado à condição de mero “fiador compulsório” das obrigações de seu promitente comprador perante o fisco municipal.

De acordo com o artigo 124 do CTN, “São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei”.

Quanto ao inciso I supratranscrito, com a devida vênia, não se pode vislumbrar “interesse comum na situação que constitua o fato gerador” nos casos em que se exerce uma decisão irrevogável e irretroatável de disposição patrimonial, como o é em negócio de compra e venda. Ora, o promitente vendedor quer transferir a propriedade do imóvel para o promitente comprador, que, de seu turno, quer comprá-lo. As partes firmam contrato irretroatável e irrevogável, em que se dá a pos-

se ao promitente comprador. Este último passa a ter as prerrogativas de fruição desse imóvel. Não há interesse comum dessas partes, no que toca à situação que constitui o fato gerador do IPTU. Não temos condôminos de uma mesma coisa, hipótese em que teríamos de admitir “interesse comum”. Temos aqui, sim, situações antagônicas: de um lado uma pessoa que dispõe da propriedade e da posse de forma irretroatável e irrevogável. De outro lado, uma pessoa que remanesce sozinha no imóvel. Condôminos, naturalmente, são solidários em relação à obrigação do IPTU. Mas não há a figura de um regime condominial na hipótese aqui descrita. Tudo isso se torna mais patente quando se tratar de promessa de compra e venda registrada e o preço quitado pelo promitente comprador. E quando isto ocorre (registro da promessa e quitação do preço), o Judiciário é sensível, conforme pudemos ver em algumas situações mencionadas nas Seções 5 e 6 supra.

Já quanto ao inciso II do artigo 124 acima reproduzido (“as pessoas expressamente designadas por lei”), apenas como referência, consultemos a lei do município de São Paulo (Lei 6.989/66) e o seu regulamento. Ela dispõe expressamente que os possuidores diretos e os possuidores indiretos são solidariamente responsáveis pelo pagamento do IPTU. Portanto, ao menos no município de São Paulo, o empreendedor tem menos argumentos para se defender.

Enfim, o que se constata hoje é que são pequenas as chances de sucesso do promitente vendedor em seu pleito de exclusão da execução de IPTU deixado pelo promitente comprador. Portanto, mais do que nunca, o empreendedor imobiliário precisa se acautelar, buscando a melhor forma para mitigar os efeitos colaterais provenientes dessa situação. E isto é possível.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS: DISTINÇÃO ENTRE IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO E DESISTÊNCIA DO ADQUIRENTE, À LUZ DAS SÚMULAS 543 DO STJ E 1 DO TJSP

FRANCISCO LOUREIRO

O CONTRATO BILATERAL DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS FUTURAS

Este brevíssimo estudo volta a um dos temas que abordei em data recente, durante encontro “O direito e a incorporação imobiliária”, realizado no primeiro semestre de 2016.

Trata de distinguir a possibilidade de extinção do contrato de compromisso de compra e venda por impossibilidade financeira superveniente do promissário comprador, da impossibilidade deste simplesmente desistir, ou denunciar o contrato, porque não mais lhe interesse, ou não lhe é mais financeiramente vantajoso.

O mercado imobiliário passa hoje por séria crise, que culminou com a devolução pelos promitentes compradores aos empreendedores de milhares de unidades autônomas em construção, ou em fase de entrega das chaves.

Com respaldo em entendimento pretoriano consolidado em duas súmulas de jurisprudência (543 do STJ e 1 do TJSP), passou a se entender, de modo equívocado, que o promitente comprador, ao seu único e exclusivo critério, tem a opção entre executar ou denunciar (desistir) do contrato.

Reproduzo o teor das súmulas nº. 1 do TJSP e 543 do STJ, para maior clareza:

SÚMULA 1 DO TJSP: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo promissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.;

SÚMULA 543 DO STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel

submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/ construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Sabido que o contrato de compromisso de compra e venda de unidades autônomas é preliminar, bilateral, oneroso e comutativo. O contrato não é – salvo previsão expressa pactuada entre as partes – daqueles contratos que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

Disso decorre que a cláusula de arrependimento ou a opção de denúncia devem ser expressamente previstas no contrato. Podem importar na perda do sinal pago, como nas arras penitenciais, ou nem isso. O que importa é que, no silêncio do contrato, não há possibilidade de arrependimento unilateral de qualquer das partes. Em relação aos imóveis loteados (art. 25 da Lei n. 6.766/79), norma de ordem pública impõe que os contratos sejam irrevogáveis. Logo, sob tal regime em loteamentos, eventual cláusula se considera não escrita e não impede o registro nem a aquisição do direito real.

Lembro que não se confunde o contrato bilateral de compromisso de compra e venda com o contrato unilateral de opção, previsto no artigo 466 do Código Civil, do seguinte teor: “Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor”. Em tal modalidade de contrato somente uma das partes se obriga a celebrar posteriormente o contrato definitivo.

O contrato de opção, na lição da melhor doutrina, “consiste no acordo por força do qual uma das partes

emite desde logo declaração correspondente a um futuro contrato, ficando a ela vinculada, e a outra com a faculdade de vir ou não a aceita-la. Aquela declaração vale como proposta irrevogável, não podendo o seu autor retirá-la, visto o destinatário a receber e conhecer, embora reservando-se a liberdade de aceitação ou não aceitação”¹.

Essa, aliás, é também a definição que se extrai do artigo 1.183 do Código Italiano, que regula a opção, em tradução livre: “quando as partes acordem que uma delas fique vinculada à própria declaração e a outra tenha a faculdade de aceita-la ou não, a declaração da primeira considera-se como proposta irrevogável”.

Está absolutamente claro que o contrato de compromisso de compra e venda é inconfundível com o contrato de opção, razão pela qual no primeiro ambas as partes de vinculam de modo irreatável, e podem exigir coativamente o cumprimento da avença,, ou a sua resolução, em caso de inadimplemento.

A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS: RESILIÇÃO E RESOLUÇÃO

A extinção dos contratos é tratada no Código Civil nos artigos 472 a 481. Tais dispositivos não esgotam todas as possibilidades de extinção dos contratos, que também podem ocorrer por força de invalidade, ou, ainda, pela impossibilidade em razão de caso fortuito e força maior, temas regulados em capítulos diversos do Código Civil.

Reguladas neste capítulo do Código Civil (arts. 472 a 481) e de interesse deste estudo estão o distrato, a resilição unilateral e a resolução do contrato. Os arts. 472 e 473 do Código Civil disciplinam as duas hipóteses de resilição, fundadas na vontade de ambas ou, ao menos, de uma das partes do contrato. O distrato é a resilição bilateral (art. 472). Há também a resilição unilateral, mediante denúncia de uma das partes (art. 473). Já os artigos 474 e seguintes regulam as hipóteses de resolução do contrato, fundadas no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

A distinção fundamental entre a resilição e a resolução, por expressa opção do legislador, se encontra na causa da extinção do contrato, a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Afirma-se que a resolução do contrato por inadimplemento se encontra sujeita a três pressupostos

cumulativos: a) existência de contrato bilateral; b) incumprimento definitivo da obrigação; c) a medida seja pedida por credor não inadimplente.

Admitem-se casos especiais nos quais a resolução, em caráter excepcional, é postulada não pelo credor, mas sim pelo devedor. Tomem-se como exemplos a hipótese do artigo 237 do Código Civil, ou se o credor não pratica os atos necessários para a prestação do devedor, inviabilizando-a. Seria o caso de o credor deixar de entregar a documentação indispensável à lavratura da escritura definitiva de venda e compra, ou à obtenção de financiamento junto a agente financeiro. Embora seja credor de parcela do preço, o devedor pode demonstrar que deixou de cumprir por fato atribuível ao credor².

Acrescenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior uma segunda possibilidade de resolução postulada pelo devedor: “ainda admissível a ação de resolução proposta pelo devedor quando caracterizada a impossibilidade temporária, desde que inimputável, determinante de situação duradoura e indefinida quanto à sua persistência, para o futuro. A extinção será reconhecida se demonstrado concretamente, pelos dados objetivos do negócio, que a demora fez desaparecer o interesse do credor, ou que a persistência do vínculo submete o devedor a situação intolerável”³.

É o caso dos contratos de unidades autônomas futuras, que repete quadro já enfrentado pelos tribunais em períodos de crise anteriores. . No início dos anos 1.980 ocorreu mais um dos ciclos de crise imobiliária. Milhares de adquirentes não conseguiram pagar as parcelas finais do preço, e nasceu daí um impasse. As construtoras retinham as chaves, em razão do inadimplemento da parcela final. Não pediam, porém, a extinção do contrato, porque como efeito *ex tunc* da resolução deveriam devolver parte significativa do preço atualizado já desembolsado pelo comprador, o que muitas vezes superava o valor atual de mercado da unidade.

Com o propósito de por fim ao impasse e liberar o adquirente, os tribunais (com votos pioneiros do Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do Desembargador José Osório de Azevedo Júnior) passaram a admitir a resolução do contrato sob o seguinte fundamento, bem descrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação da circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio, com base nos arts. 317 e 478do Código

¹ nocência Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 2002, p. 240

² Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil, diversos autores coordenados por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Editora Gen Forense, vol VI, tomo II, p. 615

³ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil, diversos autores coordenados por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Editora Gen Forense, vol VI, tomo II, p. 615

Civil. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente aos contratos de longa duração para aquisição das unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para atualização dos salários. Os tribunais de São Paulo foram os primeiros a admitir a procedência dessas ações, e seus acórdãos têm sido confirmados no Superior Tribunal de Justiça”⁴.

O entendimento acima resumido se encontra absolutamente sedimentado nos tribunais e gerou as Súmulas no. 1 do TJSP e 543 do STJ, reproduzidas no início deste estudo.

Em especial o verbete da Súmula 1 do TJSP pode criar a falsa impressão de que o promitente comprador tem o direito potestativo e imotivado de simplesmente denunciar de modo unilateral o contrato, se este não for mais de seu interesse.

Isso não corresponde à realidade. São inconfundíveis as figuras da resolução e da rescisão.

Ambas levam à extinção do contrato, mas por fundamentos e com efeitos diferentes.

A rescisão unilateral (art. 473 CC), mediante denúncia, consiste na “*manifestação de vontade de uma das partes, em contratos de prestações duradouras, dirigida à sua não renovação ou continuação*”⁵. Tem natureza de negócio jurídico unilateral receptício, de origem contratual ou legal, pelo qual se exerce o poder, livre ou vinculado, de extinguir o contrato, com efeitos ex nunc. Tem a natureza de direito potestativo de um dos contratantes por fim ao contrato, de interferir na esfera jurídica do outro, sem que este nada possa prestar, ou cumprir, para evitar tal fato. Não há pretensão, mas sim sujeição. A denúncia legal, segundo o art. 473, é feita naqueles casos em que a *lei expressa ou implicitamente* permite, em favor de uma das partes, ou de ambas. Tanto o Código Civil, como diversas leis especiais, contêm dezenas de hipóteses de denúncias por previsão expressa. Tomem-se como exemplos, no Código Civil, os contratos de doação (art. 557), locação de coisas (art. 571), comodato (art. 581), depósito (art. 633), mandato (art. 682, I), distribuição (art. 720), transporte (art. 740), e em leis especiais, a locação urba-

na (L. 8.245/91, arts. 46, 47), o plano de saúde (L. 9.656/98, art. 13), o arrependimento do consumidor nas aquisições de bens feitos à distância (art. 49, L. 8.078/90), entre outros. A denúncia legal implícita (tácita) a que alude o art. 473 do Código Civil decorre da própria natureza de determinados contratos, típicos ou atípicos. São casos em que a confiança constitui um de seus elementos, ou, então, de contratos de execução diferida e de prazo indeterminado, especialmente os contratos de execução sucessiva, ou continuada⁶. Não deseja o legislador a persistência de vínculos perpétuos, e nem a continuidade do vínculo, se desapareceu a confiança, e exerce esta papel fundamental no fim no negócio.

Já a resolução do contrato tem causa no inadimplemento (474/475) ou na onerosidade excessiva (479/481), como acima visto. Pode ocorrer, ainda, por fato não imputável a qualquer das partes, como, por exemplo, por impossibilidade superveniente do cumprimento da prestação.

Não resta dúvida que a rescisão unilateral, mediante denúncia de uma das partes, constitui exceção ao princípio da força vinculativa dos contratos, pois permite, em razão de previsão legal expressa ou implícita, que um dos contratantes, sozinho, ponha fim a um contrato nascido pelo consenso.

O compromisso de compra e venda, por sua própria natureza bilateral, salvo cláusula expressa, não admite arrependimento por qualquer das partes, nem denúncia mediante rescisão unilateral.

IMPOSSIBILIDADE X INCONVENIÊNCIA

A realidade é que o entendimento dos Tribunais, consolidado em centenas ou milhares de Acórdãos e súmulas de jurisprudência, ao afirmarem o cabimento da resolução do contrato de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador inadimplente, partem da premissa da impossibilidade, e não da inconveniência de cumprimento pelo adquirente.

Dizendo de outro modo, cabe ao promitente comprador tomar a iniciativa de pedir a extinção do contrato fundado na própria impossibilidade financeira.

⁴ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil, diversos autores coordenados por Sálvio de Figueiredo Teixeira*, Editora Gen Forense, vol VI, tomo II, p. 615

⁵ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 6ª. Edição Almedina, 1.994, p. 263

⁶ Cabe aqui classificar o contrato quanto ao modo de execução, que nem sempre tem tratamento homogêneo na doutrina: execução imediata é a que se dá ato contínuo ao nascimento do contrato; execução diferida, a prestação ocorre a termo, só se extinguindo a obrigação com sua solução; na execução instantânea, a solução de faz de uma só vez (a compra e venda à vista é o exemplo de contrato de execução imediata e instantânea); na execução de duração (repartida, ou fracionária), não há prestação única, mas dividida (exemplo, a venda em parcelas, ou a prazo); a execução é distribuída no tempo, mas a obrigação é única; execução sucessiva, ou contínua, persiste a obrigação, embora com soluções periódicas; prestação só tem efeito liberatório quanto a período determinado; ela se renova em prestações singulares, em períodos consecutivos; as prestações estão ligadas a frações de tempo, gozando de certa independência entre si (ex: locação)

Não cumpre porque não pode, e para evitar a persistência de situação de indefinição por tempo indeterminado (nem se entregam as chaves, nem se resolve o contrato por inadimplemento do adquirente) é que se admite ao próprio devedor impossibilitado a excepcional prerrogativa de pedir a resolução.

Repito que a situação acima descrita é inconfundível com aquela do promitente comprador que, apesar de solvente, se arrepende do negócio, ou, pior, no momento de receber as chaves e pagar a parcela mais expressiva do preço, constata que por variação de mercado o imóvel se desvalorizou, e lhe é mais vantajoso receber o preço de volta e adquirir unidade semelhante a preço mais baixo.

Os tribunais nunca admitiram cláusula de arrependimento implícita, ou mesmo decorrente diretamente da lei ou do sistema, pela qual o promitente comprador tem, a qualquer tempo, a opção de, mediante singela denúncia, desligar-se do contrato, sem a aquiescência do promitente vendedor.

As demandas que chegam ao tribunal, ajuizadas por promitentes compradores que desejam resolver o contrato, nunca vêm fundadas no arrependimento, mas sempre na impossibilidade de cumprimento.

A quem cabe a prova da impossibilidade superveniente? Parece claro que tal prova se encontra a cargo do promitente comprador, por se tratar de eximente de responsabilidade, equiparável ao fortuito ou à força maior.

Como se faz referida prova? Por qualquer meio em direito admitido, em especial mediante juntada de documentos reveladores da impossibilidade, como, por exemplo, negativa de instituição financeira em conceder o financiamento e cópias de declarações de imposto de renda.

Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do valor de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado.

Se o caso concreto não é de impossibilidade de cumprimento, mas de mera conveniência, ou de desistência imotivada do adquirente, inexistente direito potestativo de pedir a extinção do contrato.

Lembro, porém, que ainda que a extinção se dê por iniciativa do promitente vendedor, com funda-

mento no inadimplemento do promitente comprador, o retorno das partes ao estado anterior será inevitável, como efeito natural da resolução de contrato de execução diferida e fracionada. O adquirente perderá os direitos sobre a unidade, e o alienante devolverá as parcelas atualizadas do preço, abatidas as perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

Na verdade, quer em razão de inadimplemento, quer em razão de impossibilidade superveniente, haverá a extinção da relação obrigacional. A diferença essencial é quanto aos efeitos dessa extinção. A impossibilidade inimputável libera o devedor e o desonera de reparar os prejuízos, pois inexistente mora de sua parte. A impossibilidade imputável ao devedor faz acompanhar a resolução da composição de perdas e danos contra o devedor. Os efeitos restituitórios da resolução, fazendo as partes retornar ao estado anterior, porém, ocorrerão independentemente de culpa de qualquer dos contratantes.

Um dos mais severos problemas que enfrentam as construtoras e incorporadoras os promitentes vendedores no momento atual é a menção feita no corpo da Súmula 543 do STJ, no sentido de devolução imediate da totalidade (se quem deu causa foi a alienante) ou de parte (se quem deu causa foi o adquirente) das parcelas do preço. Não resta dúvida que em momento de crise de liquidez e de dificuldade de repor a unidade no mercado, a pronta restituição de parcelas do preço pode comprometer o caixa das empresas. De outro lado, extinto o contrato, deslocar para o adquirente o risco e a demora na revenda da unidade a terceiros seria impor-lhe severo ônus. Razoável em tal situação a ponderação de interesses e de riscos, mediante fixação de prazo razoável para restituição das parcelas do preço, mas sem condicioná-las à prévia nova comercialização da unidade para terceiros.

A conclusão deste breve estudo é a de que a Súmula 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo deve ser lida e interpretada do seguinte modo:

O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode, invocando e demonstrando impossibilidade superveniente do pagamento do preço, que não se confunde com arrependimento ou desinteresse, pedir a resolução do contrato e reaver as quantias pagas, admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

O CONCURSO DE CREDORES E O NCPC. CONDOMÍNIO X CREDOR HIPOTECÁRIO. QUEM TEM PREFERÊNCIA AO RECEBIMENTO DO CRÉDITO EM EXECUÇÃO?

GILSON DELGADO MIRANDA

1) O CONCURSO DE CREDORES E O NCPC. NOÇÕES GERAIS

No processo de execução, quando existe concurso de credores, o pagamento deve ser feito com observância do disposto no art. 908 do CPC/15. Vale dizer, havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro deve ser distribuído consoante a ordem das respectivas preferências.² E mais: não havendo título legal à preferência, o dinheiro deve ser distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora.³

O que isso quer dizer: a parte que está cobrando em juízo não necessariamente levantará o dinheiro depositado na execução. Tomemos um exemplo. O condomínio “X”, em razão do não pagamento das despesas condominiais, ingressa com execução contra o condômino “Y” com base no disposto no art. 784, X, do CPC/15 [hoje é título executivo extrajudicial o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia

geral, desde que documentalmente comprovadas]. Penhorada, a unidade condominial foi levada a leilão e arrematada por um terceiro. O dinheiro depositado em razão do leilão **não será** necessariamente levantado pelo condomínio. Por quê? Porque a lei regula preferências ao recebimento do crédito que devem ser observadas. Essa é a lógica que está estampada no art. 908 do CPC/15.

Nesse caso, os credores devem formular as suas pretensões, que versarão exclusivamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora. Apresentadas as razões, o juiz decidirá sobre o levantamento do dinheiro depositado (art. 909 do CPC/15).

O concurso que se instaura na execução individual não é obrigatório e também não é universal. Trata-se, como dito, de concurso parcial de credores. O concurso só deve aproveitar os credores que se apresentarem na execução, liquidando-se apenas os bens penhorados, diferentemente do processo executivo concursal.⁴

Uma discussão importante sobre o tema envolve a seguinte indagação: para o concurso de preferência, conforme disposto no comando do art. 908

¹ Gilson Delgado Miranda. *Juiz Substituto em Segundo Grau (TJSP)*. Mestre e doutor em processo civil pela PUC/SP. Professor dos Cursos de Graduação, Especialização e Mestrado da PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura – EPM.

² Segundo J. M. Carvalho Santos, “preferência é a primazia ou vantagem reconhecida a determinado credor, em virtude da natureza de seu crédito, não só de haver a coisa, com exclusão dos demais, como de receber, preterindo aos concorrentes” (Código Civil Interpretado, 11. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, v. 21, p. 468).

³ O art. 908 do CPC enquadra a hipótese de concurso em se tratando de execução contra devedor solvente. Vale dizer, “em concurso de ações executórias, decorrente de pluralidade de penhoras sobre os mesmos bens, medindo-se a preferência pela prioridade das apreensões judiciais que se tenham feito, ressalvada sempre, a anterioridade de privilégio ou preferência que exclua a preferência dos credores penhorantes” (Celso Neves, Comentários ao Código de Processo Civil, 5. ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 7, 1993, p. 172).

⁴ No processo executivo concursal que se instaura em razão da decretação da falência ou insolvência civil diz-se que é executivo porque tem por fim também expropriar os bens do devedor ou da falida, para com seu produto pagar o credor; e é concursal porque da execução devem participar todos os credores do devedor insolvente para ratear o produto da expropriação forçada de todos os bens arrecadados. Assim, em virtude da declaração da insolvência ou da falência, o patrimônio do devedor ou da empresa será arrecadado, para, em seguida, ser alienado e expropriado. Por isso é que o art. 797 do CPC/15 dispõe que, “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que se tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. Mais uma vez: ressalvado, como se vê, o caso de insolvência, pois, nesse caso, o processo é executivo concursal.

do CPC/15, qualquer que seja a prelação de crédito, envolve a necessária participação de credores penhorantes? Quem não penhorou o bem pode também exercer o direito de preferência?⁵

O STJ, pela sua 1ª Turma, em acórdão exarado no AgRg no REsp n. 1.360.140-RS, de 5-2-2015, rel. Min. Humberto Martins, decidiu acerca da necessidade da penhora prévia: “É pacífica a necessidade de pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem para que seja instaurado o concurso de preferências, estendendo-se essa regra aos casos de arresto, para fins do art. 711 do CPC [hoje 908 do CPC/15], considerando que essa providência constritiva traduz medida protetiva de resguardo de bens suficientes para a garantia da execução, passível de posterior conversão em penhora, sendo, inclusive a ela equiparado pelo artigo 11 da LEP”. Essa orientação, aliás, ratifica a sedimentação que aconteceu no STJ a partir do julgamento de casos recursos repetitivos sob a incidência do art. 543-C do CPC/73, a saber: “A instauração do concurso de credores pressupõe pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, por isso que apenas se discute a preferência quando há execução fiscal e recaia a penhora sobre o bem executado em outra demanda executiva” (STJ, REsp n. 957.836-SP, Primeira Seção, j. 13-10-2010, rel. Min. Luiz Fux). No mesmo sentido: “*Impõe-se a existência de prévia execução e penhora sobre o mesmo bem faltando legitimidade para suscitar privilégio de direito a quem não demonstre tais pressupostos. Inadmissível a simples intervenção em processo de execução por quem, sem integrar a relação processual, singelamente pedindo, pretenda receber crédito apontado como privilegiado*”.⁶

Esse entendimento do STJ⁷, ao que parece não pode ser aplicado ao credor com garantia real. De fato, nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação (art. 1419 do CC). Essa sujeição, por certo, não pode ser excluí-

da simplesmente porque o credor não penhorou, nos autos da ação de execução ajuizada em face do devedor, em razão do cumprimento regular do crédito garantido pela hipoteca, penhor, anticrese ou usufruto, até porque se não há inadimplemento ele não tem sequer interesse na execução. Aliás, o CC em vigor, no art. 1421, é expresso ao dizer que o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação. Como se vê, exigir a penhora do bem, para o exercício do direito de preferência, é o mesmo que impor o afastamento da garantia real e o direito de preferência, ainda que estejamos exatamente diante da hipótese tratada no art. 1421 do CC.

Por isso, andou bem a 3ª Turma do STJ, no julgamento do recurso especial n. 53.311-SP, realizado em 5-5-1997, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao reconhecer o direito de preferência ao credor hipotecário, independentemente da propositura da execução e consequente penhora do bem hipotecado.⁸ Vale dizer, segundo outro precedente do STJ: “**o credor hipotecário, embora não tenha ajuizado execução, pode manifestar a sua preferência nos autos de execução proposta por terceiro. Não é possível sobrepor uma preferência processual a uma preferência de direito material. O processo existe para que o direito material se concretize**”.⁹ É exatamente para o exercício desta preferência que a lei exige a intimação do credor com garantia real, *ex vi* do disposto no art. 799, I, do CPC/15. E mais, sem fazer qualquer ressalva acerca do vencimento ou não da obrigação, até porque o cumprimento parcial não impõe a exoneração da dívida, o art. 804 do CPC/15 dispõe: “a alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será **ineficaz** em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado”. No mesmo sentido é o artigo 1501 do CC: “Não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada,

⁵ No sentido da necessidade da penhora: “Condição indispensável à participação no concurso é a penhora sobre o bem arrematado. O concurso de preferências só se estabelece entre os credores que penhoraram os mesmos bens, e dele não participam nem o credor privilegiado nem o que tem preferência, em razão de garantia real, se ainda não fizeram a penhora que os legitima” (Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, v. 2, n. 1.311, p. 197).

⁶ STJ, REsp n. 88.863-SP, 1ª Turma, j. 27-2-1997, rel. Min. Milton Luiz Pereira. No mesmo sentido: STJ, REsp n. 871.190-SP, 1ª Turma, j. 7-10-2008, rel. Min. Luiz Fux.

⁷ No mesmo sentido da orientação do STJ: Araken de Assis, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2003, v. 6, n. 135, p. 307.

⁸ No mesmo sentido: RT 631/154 (por maioria), 633/108 (por maioria); RF 295/279, 302/145; JTA 94/115, 108/272; RJTAMG 22/274. Em sentido contrário, mais uma vez, força a indicação da orientação de Ernane Fidélis dos Santos (*Manual de Direito Processual Civil*, 10 ed. São Paulo, Saraiva, 2006, v. 2, n. 1.311, p. 197): “Parte da doutrina, com reflexos negativos na jurisprudência, tem entendido que dispensada fica a execução do credor com garantia real, bastando, para o recebimento de seu crédito, que se habilite em concurso. Há, porém, engano no entendimento, pois o concurso não é instaurado em razão de preferências, mas da pluralidade de penhoras sobre um mesmo bem, exigindo-se o incidente concursal apenas para estabelecer a ordem de prelação. Ilógico seria o recebimento de qualquer credor sem execução, quando se sabe que, nesta, o devedor pode optar pelo pagamento e também pela defesa incidente dos embargos, como impostergável direito seu”.

⁹ STJ, REsp n. 159.930-SP, j. 6-3-2003, rel. Min. Ari Pargendler.

a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na execução” (grifos nossos).

Aos outros credores, para o exercício do direito de preferência, aí sim há a necessidade da penhora, como reconhecido pelo STJ, excluído, pois, o titular do direito real. Isto porque não há, no caso, a identificação ainda da responsabilidade patrimonial e, não sendo insolvente o devedor, existirão outros mecanismos para se viabilizar a satisfação do direito material.

2) CREDORES PREFERENCIAIS – CONCURSO PARCIAL

Como deve ser interpretado, assim, o art. 908 do CPC? Como devemos entender a expressão o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências? Não havendo título legal a preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade¹⁰ de cada penhora?

A análise do dispositivo canaliza para o detalhamento das regras que tratam da preferência entre os credores. Com efeito, os credores com preferência na execução individual devem apresentar os seus títulos preferenciais, caso queiram receber de forma prioritária. Nesse caso, todos os credores que apresentarem suas preferências serão ordenados dentro de um quadro geral de credores, formalizado em atenção à CLT, à Lei de Falências, ao CTN, ao CC, ao CPC e à Lei das Sociedades Anônimas, entre outras, tudo isso filtrado pelo juiz da execução na forma dos arts. 908 e 909 do CPC/15.

Em suma, o título legal de preferência impõe reconhecer uma outorga a determinado crédito de privilégio.¹¹ Daí, o credor privilegiado pode exercer, sem dúvida, a pretensão da satisfação do seu crédito antes dos outros credores, sem a referida preferência, sempre baseado no estrito padrão legal.¹²

Amílcar de Castro adverte que preferência é a qualidade ou modalidade da ação consistente em estabe-

lecer que seja o crédito pago com o valor de determinado bem do devedor. Já o privilégio é a qualidade ou modalidade da ação, consistente em estabelecer que seja o crédito pago com prioridade relativamente a outros. Nesse passo, fazendo coro às advertências de Carnelutti,¹³ observa, ainda, Amílcar de Castro, que a preferência e o privilégio não são qualidades do crédito, ou seja, do direito subjetivo, mas sim do direito processual do credor, isto porque para o devedor não existe, aprioristicamente, diferença alguma entre créditos garantidos por preferência, privilegiados ou não privilegiados; o devedor, consigne-se, está obrigado a pagar a todos os credores de forma integral, isto é, do mesmo modo. Assim, entre o credor preferente, ou privilegiado, e os demais credores do mesmo devedor, não existe, e nem pode haver, qualquer relação juridicamente apreciável. De efeito, “a ação do credor preferente, ou privilegiado, é que tem mais valor que as ações dos outros credores não preferentes, ou não privilegiados. Por outras palavras, do Estado, ou melhor, do juiz é que tem o credor preferente ou privilegiado, direito de exigir mais garantia, ou melhor quociente”.¹⁴

Diante disso podemos alinhar o quadro geral de credores da seguinte forma: 1. Credor trabalhista, mas limitado em 150 (cento e cinquenta) salários mínimos (art. 83, I, § 4º, da Lei n. 11.101/05) e o credor proveniente de acidente do trabalho; 2. Credor Fiscal (art. 186 CTN alterado pela Lei Complementar n. 118/2005¹⁵); 3) Credor com garantia real (art. 961 do CC) até o limite do valor do bem gravado; 4) Credor com privilégio especial (arts. 961, 963 e 964 do CC); 5) Credor com privilégio geral (arts. 961 e 965 do CC); 6) Credor quirográfico, observada a anterioridade da penhora (art. 961 do CC e art. 905, I, do CPC/15); 7) Credor subquirográfico (art. 58, § 3º, da Lei n. 6.404/76).

Adverte-se que, salvo disposição em contrário, quando concorrerem aos mesmos bens, e por título igual, dois ou mais credores da mesma classe especialmente privilegiados, haverá entre eles rateio proporcional do valor dos respectivos créditos, evidentemente se o produto não bastar para o pagamento integral de todos (art. 962 do CC).

¹⁰ Realmente, “a doutrina, ao ensejo do CPC/1973 711, ensina: ‘A prioridade temporal da penhora só gerará para o credor o direito de preferência se não existir, para ser solvido, um crédito mais graduado por força da lei’ (Mello Filho, Apontamentos sobre a penhora no Código de Processo Civil, RF 247/419). O preceito é válido, seguramente, para o CPC atual” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 1789).

¹¹ Araken de Assis, Concurso especial de credores no CPC, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 272.

¹² Pontes de Miranda, Tratado de direito privado, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, v. 27, § 3.235, p. 145.

¹³ Diritto e processo, Studi per Chiovenda, Pádua, 1927, p. 307.

¹⁴ Amílcar de Castro, Comentários ao Código de Processo Civil, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, v. 7, n. 479, p. 349.

¹⁵ Essa Lei Complementar foi editada, precisamente, com o intuito principal de “reestruturar o regime de privilégios e garantias do crédito tributário, de modo a ensejar significativas modificações na legislação falimentar e incrementar o sistema legal de proteção ao credor” (Exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar n. 72/2003 da Câmara dos Deputados, convertido na Lei Complementar n. 118/2005). Em outras palavras, foi editada com a finalidade de estabelecer, de forma clara, a preferência do crédito tributário dentro e fora do sistema falimentar.

3) CREDORES PREFERENCIAIS. CONDOMÍNIO X CREDOR HIPOTECÁRIO. QUEM LEVANTA PRIMEIRO O DINHEIRO DEPOSITADO NA EXECUÇÃO?

 art. 958 do Código Civil é expresso: os “títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”. Em tese, essa ideia decorre do fato de que “o direito real limitado, seja de garantia ou não, existe ‘gravado’ no bem, de que detrai elemento material ou valor, e prescinde da insuficiência dos bens do devedor”.¹⁶

Mas o interesse individual do credor hipotecário, a despeito do direito real de garantia, não pode se sobrepor ao interesse coletivo da massa condominial. Com efeito, “as quotas de condomínio dizem respeito à conservação do imóvel, sendo indispensáveis à integridade do próprio crédito hipotecário, inevitavelmente, depreciado se a garantia perder parte do seu valor” (STJ, REsp n. 208.896-RS, 3ª Turma, j. 07-11-2002, rel. Min. Ari Pargendler).

Não se trata, por certo, de dívida contraída pelo próprio executado. O que se tem é um rateio das despesas provenientes da existência da unidade condominial integrada ao condomínio. Por óbvio, os condôminos devem dividir os custos para a própria manutenção da massa condominial.

Nessa quadra, quanto às despesas condominiais, comprovada satisfatoriamente a existência do crédito, a preferência é do condomínio. Vale dizer, “o débito decorrente de despesas condominiais destinadas à conservação e manutenção do bem, a ele se incorporam, como dívida *propter rem*, razão pela qual possui preferência em relação ao credor hipotecário” (TJSP, AI n. 7.234.886-6, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 31-7-2008, rel. Des. Renato Rangel Desinano). Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ ao julgar o recurso especial n. 496.915-RJ, 3ª Turma, j. 28-9-2004, rel. Min. Nancy Andrighi, a saber: **“Por se tratar de obrigação *propter rem*, o crédito oriundo de despesas condominiais em atraso prefere ao crédito hipotecário, pois pelo fato de ser esse de natureza real, há de recair sobre o imóvel e sobre os ônus a ele relativos”**.

Essa preferência, aliás, vem estampada na Súmula 478 do STJ: **“Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”**.

Nessa senda bem decidiu a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento n. 0309927-34.2011.8.26.0000, j. 26-3-2012, rel. Des. Soares Levada: “o interesse individual do credor hipotecário, em que pese o direito real de garantia de que desfruta, não é maior do que o interesse coletivo da massa condominial, em débito que diz res-

peito à própria coisa. E nenhum sentido prático haveria em se lhe conceder o direito de preferência nos autos se, em seguida, é ele ou qualquer terceiro, devedor das despesas condominiais comuns, enquanto eventuais adquirentes da unidade (artigo 1345 do Código Civil). De outro lado, não obstante a lei civil assegure a preferência do crédito real ao pessoal, consoante disposição contida no artigo 961 do CCivil, bem como igualmente a lei processual garanta a prevalência do crédito hipotecário sobre outros de origem diversa, certo é que a lei civil concomitantemente determina a dedução das despesas concernentes à manutenção da próprio bem, incluindo-se aqui indubitavelmente os gastos condominiais, do valor obtido com a venda do imóvel garantido pela hipoteca, conforme dicção do artigo 1564. Ademais, o inciso III do artigo 964, do CCivil, prevê o privilégio especial ao credor de despesas necessárias ou úteis sobre o bem, e sendo as despesas condominiais destinadas à conservação do imóvel, referem-se à integridade do bem, por isso abrangidas na hipótese legal”.

Observe-se, para encerrar, que em qualquer hipótese, isto a partir da incidência do § 1º do art. 908 do CPC, evidentemente no caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência. O condomínio, assim, diante da preferência reconhecida (Súmula 478 do STJ), levanta o valor depositado antes do credor hipotecário.

4) BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6.
- _____. Concurso especial de credores no CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Manual da execução. 18ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958.
- CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil Interpretado. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, v. 21.
- CASTRO, Amílcar. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 7.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil, 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 7.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de direito processual civil. 10 ed.. São Paulo: Saraiva, v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 27.

¹⁶ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, v. 27, p. 144; Araken de Assis, *Manual da execução*, 18ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1173.

A INEFICÁCIA DE REGISTROS DE DIREITOS REAIS POSTERIORES À FALÊNCIA

HAMID BDINE
& HAMID BDINE NETO

1) INTRODUÇÃO

O art. 129 da Lei 11.101/05 prevê a ineficácia de diversos atos praticados pela massa falida a fim de evitar fraude contra credores.

E deixa claro que para a ineficácia ser reconhecida é indiferente que haja ou não o estado de crise econômica seja conhecido ou que não haja intenção de fraudar credores.

Destarte, o inciso VII do mencionado art. implicaria ineficácia de negócios onerosos lícitos e de boa-fé perante a massa em decorrência, exclusivamente, de ter sido o registro efetivado após a quebra.

Vale dizer: o adquirente de boa-fé de um imóvel pode ver reconhecida a ineficácia da compra se o registro for feito alguns dias após o negócio, quando já decretada inesperadamente a falência da alienante.

O objetivo deste trabalho é examinar o alcance da regra mencionada e verificar suas consequências.

2) INEFICÁCIA

De pronto, é possível registrar que o legislador optou por assentar que os atos relacionados no art. 129 são ineficazes, e não inválidos¹, o que se adequa à jurisprudência mais moderna sobre as fraudes.

O próprio STJ já deixou assentado que, mesmo no caso da fraude contra credores do art. 158 do CC, para a qual há expressa afirmação de que se cuida de negócio anulável (CC, art. 171, II), é de se reconhecer mera ineficácia: REsp. n. 971.884, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.3.2011, REsp. n. 1.092.134, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.8.2010 e REsp. n. 506.312, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15.8.2006.

Desse modo, o negócio será válido, mas não prevalecerá em relação à massa, que poderá arrecadar esses bens e direitos para pagamento dos credores.

3) HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA REGRA

O exame das diversas hipóteses de ineficácia da regra demonstra que elas têm por objeto proteção dos credores do falido contra fraudes por ele cometidas – embora não se possa perder de vista que o caput do art. 129 dispense a ciência do estado de crise econômico-financeira do devedor e a intenção de fraudar.

Basta ver que todas elas têm implícita a ideia da presumida ciência de que há, no comportamento da falida, algum indício de ilicitude ou de ato suspeito.

Assim, no inciso I não se verificaria razão para a falida pagar dívida não vencida; no inciso II, pagar dívidas no termo legal por forma distinta da pactuada; no inciso III, constituir garantia real para dívidas anteriores; no inciso VI, a venda de estabelecimento sem que remanescam bens suficientes para pagamento dos demais credores.

Por outro lado, nos incisos IV e V, o legislador opta por proteger os credores contra os adquirentes de vantagem a título gratuito, porque, como é evidente, entre retirar vantagem dos beneficiários que nada perdem e lesar credores que perderão a garantia patrimonial que lhes é devida, protegem-se os segundos.

4) A INEFICÁCIA DO REGISTRO DE DIREITOS REAIS ORIUNDOS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS ANTES DA SITUAÇÃO DE CRISE DA FALIDA

Contudo, quando se vai ao inciso VII do art. 129 verifica-se que nem sempre se pode extrair a certeza da fraude do mero registro de direitos reais.

É crível que, ao contrário das demais hipóteses, o registro seja posterior à decretação da falência, mas o negócio real e verdadeiro o anteceda em prazo bastante significativo **quando a crise ainda não se instaurou**.

E nessas hipóteses parece inadmissível o sacrifício que a aplicação da regra imporá ao adquirente.

¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, RT, 2016, p. 476.

Será o caso, portanto, de reconhecer inaplicável o dispositivo sempre e exclusivamente, se se constatar que a alienação foi feita antes da real existência de crise econômica – e não apenas da falta de sua ciência.

E tal conclusão se extrai do próprio artigo 129 caput, que só se refere aos casos de negócio celebrado na fase de crise.

Essa conclusão resulta do fato de dele constar que a ciência do estado de crise não precisa ser conhecida para que se estabeleça a fraude.

Assim, dispensa-se a ciência da situação econômica da alienante, mas não se dispensa a própria existência da crise.

Se o negócio não foi realizado durante a crise, o art. 129 é inaplicável.

Destarte, se o adquirente puder demonstrar que fez o negócio quando não se havia instaurado a crise, o caso não será de ineficácia por incidência do art. 129 da Lei de Falência e Recuperação Judicial.

Note-se, porque relevante, que não se cuida de afrontar o *caput* do art. 129 porque ele só dispensa a ciência da crise. E a dispensa da ciência se dá porque a crise existia.

Mas o dispositivo não trata dos casos em que a crise não existia ao tempo da aquisição.

Portanto, para isentar-se do efeito da ineficácia, resta ao comprador demonstrar com exibição de balanços, certidões judiciais e de registros imobiliários que a transação ocorreu em sua integralidade (ou seja, com quitação total do preço) em momento em que a alienante era saudável economicamente.

Diante da presunção estabelecida no art. 129, VII, o ônus de comprovar a inexistência da crise à época é do adquirente.

5) INEFICÁCIA DO NEGÓCIO CUJO REGISTRO SEJA POSTERIOR À QUEBRA

No caso específico, contudo, de alienação anterior à decretação da falência, mas já em plena crise econômica da alienante, não há como evitar a ineficácia, porque o legislador não deu margem para discussões.²

Optou deliberadamente pela ineficácia do registro

de direitos reais e o fez de modo sistematizado para não deixar dúvida de que não será possível, com a prova da boa-fé ou da ignorância da crise, liberar-se o adquirente do efeito da ineficácia.

Assim, para que não houvesse dúvida quanto à ineficácia da alienação afirmou que ela deve ser reconhecida a despeito de o adquirente conhecer a situação de crise e de ter a intenção de fraudar credores.

A doutrina, atenta ao detalhe, conclui que se trata de ineficácia objetiva³, diversamente do que ocorre na fraude do art. 158 do CC, que prevê a necessidade do conluio entre adquirente e alienante, ou nas hipóteses de ineficácia subjetiva do art. 130 da Lei de Falências e Recuperação.

Em comentário específico ao art. 129 da LFRJ, Manoel Justino Bezerra Filho anota que os atos objeto desse dispositivo são ineficazes “independentemente de boa ou má-fé das partes”.⁴

E, em seguida, exemplifica: “mesmo que exista escritura pública regular antiga, esta não terá eficácia se não estiver registrada ou averbada na matrícula correspondente”.⁵

Fábio Ulhoa Coelho adverte que o propósito fraudulento foi dispensado no artigo em exame. O autor avalia a alteração do art. 52, VII, da antiga Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661/45) e acrescenta que no sistema em vigor nem mesmo os móveis sujeitos a registro se safam da incidência da regra.⁶

O mesmo pensamento é externado por Gladston Mamede, para quem, na vigência da 11.101/05, “a investigação da boa-fé somente tem relevância para aferir o direito ou não à restituição em dinheiro na forma do art. 86, III”.⁷

Ou seja, no art. 129 da LFRJ, a presunção de fraude é absoluta e suficiente para o reconhecimento da ineficácia.⁸

Manoel de Queiroz Pereira Calças adverte que a despeito de a escritura pública ser anterior à quebra, se ela não foi registrada antes dela, “seu posterior registro será ineficaz em relação à massa”.⁹

É o art. 86 da LFRJ que estabelece as consequências da ineficácia.

O dispositivo prevê em seu inciso III a possibilidade de o adquirente receber de volta o que pagou se

² O E. STJ, porém, já teve oportunidade de decidir no sentido de que a regra da ineficácia não se aplica às alienações judiciais, porque resultantes de imperativo estatal, e não de livre negociação entre as partes (RESP n. 533.108 e 681.798). E também as alienações feitas por empresas que procedem à venda de unidades imobiliária a consumidores como parte de sua atividade empresarial estariam a salvo da ineficácia, segundo Gladson Mamede, *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 4, Atlas, 2016, p. 403.

³ Écio Perin Junior, *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*, Saraiva, 2011, p. 296.

⁴ Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Falências e Recuperação Judicial*, RT, 2016, p. 327.

⁵ Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Falências e Recuperação Judicial*, RT, 2016, p. 327.

⁶ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, RT, 2016, p. 476.

⁷ Gladson Mamede, *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 4, Atlas, 2016, p. 403.

⁸ João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência*, Almedina, 2016, p. 686.

⁹ “Da Ineficácia e da revogação dos atos praticados antes da falência”, *Revista do Advogado* n. 83, págs. 89/97.

tiver agido de boa-fé. A boa-fé é elemento essencial para a restituição. Se ela não estiver presente, o contratante procederá à habilitação do crédito – e mesmo assim, se efetivamente crédito houver.¹⁰

Nas hipóteses de ineficácia – como a dos registros do inciso VII do art. 129, analisados neste trabalho – esclarece Fábio Ulhoa Coelho que os bens retornam à massa, mas, para eliminar prejuízos aos contratantes de boa-fé, como eventuais adquirentes, terão eles a possibilidade de postular a restituição dos valores dispendidos.¹¹

Ora, se é assim, aquele que adquire bem e o registra após a quebra não se isenta da ineficácia do negócio. A consequência expressamente prevista é a devolução do dinheiro – e não a preservação do negócio celebrado.

A restituição contemplada no art. 86 da LFRJ se destina a proteger a boa-fé e a evitar o enriquecimento sem causa. Circunstâncias que de modo algum afastam a ineficácia.

O § único do art. 86 acrescenta que essa restituição se dará após os pagamentos do art. 151.

Significa que após o pagamento dos créditos estritamente trabalhistas vencidos nos três meses que antecederam a quebra, limitados a 5 salários mínimos por trabalhador, proceder-se-á à restituição do valor do bem cujo registro seja considerado ineficaz.¹²

Manoel Justino Bezerra Filho pondera que o autor do pedido de restituição não é credor, pois apenas retira da massa o valor que lhe pertence, mas deve se “sujeitar a uma disputa como os titulares de créditos trabalhistas”. Desse modo, prossegue, primeiro se pagam os valores trabalhistas nas condições descritas no parágrafo anterior, para, em seguida, pagarem-se os valores da restituição.¹³

O autor registra, ainda, que eventual discussão sobre os créditos trabalhistas do art. 151 da LFRJ pode atrasar a restituição dos valores, mas tal obstáculo pode ser superado se se concluir que há valores suficientes para serem retidos em benefícios dos empregados, pagando-se desde logo o credor de valores originários do reconhecimento da ineficácia.¹⁴

Com razão, Fábio Ulhoa Coelho registra que o administrador ou legitimado deve ser cauteloso ao postular a ineficácia. É que o dever de restituir tais valores ao contratante de boa-fé pode implicar tamanha redução dos valores disponíveis para pagar seus credores que o resultado final do pedido amparado no art. 129 da LFRJ pode ser

negativo, já que o valor da restituição é extraconcursal.¹⁵

De fato, embora a ineficácia tenha natureza absoluta, é acertada a afirmação de que, em determinadas hipóteses, a natureza extraconcursal do valor da restituição a ser implementada em favor do contratante de boa-fé pode não justificar a aplicação da regra do art. 129, pois acabaria por ser prejudicial à massa de credores.

João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, em sua obra *Recuperação de Empresas e Falência*, Almedina, 2016, p. 685/688, concluem que se se demonstrar “em concreto, o benefício para a massa, bem como a não subversão da classificação dos credores (o que é difícil de demonstrar senão em fase muito adiantada da ação falimentar)” será possível afastar o reconhecimento da ineficácia. Nesse caso, sustentam, haveria que se admitir a exceção em “homenagem ao princípio da razoabilidade”¹⁶.

O crédito a restituir tem natureza extraconcursal, como resulta dos art. 86, § único, e 151 da Lei.

No art. 130 da Lei de Falências e Recuperação, há outras hipóteses de atos ineficazes, porque revogáveis.¹⁷ Os do art. 129, porém, aqui em exame, se distinguem deles porque independem da pesquisa a respeito da intenção de fraudar.

6) CONCLUSÃO

Do que se expôs é possível concluir que as alienações feitas por empresa que vier a falir após a concretização do negócio serão ineficazes se o registro do contrato não houver sido realizado antes da quebra, tivesse ou não o adquirente ciência da crise econômica enfrentada pela alienante.

O único modo de o adquirente fazer prevalecer o negócio é demonstrar que à época da transação a alienante não se encontrava em situação de crise econômico-financeira.

Se se encontrava em crise, o negócio é ineficaz e é irrelevante que o adquirente dela tivesse conhecimento.

Caso a ineficácia seja reconhecida, o adquirente, caso tenha agido de boa-fé, poderá postular a restituição em dinheiro do que pagou ao falido.

O valor, então, lhe será pago após o pagamento aos credores trabalhistas por salários vencidos até três meses antes da decretação da quebra, no valor de cinco salários mínimos por trabalhador.

¹⁰ O Gladson Mamede, *Direito Empresarial Brasileiro*, v. 4, Atlas, 2016, p. 381.

¹¹ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, RT, 2016, p. 343.

¹² João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência*, Almedina, 2016, p. 663.

¹³ Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Falências e Recuperação Judicial*, RT, 2016, p. 257..

¹⁴ Manoel Justino Bezerra Filho, *Lei de Falências e Recuperação Judicial*, RT, 2016, p. 257..

¹⁵ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, RT, 2016, p. 343.

¹⁶ João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, *Recuperação de Empresas e Falência*, Almedina, 2016, p. 688.

¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, RT, 2016, p. 478.

A REPRESENTAÇÃO SINDICAL EMPRESARIAL, SUA RELEVÂNCIA SOCIAL E GARANTIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

KARINA ZUANAZI NEGRELI
& HELENA TEREZINHA AMARAL GOMES

INTRODUÇÃO

Cerca de 1.200 quilômetros distanciam fisicamente as autoras deste artigo. Entretanto, as respectivas formações acadêmicas e, especialmente, a identidade de atuação profissional, ambas assessoras jurídicas de entidade sindical patronal, as aproxima em pensamentos e, por que não dizer, inquietações.

A constatação acerca da pouca distinção dada as entidades sindicais empresariais, ou patronais, é que motivaram a presente reflexão, com o objetivo singelo de fazer brotar nos leitores a semente da dúvida e igual inquietação sobre a o papel das entidades sindicais das diversas categorias econômicas, enquanto entes dotados de legitimidade jurídica dentro do sistema normativo a que se subordinam e de relevância absoluta do ponto e vista social e econômico, na concretização dos valores fundamentais da Nação.

BREVE HISTÓRICO

Na abertura de um evento, em julho de 2015, ao falar sobre a importância das ações dos sindicatos representativos das categorias econômicas em face do crescente número de leis e da falta de segurança jurídica que garanta o pleno desenvolvimento do setor produtivo, o Sr. Moacyr Schukster^{1*}, afirmou “os sindicatos são o último bônus de

guerra que restarão a todos que resolveram ou resolverem empreender em nosso país”².

Não são palavras de quem se tenha dedicado a dogmática do direito sindical e sim, reflexo de uma vivência considerável a frente de entidades associativas e sindicais, do que resultou amalgamada a certeza de que muito já se fez, mas muito ainda há que se fazer em termos de sistema sindical brasileiro, para que se cumpram os primados constitucionais da livre iniciativa, do pleno emprego, de uma sociedade livre, justa e solidária.

E, não há como se conceber os propósitos aqui mencionados, sem levar em consideração que o papel dos sindicatos vai além da dialética capital e trabalho, ou até mesmo dos conceitos habitualmente disseminados de uma natureza tripartite: Estado – Entidades Laborais e Entidades Patronais.

É possível dizer que, até o advento da Constituição de 1988, todo o arcabouço legislativo que trata do sindicalismo no Brasil, parte de uma premissa quase que inquestionável de que o papel dos sindicatos está restrito a regular reflexos coletivos das relações de trabalho, com ênfase na hipossuficiência da categoria laboral.

Neste sentido, desafia-se a um exame na farta doutrina sobre o tema, onde certamente o entendimento acima encontra eco.

Não se pretende desacreditar da importância dos sindicatos no tocante as questões coletivas de trabalho, entretanto, na sua essência, a representação

¹ Schukster, Moacyr. *Presidente do SECOVI-RS Sindicato das Empresas de Compra, Venda Locação e Administração de Imóveis e dos Condomínios Residenciais e Comerciais no Rio Grande do Sul e da AGADEMI- Associação Gaúcha de Empresas do Mercado Imobiliário; Ex-presidente da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio Grande do Sul – Fecomercio/RS - In escrito não publicado. Discurso de Abertura de Jantar Comemorativo ao Aniversário do SECOVI/RS e Aniversário da AGADEMI*

² “São títulos públicos representativos de um empréstimo feito pelo governo à população, sob a forma de subscrição compulsória e/ou voluntária, com a finalidade principal e econômica, de financiar o custo com o aparelhamento, recrutamento e treinamento de tropas para um conflito armado e controlar a inflação advinda por este, e secundária e política, de sensibilizar a população para algum objetivo político a ser alcançado pelo governo.” http://www.wncontro2010.rj.anpuh.org/resgate/resources/anais/8/1276611492_arquivo_estudocomparadodamemoriadosbonusdeguer-ranobrasilenoseua,naIguerramundialesquecimentoememoria.pdf

coletiva é a conjugação de esforços de pessoas físicas, portanto, indivíduos, em prol de um resultado coletivo maior e mais significativo. A soma dos esforços deve beneficiar a todos e a cada um, por isso, se de um lado a categoria laboral tem relevância na alienação da força de trabalho, de outra parte a categoria econômica tem igual relevância, pois tão importante quanto a mão-de-obra, é o planejamento, o investimento e o enfrentamento diuturno dos riscos do negócio.

De fato, o equilíbrio das relações capital e trabalho por meio dos entes de representação do interesse coletivo, quer de cunho laboral quer patronal é ponto alto da autonomia dos particulares e merece ser valorizada, porém as entidades sindicais patronais exercem papel ainda mais determinante na edificação da sociedade tal como concebida no mundo hoje, qual seja, fomentam a atividade econômica mediante a capacitação daqueles que a desenvolvem para o mercado competitivo da livre concorrência, realizam o diálogo com o Poder Público como autêntico porta voz do setor produtivo que representa, colaborando na criação e aperfeiçoamento de políticas públicas que geram o desenvolvimento da atividade econômica, a melhoria do ambiente de negócios, atração de investimento e a consequente geração de empregos.

O SINDICALISMO BRASILEIRO ANTES E DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Segundo Amauri Mascaro Nascimento e Sonia Mascaro Nascimento³, “O Brasil sempre manteve uma tradição. Suas Constituições, desde 1934, incluíram normas sobre direito sindical. A rigor, antes mesmo, a Constituição de 1891 (art. 72, §9º) dispunha que “a todos é lícito associarem-se, e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública.”

O fato de merecer tratamento constitucional não significa que o Sindicalismo Brasileiro não tenha sofrido influências externas e, tão pouco, que tenha seguido fielmente os modelos históricos alienígenas. Ao contrário, apesar de a doutrina não considerar que tenha havido grande evolução é possível se dizer, como seria natural de acontecer, que ocorreram modificações ao longo dos tempos, na conformidade com que também os movimentos políticos e sociais provocaram novas configurações e deram contornos diversos

a ordem vigente no país.

Ainda em consonância com os autores citados⁴ o sindicalismo no Brasil passa por quatro fases bem distintas: o anarcossindicalismo, fundado em ideias de contestação das leis e da autoridade do Estado; o corporativismo sindical, destacado pelo conteúdo extremamente intervencionista, onde o Estado traz os sindicatos para si e dita regras para sua constituição e funcionamento; o sindicalismo autônomo, fruto da abertura política que permitiu uma tentativa de redesenhar parte do sistema com a criação das Centrais Sindicais de Trabalhadores; e, finalmente, reforma sindical projetada em 2004, mas que, todavia, teve poucas efetivações no campo prático. Passados 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda se vive ao sabor de um emaranhado sem fim de interpretações conflitantes que ao fim e ao cabo, desmerecem o sistema sindical como um todo e maculam os elevados propósitos da consagração da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa no campo do desenvolvimento social e econômico.

A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL

A Constituição do Império, 1824, demonstrava a intervenção estatal na medida em que garantia a liberdade individual de trabalho, porém, proibia de certa forma as associações profissionais.

José Martins Catharino⁵ relata que “O Código Penal, de 11.10.1890, nos seus art. 205 e 206, punia o aliciamento de “operários e trabalhadores” (“empregados”), o que não deixa de ser surpreendente e, a “cessação ou suspensão do trabalho”“.

A primeira Constituição Republicana, Decretada em 24.02.1891, assegurou o direito de associação e o livre exercício de qualquer profissão.

Conforme antes referido, note-se que desde o início o foco do sindicalismo está voltado ao trabalhador. Tal não foi diferente com a edição da primeira norma tratando de sindicalização, o Decreto Legislativo nº 929, de 06.01.1903, regulamentado em 1907, pelo Decreto nº 6.532. É neste momento que se tem a primeira lei sobre cooperativas e o direito dos profissionais liberais se organizarem em sindicatos.

Finda a Revolução de 1930 foi criado o Ministério do Trabalho da Indústria e Comércio, e em seguida, surge a primeira norma genuinamente sindical, o Decreto nº 19.770/1931. O Decreto, ainda que de

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro e NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento - 29ª ed.*; pág. 1.328 - São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴ Nascimento, Amauri Mascaro/Mascaro Sônia Mascaro. *Op. Cit.*

⁵ Catharino, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical. 2ª edição- pág.46. Ed. LTr- SÃO PAULO, 1982.*

forma tímida, ensaiava uma maior liberdade aos sindicatos, pois acolhia a possibilidade da pluralidade sindical. Tímida porque dentre outras, permanecia a exigência de número mínimo de fundadores; a obrigatoriedade de registro no Ministério do Trabalho e da Indústria e Comércio; as regras para constituição de Federações e Confederações; a proibição de sindicatos mistos e a proibição de filiação individual a sindicatos internacionais.

Na sequência, após a edição de vários Decretos modificando as normas sindicais, merece especial registro a Constituição de 1934, a primeira Constituição Brasileira a cuidar dos Direitos Econômicos e Sociais.

Então, se já vislumbrávamos avanço na criação de um Ministério, englobando Trabalho, Indústria e Comércio, a expectativa seria maior com a consagração dos Direitos Econômicos e Sociais na Carta Maior do País.

Ficou-se, entretanto, na expectativa, pois novamente as diversas normas que seguiram a Constituição de 1937, mantiveram o foco máximo no sindicato do ponto de vista da organização dos trabalhadores, pouco realçando a relevância dos segmentos econômicos.

É de 1937 a norma que proíbe tanto a empregados, quanto a empregadores ou profissionais liberais, que se organizem diretamente em sindicato, sem antes constituírem uma associação profissional, que deveria comprovar seu regular funcionamento, pelo menos pelo prazo de um ano. A Lei nº 1.402/1937 trazia sensíveis alterações nas prerrogativas dos sindicatos, como por exemplo, a possibilidade de firmar contratos coletivos de trabalho, de representar não só os associados, mas toda a categoria representada, e a faculdade de impor contribuições a toda à categoria. Tratava da liberdade sindical, entretanto, dispunha que a organização sindical era livre, porém sujeita ao controle do Estado, através do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que aprovava o conteúdo do estatuto, concedia ou não o registro sindical e processava e julgava recursos contra atos que importassem em lesão de direito ou na violação de lei.

Através do Decreto-Lei nº 1.402/1937, resta constatado o primeiro registro do que chamamos de reconhecimento de categoria econômica organizada em sindicato. O Decreto-Lei assegurava a preferência em licitações para a contratação de empresas sindicalizadas.

Em 1943 foi editado o Decreto-Lei nº 5.452 (CLT), que consolidou as normas relativas ao Direito do Trabalho e consagrou um Título específico dedicado a Organização Sindical. A CLT, portanto, basicamente incorporou os institutos do Decreto-Lei nº 1.402/1937, e com poucas alterações, seu regramento se manteve até a promulgação da Constituição de 1988, sendo que, muitos de seus artigos foram recepcionados e permanecem em vigor.

RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA ORGANIZAÇÃO SINDICAL PATRONAL NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

Conforme antes mencionado, em sua trajetória o Direito Sindical pouco cuidou de enaltecer ou destacar o papel dos sindicatos representativos dos segmentos econômicos. Da mesma forma, nos parece que não houve a preocupação em distinguir, no campo sindical, ações de Governo das ações de Estado.

A Constituição de 1988 pretendeu trazer uma nova ordem, através da consagração da liberdade sindical. Entretanto, a proposta apresentou pontos conflitantes e que, desde logo, reclamaram um aperfeiçoamento na legislação ordinária e profundas alterações em todo o Sistema Sindical Brasileiro.

Por outro, e conforme se verá adiante, do ponto de vista Organizações Sindicais que representam as Categorias Econômicas ou equiparadas, a Magna Carta se apresenta de forma clara e autoaplicável.

Há que se levar em consideração que a matéria sindical não está apenas nos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição Federal. Antes destes, o art. 1º que trata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, já determina, no seu inciso IV, que dentre dos primados fundamentais a serem guardados estão “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Tal dispositivo vem complementado pelo disposto no art. 6º que, explicita os direitos sociais e, dentre eles, destaca o direito ao trabalho e, também no artigo. 170, no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira.

A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA SINDICAL POR REPRESENTAÇÃO. LIBERDADE - UNICIDADE SINDICAL - CONCEITO DE CATEGORIA – ENQUADRAMENTO SINDICAL – SIMETRIA

A concepção Varguista interveniente para o sistema Sindical disciplinado na CLT de 1943 cunhou modelo de forte intervenção estatal, criticado doutrinariamente pela inspiração na Carta Del Lavoro de Mussolini, prevendo atuação sindical exercida mediante outorga ou validação do ente estatal em sistema de unicidade sindical.

Ao tempo da CLT ainda não vigorava a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, editada em 1948 e que trata da liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização, mas, mesmo após tanto tempo em vigor, o Brasil, embora estando entre os membros fundadores da OIT, jamais a ratificou.

Mesmo no advento da chamada Constituição cidadã em 1988, que proporcionou relevante emancipação das entidades sindicais em relação ao Estado, não se aderiu completamente aos princípios da organização sindical vigentes no âmbito da OIT, criando,

por assim dizer, um sistema sindical de “liberdade à brasileira”, de peculiar coexistência de liberdade sindical, unicidade sindical, custeio compulsório da atividade sindical e representação por categoria.

Nessa senda, independente das críticas que sejam feitas quanto ao sistema sindical adotado pelo Brasil, o Estado fez sua opção, de modo que os dispositivos celetistas harmônicos com a liberdade sindical constitucionalmente estabelecida, foram recepcionados pelo ordenamento jurídico, o que inclui a representação por categoria.

Com efeito, o inciso III do art. 8º impõe ao Sindicato o poder-dever de representação dos interesses da categoria como um todo ao determinar:

Art. 8º...

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

O conceito celetista de categoria contido nos parágrafos 1º e 2º do art. 511 da CLT é assim lançado no sistema sindical:

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.

§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

Das disposições acima se colhe o entendimento que, embora o sistema reconheça a liberdade sindical individual de filiação, não filiação ou desfiliação a certa entidade sindical (o que corresponde ao vínculo associativo espontâneo), a integração à determinada categoria é automática e decorre do simples fato do indivíduo (trabalhador ou empresa) desenvolver a atividade econômica ou profissão.

Assinala-se que o enquadramento sindical do trabalhador se dá como uma decorrência da atividade econômica exercida pelo seu empregador, ao que corresponde o conceito de simetria entre as categorias laborais e patronais, na forma do §2º do art. 511 supra. A relação de simetria entre categorias é aquela que comumente se percebe e se estabelece entre bancários e bancos, professores e estabelecimentos de ensino, comerciários e comerciantes e assim por diante, configurando regra geral para as relações coletivas de trabalho.

AS ESFERAS DE REPRESENTAÇÃO E MANUTENÇÃO DA PIRÂMIDE SINDICAL

No modelo sindical brasileiro a representação por categoria é exercida em três diferentes graus de entidades sindicais, envolvendo sin-

dicatos de base, federações e confederações, o chamado sistema confederativo de representação sindical, recepcionado pela Constituição.

Nos primórdios do sistema sindical as categorias eram organizadas pelo Estado em planos atrelados a cada uma das Confederações Patronais como as do Comércio, Indústria, Agricultura e Transportes, fixando as correspondentes categorias laborais simétricas, compondo o quadro anexo ao art. 577 da CLT correspondente ao Plano básico de enquadramento sindical. Dito Plano veio sendo alterado e acrescido até a promulgação da CF/88 por meio de Portarias da hoje extinta Comissão de Enquadramento Sindical do Ministério do Trabalho, que perdeu a capacidade de fazê-lo dada a vedação do art. 8º da Carta Constitucional à intervenção ou interferência do Poder Público na organização sindical.

O plano básico de enquadramento sindical, entretanto, segue servindo de importante referência, tendo o STF declarado sua recepção pela Constituição, vedada, entretanto, sua alteração por parte do Estado, sendo a definição das categorias no sistema vigente, prerrogativas das entidades sindicais e dos integrantes das próprias categorias.

A PULVERIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO SINDICAL - SINDICATOS AMARELOS

A transição entre o sistema sindical anterior à Constituição de 88, de caráter intervencionista, para o advento da nova ordem, calcada no princípio da liberdade sindical, fez avolumar o número de Sindicatos tanto na esfera laboral quanto patronal. Muitos, afastando a aplicação do dispositivo celetista relativo ao o quórum mínimo de participação da categoria nessa fundação sob argumento de liberdade de organização, foram constituídos sem qualquer representatividade, sem qualquer apoio na vontade dos representados, o que configurou verdadeiro abuso de direito à liberdade sindical, em detrimento da unicidade sindical.

Esse movimento deu origem a numerosos sindicatos de fachada, cuja atuação não se encontrava alinhada ao interesse da categoria da qual se intitulavam representantes, agindo muitas vezes no interesse de grupo restrito, mas exercendo as prerrogativas sindicais como se legítimas fossem suas representações. A pretexto do exercício de liberdade sindical, categorias foram dissociadas e desmembradas territorialmente de representações tradicional e eficazmente exercidas para dar lugar a sindicatos que por mais específicos, contavam com a presunção de representação mais eficaz, perpetrando verdadeiras fraudes à liberdade sindical daqueles integrantes da categoria que sequer tinham conhecimento de que sua representação era arrebataada por verdadeiros sindicatos de carimbo e em violação do ainda vigente princípio constitucional da

unicidade sindical. A verdadeira indústria de sindicatos, em prejuízo da reputação geral dessa importante forma de organização, a excessiva judicialização dos conflitos de representação, com insegurança jurídica para os Sindicatos e integrantes das categorias se fez sentir.

Criou-se o paradoxo da indiscriminada proliferação de sindicatos não representativos em sistema de unicidade sindical, chegando-se ao absurdo de se propor novas representações sindicais a fragmentos de categorias com casos caricatos como o de um Sindicato dos proprietários de veículos automotores, em total descompasso com o conceito legal de categoria.

Essa verdadeira indústria de sindicatos fantasmas deve ser extirpada do sistema sindical, sob pena de seu enfraquecimento como um todo, combatendo-se o abuso de direito à liberdade sindical na constituição de sindicatos, aplicando-se os critérios de legitimidade e representatividade, constantes do art. 571 da CLT, privilegiando-se a representação sindical calçada na efetiva legitimidade, e em critérios qualitativos dessa representação.

Nesse sentido, deve-se romper com o paradigma jurisprudencial construído sob a ótica pouco realista da presunção de que seria mais eficaz a representação por Sindicato mais específico e menor territorialmente, vez que frente à criação indiscriminada de Sindicatos de fachada, sem qualquer desempenho político, sindical ou técnico a oferecer à categoria, tal presunção não tem se confirmado, devendo, quando muito, ser tomada como presunção relativa, aspecto que começa a sensibilizar uma pequena, as não menos consciente jurisprudência no âmbito do TST, que privilegia o princípio da concentração ao princípio da especificidade. Veja-se:

6RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. INFERÊNCIA DO SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO E LEGÍTIMO, AFIRMATIVO DA UNICIDADE CONSTITUCIONALMENTE DETERMINADA. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO SINDICAL COMO DIRETRIZ REGENTE DESSA ANÁLISE. SINDICATO OBREIRO MAIS AMPLO, ABRANGENTE, FORTE E REPRESENTATIVO, USUALMENTE MAIS ANTIGO, EM DETRIMENTO DO SINDICATO MAIS RESTRITO E DELIMITADO, USUALMENTE MAIS RECENTE. AGREGAÇÃO SINDICAL PRESTIGIADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E PELO TRT DE ORIGEM.

Essa, segundo nosso sentir é a equilibrada e possível compatibilização da liberdade e da unicidade sin-

dical, ambos valores elevados a princípios constitucionais, cuja nova e acertada concepção jurisprudencial ainda minoritária, privilegia o critério qualitativo e a legitimidade na representação sindical de que falávamos, sem o que, perde-se o sentido das agremiações legítimas, dando-se lugar a representação meramente formal, relegando-se a organização sindical ao pífio papel de coadjuvante na sociedade civil.

O PODER NORMATIVO DOS SINDICATOS - PRERROGATIVA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA - ACORDO COLETIVO POR EMPRESAS COMO FATOR DE EXCEÇÃO

Dentre as prerrogativas que distinguem a organização sindical das demais organizações da sociedade civil, destaca-se a capacidade ou mesmo o poder-dever de defesa e representação dos interesses de toda a categoria, notadamente no processo de negociação coletiva de trabalho, cujo produto, a Convenção Coletiva de Trabalho, obriga e beneficia a todos os integrantes da categoria, associados ou não, portanto, com força normativa que atinge todas as relações individuais de trabalho existentes na base de representação.

Trata-se de prerrogativa salvaguardada também em nível Constitucional nos seguintes dispositivos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Art. 8º

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

O poder-dever da negociação coletiva é inafastável vez que o art. 616 da CLT, assim o determina: Art. 616 - *Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.*

O sustentáculo desse poder de influência nas relações individuais de trabalho de toda uma coletividade pressupõe representação sindical apoiada no reconhecimento pela base e, do que se retoma a necessidade de critério qualitativo para a constituição de Sindicatos, sem o que, fica enfraquecido o poder de negociação.

A premissa da negociação coletiva é de que o ente sindical conhece a realidade e as necessidades da categoria representada, exercendo autêntico mandato de outorga assemblear, possibilitando criar normas capazes de atender a demanda do setor, equilibrando as relações de tra-

⁶ Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100079FD92FABCCD5F Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.2 PROCESSO Nº TST-RR-126600-88.2010.5.16.0020

balho. Seu exercício se dá segundo princípios de boa-fé, informação, da norma mais favorável e da pacificação.

Tal é o alcance dessa prerrogativa, que mesmo direitos trabalhistas elevados a nível constitucional podem ser negociados coletivamente de modo a adequar as obrigações trabalhistas à capacidade econômica do empregador, restringindo direitos ao trabalhador mediante celebração de Convenção ou Acordo Coletivos de Trabalho, como nas situações a seguir autorizadas pela Lei Maior, desde que com amparo em negociação coletiva, entre outras possibilidades autorizadas por legislação infraconstitucional:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;**

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.**

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva;** (grifamos)

Em tempos de crise econômica, de difícil manutenção da atividade empresarial e preservação de postos de trabalho, os instrumentos de negociação coletiva, bem conduzidos pelo Sindicato Patronal, ganham especial relevância no equilíbrio da atividade econômica, cujo custo de mão de obra, não raro, representa grande parte da receita das empresas. A solução dessa equação tem sido um renovado desafio aos Sindicatos patronais nos últimos anos, oferecendo de outra banda oportunidade para formas alternativas e adequadas a cada setor para o alcance de condições de trabalho sustentáveis.

Chegando a bom termo as discussões em torno das reivindicações laborais e das necessárias adequações à realidade econômica empresarial por meio das negociações coletivas, destas resultam a celebração de Convenção Coletiva de Trabalho, que no dizer do art. 611 da CLT correspondem a: *“acordo de caráter normativo pelo qual um ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.”*

Nesse passo resta evidenciada a condição de protagonista do Sindicato patronal na construção do cenário econômico e social do país.

O PAPEL DO SINDICATO NO PROCESSO DE DISSÍDIO COLETIVO



incentivo à negociação coletiva também se faz sentir na ordem constitucional na redação dada ao §2º do art. 114 da Carta Política

pela EC45/2004, que condiciona a solução do conflito coletivo pelo Judiciário na via do Dissídio Coletivo ao comum acordo entre os Sindicatos laboral e patronal na eleição dessa forma heterônoma de solução.

Além disso, o legislador constitucional reformador limitou a capacidade criativa de normas de regência das relações de trabalho pelo Judiciário em Dissídio Coletivo, vinculando suas decisões às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente por negociações diretas entre os Sindicatos.

Alegações de inconstitucionalidade do “comum acordo” para ajuizamento de Dissídios Coletivos estão em pauta no STF, é verdade, contestadas sob argumento de que a atividade exercida pelo Judiciário nos Dissídios Coletivos não é tipicamente judicante, mas pretensamente legislativa e criativa de direitos para relações futuras, não cuidando de lesão ou ameaça de direito as quais se garante o acesso ao Judiciário no art. 5º, XXXV da CF.

Independente da solução que venha a ser alcançada na Suprema Corte, o sistema jurídico elegeu a via da negociação coletiva direta entre Sindicatos como forma preferencial de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Tal opção do ordenamento resta alinhada aos preceitos de incentivo às negociações coletivas da OIT, sendo, pois, a via do Dissídio Coletivo o último recurso.

CUSTEIO DA ATIVIDADE SINDICAL. RELEVÂNCIA - AMEAÇAS

De há muito se tem lançado fortes críticas quanto à compulsoriedade da contribuição sindical a todos os integrantes da categoria. Referidas críticas, entretanto, se olvidam de uma análise sistêmica da organização sindical brasileira.

Embora compulsória na origem, anteriormente a 1988, as receitas e despesas sindicais eram rigidamente fiscalizadas e controladas pelo Estado. Com o advento da liberdade sindical e da vedação de intervenção estatal nos entes sindicais em 88, a fiscalização quanto a aplicação financeira dos recursos, envolvendo a prestação e aprovação de contas, passou a ser dirigida à própria categoria, segundo as regras livremente estabelecidas estatutariamente, desde que não contrárias a lei.

As contribuições de natureza sindical, constituem o patrimônio das entidades, na forma do art. 548 da CLT, aplicadas em favor de todos os integrantes da categoria, independente de filiação, na forma dos arts. 578 e 579 da norma consolidada.

A concepção de compulsoriedade contributiva, de natureza tributária, para-fiscal decorre de expressa previsão na Lei nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional, nos termos assim dispostos:

Art. 217. As disposições desta Lei, notadamente as dos arts 17, 74, § 2º e 77, parágrafo único, bem

como a do art. 54 da Lei 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade: I - da “contribuição sindical”, denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts 578 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei 4.589, de 11 de dezembro de 1964;

Sob tal amparo, a compulsoriedade compõe a lógica do sistema de representação por categoria, portanto, independente de filiação, sustentando a respectiva ação sindical em defesa e representação de todos os integrantes dessa categoria, o que vigorava sem maiores sobressaltos.

Com a inserção do conceito de liberdade sindical e liberdade associativa na ordem constitucional, passou-se a questionar tal compulsoriedade em relação aos integrantes da categoria não filiados ao Sindicato, sedimentando-se entendimento jurisprudencial no sentido de que a contribuição sindical obrigatória não fere o princípio da liberdade associativa, conforme se extrai da interpretação sistemática da própria Constituição e da CLT a respeito:

CLT - Art. 579 - A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.

CF - Art. 8º - IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

Desta feita, a ordem constitucional vigente ratifica a incidência da contribuição sindical, na forma prevista em lei, qual seja, a obrigatoriedade a todos os integrantes da categoria profissional ou patronal, ainda que em regime de liberdade sindical e associativa, visto que esse mesmo sistema preservou o princípio de representação por categoria, impondo aos Sindicatos poder-dever de defesa e representação em relação a todos os integrantes. Vejamos:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Fosse restrita a contribuição aos associados, se estaria incidindo em violação ao princípio da igualdade tributária, com vantagem indevida ao não associado, eis que a contribuição efetuada pelos associados beneficiaria a atuação sindical em favor do não contribuinte, no caso, o integrante da categoria não filiado ao sindicato.

Fosse o sistema de pluralismo sindical, onde cada

integrante da categoria adere ao Sindicato com que melhor se identifique; não tivesse a natureza tributária que tem, em face da participação do Estado na arrecadação; não tivessem os sindicatos, mormente os de categorias econômicas, a incumbência de atuar como coadjuvantes do Estado no cumprimento dos princípios fundamentais da ordem social e econômica; maior sentido lógico se encontraria numa arrecadação restrita aos filiados, que permitisse restringir a entrega dessa contrapartida em ação sindical limitada a esses associados.

REFORMA SINDICAL – INTERFERÊNCIA DO EXECUTIVO ATRAVÉS DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Desde a promulgação da Constituição de 1988, muitas foram as tentativas de implementação da chamada Reforma Sindical, pela via legislativa. Apesar da realização de fóruns tripartites essas iniciativas não vingaram. O resultando foram alguns Projetos de Lei que abordam temas, de forma isolada e com isso podem comprometer o Sistema Sindical como um todo.

Além das ressalvas a iniciativas legislativas de forma tópicas, por simples viés ideológico daqueles que não aprovam o sistema em vigor, não se pode pretender implementar uma reforma sindical prática (via administrativa) e sem ancoradouro jurídico, sob pena de lesionar o Estado Democrático de Direito, em violação dos preceitos e prerrogativas sindicais assegurados constitucionalmente.

Significa dizer que não bastam Notas técnicas, Portarias e Normativos de lavra do Ministério do Trabalho ou mesmo uma construção jurisprudencial pretensamente restritiva dessas prerrogativas fazendo tábula rasa do sistema sindical vigente em território nacional, até que a legislação ulterior o venha reformar.

Ao longo dos últimos anos fenômenos dessa natureza foram observados, os quais chegam a ferir o princípio da repartição dos Poderes, eis que meros pareceres da administração pública passaram a definir valores de contribuição sindicais patronais, hipóteses de não incidência de Contribuição Sindical não previstas em lei, interferido em matéria de competência do Poder Legislativo.

Permitindo-se tratamento divorciado da estrita legalidade a situações envolvendo o tema, se estará a tolerar processo anárquico com total insegurança jurídica e em prejuízo ao custeio da efetiva ação sindical.

CONCLUSÃO

Muitos criticam, e até mesmo trabalham para que o Sistema Sindical seja desacreditado. Esquecem, todavia que os sindicatos, quando de acordo com o sistema normativo vigente

e atendendo aos anseios da categoria que representam, se encontram no exercício regular e necessário de um Direito, cujo resultado alcança toda a sociedade, dando voz robusta e coletiva aos direitos e interesses que individualmente pereceriam.

É de rigor extrair das críticas elementos de aprimoramento da representação sindical, entretanto, como também é imperioso afastar o preconceito e o desconhecimento nelas embutido quanto à relevância das Entidades Sindicais no desenvolvimento das atividades produtivas no país, na concretização dos valores constitucionais como por exemplo, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento sustentável, livre iniciativa, pleno emprego, diminuição das desigualdades sociais.

A manifestação de Antônio Oliveira Santos, pre-

sidente da Confederação Brasileira do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, a propósito da relevância econômica e social da representação sindical empresarial reflete plenamente a relevância do seu papel como integrante da sociedade civil em constante desenvolvimento. Assim diz essa liderança:⁷

“Só os que ignoram a História subestimam a importância do sindicalismo no mundo, desde a convicta e convincente democracia inglesa até a ditadura stalinista”...

....“O julgamento do sindicato não deve ser realizado em cima dos seus defeitos, que são vários, principalmente aqui no Brasil. A consideração básica há que ser feita a partir de suas virtudes, que são numerosas e realmente robustas”.

⁷ SANTOS, Antonio Oliveira. *Estrutura Sindical. Pronunciamento do presidente da Confederação Nacional do Comercio, em recepção ao Ministro do Trabalho, Dr. Marcelo Pimentel, Brasília, agosto de 1994.*

RECURSOS NO EXTERIOR E GOVERNANÇA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL

LUCIANA DELLA NINA GAMBI

A relação entre Estado e atores privados tem passado por significativa alteração na conjuntura interna e internacional. O governo não é mais capaz de lidar, de forma exclusiva, com todas as demandas que aparecem, especialmente quando estas se referem à regulação do mercado e das empresas que nele atuam, considerando-se o contexto da globalização e da interdependência. Passa a ser discutida a ideia de governança, cujo conceito ultrapassa as fronteiras de um só Estado, que vê seus limites serem dissolvidos frente à multiplicidade social e sua atuação internacionalizada.¹

Ocorre, assim, mudança no paradigma da atuação política, na qual é dada preferência à coordenação, cooperação e tomada de decisões horizontais, em detrimento do controle e de relações verticalizadas.²

Nessa mesma linha é que têm sido desenvolvidas atividades de cooperação e coordenação no âmbito tributário internacional. Tais atividades se originam da percepção de que o exercício do estrito poder governamental não é suficiente para enfrentar o dinamismo do mercado atual, sendo necessária maior integração informacional por parte dos Estados.

Nesse sentido, a governança em matéria tributária vem sendo incrementada internacionalmente por meio da assinatura de acordos de assistência administrativa que permitem a troca de informações fiscais entre diferentes jurisdições.

Essas medidas atinentes à governança tributária internacional têm o potencial de afetar os contribuintes, tanto brasileiros quanto estrangeiros, vez que as autoridades fiscais passarão a ter acesso a informações de bens e direitos não situados em seu território. Há, portanto, uma mudança de paradigma, sendo certo que diversas providências têm sido tomadas no sentido de possibilitar o rastreamento de recursos

omitidos no exterior.

Com efeito, um relevante passo nesse sentido foi tomado recentemente pelo Brasil. Com a ratificação, ocorrida no dia 1º de junho passado, da Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal (Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters), elaborada no âmbito da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a Receita Federal do Brasil terá acesso a dados fiscais de diversas jurisdições.³ O texto acordado entra em vigor no país a partir da data de 10 de outubro de 2016.

Prevê a Convenção que as partes devem prestar assistência administrativa, em matéria tributária, de forma a compreender: “a) a troca de informações, incluindo verificações fiscais simultâneas e a participação em verificações fiscais levadas a efeito no estrangeiro; b) a cobrança de créditos fiscais, incluindo as providências cautelares; e c) a notificação de documentos”.⁴

Importante salientar que a mencionada Convenção se aplica a tributos: (i) incidentes sobre a renda ou lucros, sobre ganhos de capital e sobre patrimônio; (ii) incidentes sobre a renda, lucros, ganho de capital ou patrimônio cobrados em benefício de divisões políticas ou autoridades locais, contribuições sociais compulsórias; e tributos de outras categorias, exceção feita às cobranças aduaneiras.

Dentre os tributos de outras categorias, destacam-se os seguintes: os incidentes sobre doações e heranças, os incidentes sobre a propriedade imobiliária, aqueles incidentes sobre bens de consumo (a exemplo do ICMS), tributos específicos incidentes sobre bens e serviços, tributos incidentes sobre a propriedade de veículos automotivos (a exemplo do IPVA), além de quaisquer outros.⁵

¹ INNERARITY, Daniel. *¿Qué es eso de la gobernanza?* Disponível em http://globernance.org/wp-content/uploads/2015/12/Gobernanza_DanielInnerarity.pdf Acesso em agosto de 2016.

² *Idem.*

³ Atualmente, 104 jurisdições participam da Convenção.

⁴ Conforme artigo 1º, parágrafo 2º da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

⁵ Conforme artigo 2º, parágrafo 1º da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal.

De uma maneira geral, a assistência administrativa a ser concedida por uma Parte se refere a informações relativas a pessoas que sejam residentes ou nacionais de uma Parte da Convenção ou de qualquer outro país.

Assim, com a entrada em vigor da mencionada Convenção, a Receita Federal do Brasil poderá fornecer informações fiscais relativas a pessoas que sejam residentes ou nacionais de outros países – bem como solicitar o mesmo tipo de informações sobre brasileiros que tenham bens ou rendimentos no exterior – inclusive bens imóveis ou renda derivada de bens imóveis.

Em 2014, o Brasil já havia assinado a convenção conhecida por Declaração sobre Troca Automática de Informações Tributárias (Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters).

Por meio dessa Declaração, o Brasil reconheceu a necessidade de enfrentar fraudes fiscais internacionais, bem como evasão fiscal, e promover o cumprimento das regras tributárias em âmbito internacional, o que se daria pela adoção de práticas de assistência mútua administrativa em matéria fiscal. Confirmou, ainda, que a troca automática de informações financeiras pode estimular a *compliance* fiscal internacional, especialmente se um modelo global que inclua a total transparência relativa aos interesses de propriedade for adotado em todos os centros financeiros.

Um dos objetivos globais da adoção de práticas de assistência mútua automática é também evitar que crimes sejam praticados, a exemplo da lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo. Tais ilícitos, muitas vezes, eram financiados por recursos omitidos em países que não divulgavam informações financeiras e societárias.

O Brasil se comprometeu a implementar o modelo global de troca de informações, seguindo os padrões estabelecidos pela OCDE, até 2018, de forma a apresentar dados relativos aos anos de 2016 e 2017.

Além dos já mencionados acordos, o Brasil firmou com os Estados Unidos Acordo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos e o Acordo para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA⁶.

Por meio do Acordo para o Intercâmbio de Informações os dois países se comprometem a prestar assistência mútua mediante o intercâmbio de informações que possam ser pertinentes para a administração e o cumprimento de suas leis internas concernentes aos tributos visados pelo Acordo, inclusive informa-

ções que possam ser pertinentes para a determinação, lançamento, execução ou cobrança de tributos em relação a pessoas sujeitas a tais tributos, ou para a investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal.⁷

Já o Acordo para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA⁸ prevê a troca de informações referentes às contas de nacionais ou residentes do Brasil e dos Estados Unidos em instituições financeiras do outro país contratante.

Nessa mesma linha, o Brasil tem firmado com a Suíça Acordo para Intercâmbio de Informações sobre Matéria Tributária, pelo qual é acordado o compartilhamento de informações fiscais e financeiras entre os países. Embora tenha sido firmado em 2015, é necessário ainda aguardar a aprovação do acordo pelas autoridades competentes de cada Parte.

Seguindo a tendência de buscar promover maior governança tributária internacional, o Brasil assinou, nos últimos anos, diversos Acordos para troca de informações tributárias, e mantém, igualmente, vários Acordos bilaterais para evitar a dupla tributação que também contém dispositivo prevendo a troca de informações tributárias entre as Partes contratantes.

Todos esses mecanismos previstos pelos documentos internacionais firmados pelo Brasil se coadunam com a tendência internacional, garantindo destaque à governança, inclusive em relação ao combate à erosão das bases tributáveis e transferência de lucros, atividade desenvolvida por algumas empresas multilaterais que, valendo-se de instrumentos jurídicos lícitos, buscam pagar menos tributo. Essas empresas transferem seus rendimentos para países que tenham baixa carga tributária, de forma a reduzir o montante de lucro a ser tributado no país em que os rendimentos foram efetivamente produzidos.

Ainda que a transferência de lucros para localidades com tributação privilegiada seja feita utilizando-se de instrumentos jurídicos lícitos, a principal questão a ser analisada do ponto de vista da governança internacional é a da concorrência fiscal internacional, vez que a imposição de regimes fiscais privilegiados pode prejudicar a arrecadação dos países que tenham carga tributária mais elevada – mesmo na hipótese de a atividade produtiva das empresas multilaterais ser desenvolvida nesses países.

Verifica-se, assim, a tendência mundial de promover a adequada alocação da tributação de rendimentos aos domicílios fiscais daqueles que os auferiram. Isso significa, por exemplo, que a manutenção de va-

⁶ *Foreign Account Tax Compliance Act.*

⁷ *Conforme Decreto n. 8.003/2013, que promulgou o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos.*

⁸ *Promulgado pelo Decreto n. 8.506/2015.*

lores não declarados no exterior, inclusive no caso de patrimônio que seja fonte de renda tributável – como a manutenção de bens imóveis que gerem alugueis – será mais facilmente verificada pelas autoridades fiscais brasileiras.

Tais informações podem, inclusive, ser utilizadas para caracterização de crimes, a exemplo da prática de crime contra a ordem tributária, consubstanciado pela omissão ou prestação falsa de informações às autoridades fiscais;⁹ crime de evasão de divisas,¹⁰ relacionado à manutenção de valores não declarados no exterior; ou, ainda, se considerada presente infração penal, o crime de lavagem de dinheiro.¹¹

A par de tal tendência internacional, na qual o Brasil tem se inserido, é necessário mencionar o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, instituído pela Lei n. 13.254/2016, que tem como finalidade principal a declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no Brasil, que não estejam devidamente informados à Receita Federal do Brasil.¹²

Trata-se, pois, de disposição que incentiva, por meio da extinção da punibilidade dos crimes even-

tualmente configurados, a regularização tributária voluntária por parte de pessoas que mantenham bens ou direitos no exterior. Essa regularização, a par de todo o exposto acima, demonstra-se interessante para aqueles que mantenham ou mantiveram recursos sem a devida declaração.

A partir da assinatura de documentos internacionais de assistência mútua para troca de informações tributárias entre autoridades administrativas de diversos países, bem como da preocupação a respeito da erosão das bases tributárias e transferência de lucros, pode ser verificada a mudança na forma de cada governo, representado por suas autoridades fiscais, lidar com as questões tributárias na ordem internacional.

Conforme já foi mencionado, as novas características observadas na sociedade contemporânea, especialmente no que diz respeito à atuação no mercado de empresas multinacionais, exigem alteração da política de fiscalização. Essa governança tributária internacional envolve muito mais a coordenação e cooperação entre os diversos Estados, bem como a busca de soluções que sejam globalmente benéficas, além da utilização de instrumentos de incentivo à *compliance* fiscal.

⁹ Previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

¹⁰ Previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986.

¹¹ Que envolve atividade de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, conforme artigo 1º da Lei n. 9.613/1998.

¹² Conforme disposição contida no artigo 1º da mencionada Lei.



A certificação das empresas que valorizam os seus clientes.

Uma empresa do mercado imobiliário certificada pelo Programa Qualificação Essencial prepara os seus profissionais para atuar de maneira cada vez mais competente.

Por meio de cursos e palestras, o PQE proporciona capacitação, atualização e inovação, requisitos essenciais que fazem a diferença no momento de escolher a quem confiar o seu negócio.



17 ANOS DE
ATUAÇÃO



MAIS DE **3.600**
CERTIFICAÇÕES



MAIS DE **54.000**
PROFISSIONAIS
TREINADOS

Conheça as empresas certificadas que têm excelência na prestação de serviços.

www.pqe.com.br

A FRAUDE À EXECUÇÃO NO ÂMBITO DOS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS: O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS NA MATRÍCULA E O NOVO CPC EM SINTONIA NA PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ

LUIZ AUGUSTO HADDAD FIGUEIREDO

1) INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é um atributo que, normalmente, procura-se alcançar em toda e qualquer relação contratual. Isto é, em geral, a celebração de um contrato se propõe, dentre outros fins, a assegurar o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações pelas partes que o integram.

Em boa medida, esta perspectiva encontra respaldo, por exemplo, na proteção que a Constituição Federal dá ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI).

No âmbito das operações imobiliárias, o desejo de segurança jurídica parece ganhar especial relevância, seja por razões histórico-culturais, seja em decorrência da dimensão econômica e social que a propriedade imóvel assume em nossa sociedade.

Neste contexto, o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, contemplado de forma explícita e peculiar pela Lei 13.097¹, de 19 de janeiro de 2015, pode contribuir significativamente para a desburocratização e para a segurança dos negócios imobiliários.

A despeito das imperfeições que possam ser vislumbradas na redação dos correspondentes dispositivos legais, bem como dos ajustes de cunho prático que o sistema registral possa reclamar, nos parece interessante a ideia emanada do princípio da concentração de que a matrícula do imóvel, existente perante o Registro Público competente, deva servir como fonte primordial (e quase única²) de pesquisa acerca de situações jurídicas oponíveis a negócios que objetivem constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis.

Este princípio, no entanto, está intrinsecamente ligado a outros institutos de direito como a evicção, a fraude contra credores e a fraude à execução, o que exige um tratamento sistêmico e coerente destes temas pelo ordenamento jurídico, sob pena de restar fragilizada a tão almejada segurança jurídica no universo dos negócios imobiliários.

É neste cenário que surge o debate a respeito de um potencial conflito entre o regime idealizado pelo princípio da concentração e as regras sobre fraude à execução previstas no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Há um conflito entre normas ou estas são compatíveis? O novo CPC revogou as disposições relativas ao tema trazidas pela Lei 13.097/2015? Existe um regime específico para os casos de fraude à execução envolvendo imóveis, notadamente quando integrantes de empreendimento imobiliário oferecido ao público consumidor? Como funciona na hipótese de unidades autônomas comercializadas sob o regime de incorporação imobiliária?

É o que se pretende discutir nas próximas linhas.

2) O PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO E A FRAUDE À EXECUÇÃO DO NOVO CPC: EM DEFESA DE UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA E COMPATÍVEL

Segundo o art. 54 da Lei 13.097/2015, “os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas

¹ Artigos 54 a 61 da mencionada lei.

² A própria lei contempla exceções expressas, de que são exemplos os casos de usucapião e de ação revocatória falimentar (v. parágrafo único do art. 54). E também outras implícitas (cogita-se, p. ex., do crédito tributário inscrito em dívida ativa, a teor do que estabelece o art. 185 do Código Tributário Nacional – Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), o que enseja críticas ao texto legal tal como redigido.

hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel” informações relativas, dentre outras, a ações reais ou pessoais reipersecutórias, à indisponibilidade do bem ou a ônus que sobre ele recaiam.³

Adiante, o parágrafo único do citado artigo adota, de maneira abrangente e explícita, o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, ao estipular que: “*Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.*”⁴

Observa-se que a lei fez uma clara opção pela proteção do terceiro de boa-fé, elegendo, essencialmente, a matrícula do imóvel como repositório suficiente das informações necessárias à avaliação de risco jurídico e potencial eficácia das transações envolvendo o bem matriculado.⁵

Trata-se de norma coerente com o princípio da publicidade, no qual se ampara a oponibilidade *erga omnes* dos direitos reais.

Isto não significa, é sabido, que a análise de risco e a auditoria de documentos e certidões tornaram-se absolutamente dispensáveis, pois estas são guiadas pelas peculiaridades e objetivos do negócio e pelos interesses das partes envolvidas⁶. Além disso, como

visto, a própria Lei 13.097 delimita o alcance do princípio da concentração, prevendo expressamente situações que o excepcionam.

Entretanto, é inegável que o referido art. 54 estabelece um critério central para dirimir conflitos na hipótese de colisão de direitos sobre um mesmo bem imóvel.

Como veremos, este critério exerce influência, inclusive, em matéria de fraude à execução, cujo propósito é resguardar a satisfação do crédito em face da responsabilidade patrimonial a que se sujeita todo e qualquer devedor (art. 789, do CPC).

O instituto da fraude à execução, por força do que dispõe o art. 790, V, do CPC, direciona-se a coibir o esvaziamento patrimonial do devedor que, diante de certas circunstâncias previstas em lei (reputadas configuradoras de atos fraudulentos), passa a dispor de seus bens (móveis ou imóveis etc.) com o intuito de frustrar o pagamento de um ou mais credores.

As hipóteses que ensejam o reconhecimento da fraude à execução estão descritas no art. 792 do diploma processual, sendo relevante destacar que os seus incisos I a III orientam-se pela mesma lógica consagrada no mencionado art. 54 da Lei 13.097/2015 (cujos incisos I e II compreendem hipóteses idênticas ou similares): Se o bem possui registro público, deste deve constar notícia sobre a ação ou o ônus que aquele atinge para que a fraude seja reconhecida.⁷

Em seguida, no inciso V do art. 792 vê-se uma mera cláusula remissiva a outros casos porventura previs-

³ Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.”

⁴ Ainda que o texto legal utilize uma expressão negativa para, a contrario sensu, realçar o significado moldado para o princípio da concentração, fica claro que apenas a situação jurídica anotada na matrícula opera efeitos contra terceiros.

⁵ Não obstante, cumpre lembrar que os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, em si, são igualmente relevantes para a análise do caso concreto.

⁶ Além de aspectos econômicos e de outra ordem, basta pensar na complexidade existente no desenvolvimento de um empreendimento imobiliário, seja por meio de incorporação imobiliária, seja através de loteamento, onde há decisiva influência da legislação urbanística, edilícia, ambiental etc.

⁷ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.”

tos na legislação e, no inciso IV, tem-se a reprodução da fórmula geral antes contida no art. 593, II, do revogado Código de Processo Civil de 1973, que considera fraudulenta a disposição de um bem “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”.

Neste ponto, assume interesse o debate acima apontado, no sentido de se saber se a regra do art. 792, IV, do CPC afasta o regime da “concentração dos atos na matrícula”, instituído para os bens imóveis nos moldes da Lei 13.097/2015, de forma a dispensar a anotação da ação proposta na matrícula do bem para que a fraude possa ser decretada.

A discussão é colocada, basicamente, sob dois enfoques: (i) O inc. IV do art. 792, ao contrário dos incisos que lhe são anteriores, nada menciona acerca da necessidade de se averbar previamente a demanda no registro público do bem; e (ii) Esta regra do CPC, que é lei posterior à Lei 13.097, passou a regular o caso de existência de ação capaz de levar o vendedor à insolvência, cuja averbação é exigida pelo inc. IV do art. 54, o qual, inclusive, faz alusão ao revogado art. 593, II, do CPC anterior (cujo texto, como visto, restou replicado no novo CPC).

A nosso ver, os referidos diplomas legais são compatíveis entre si e podem coexistir de modo interativo. Isto é, o princípio da concentração mantém-se incólume diante do novo CPC.

Eis alguns argumentos que, salvo melhor juízo, nos afiguram consistentes para sustentar o quanto aqui afirmado:

a). O artigo 54 da Lei 13.097/2015 é norma de direito civil e registral, de direito imobiliário, que contempla regras específicas sobre a eficácia de negócios jurídicos envolvendo imóveis (que prevalece sobre a regra processual genérica). Isto é, para o bem imóvel, impera o princípio da concentração da lei especial, o qual exige a anotação na respectiva matrícula da situação a que se deseja atribuir eficácia perante terceiros;

b). O próprio CPC, em suas disposições transitórias, assegura que “as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código” (art. 1.046, § 4º), o que confirma que a obrigatoriedade de averbar a ação ajuizada, imposta pelo princípio da concentração (art. 54, IV), permanece em vigor, mas, agora, fazendo referência ao inciso IV do art. 792 do novo Código (que corresponde ao antigo art. 593, II, conforme já demonstrado);

c). A regra do art. 792, IV, do CPC cuida de hipótese geral de fraude à execução, mais vocacionada, na atu-

al conjuntura, a tutelar situações relacionadas a bens que não sejam imóveis ou não estejam sujeitos a registro público. Pensar o contrário nos levaria a ter de admitir uma contraposição excludente, uma contradição, entre este inciso e os anteriores deste mesmo artigo que, como visto, acolhem a premissa de tornar pública a pendência no registro do bem;

d). A norma processual em exame deve ser coadunada em conjunto com aquela do § 2º do mesmo art. 792, pois este parágrafo a completa, ao impor ao terceiro o dever de apurar, previamente à aquisição e mediante a obtenção de certidões, a existência de demanda contra o vendedor de bem não sujeito a registro público. É por força deste comando que a existência de ação anterior à aquisição se revela capaz de conduzir ao decreto de fraude;

e). O próprio CPC exige, em outras passagens, que se dê publicidade, via registro na matrícula, de restrições que, por atingir bem imóvel, possam ser prejudiciais a terceiros. São exemplos o art. 799, IX (averbação da propositura da execução e de atos de constrição para conhecimento de terceiros), e o art. 844 (registro do arresto ou da penhora para presunção absoluta de conhecimento por terceiros);

f). De acordo com o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942), “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, não sendo o caso, a toda evidência, de aqui se aplicar o disposto no § 1º do mesmo artigo⁸;

g). Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial em julgamento pela sistemática de recursos repetitivos, ratificou o teor da Súmula 375, a qual se coaduna com o princípio da concentração, e pacificou o entendimento a respeito da correta interpretação do art. 593, II, do CPC (atual art. 792, IV). Confira-se trecho relevante da ementa:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a

⁸ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. (...)” (STJ, Corte Especial, Recurso Especial 956.943-PR, j. 20.08.2014).

Por tais razões, pensamos que o tema da fraude à execução, sempre que envolver negócios imobiliários, ou seja, negócios que tenham por objeto imóveis ou direitos e obrigações a estes relacionados, deve ser apreciado à luz das regras concernentes ao princípio da concentração da Lei 13.097/2015.

Logo, em nossa opinião, o princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel convive, harmonicamente, com as regras sobre fraude à execução do novo CPC.

3) ALGUMAS PECULIARIDADES NA HIPÓTESE DE EMPREENDIMENTO OBJETO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Em linha com o que foi até aqui exposto, é válido ressaltar que, no tocante à comercialização de imóveis no âmbito de empreendimentos imobiliários, o adquirente de boa-fé conta com uma proteção adicional, cujos parâmetros reguladores impactam de maneira especial a questão da fraude à execução.

Nos termos do art. 55 da Lei 13.097/2015, “a alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decre-

tação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

Esta previsão legal suscita interessantes questões que, no entanto, fogem ao escopo deste artigo, tais como (para citar algumas apenas): Quais são os limites desta sub-rogação e como ela se opera na prática, de maneira a não inviabilizar o prosseguimento da obra? O credor pode impedir o registro da incorporação? Quais as implicações práticas da regra no caso de empreendimento submetido ao regime do patrimônio de afetação? Qual o alcance da norma em relação a credores, alienantes e tipos e fases de empreendimentos? Qual o impacto na tomada/concessão de financiamento para a atividade e na outorga das respectivas garantias sobre o terreno e acessões ou sobre os recebíveis?

Em que pese a aprofundada reflexão que o assunto requer, nos limites deste texto, algumas observações são cabíveis, o que fazemos de forma restrita ao universo da incorporação imobiliária.

Nota-se que a regra do art. 55 tem por foco a proteção do adquirente⁹ de unidade autônoma, ao mesmo passo que busca dar solução ao credor do alienante do terreno ou do incorporador.

Inicialmente, cabe destacar que esta norma excepcional a regra do art. 54, fazendo-o para intensificar a proteção do comprador, o que significa que, mesmo quando obedecida a orientação geral do princípio da concentração (prévia notícia da restrição na matrícula do terreno), a aquisição de unidade do empreendimento não poderá ser considerada fraudulenta.

Se assim não fosse, não haveria sentido na norma, que, então, estaria somente a reafirmar o que já é dito pelo citado art. 54 da lei. Logo, embora a publicidade da aquisição (dos direitos aquisitivos) seja importante¹⁰, o registro do memorial de incorporação na matrícula do terreno, nos termos do art. 32 da Lei 4.591, 16 de dezembro de 1964, é o que sobreleva, assim como o contrato firmado pelo adquirente (até porque, na maioria das vezes, não existirá matrícula individualizada da unidade ao tempo do negócio, já que o dispositivo legal, neste ponto, tem em mira o

⁹ Cumpre ressaltar que, em nosso sentir, a lei busca resguardar o terceiro adquirente de boa-fé, o que pode revelar a ocorrência de difíceis situações, nas quais os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio, assim como a hipótese de fraude contra credores, terão relevância em relação à pessoa do adquirente.

¹⁰ Lembra-se que, no que tange ao contrato preliminar (promessa ou compromisso) de compra e venda de unidade autônoma na planta ou em construção (e dos que dele derivam), além de persistir o hábito de não se levar o instrumento particular a registro, o nosso sistema registral ainda carece de uma uniformização de tratamento quanto a mecanismos que favoreçam e facilitem o arquivamento deste título no Registro de Imóveis (alguns controlam a disponibilidade na matrícula-mãe, outros em Ficha Auxiliar, outros sequer adotam esta opção etc.).

empreendimento em regime de incorporação).

Perceba-se, contudo, que o ato de interesse do credor, que estiver anotado na matrícula do terreno anteriormente à sua alienação ao incorporador, contra este produz efeitos (por força do art. 54), conquanto não prejudique o subsequente adquirente da unidade autônoma comercializada (conforme dicção do art. 55). A satisfação do credor se dá, portanto, pela sub-rogação no preço ou crédito imobiliário oriundo da venda do terreno ou dos imóveis integrantes do condomínio a ser edificado (o que, em relação ao terrenista permutante, pode, conforme o caso, alcançar as unidades futuras a lhe serem entregues ou a correspondente fração ideal de terreno reservada e respectivas acessões).¹¹

Este critério também se aplica ao credor do próprio incorporador que tenha, antes da alienação das unidades autônomas, averbado, na matrícula do terreno, situação jurídica pertinente ao seu direito.

A lei não socorre o credor descuidado, que procede com desídia, bastando invocar contra este a disciplina do art. 54, do qual se extrai a essência do princípio da concentração.¹²

De outro lado, é preciso deixar claro que o art. 55 não serve de escudo a transações fraudulentas com a unidade autônoma, como a venda em duplicidade na esfera da incorporação imobiliária. Ora, o próprio dispositivo protege o adquirente de uma segunda venda, à medida que, a esta altura, não exige deste a observância do regramento geral moldado pelo princípio da concentração, prevalecendo os direitos aquisitivos havidos por meio de contrato.

Vale consignar, ainda, que o art. 55 não cobre as alienações subsequentes ocorridas entre particulares, cabendo àquele que adquire a unidade do incorporador, bem como os posteriores titulares, promover o registro do seu direito de propriedade.

Posto isso, resta dizer que a fraude à execução não pode ser invocada contra o terceiro que se encontre na situação prevista pelo art. 55 da Lei 13.097/2015, seja com base no art. 54 desta mesma lei, seja, ainda, com fundamento no art. 792 do novo CPC.

Tanto é verdade que a própria lei processual, em seu art. 862, § 3º, determina que: *“Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador”*.¹³

Portanto, o terceiro de boa-fé que compra unidade autônoma, comercializada sob o regime da incorporação imobiliária, goza de uma reforçada proteção contra a alegação de fraude à execução.

4) CONCLUSÕES

Diante das considerações formuladas acima, temos as seguintes conclusões a apontar: I. O princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel, tal como concebido pela Lei 13.097/2015, estabelece um importante regime jurídico em proteção ao terceiro adquirente de boa-fé, o que tende a favorecer a desburocratização e a segurança jurídica nos negócios imobiliários, a despeito do aperfeiçoamento que necessitem os dispositivos legais correspondentes;

II. Por força da disciplina traçada por este princípio, a análise de eficácia de uma dada transação imobiliária concentra-se, primordialmente, na matrícula do imóvel, a qual pode ser decisiva no confronto de direitos entre o adquirente e o credor do alienante do bem. Isto é, a rigor, a informação não constante da matrícula não é oponível, nem a título de evicção, ao terceiro de boa-fé;

III. O princípio da concentração não é absoluto e comporta exceções (algumas, inclusive, explicitadas na própria Lei 13.097), o que indica a necessidade de uma auditoria mínima de determinados documentos e certidões. Além disso, em todo e qualquer negócio imobiliário, especialmente no desenvolvimento de empreendimentos, há variados fatores de risco que devem ser considerados, como aspectos econômicos e limitações urbanísticas;

IV. O princípio da concentração não representa uma abstração entre o título e o registro, sendo relevante, no caso concreto, apurar-se os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio, tendo em vista, inclusive, a figura do terceiro comprador que, em muitos casos, continuará a merecer proteção;

V. O art. 54 da Lei 13.097/2015 e o art. 792 do novo CPC são compatíveis entre si, sendo exigível, para reconhecimento da fraude à execução, a prévia averbação na matrícula do imóvel da existência de ação capaz de levar o proprietário à insolvência. O princípio da concentração e o instituto da fraude à execução atuam harmonicamente na proteção equilibrada dos interesses do adquirente de boa-fé e do

¹¹ A depender da situação concreta, alguma unidade não comercializada também poderá ser objeto de constrição, mas isto exige uma outra ordem de reflexões.

¹² O que não significa que, conforme o caso, o credor não possa tentar a penhora de faturamento, produto da atividade ou frutos da coisa, observados os limites legais delineados pelo CPC e, claro, respeitada eventual sub-rogação já operada a favor do credor diligente.

¹³ Vale citar, igualmente, o art. 833, XII, do CPC: *“Art. 833. São impenhoráveis: XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.”*

credor do alienante de imóvel;

VI. O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de fraude à execução, acolhe e prestigia a orientação emanada do princípio da concentração dos atos na matrícula do imóvel;

VII. Na comercialização de unidades autônomas sob o regime de incorporação imobiliária, o adquirente conta com uma proteção adicional que, neste intuito,

excepciona e redefine o princípio da concentração, de modo a acomodar, também, o recebimento do crédito pelo credor do alienante do terreno ou do incorporador que, antes da venda da unidade, tenha anotado na matrícula a situação jurídica pertinente ao seu direito;

VIII. Esta regra, constante do art. 55 da lei, impede a invocação de fraude à execução contra o adquirente nos moldes do próprio art. 54 da lei ou, ainda, do art. 792 do atual CPC.

REFLEXÕES SOBRE OS REQUISITOS LEGAIS DA AÇÃO RENOVATÓRIA

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
& RUTH MARIA JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA E SILVA

1) INTRODUÇÃO

A primeira lei brasileira que conferiu proteção ao ponto comercial foi o Decreto n. 24.150, de 20-4-1934, conhecido como “Lei de Luvas”, diploma que instituiu a ação renovatória como a via judicial adequada posta à disposição dos locatários-comerciantes que, em razão de atenderem a determinados requisitos legais, adquirem o direito de requerer ao Poder Judiciário a renovação compulsória de contrato de locação do imóvel no qual exercem sua atividade empresarial, vale dizer, do prédio alugado e no qual está instalado seu estabelecimento comercial.

Cumpra lembrar que nem o Código Comercial de 1850, nem o Código Civil de 1916 regulamentaram o estabelecimento comercial, instituto que em nosso País foi objeto de estudos doutrinários e de decisões judiciais, destacando-se a primorosa obra de Oscar Barreto Filho, “Teoria do Estabelecimento Comercial”, reconhecidamente o mais completo estudo das letras jurídicas nacionais sobre o tema. Somente com a edição do Código Civil de 2002 foi suprida a lacuna legislativa, preconizando o art. 1.142, na esteira da definição anteriormente formulada por Oscar Barreto Filho, que “considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

É de trivial sabença que o estabelecimento comercial é constituído por um conjunto de bens ou elementos corpóreos ou materiais e incorpóreos ou imateriais. Consideram-se bens corpóreos as instalações comerciais ou industriais, como os móveis, os utensílios, as máquinas e os veículos, o estoque de mercadorias ou os insumos. Por outro lado, bens incorpóreos são os constituídos pela propriedade industrial, como, por exemplo, patentes de invenção, modelos de utilidade, marcas registradas, nomes empresariais, título de estabelecimento, nome de domínio e o ponto de empresa, que alguma doutrina chama de fundo de comércio. Não mencionamos, propositadamente, a clientela e o aviamento, haja vista a conhecida controvérsia doutrinária sobre sua inserção no rol dos elementos incorpóreos ou sua classificação como atributos da empresa.

As singelas reflexões aqui feitas versarão apenas

sobre a tutela ao ponto comercial ou ponto de empresa, também denominado pela doutrina como “propriedade comercial”, que diz respeito ao local em que o empresário ou a sociedade empresária exerce a atividade empresarial. A relevância do ponto escolhido para o exercício da atividade empresarial é significativa para se atingir o aviamento do negócio, vale dizer, conformar a arte empresarial para atingir o fim lucrativo, sendo de rigor a conquista da clientela. Por isso, sustentamos que o ponto comercial, o aviamento e a clientela são institutos econômico-jurídicos conexos, interdependentes e consequentes.

A proteção ao ponto comercial é concretizada pelo direito de renovar o contrato de locação empresarial que é conferido ao empresário ou à sociedade empresária que, por força de seu trabalho, sua dedicação, a aplicação de capital, tecnologia e esforços, logra exercer sua atividade econômica em determinado local o qual passa a constituir-se ponto de referência para a clientela conquistada. Quando o empresário ou a sociedade empresária exerce a atividade econômica em imóvel de sua propriedade, não há necessidade de proteção especial para o ponto de comércio constituído. Em tal situação, basta a tutela que o direito confere ao titular do direito de propriedade, isto é, ao proprietário do imóvel. No entanto, quando o empresário ou a sociedade empresária instalam seu estabelecimento empresarial em imóvel alugado, demonstrou a experiência ser necessária uma proteção jurídica especial, sob pena de o proprietário, ao final do prazo da locação, poder se apropriar da “mais valia” agregada ao imóvel em face do bom trabalho executado pelo empresário locatário no local do exercício de sua empresa, violando-se o princípio que veda o enriquecimento à custa do labor alheio. No passado, quando não havia proteção legal ao empresário-locatário, o proprietário do imóvel, na condição de locador, podia exigir que o locatário lhe pagasse um valor extraordinário, que os usos e costumes denominavam de “luvas”, para aquiescer com a renovação do contrato de locação. Segundo o ensino de Alfredo Buzaid, a exigência das “luvas” motivou o Sindicato dos Lojistas do Rio de Janeiro a pressionar o Governo Getúlio Vargas a editar o Decreto n. 24.150/34, que outorgou aos comerciantes e sociedades comerciais o direito de renovar o contrato de locação comercial

mesmo sem a concordância do locador, de modo a evitar a exigência das “luvas”. Com a nova lei especial, as locações para fins comerciais deixaram de ser reguladas pelo Código Civil de 1916, que autorizava o locador, após o encerramento do prazo contratual, valer-se da denúncia vazia, isto é, ajuizar a ação de despejo desprovida de motivação. Proibiu-se, desta forma, a cobrança de “luvas” e previu-se, ainda, a indenização a ser paga ao locatário para determinados casos de perda do ponto de comércio.

Hodiernamente a Lei n. 8.245, de 18-10-1991 - Lei de Locações -, que revogou o Decreto n. 24.150, de 1934, prevê no art. 51 os requisitos para a renovação do contrato de locação. É a chamada “locação empresarial”, que engloba os contratos de locação destinados à atividade comercial, atividade industrial e os que forem celebrados por sociedades civis com fins lucrativos, atualmente as sociedades simples introduzidas no direito brasileiro pelo Código Civil.

2) REQUISITOS GERAIS PARA O ENQUADRAMENTO DA LOCAÇÃO AUTORIZADORA DE RENOVAÇÃO JUDICIAL COMPULSÓRIA

Na dicção da Lei n. 8.245/1991, as locações destinadas ao comércio, à indústria e às sociedades civis com fim lucrativo e regularmente constituídas, desde que satisfeitos todos os requisitos exigidos pela legislação especial, conferem ao locatário o direito à renovação judicial do contrato locatício. Este direito à renovação também é assegurado aos cessionários ou sucessores da locação.

Considerando-se que o atual Código Civil revogou, em parte, o Código Comercial de 1850 e, a par de abolir a teoria do ato do comércio e adotar a teoria da empresa, alterou o conceito de comerciante e de sociedade comercial, suprimindo a previsão de sociedades civis, impõe-se a atualização da leitura do ‘caput’ do art. 51 e parágrafo 4º da Lei n. 8.245/1991.

Alvitramos que após a vigência do Código Civil podemos afirmar que terão o direito de pleitear judicialmente a renovação compulsória dos contratos de locação: os empresários (art. 966, CC), as empresas individuais de responsabilidade - EIRELI - (art. 980-A, CC), as sociedades empresárias (art. 982, CC), os empresários rurais e as sociedades rurais que tenham se inscrito nas Juntas Comerciais nos termos dos arts. 981 e 984 do Código Civil. Também poderão manejar ação renovatória as sociedades simples, haja vista que exercem atividade econômica com finalidade lucrativa (art. 997, VII, CC), desde que inscritas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998, CC). Ademais, por força de exegese sistemática, entendemos que as sociedades cooperativas, consideradas sociedades simples por força de lei (art. 982, “in fine”, CC), com obrigação de inscrição nas Juntas Comerciais a teor

do art. 32, II, “a”, da Lei n. 8.934/1994, que exercem atividade econômica organizada e distribuem os resultados entre os cooperados conforme permissão do art. 1.094, VII, também ostentam o direito à renovatória. Nos termos do art. 55 da Lei de Locações, admite-se também o manejo de ação renovatória por pessoa jurídica locatária de imóvel residencial destinado ao uso de seus titulares, diretores, sócios, gerentes, executivos ou empregados.

É importante ressaltar que não se pode afirmar que todas as locações “não residenciais” se enquadram na moldura legal permissiva do exercício do direito à renovação compulsória. Assim é que, mesmo que a locação pactuada tenha por objeto imóvel destinado ao comércio, o direito de pedir a renovação judicial do contrato exige o cumprimento cumulativo dos requisitos arrolados nos incisos I, II e III do art. 41 da Lei de Locações, tema que será objeto deste ensaio.

A primeira exigência refere-se à necessidade de o contrato ser formalizado por instrumento escrito e ajustado por prazo determinado. Excluem-se, portanto, das locações que ensejam o direito à renovação judicial aquelas que forem convenionadas oralmente. É importante ressaltar que mesmo locações verbalmente ajustadas, cuja duração persiste há longos anos, dez, vinte ou mais anos, com pública e notória finalidade comercial, não autorizam o pleito renovatório. Por outro lado, impõe-se outra exigência cumulativa: o contrato de locação deve ser convenionado por prazo determinado. Anote-se que, avençada a locação por prazo determinado, prorrogando-se a relação contratual sem novo ajuste formalizado por escrito, convolar-se-á a contratação como sendo por prazo indeterminado, mercê do que, incabível anteriormente o manejo da ação renovatória.

O segundo requisito concerne ao prazo mínimo do contrato a renovar, que deve ter sido ajustado, ao menos, por cinco anos. Esta é a regra geral. Admite a Lei de Locações, de forma expressa, a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos para perfazer os cinco anos exigidos como regra. Portanto, convenionado um contrato escrito de locação por três anos, seguido por outro contrato formalizado por escrito, por dois anos, permite o legislador a soma do triênio com o biênio ininterrupto para ser atingido o quinquênio legal. É a conhecida autorização legal da “accessio temporis”. A expressão legal “prazos ininterruptos dos contratos escritos” foi flexibilizada pela jurisprudência do STJ, no sentido de que, “se o período de interrupção entre a celebração dos contratos escritos não é significativo, é de se admitir o ‘accessio temporis’ pela soma de seus prazos, a fim de viabilizar a pretensão renovatória pelo perfazimento” do quinquênio legal exigido. (REsp 150183/SP). Por outro lado, o prazo a ser fixado para a renovação deferida deve ser de cinco anos. Neste sentido a jurisprudência do STJ: “Quando o art. 51, ‘caput’, da Lei 8.245/91 dispõe

que o locatário terá direito à renovação do contrato 'por igual prazo', ele está se referindo ao prazo mínimo exigido pela legislação, previsto no inciso II do art. 51 da Lei 8.245/91, para a renovação, qual seja, de 5 (cinco) anos, e não ao prazo do último contrato celebrado pelas partes" (REsp.1.323.410-MG, Rel. Min. Nancy Andriahi).

Por fim, o terceiro requisito: o locatário deve comprovar, no momento da propositura da ação, estar explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo de três anos. O objetivo do legislador centra-se na proteção ao fundo de comércio, vale dizer, o empresário-locatário, para ser merecedor da tutela da renovatória, deve demonstrar que exerce a mesma atividade empresarial no prédio locado e que ali, graças ao seu trabalho e competência, consolidou o aviamento e granjeou sua clientela.

3) REQUISITO ESPECIAL PARA A RENOVAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

Além dos requisitos arrolados nos incisos I, II e III do art. 51 da Lei de Locações, o direito à renovação do contrato de locação empresarial fica sujeito à comprovação documental - ônus que deve ser atendido com a instrução da petição inicial - , do exato cumprimento do contrato em curso.

Trata-se de requisito especial que, sob nossa ótica, deve ser rigorosamente exigido, na medida em que a imposição da renovação do contrato de locatício, independentemente da anuência do locador, implica restrição legal ao direito de propriedade que é garantido pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal, anotada o imperativo constitucional de que a propriedade atenderá à sua função social, conforme ordena o inciso XXIII do mesmo dispositivo da Lei Magna.

O art. 23 da Lei nº 8.245/1991 relaciona as obrigações do locatário, tais como: pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis; servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu; levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros; realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocados por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos; não promover modificações internas ou externas no imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador; entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário; pagar as despesas de telefone e consumo de força, luz e gás, água e esgotos; permitir a vistoria do imóvel

pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia; pagar o prêmio do seguro de fiança; pagar as despesas ordinárias de condomínio.

Todas as obrigações legais e contratuais de responsabilidade do empresário-locatário devem ser cumpridas com exatidão e a comprovação de tal cumprimento deve ser comprovada com a instrução documental da petição inicial.

Releva anotar a obrigação do pagamento pontual dos aluguéis. Esta é a principal obrigação do locatário, cujo adimplemento pode ser comprovado pela junta da na petição inicial dos três últimos recibos de pagamento dos locatícios vencidos no trimestre antecedente ao ajuizamento da ação. Na hipótese de o locador, ao contestar a ação renovatória, alegar inadimplemento de aluguéis anteriormente vencidos, constitui ônus do autor, na réplica, apresentar prova do pagamento dos locatícios apontados como não honrados.

Questão interessante que pode ser suscitada sobre a interpretação do exato cumprimento do contrato diz respeito à eventualidade de o locatário, no curso do contrato, ter atrasado o pagamento dos aluguéis e, via de consequência, acionado pelo autor em ação de despejo por falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, com base no art. 62 da Lei n. 8.245/1991. Em tal situação, faculta o inciso II do art. 62, que o locatário e o fiador poderão evitar a rescisão da locação, efetuando o pagamento do débito atualizado, mediante depósito judicial. É a chamada "emenda" ou "purgação da mora".

Indaga-se: o locatário que emenda a mora consoante lhe faculta a legislação locatícia e, portanto, não é desalijado do imóvel, poderá, ulteriormente, pedir a renovação da locação? Nesta situação pode-se reconhecer que ele deu exato cumprimento ao contrato em curso?

O extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, corte que era competente para julgar recursos sobre locações, ostentava jurisprudência divergente sobre o tema. O Enunciado 14 do Centro de Estudos e Debates do referido tribunal assim era redigido: "A emenda da mora em ação de despejo por falta de pagamento, constituindo exercício de legítimo direito, não descaracteriza o exato cumprimento do contrato de locação comercial". Também se sustentava que o recebimento com atraso dos aluguéis, sem exigência da multa por parte do locador, também não impedia o reconhecimento do exato cumprimento do contrato.

Malgrado tal corrente pretoriana, perfilhamos o entendimento de que "constitui infração contratual a falta de pontualidade no pagamento dos aluguéis, uma vez que a purgação da mora é favor legal que livra o locatário do despejo, mas não apaga o fato nem a falta" (Lex-JTA 141/247, RT 719/191). Em síntese, se o locatário não pagou pontualmente o aluguel do contrato em curso, mesmo que não tenha sido decretada a procedência da ação de despejo por falta de

pagamento em razão da emenda da mora permitida pela legislação, resulta evidente que não houve o exato cumprimento do contrato, obstáculo intransponível para a renovação da locação.

O mesmo ocorre quando o locatário não contrata seguro contra incêndio do prédio locado, descumprindo cláusula expressa no contrato. A simples omissão na contratação do seguro, independentemente de ter ocorrido o sinistro, implica inexecução no adimplemento do contrato. Por isso mesmo já se decidiu que “a comprovação do integral cumprimento do contrato de locação em curso constitui condição *“sine qua non”* para a propositura de renovatória de locação, e o inquilino que descumpra qualquer uma de suas cláusulas, notadamente a que prevê seguro contra incêndio, carece do direito de propô-la, impondo-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito (RSTJ 107/362). E mais: “O locatário que não comprova a realização de seguro contra riscos de incêndio, acertada em cláusula contratual, carece do direito à renovação, sendo prescindível, no caso, a sua notificação pelo locador” (STJ, REsp 39.414, Rel. Min. José Arnaldo). Ademais: “Em sede de contrato de locação, com cláusula que prevê a realização de seguro em proteção do imóvel locado, configura-se infração contratual pelo simples inadimplemento da obrigação, mesmo sem termo para seu cumprimento, sendo desnecessária prévia notificação” (RSTJ 88/293).

Nesta linha de posicionamento jurisprudencial que indica necessidade de rigorosa aferição do exato cumprimento do contrato por parte do locatário, sejam obrigações legais ou contratuais, ressalta a preocupação dos tribunais no sentido de interpretar o direito à renovação da locação empresarial como restrição ao constitucional direito de propriedade, mercê do que a mínima falta praticada pelo locatário durante o curso do contrato locatício impede a renovação da locação. Parece-nos ser esta a interpretação conforme a Constituição Federal, razão pela qual merece ser prestigiada.

4) PRAZO PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RENOVATÓRIA

Estabelece o parágrafo 5º do art. 51 da Lei de Locações que “do direito a renovação decai aquele que não propuser a ação no interregno de 1 (um) ano, no máximo, até 6 (seis) meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do prazo do contrato em vigor”. Fixa, portanto, o legislador, o prazo máximo de um ano e mínimo de seis meses, contado retroativamente da data final do prazo contratual, anotando ainda que indigitado prazo tem natureza decadencial. Incide, na espécie, portanto, a regra do art. 207 do Código Civil, no sentido de que, ‘salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou in-

terrompem a prescrição”.

Anota-se que há respeitável entendimento pretoriano no sentido de que o prazo decadencial para o ajuizamento da ação renovatória configura prazo de direito material, por isto, peremptório, razão pela qual, mesmo quando o termo final recaia em sábado, domingo ou feriado, não se aplica o disposto no parágrafo 1º do art. 132 do Código Civil. Por cautela, portanto, o ajuizamento da ação renovatória deve levar em conta a jurisprudência que não admite a prorrogação do termo final do prazo ao primeiro dia útil, evitando-se o perecimento do direito à renovação do contrato de locação empresarial.

Impende destacar que o art. 312 do Código de Processo Civil preconiza que considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, alterando, portanto, o que dispunha o art. 263 do revogado Código de Processo Civil, segundo o qual, considerava-se proposta a ação com o despacho do juiz na petição inicial ou com a sua distribuição onde houvesse mais de uma vara. Portanto, ratificado o entendimento que prevalecia anteriormente no STJ no sentido de que a data do ajuizamento é que seria levada em conta para a observância do prazo decadencial. O atual Código de Processo Civil, portanto, simplificou a questão, haja vista que fixou a data do protocolo da petição inicial como o momento da propositura da ação renovatória.

Não se olvide, porém, que o art. 240, ao proclamar que a citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, é complementado pelo parágrafo 1º, que esclarece que a interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação. Outrossim, incumbe ao autor adotar, no prazo de dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar a regra do parágrafo 1º (§ 2). Ressalva o § 3º, na linha da Súmula 106 do STJ, que a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Finaliza o § 4º, que o efeito retroativo previsto no parágrafo 1º aplica-se à decadência.

Sustentamos que somente o efeito retroativo previsto na parte final do parágrafo 1º do art. 240 do Código de Processo Civil é aplicável à decadência, na medida em que o art. 207 do Código Civil ordena que não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. Na mesma linha conclusiva nos leva a leitura do art. 202, I, do Código Civil, que não se refere à decadência. Portanto, a nosso aviso, basta a realização do protocolo da petição inicial da ação renovatória no curso do prazo decadencial para que se considere tempestivo o ajuizamento da ação nos termos do art. 51, parágrafo 5º, da Lei de Locações. Neste sentido, sob a vigência do CPC

anterior pode-se conferir o AgRg no REsp 866672/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma do STJ. Para encerrar o exame desta questão, lembramos que o Min. Moreira Alves, na condição de componente da Comissão Revisora do Projeto do Código Civil, cuidando de proposta de emenda ao Código afirmou: “A decadência só se aplica a direitos potestativos, que são direitos sem pretensão, e, portanto, insusceptíveis de violação. Assim sendo, somente quando, para o exercício do direito potestativo, é preciso usar de ação judicial, é que se vai a Juízo (para, por exemplo, exercer o direito de anular negócio jurídico). Ora, o simples ajuizamento da ação, que é instrumento do exercício desse direito potestativo, significa que a parte está exercendo o seu direito. Por isso, e não porque haja interrupção ou suspensão do prazo de decadência, é que esse direito não mais decai: o exercício afasta a decadência, pois esta só ocorre se o direito não é exercido”.

Em síntese, protocolada a petição inicial da ação renovatória dentro do prazo decadencial previsto no art. 51, parágrafo 5º da Lei de Locações, não se há de perquirir se a citação foi realizada no prazo legal, pois, o direito à renovação foi tempestivamente exercido por seu titular.

5) CONCLUSÕES

Da análise doutrinária e jurisprudencial concernente aos requisitos exigidos para o deferimento da renovação judicial de locação empresarial constata-se a tendência predominante da aferição rigorosa do cumprimento pelo locatário das condições impostas pelo legislador para o reconhecimento judicial do direito à renovação compulsória dos contratos locatícios. O rigor praticado pelos juízes e tribunais na verificação do cumprimento das exigências legais permissivas da renovação judicial das locações é louvável, na medida em que, inegavelmente, ao se permitir que o Poder Judiciário renove, por decisão judicial constitutiva, contrato de locação empresarial, desconsiderando-se a oposição do locador, implica restrição legal ao direito constitucional que garante a propriedade privada, razão pela qual, mesmo levando-se em conta a observância da função social da propriedade, prevista na Carta Constitucional, o sobreprincípio da proporcionalidade impõe ao intérprete o justo sopesamento dos interesses colidentes do proprietário do imóvel e do empresário que exerce o direito à renovação judicial da locação.

TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR EM IMÓVEIS ZEPEC E A NOVA LEI PAULISTANA DE ZONEAMENTO

MARCELO TERRA
& NATÁLIA JAPUR

A aprovação da Lei Municipal nº 16.402/16, em 22/3/2016, despertou, como não poderia deixar de ser, inúmeros questionamentos e dúvidas, acirrando ânimos de seus defensores e críticos, em virtude de diversos pontos, alguns mais polêmicos.

Também conhecida como Nova Lei de Zoneamento, alterou regras de uso e ocupação do solo, substituindo a lei anterior para adequação desse regimento ao atual Plano Diretor do Município de São Paulo – PDE (Lei Municipal nº 16.050/14), e trazendo consigo profundas e significativas mudanças para a cidade de São Paulo, com considerável impacto no dia a dia de seus cidadãos e empresas.

Destaca-se aspecto de grande relevância, relacionado ao instituto da transferência do potencial construtivo de imóveis localizados nas Zonas Especiais de Preservação Cultural (ZEPEC). Para que se possa melhor entender, conveniente breve análise do instituto e contexto histórico.

Da Constituição Federal de 1988, que destacou de forma mais contundente a função social da propriedade, privilegiando o bem comum em detrimento do caráter individualista que outrora lhe fora conferido, inclusive pelo Código Civil de 1916, passando pelo Estatuto da Cidade, de 2001, que reconheceu a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir e regulamentou dispositivos constitucionais, com o Código Civil de 2002, chegou-se então à fixação de limites ao direito de construir, antes afeto apenas à proteção dos interesses do proprietário. Apesar de ser a regra, já encontra exceções legais ou normativas, dentre elas restrições administrativas, e, assim, as urbanísticas, que podem ser definidas, em linhas gerais, como a contraposição do direito coletivo em face do direito da propriedade.

Respeitadas as competências concorrentes atribuídas a União, Estados e Distrito Federal em matéria de direito urbanístico, transferiu a Constituição Federal aos Municípios a tarefa de promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo, e também a proteção de patrimônio histórico e cultural.

Deixamos de lado os institutos da operação urbana consorciada e da outorga onerosa do direito de construir, para focar no tema específico, a transferência do direito de construir. Apesar de prevista de forma expressa no Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01), no município de São Paulo, a Lei Municipal nº 9.725/84 tratou, de forma pioneira, da transferência de potencial construtivo de imóveis preservados. Segundo consta, não teve aplicação efetiva, talvez em face das sérias restrições quanto às condições dessa transferência.

Também foi prevista na Lei Municipal nº 12.349/97, a “Lei da Operação Urbana Centro”, tendo procedimento um pouco distinto daquele previsto no atual PDE, mantido por disposição expressa do próprio PDE. Em razão dessa distinção, e diante da incerteza que, atualmente, paira sobre a aplicabilidade do instituto para imóveis tombados do perímetro da Operação Urbana Centro, não faremos tal análise, restringindo o exame especificamente ao Plano Diretor e à Nova Lei de Zoneamento.

De acordo com o Estatuto da Cidade, é o plano diretor a legislação municipal hábil a autorizar o proprietário de imóvel urbano a exercer seu direito de construir em outro local, ou então aliená-lo. Esta possibilidade existe, dentre outras hipóteses taxativas, para preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural.

O Plano Diretor deve fixar as áreas nas quais será permitido o exercício do direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, desde que, claro, mediante contrapartida a ser prestada pelo proprietário, beneficiário desse direito, bem como estabelecer potenciais construtivos de lotes. Partindo da permissão dada pelo zoneamento, de se construir acima do coeficiente básico permitido e até o coeficiente máximo autorizado, cabe ao interessado adquiri-lo do Poder Público – *outorga onerosa do direito de construir* – ou diretamente de particular – *transferência do direito de construir*.

De forma simples, transferência do direito de

construir – ou transferência de potencial construtivo, as duas expressões adotadas e utilizadas como sinônimas pela legislação -- é a permissão para que o proprietário construa em imóvel distinto, seu ou de terceiro, acima do autorizado pelo seu coeficiente de aproveitamento básico. Materializa-se na Declaração de Potencial Construtivo, que apura e atesta a quantidade de metros quadrados passíveis de transferência. A efetivação da transferência dependerá, contudo, da emissão da Certidão de Potencial Construtivo, posteriormente e com a observância de procedimento normativo próprio.

Atualmente, encontra-se prevista no PDE, com conceituações, condições, formas de cálculo do potencial construtivo passível de transferência e do potencial construtivo equivalente no imóvel receptor, dentre outros aspectos e requisitos. O Decreto Municipal nº 55.888/15 regulamenta o PDE trazendo regras para expedição das Certidões de Potencial Construtivo Transferido, e fixando competências e controle de sua transferência.

Pelo PDE, o zoneamento inclui, dentre outras zonas, a ZEPEC, as porções do território destinadas à preservação e valorização de bens de valor histórico, artístico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico (patrimônio cultural), ou imóveis ou áreas tombadas ou protegidas por legislação municipal, estadual ou federal.

Ao prever instrumentos de política urbana e patrimonial, o PDE expressamente regrou a possibilidade de sua adoção para duas categorias, Bens Imóveis Representativos (ZEPEC-BIR) e Área de Proteção Cultural (ZEPEC-APC). Natural que houvesse uma forma de compensação das perdas que as restrições geram ao proprietário, passando ele a ter direito de receber um incentivo, consistente no valor obtido com a transferência do potencial construtivo de seu imóvel.

Importante lembrar que o antigo PDE, de 2002, determinava que, para imóveis ZEPEC não incluídos na Operação Urbana, o potencial construtivo passível de transferência seria a diferença entre o potencial construtivo utilizado existente e o potencial construtivo máximo. E do mesmo modo, a antiga Lei de Zoneamento, Lei Municipal nº 13.885/04, previa o desconto da parcela de área construída no imóvel cedente.

Há duas possibilidades de transferência previstas no atual PDE: com doação do imóvel cedente, ou sem doação, sendo que, no primeiro caso, o potencial construtivo passível de transferência será apurado com base no coeficiente de aproveitamento máximo, enquanto que, no segundo caso, com base no coeficiente de aproveitamento básico.

A despeito de algumas diferenças entre ambos, interessa aqui o fato de que, nas duas situações, a variável da equação é, sempre, a área do terreno, cedente ou doado. Isso significa que, diversamente do PDE anterior, o atual não considerou, para apuração do potencial passível de transferência, a área construída

do imóvel cedente, e, portanto, de potencial construtivo já utilizado ou a utilizar no futuro.

E isso tem crucial importância para os casos em que não haja doação do imóvel, porque o potencial passível de transferência desprezaria a área já construída do imóvel ZEPEC, e permitiria ao seu proprietário, no futuro, proceder a reformas com aumento de área construída – observando as restrições administrativas decorrentes do tombamento – com ampliação de área, ainda que já tivesse transferido o respectivo potencial construtivo daquele imóvel.

Some-se a esses dois fatores o considerável menor custo da transferência do potencial construtivo em relação à outorga onerosa, para justificar o expressivo aumento que se verificou junto à Municipalidade nos pedidos de emissão de Declarações de Potencial Construtivo Passível de Transferência, e de sua tentativa de comercialização na esfera privada, talvez em claro detrimento do instituto da outorga onerosa – aliás, em saudável comportamento anticoncorrencial, a favor da liberdade de contratar e em prol de um preço mais factível.

Muito se tem comentado acerca do instituto da transferência do potencial construtivo e sua procura tem sido cada vez mais frequente, porém sempre cercada de justos receios, alguns noticiados, outros, não. Já se esperava, como agora se delineou, que o Poder Público tomasse providências no sentido de impor limites e restrições ao “derrame” de Declarações de Potencial Construtivo, limites esses voltados à forma de apuração, com clara redução do potencial de determinados imóveis, e outros, voltados à forma de sua obtenção, ou à vinculação da aprovação da transferência e recebimento de valores à efetiva comprovação do estado do imóvel ZEPEC e com compromisso de sua manutenção.

O que preocupava com relação à alteração legislativa, de que viesse a impor severas limitações ou substanciais desestímulos à transferência do direito de construir, em franco favorecimento ao instituto da outorga onerosa, acabou se confirmando com o texto da Nova Lei de Zoneamento, hoje vigente.

Para imóveis ZEPEC, três pontos certamente afetarão o instituto: (i) aplicação de fatores de incentivo, inversamente proporcionais à área do imóvel, (ii) vinculação do valor da transferência (sem doação) ao valor da outorga onerosa, e (iii) e os obstáculos à posterior realização de reformas com acréscimo de áreas.

Houve a criação dos chamados fatores de incentivo (Fi), a serem aplicados para emissão de Declarações de Potencial Construtivo de imóveis ZEPEC. A fixação de fatores de incentivo inversamente proporcionais à área do imóvel cedente significa que, quanto maior a área do imóvel cedente, menor será o potencial passível de transferência a ser apurado. Para que se tenha uma ideia, os fatores variam de um inteiro e dois décimos (1,2) até dois décimos (0,2).

A justificativa apresentada pela Municipalidade é simples (embora não necessariamente justa, nem correta), na medida em que o instituto procurará beneficiar proprietários de imóveis menores, fornecendo recursos para que possam recuperá-los e mantê-los, em clara desvantagem dos proprietários de imóveis maiores, que terão o respectivo potencial construtivo drasticamente reduzido, esquecendo-se o legislador que quanto maior o bem tombado, mais elevada a despesa de sua manutenção e conservação.

O PDE/14 que estabelece a forma de cálculo do potencial passível de transferência, resultado da multiplicação da área do terreno cedente por seu coeficiente de aproveitamento básico e por um fator de incentivo que, no texto da lei, foi fixado em um. Quando esse fator é então estabelecido a partir de um inteiro e dois décimos, chegando a um décimo, não é exagero afirmar-se que o potencial passível de transferência de imóveis maiores será reduzido a pó.

Isso, além de afrontar o espírito do instituto, tal como criado, e posteriormente reproduzido no PDE/14, privilegia, sem qualquer aparente razoabilidade, proprietários de imóveis menores, em indevido detrimento dos proprietários de imóveis maiores, justamente quando os custos para recuperação, manutenção e preservação são drasticamente mais elevados.

Criou-se ainda uma proporcionalidade entre o valor pecuniário da totalidade do potencial construtivo transferido no período de doze meses, relativo às transferências quando não houver doação, com o valor total arrecadado pelo FUNDURB no mesmo período.

Pelo texto da lei, o valor pecuniário da totalidade das transferências sem doação do imóvel não poderá ser superior a cinco por cento do valor total daquele arrecadado pelo FUNDURB, lembrando que, de acordo com o PDE, cabe a esse receber os recursos auferidos com as contrapartidas financeiras decorrentes da outorga onerosa de potencial construtivo adicional, permitindo-se, inclusive, a adoção, pelo Executivo, de leilão para emissão das certidões de transferência.

Com isso, estabeleceu-se vinculação entre os institutos, novamente com o intuito de se evitar que a transferência de potencial construtivo possa crescer demais em claro prejuízo da outorga onerosa, cuja beneficiária do produto é a Municipalidade, e não o proprietário alienante do potencial construtivo transferível.

Outro ponto importante, pela nitidez e clareza com que interfere no potencial construtivo passível de transferência, é a inclusão de dispositivo prevenido que, quando houver reformas com ampliação de área construída em imóvel ZEPEC-BIR para o qual tenha sido emitida declaração de potencial construtivo, a área construída acrescida será descontada do potencial construtivo passível de transferência objeto da referida declaração. No mesmo sentido, se o proprietário do imóvel já tiver efetivado a transferência da totalidade do potencial – e, portanto, já emitida a

certidão de transferência de potencial construtivo – ficará vedado o aumento de área no imóvel cedente.

O PDE/14 permite o cálculo do potencial construtivo passível de transferência com base no coeficiente de aproveitamento básico, mas levando em consideração a área total do imóvel, sem desconto de área construída. Criou a Nova Lei de Zoneamento outro limitador, que, da mesma forma que os fatores de incentivo, reduz drasticamente o potencial.

Interessante notar que o texto dos respectivos artigos que criam os novos fatores e a restrição quanto à área construída, deixam margem à substancial dúvida. Explicamos: o artigo 24 se refere à *“emissão de novas declarações”*, e o artigo 25, quando trata de reformas com ampliação, menciona *“em que tenha sido emitida declaração de potencial construtivo passível de transferência”* nos termos do PDE. A reforçar a dúvida está o texto original do Projeto de Lei nº 272/2015, que trazia, em seu artigo 24, no lugar de emissão de novas declarações, a previsão geral de aplicação dos fatores na *“transferência do direito de construir”*. Essas sutis distinções permitem concluir que os fatores de incentivo seriam aplicados às novas declarações, emitidas a partir da Nova Lei de Zoneamento, enquanto que a dedução de área ou restrição de aumento seria aplicável a declarações emitidas com base no PDE, porém antes da Nova Lei de Zoneamento, como se excludentes fossem tais previsões, justamente porque, no primeiro caso, já haveria a própria redução (substancial) do potencial construtivo.

Há que se analisar, dentre tantos outros aspectos que surgirão, dois que nos parecem mais relevantes. O primeiro deles, quanto à aplicabilidade da Nova Lei de Zoneamento em face de processos administrativos já iniciados, com o pedido de expedição das respectivas Declarações de Potencial Construtivo, na medida em não deveria ela retroagir para afetar a transferência de potencial construtivo cujos processos já tenham sido iniciados.

É o próprio Plano Diretor que estabelece como data de referência para o processo a do protocolo do pedido da Declaração de Potencial Construtivo. No mesmo sentido, a Nova Lei de Zoneamento, ao criar os fatores de incentivo, distintos daqueles já previstos no PDE, o faz prevendo que serão eles aplicados para Declarações emitidas nos termos do PDE. E também prevê, de maneira geral, que processos e projetos protocolados até a data de sua publicação, sem despacho decisório, serão apreciados integralmente de acordo com a legislação em vigor à época do protocolo correspondente. Tal previsão vem ao encontro do privilégio conferido pela legislação urbanística ao *“direito de protocolo”*.

Parece-nos evidente que a legislação a ser aplicada para referidos processos e emissão dos documentos deveria ser aquela vigente à época dos protocolos dos pedidos, inclusive para garantir a constitucional prote-

ção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Diz-se deveria porque, de acordo com parecer proferido em processo administrativo no qual solicitada, antes da promulgação da Nova Lei de Zoneamento, expedição de Declaração de Potencial Construtivo, a Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (SMDU), entendeu que o pedido deve ser analisado de acordo com a Nova Lei de Zoneamento, e não à luz da anterior, vigente à época do protocolo do pedido.

Com esta interpretação, a se aplicar a Nova Lei de Zoneamento, a consequência mais imediata que teremos será a mudança substancial do instituto para imóveis ZEPEC nos casos em que não há doação, em relação ao que constava do PDE/14.

Mais outro obstáculo vem se delineando no tocante ao instituto para imóveis ZEPEC. O Decreto-Lei nº 25/37 (que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional) equipara o tombamento provisório ao definitivo, para todos os fins, exceto de transcrição junto ao Registro de Imóveis. A Lei Municipal nº 10.032/85 (que cria o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental de São Paulo - CONPRESP) prevê que imóveis cujo processo de tombamento tenha sido iniciado terão o mesmo regime de preservação do bem tombado até decisão final do CONPRESP. A partir de tais definições legais, enquadrado o imóvel como ZEPEC, estaria então atendido o disposto no PDE/14 (em seu art. 63), para fins do instituto, e, assim, para emissão de Declaração de Potencial Construtivo do referido imóvel.

Mas não foi neste sentido o entendimento da SMDU, ao acolher Parecer da Assessoria Jurídica, em processo administrativo que tem por objeto a emissão de Declaração de Potencial Construtivo.

Para o órgão competente, não é possível a equiparação pretendida – de tombamento provisório e definitivo – para fins de aplicação do instituto, mesmo porque, tendo surgido posteriormente ao Decreto-lei Federal nº 25/37 e à Lei Municipal nº 10.032/85, essas normas nada poderiam prever quanto à transferência do direito de construir. A despeito de o imóvel carregar os ônus do tombamento, o ato administrativo teria eficácia provisória, de forma que não implicaria em impossibilidade definitiva do direito de construir, não autorizando, portanto, sua transferência. Na visão da Municipalidade, a Nova Lei de Zoneamento

reforça sua posição, ao prever que imóveis demarcados como ZEPEC, na forma do PDE/14, indicados para tombamento lei e com processo de tombamento aberto, poderão ser automaticamente desenquadrados se, no período de dois anos após a publicação da referida lei, não tiver sido tombado.

Já o segundo aspecto, mais complexo, refere-se à possibilidade de discussão de eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade da Nova Lei de Zoneamento, diante da derrogação e modificação do PDE no que toca à transferência do direito de construir em se tratando de imóveis ZEPEC. Ora, o PDE tem o objetivo de fixar diretrizes e comandos concretos de política urbana, cabendo às demais leis municipais complementá-lo, suplementá-lo ou regulamentá-lo, jamais modificar ou derogar suas diretrizes.

Tal discussão abrange não apenas impossibilidade da Nova Lei de Zoneamento criar fatores de incentivos e deduções de área do potencial ou impossibilidade de aumento de área, ambos antes inexistentes, que reduzem drasticamente o direito conferido pelo PDE, em flagrante contradição, mas também o fato de que essa previsão extrapola as matérias que, taxativamente, o PDE prevê sejam por ela tratadas, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Certamente, muitas serão as dúvidas, discussões e decisões a respeito do tema. Vale mencionar, como exemplo e por ser pioneira, a Ação Civil Pública com Pedido Liminar proposta pelo Movimento Defesa São Paulo, em face da Prefeitura do Município de São Paulo e do Exmo. Sr. Prefeito, Fernando Haddad, questionando o processo de sanção e aprovação do Projeto de Lei nº 272/2015 como Nova Lei de Zoneamento, apontando inúmeros dispositivos que teriam sido alterados e/ou suprimidos em relação à versão original do Projeto de Lei, em alegados vícios no seu trâmite. Dentre tais dispositivos, também se encontram aqueles acima referidos (arts. 24 a 26).

Não temos dúvida que a nova lei e a maneira com que será interpretada e aplicada serão determinantes à consolidação do instituto, em relação à forma como trazido pelo PDE/14. Daí sua relevância para empresas do setor imobiliário e proprietários de imóveis com potencial construtivo passível de transferência.

**O presente artigo foi redigido e editado antes da publicação dos Decretos Municipais nº 57.535 e 57.536, de 15/12/2016, que versam sobre o tema em questão.*

GARANTIA IMOBILIÁRIA EM RISCO

OLIVAR VITALE

1) INTRODUÇÃO

Dos ramos de atividade da economia de qualquer país, a construção civil é um dos mais importantes. Gera quantidade significativa de empregos, movimenta um sem-número de produtos a ela agregados, é base de crescimento nacional em razão da infraestrutura, funciona como alternativa de investimento financeiro e, por fim, propicia aos cidadãos a aquisição da tão sonhada casa própria.¹

Comum aos economistas definir a solidez da economia de um país pela fatia representada pela construção civil no seu PIB (Produto Interno Bruto). Na mesma linha, fundamental a participação do crédito imobiliário a fomentar a construção civil.

Sem oferta de crédito, não há investimento na construção civil!

2) HIPOTECA

O financiamento imobiliário no Brasil se origina de duas maneiras bastante claras. Pelo Sistema Financeiro da Habitação (SFH - criado em 1964), com dinheiro oriundo da caderneta de poupanças e do FGTS, havendo segurança jurídica no instituto da hipoteca e pelo Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI – desde 1997), com dinheiro privado empregado com certa liberdade, lastreado em títulos responsáveis pela securitização dos créditos e todo assegurado pela alienação fiduciária em garantia.

Se não há construção civil sem crédito imobiliário, não há concessão de crédito sem garantia. É base do ato de custear a relativa certeza de se reaver o principal empregado acrescido das corrigendas contratadas.

Mesmo o dinheiro advindo do SFH, portanto, compulsório e não de exclusiva iniciativa privada, só se faz possível empregar com a certeza da instituição

financiadora de recuperá-lo acrescido dos juros remuneratórios a ele atrelados.

Nessa linha, fundamental por décadas o instituto da hipoteca e, além dela, mais recentemente, o da alienação fiduciária de imóvel em garantia.

Hipoteca é direito real de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiros, sem transmissão da posse ao credor. O bem imóvel continua em poder do devedor, ficando assegurado ao credor, precipuamente, o pagamento da dívida.²

A Hipoteca é a mais tradicional garantia imobiliária do mundo, que tem seus princípios plenamente assentados, fornece boa segurança, mas não costuma ser de execução rápida. Necessita processo judicial, e o processo judicial é moroso e por isso mesmo evitado pelo mercado.³ Tão somente no ambiente do SFH, por meio do Decreto-Lei n° 70/66, restou estabelecida a possibilidade da execução extrajudicial das dívidas garantidas por hipoteca.

Pois bem. Por décadas o crédito imobiliário à construção civil, mais ainda à habitação, foi garantido por meio da hipoteca. Sobre cada imóvel financiado ao adquirente final, com prazo de pagamento de até trinta anos (prazo máximo de validade da hipoteca pelo Código Civil de 1916⁴), ao credor foi instituída a hipoteca, direito real, devidamente registrada na matrícula daquele imóvel. Inadimplente o devedor, o credor executava aludida garantia, com prioridade em relação a qualquer credor quirografário.⁵

Ocorre que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor de 1990, a força do instituto da hipoteca tem sido relativizada pelo Poder Judiciário em situações em que os interesses do adquirente de boa-fé estejam envolvidos.

Sem qualquer previsão legal que distinga os interesses do consumidor de qualquer cidadão ou até mesmo do próprio agente financiador, fato é que o

¹“A indústria da construção civil é estratégica para o desenvolvimento do país, por possuir elevado contingente de mão de obra empregado no setor, considerável participação no Produto Interno Bruto (PIB) da economia nacional e a diversidade de setores a ela interligada, além do exercício da sua atividade ser indispensável para criar a infraestrutura de que o Brasil tanto necessita”. Sindicato da Indústria da Construção Civil de Minas Gerais, 2011.

²GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 13ª Edição. Editora Forense. 1998, fls. 373.

³MEZZARI, Mario Pazutti, *Alienação Fiduciária da Lei n° 9.514 de 20-11-1997*, Editora Saraiva, 1998, fls. 8.

⁴Artigos 817 e 830 do Código Civil de 1916

⁶“A hipoteca, embora inegável e seguro instrumento de garantia, é impotente ante créditos privilegiados, como por exemplo os trabalhistas, fiscais e previdenciários; e o imóvel hipotecado não se forra à inclusão na massa falida.”(MEZZARI, Mario Pazutti - *Idem* item 6).

Poder Judiciário houve por bem, em algumas situações, até mesmo privilegiar o credor quirografário⁶ ao credor hipotecário, seja esse último uma instituição financeira ou não.

A legislação é clara ao determinar que a hipoteca, devidamente inscrita no competente registro de imóveis, confere direito real, isto é, direito de seqüela do credor em relação a aquele próprio imóvel gravado e ao considerar nula a proibição do proprietário alienar o imóvel hipotecado (artigo 1475 do Código Civil).

Por assim ser, se o devedor proprietário do imóvel hipotecado decidir aliená-lo, poderá livremente assim fazer, assumindo o adquirente do imóvel hipotecado que, caso o devedor não honre com o pagamento de sua dívida, a garantia será executada tendo como objeto tal imóvel.

Ao caso concreto: o empreendedor imobiliário adquire um terreno. Realiza estudo de massa, elabora projeto, aprova-o, efetua o registro necessário na matrícula do terreno nos termos da lei, promove o lançamento do empreendimento imobiliário e, no momento inicial das vendas, corre atrás do *fundings* necessário à construção.

A instituição financeira analisa o futuro empreendimento imobiliário, concede o financiamento à construção, obtendo a obrigação pessoal do empreendedor em honrar o crédito concedido e, como garantia, o próprio terreno. Unidades imobiliárias são alienadas a compradores em geral, muitos deles consumidores, sempre tendo o imóvel hipotecado em favor do agente financiador mas com a obrigação de o empreendedor efetuar o pagamento do empréstimo e liberar cada unidade autônoma da garantia hipotecária em até certo período após a obtenção do “Habite-se”.

Há décadas assim que funciona boa parte do mercado imobiliário brasileiro.

Ocorre que, em razão do abuso de alguns empreendedores brasileiros e também por conta dos períodos de inflação galopante e constante intervenção do Governo com planos econômicos desastrosos, algumas empresas passaram a desonrar os financiamentos bancários à produção e, até mesmo, decretar falência durante o processo construtivo.

Aos agentes financeiros coube executar sua garantia: a hipoteca sobre o terreno. O Poder Judiciário viu-se diante da seguinte situação: aplicar a lei, prestigiando o credor hipotecário em relação ao adquirente da futura unidade autônoma, ou prestigiar o adqui-

rente, muitas vezes consumidor, tornando ineficaz a garantia hipotecária do agente financiador.

Pois bem. Após diversos julgados a respeito, que se iniciaram ao acertadamente tornar ineficaz a hipoteca caso constituída após a alienação das unidades imobiliárias aos adquirentes, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) inovou ao consolidar entendimento de que “a garantia hipotecária do financiamento não atinge o terceiro adquirente da unidade, o qual responde, tão somente, pelo pagamento do seu débito”⁷.

Finalmente, em 2005, publicou a Súmula 308, com o seguinte enunciado: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Isto é, a garantia imobiliária concedida pelo empreendedor ao agente financiador é ineficaz em relação ao adquirente da unidade imobiliária. Considerando que o empreendimento só existe para o produto final ser alienado durante o período construtivo, caso contrário nem incorporação imobiliária e lançamento haveria, pode-se dizer que o STJ fulminou a garantia imobiliária no que tange à hipoteca referente ao crédito imobiliário para construção.

Não é só. Em decisão inédita e recentíssima, também do STJ, restou consolidado o entendimento de que não apenas ao agente financeiro a hipoteca é ineficaz em caso que envolva adquirente de boa-fé. Se o até então proprietário do terreno (comumente chamado no mercado de “terrenista”) alienar seu imóvel a prazo, exigindo como garantia hipotecária o próprio terreno para o caso de o empreendedor imobiliário não honrar sua obrigação de pagamento do preço, tal garantia é ineficaz em relação ao futuro adquirente de unidade imobiliária em construção, a ser erigida sob a responsabilidade desse empreendedor imobiliário.⁸

Em áspero resumo: ao financiamento imobiliário à construção, ou mais recentemente à aquisição do próprio terreno, o STJ reduziu o instituto da hipoteca a nada, vez que ineficaz perante os compradores das unidades imobiliárias a construir.

3) ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL EM GARANTIA

Por razão dos naturais entraves da hipoteca, antes mencionados, agravados pela aniquilação do instituto no financiamento à construção por

⁶ Crédito quirografário é o crédito obrigacional, sem preferência, privilégio ou garantia.

⁷ REsp n. 498.862-GO, relator o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 1º.03.2004; REsp n. 439.604-PR, relator o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 30.06.2003; REsp n. 431.440-SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.02.2003; REsp n. 401.252-SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 05.08.2002; REsp n. 239.557-SC, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 07.08.2002; REsp n. 187.940-SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 21.06.1999.

⁸ REsp nº 1.432.693 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, decisão monocrática, DJe 24/06/2016.

parte do Poder Judiciário, o mercado brasileiro viu-se obrigado a se valer de inovador e fundamental instituto criado a fomentar o setor imobiliário, qual seja a alienação fiduciária de imóvel em garantia.

Diferentemente da hipoteca, no caso da fidúcia “o tomador de um empréstimo transfere ao prestador a propriedade fiduciária do imóvel, mediante contrato de alienação fiduciária; serve como garantia na produção de imóveis”⁹.

Na alienação fiduciária de imóvel em garantia, diferentemente da hipoteca, o devedor deixa de ser proprietário pleno do imóvel, mantendo-se, entretanto, na posse direta do bem. É a chamada propriedade resolúvel. Orlando Gomes ensina que um traço característico dessa propriedade “reside na previsão de sua extinção no próprio título que a constitui”¹⁰. E esse termo é a quitação da totalidade da dívida e emissão de termo de quitação. Honrada a totalidade da dívida, o mero termo de quitação é documento hábil para o cancelamento da garantia fiduciária e, portanto, da até então propriedade resolúvel.

Diferentemente da hipoteca, como não mais proprietário pleno do imóvel, o devedor fiduciante não pode, nem conseguiria, alienar livremente o imóvel a terceiros. Por essa razão, mesmo com a hipoteca tendo sido combatida de maneira nefasta pelo nosso Poder Judiciário, continuamos a presenciar financiamentos à produção (construção) calcados na (ineficaz) garantia hipotecária, vez que a utilização da fidúcia como garantia inviabilizaria a alienação dessas unidades a adquirentes, consumidores ou não, durante o período de construção.

Por outro lado, tendo a Lei 9.514 entrado em vigor em 1997, ao menos desde 2001 a quase totalidade dos financiamentos de imóveis prontos está garantida pelo instituto da alienação fiduciária.

Como bem ensina Melhim Chalhub, “para suprir essa a lacuna (inibição de carreamento de recursos para o setor imobiliário), a Lei 9.514/97 contempla a modalidade contratual da alienação fiduciária, como instrumento que poderá propiciar rápida recomposição de situações de mora, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores”¹¹.

As principais instituições financeiras há quinze anos têm concedido crédito imobiliário ao adquirente final exigindo como garantia o próprio imóvel, valendo-se da alienação fiduciária de imóvel em garantia.

Analisado e aprovado o crédito do comprador de um imóvel, o agente financeiro paga a totalidade do

preço remanescente da venda ao incorporador (após o “Habite-se”), que por sua vez transmite a propriedade ao adquirente do bem. Esse, em garantia do financiamento obtido, dá em fidúcia o próprio bem ao agente financeiro. Está configurada, assim, a alienação fiduciária em garantia.

Honrado o financiamento no preço e prazo ajustados, quita-se a dívida, cancela-se a garantia e o comprador passa a ter a propriedade plena do imóvel.

Em mais de quinze anos de utilização de tal garantia, o sucesso tem sido grande. Os agentes financeiros ao longo dos anos vêm registrando índices de inadimplemento que beiram um por cento do total de financiamentos concedidos. Da mesma forma, constatado o indesejado inadimplemento, a execução da garantia, que se dá de maneira totalmente extrajudicial, tem sido rápida e eficaz.

Nas palavras de Leonardo Brandelli, “a alienação fiduciária de bem imóvel é instituto jurídico de extrema relevância para o mercado imobiliário, na medida em que a garantia real imobiliária gerada pelo inadimplemento do contrato de alienação fiduciária tem sido entendida como confiável pelos agentes econômicos, e isso é fundamental para a ida ao mercado de recursos de agentes que não iriam sem uma garantia fiável, contribuindo assim para o incremento no número de negócios imobiliários, redução de juros no financiamento imobiliário, bem como para o surgimento de um complexo e importante mercado secundário ancorado nos créditos imobiliários garantidos.”¹²

Mais do que isso. Além de uma garantia mais segura para o financiador da unidade imobiliária ao adquirente final, o mercado espera e se vale da alienação fiduciária para fomentar o chamado mercado secundário, isto é, o mercado de securitização de créditos imobiliários, tão importante no financiamento das empresas naquilo que acima chamamos de *funding* para aquisição do terreno matéria prima pelo empreendedor imobiliário.

O aspecto econômico, além do social, é fundamental. Instituições financeiras, assim como empreendedores imobiliários, visam ao lucro. Não há fomento do mercado imobiliário sem o objetivo de lucro. Não haverá empreendedores imobiliários dispostos a se expor em atividade econômica de duvidoso sucesso se não tiverem segurança jurídica a embasar esse risco do negócio.

Nessa linha, se a hipoteca no que tange a *funding* imobiliário foi aniquilada por entendimento do Poder

⁹ CHALHUB, Melhim Namem, “A Fidúcia no Sistema de Garantias Reais do Direito Brasileiro”. Separata da Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 1, nº 2, março – agosto de 1998, fls 113.

¹⁰ GOMES, Orlando – *idem* item 5, fls. 237

¹¹ CHALHUB, Melhim Namem, *idem* item 10, fls. 129.

¹² BRANDELLI, Leonardo, “Alienação Fiduciária de Bens Imóveis”, em “Operações Imobiliárias: estruturação e tributação”. São Paulo. Saraiva. 2016, fls. 72.

Judiciário e a alienação fiduciária de imóvel em garantia surgiu para salvar o mercado, vez que confere segurança jurídica a seus agentes, podemos dizer que tudo entrou nos eixos, certo?

Infelizmente a resposta é negativa.

A lei é absolutamente cristalina e o procedimento nela exigido vem há anos sendo adotado regularmente. Não bastasse o quanto contratado entre credor fiduciário e devedor fiduciante, em caso de inadimplemento de quaisquer das parcelas do financiamento contratado, esse último é devidamente notificado pelo ente definido em lei, Registro de Imóveis competente, após provocação do credor fiduciário, para em nova oportunidade poder purgar sua mora, efetuando o pagamento devido no prazo de quinze dias.

Não purgando a mora, o Oficial do Registro de Imóveis certificará o fato. Poderá então o credor fiduciário requerer a consolidação da plena propriedade para si, efetuando o pagamento do imposto de transmissão.

A última oportunidade, portanto, de o devedor fiduciante honrar com sua dívida vencida e não paga é esta. Não o fazendo, após regularmente intimado para tanto, e consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário, encerrado está seu direito a cumprir o pactuado no financiamento imobiliário, vez que configurado seu inadimplemento absoluto, remanescendo seu direito a receber os valores que sobejarem à dívida em caso de arrematação no necessário leilão extrajudicial a se realizar.

Ocorre que o Poder Judiciário tem amenizado essa regra legal.

Surgiu recentemente o entendimento de que o devedor fiduciante (i) deve ser intimado pessoalmente das datas e horários dos leilões extrajudiciais, a serem realizados após a consolidação de propriedade em nome do credor fiduciário e (ii) tem o direito de efetuar o pagamento dos valores vencidos, cobrados anteriormente por pelo menos duas vezes e não pagos, até a data da efetiva assinatura da carta de arrematação.

A base para tal arriscada inovação é o artigo 39 da própria Lei 9.514/97, a saber:

“Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral à que se refere esta lei:

...

II. Aplicam-se as disposições dos artigos 29 a 41 do decreto-lei 70 de 21 de novembro de 1966”

De seu lado, o artigo 34 do Decreto-Lei 70/66, prescreve que

“Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito...”

Ignorando que a Lei 9.514/97 prescreve todo o

procedimento, com os atos necessários e exigidos para enfim solucionar o impasse criado pelo devedor fiduciante, inadimplente, recentes decisões têm sobreposto tal regra específica, advinda do antigo Decreto-Lei 70/66.

Em acórdão referência do STJ relatado pela ministra Nancy Andriahi, de março de 2014, em caso específico em que o devedor fiduciante surgiu no segundo leilão disposto a efetuar o pagamento do total da dívida (não apenas o valor vencido), decidiu que *“a purgação pressupõe o pagamento integral do débito, inclusive dos encargos legais e contratuais, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97. Sua concretização antes da assinatura do auto de arrematação não induz nenhum prejuízo ao credor. Em contrapartida, assegura ao mutuário, enquanto não perfectibilizada a arrematação, o direito de recuperar o imóvel financiado, cumprindo, assim, com os desígnios e anseios não apenas da Lei nº 9.514/97, mas do nosso ordenamento jurídico como um todo, em especial da Constituição Federal”*.¹³

Em julgamento do mesmo STJ, datado de 21/08/2014, com relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, restou decidido que o devedor fiduciante, mesmo após consolidada a propriedade em nome do credor fiduciário, deve ser intimado pessoalmente das datas e horários dos leilões extrajudiciais para arrematação do bem. Entendeu o nobre julgador que *“havendo previsão legal de aplicação do artigo 36, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 70/66 ao procedimento previsto na Lei nº 9.514/97 e sendo pacífica, no âmbito daquele decreto, a jurisprudência no sentido da necessidade de intimação pessoal da data do leilão extrajudicial, conclui-se pela incidência desse entendimento aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/97”. E ainda “Em primeiro lugar, a assinatura do auto de arrematação representa o último momento para purgação da mora, daí a relevância do conhecimento pelo devedor do momento da alienação do bem.”*¹⁴

Ou seja, no entendimento do STJ, como o contrato de financiamento não mais produz efeitos jurídicos em razão da não purga da mora, a propriedade do credor fiduciário já é plena, consolidada. Oportunidade ao devedor fiduciante efetuar o pagamento assumido e não honrado foi novamente concedida pela intimação pessoal realizada pelo Registro de Imóveis competente e ele ficou inerte. Mesmo assim, a enfraquecer o instituto e, portanto, trazer insegurança jurídica aos agentes do mercado, o Poder Judiciário criou entendimento de que a não intimação pessoal do devedor fiduciante a respeito do leilão é vício formal a declarar a nulidade do procedimento de ar-

¹³ REsp 1433031/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, V.U, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014.

¹⁴ REsp 1447687/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª Turma, V.U, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014.

rematação em leilão extrajudicial, uma vez que esse teria a oportunidade de efetuar o pagamento devido até a efetiva arrematação do bem em leilão.

Se decisões isoladas fossem, talvez risco maior não trouxessem ao instituto da alienação fiduciária em garantia. Mas a situação está dramática. Na esteira dessas duas decisões acima citadas, outras tantas¹⁵ vêm sendo proferidas em alguns tribunais estaduais, tribunais regionais federais e no STJ.

O já citado Leonado Brandelli, esposando entendimento que se coaduna em parte com as recentes decisões do STJ, pontua que *“a lei utiliza, atecnicamente, a expressão “purgação da mora”, quando, em verdade, não se trata de purgar a mora, mas sim de evitá-la. Trata-se de pagamento, de oportunidade de evitar a mora, que será constituída ao fim do prazo sem pagamento, e não de purgar a mora já existente... enquanto não houver a alienação do bem mediante realização dos leilões, nem tiver havido a alienação do bem diante do resuito infrutífero dos leilões, casos em que se tornaria definitivo o inadimplemento, pode o devedor purgar a mora se a prestação ainda tiver utilidade para o credor”*.¹⁶

O evidente equívoco, de forma a rasgar o quanto previsto na lei, está justamente nessa ideia de notificação para pagamento sem a constituição em mora do devedor.

A lei é clara e, como bem pontua inclusive a ministra Nancy Andrighi, *“Constitui regra basilar de hermenêutica jurídica que, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, sobretudo quando resultar em exegese que limita o exercício de direitos, se postando contrariamente ao espírito da própria norma interpretada”*.¹⁷

O artigo 26 da Lei 9.514/97 determina que *“vencida e não paga, 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”*. De seu turno, o parágrafo 5º do mesmo artigo prescreve que *“purgada a mora no Registro de Imóveis, convalerá o contrato de alienação fiduciária”, enquanto o parágrafo sexto prevê que “o oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de in-*

timação”. Fulminando, o parágrafo 7º sentencia que *“decorrido o prazo de que trata o § 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...”*.

Em resumo, todo o procedimento legal de instar o devedor fiduciante a efetuar o pagamento dos valores devidos, vencidos e até então não honrados, trata da sua formal constituição em mora. Purgada a mora, convalida-se o contrato de alienação fiduciária em vigor. Não purgada a mora no prazo legal concedido, configurado o inadimplemento absoluto.

A esse respeito, Araken de Assis ensina que *“o inadimplemento absoluto se caracteriza ‘quando a obrigação não for cumprida, nem poderá sê-lo’. Nele existe uma inatuação importante – a falta atribuível ao devedor – irrecuperável. (...) O inadimplemento absoluto resulta, outrossim, da rejeição da prestação defeituosa ou da sua imediata restituição... A mora constitui retardamento transitório e superável, transformado em definitivo pela inutilidade da prestação tardia”*.¹⁸

Já Lucas Gaspar de Oliveira Martins leciona que *“...nas hipóteses de não cumprimento da prestação no prazo oportuno, tem-se a mora caracterizada pelo cumprimento retardado, isto é, quando a prestação é realizada a posteriori pelo devedor. Entretanto, quando tal prestação não for mais possível de ser cumprida ou, sendo possível, não mais interesse a credor o seu recebimento, em razão da perda da utilidade da coisa, ter-se-á então inadimplemento absoluto”*.¹⁹

Constitui-se em mora o devedor fiduciante, concedendo-lhe prazo de quinze dias para purga-la. Não o fazendo, configurado o inadimplemento absoluto desse devedor vez que, por vontade do credor, consolida-se a propriedade em seu nome, mediante pagamento do imposto devido. Aqui se encerra a oportunidade do devedor fiduciante de adimplir o contrato. Aqui o credor opta por não mais receber a prestação devida, ao efetuar o pagamento do imposto e consolidar a propriedade em seu nome. Aqui a prestação se torna não mais possível de ser honrada por desinteresse do credor. Esse o corolário lógico do procedimento previsto na Lei 9.514/97.

Mas não é só. Se por um lado a possibilidade de

¹⁵ Resp nº 1.518.085RS – Min. Marco Aurélio Bellizze; AgResp nº 958.198SP - Min. Marco Aurélio Bellizze; Resp nº 1.599.527SP - Ricardo Villas Bôas Cueva; Resp nº 1.462.210RS – Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Resp. 1483773PE – Min. Raul Araújo; Proc. 50197170220164000000 – TRF 4ª Região – Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha; Proc. 8032697620164050000 – TRF 5ª Região – Rel. Carlos Wagner Dias Ferreira.

¹⁶ BRANDELLI, Leonardo, *idem* item 12, fls. 91 e 93.

¹⁷ Recurso Especial nº 1.433.031 – DF, Min. Nancy Andrighi

¹⁸ DE ASSIS, Araken. *“Resolução do contrato por inadimplemento”*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1994, 2ª edição fls. 93.

¹⁹ MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. *“Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial: principais características e distinções”*. Tese de mestrado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP). 2008. Disponível em: www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062864.pdf

o devedor fiduciante purgar a mora até a efetiva assinatura do auto de arrematação extirpa a essência da garantia, vez que a consolidação da propriedade plena em nome do credor põe fim a relação jurídica do mútuo entre eles, remanescendo apenas a formalidade dos leilões extrajudiciais visando dar destinação ao imóvel, preferencialmente por meio de arrematação por terceiro, situação ainda mais esdrúxula se encontra na exigência da nova intimação pessoal desse mesmo devedor a respeito das datas dos leilões.

A lei não exige, vez que não faz sentido intimar se a propriedade já está consolidada em nome do credor, inclusive com o recolhimento do imposto de transmissão devido. Se não exige, correto está o procedimento sem a tal intimação. Porém, vigorando o entendimento do STJ da necessidade de intimação do devedor fiduciante para os leilões, qual a segurança jurídica dos credores fiduciários que, ao longo dos últimos anos, realizaram o procedimento dos leilões exatamente como preconiza a Lei 9.514/97? Estariam passíveis de nulidade todas essas arrematações? Como proteger o direito do terceiro adquirente de boa-fé que arrematou tais imóveis em leilão extrajudicial?

4) CONCLUSÃO

Mais uma vez em ambiente de crise, tal qual aquele em que as empresas quebraram e a garantia hipotecária se julgou ineficaz, estamos vivendo momento crucial e de extrema rele-

vância que, dependendo dos próximos acontecimentos, poderá relegar a alienação fiduciária a mais uma garantia frágil e ineficaz.

Como bem ponderou Teotonio Costa Rezende, em artigo publicado recentemente na “Revista do SFI” de junho de 2016, ao analisar decisões como as acima citadas, *“há o risco de a alienação fiduciária, a exemplo do que ocorreu com a hipoteca, deixar de ser uma garantia efetivamente real e, novamente, o mercado de crédito imobiliário entrar em situação de semiparalisia, com fortes impactos negativos em termos de combate ao déficit habitacional e à geração de emprego e renda”*.²⁰

De fato. Esse inovador entendimento, que faz da lei letra morta, assusta e coloca em risco a modalidade de garantia mais utilizada em nosso mercado. Lamentavelmente se está supostamente prestigian- do a defesa individual do tutelado em detrimento do pensamento coletivo e do bem da sociedade em médio prazo.

Mais do que uma consternação, esse artigo é um alerta. O setor imobiliário foi obrigado a relegar o instituto da hipoteca, vez que tornado literalmente ineficaz pelo Poder Judiciário. Parte da salvação do mercado imobiliário nos últimos anos está, sem dúvida, no surgimento e na aplicação do instituto da alienação fiduciária em garantia. Não podemos, mais uma vez, permitir que tal base seja fulminada por decisões protectionistas e de cunho alegadamente “social”, sem a análise econômica necessária.

²⁰ COSTA REZENDE, Teotoni, “Segurança Jurídica no Crédito Imobiliário”, em Revista do SFI nº 44, Junho 2016, fls. 30.

A MÃO DE OBRA NA CONSTRUÇÃO CIVIL E A NECESSÁRIA MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

SÓLON CUNHA

As empresas que atuam na construção civil no Brasil nunca estiveram tão distantes da segurança jurídica nas relações laborais. A regra hoje é a insegurança na contratação de trabalhadores. A arte em contratar pessoas passou a ser mais difícil do que os projetos e cálculos. E o risco de um desastre, pondero, pode ser até maior.

Na recente década de setenta, engenheiros e pequenos empreiteiros sonhavam com o milagre brasileiro e o país era um imenso canteiro de obras. As pequenas e médias construtoras cresciam sob o olhar dos agentes financeiros de investimento, o que gerava a alta procura pelos imóveis. Chegamos aos anos oitenta exportando serviços e tecnologia nesse competitivo mercado.

A realidade atual é bem diferente. A alta especialização, aliada à tecnologia de ponta, resultou na necessidade de que vários empreendedores se juntassem para uma obra de sucesso. Explico: para encontrar o precioso terreno para edificação o empresário busca o negociador, uma empresa que tratará com dezenas de proprietários para somar os metros quadrados necessários ao empreendimento. A viabilidade da compra requer outra especialista em política urbana, aquela empresa que analisa dezenas de regras municipais visando a regularização do projeto. A demolição fica a cargo de mais uma empresa especializada.

O escritório de arquitetura elabora o projeto. Empresas de engenharia agregam valor e validam as plantas, com empresas especializadas: em elétrica; hidráulica; telefonia; fibra ótica; TI; proteção a incêndio; logística de materiais; fadiga de materiais; fornecedores de elevadores e de equipamentos. Outra empresa cuida das fundações, com máquinas alugadas de um terceiro. Equipamentos caríssimos que são utilizados apenas por alguns dias em cada obra, mas cujo resultado é impressionante e rápido. Sem falar na centena de empresas que oferecem o que os antigos chamariam, de modo genérico, por “acabamento”. Paisagismo, jardinagem, texturas, mobiliário e segurança complementam o projeto e geram nova contratação de empresas especializadas.

Cabe agregar ao contexto a importante participação dos agentes financeiros, bancos e fundos de in-

vestimentos, que asseguram a viabilidade econômica da obra, por vezes respaldados por seguradoras. Estruturas societárias são desenhadas para maior proteção a todos, com pessoas jurídicas, sociedades de propósito específico (SPE), consórcios de empresas e etc. A sofisticada operação por vezes apresenta modelos de maior eficiência fiscal, ingresso de capital estrangeiro, e regras para fiscalização da obra.

Obra pronta! O prazer da realização representa muito para os envolvidos, em especial para o empresário. Ver seu projeto finalizado é algo fabuloso. A alegria de estar ali, naquele desejado lugar, com a sensação de missão cumprida. Trazendo para os dias atuais, seria como tirar uma *selfie* com o “Burj Khalifa Dubai” ao fundo, o maior arranha-céu já construído pelo ser humano, com 828 metros de altura e 160 andares, localizado em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos.

A ousadia do empresário deu lugar ao medo.

Não há segurança jurídica para a contratação de trabalhadores no Brasil. Quais seriam os limites da Terceirização? Dentre as atividades acima narradas, quais são atividades meio e quais são finalísticas? Qual poderia, com segurança, ser enquadrada como atividade especializada? De quem é a responsabilidade (jurídica ou social) pelo alojamento de trabalhadores? Pelo refeitório? Como não discriminar o trabalhador das empresas contratadas? Qual a responsabilidade do empreendedor sobre a mão de obra contratada de terceiro?

Para alguns estudiosos das relações de trabalho, o empresário é responsável **jurídico** por todos aqueles que trabalharam na obra. A essa tese denominam de “responsabilidade solidária pela cadeia produtiva”.

Os princípios gerais que se estuda nos bancos da faculdade de Direito de que o direito de um vai até onde se inicia o direito alheio; de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de Lei; de estímulo à livre iniciativa e à livre concorrência; entre outros, não asseguram defesa àquele que está “no topo”: o empreendedor.

Nossa legislação, e a interpretação jurisprudencial dela decorrente, não acompanharam a modernização das relações de trabalho nem o avanço tecnológico

das últimas décadas. Tampouco estará adequada à geração que se forma, fornecedora de toda a mão de obra que será absorvida daqui em diante.

A isso denominamos de insegurança jurídica. Um conceito que coloca o trabalhador diante de ordenamento jurídico distante da expectativa social.

Nossa legislação entende que a relação entre o trabalhador e a empresa é, em regra, de emprego, com a subordinação como requisito essencial a essa configuração. A regra é ser empregado. Mecanismos modernos de relação de trabalho passam à margem do conceito, com grande dificuldade de adequação. Portanto, na dúvida, o trabalhador é considerado empregado pelas Autoridades constituídas.

Alguns exemplos pontuais. Como fica a situação dos motoristas do UBER nessa análise? Seriam eles prestadores de serviços (empregados) da empresa americana? Ou motoristas que contratam (e pagam) a empresa por um serviço de localização? Qual a situação daqueles que são especialistas em pilotar *drones* utilizados para a segurança, ou medição, nas obras?

Ou daqueles que fazem vendas “on-line” pela Internet, seriam eles empregados do Site? Representantes comerciais? Autônomos? E se o Site for baseado na China? Sem falar nos jovens que se unem para empreender uma *startup company*? O uso do celular fornecido pela empresa caracteriza jornada à disposição, implicará no pagamento de horas extras? De sobre-aviso? E se o jovem ativar seu próprio equipamento com os aplicativos da empresa (BYOD¹). Enfim...

O fato é que o mundo mudou muito rápido nos últimos dez anos e a nossa sociedade não foi ágil o suficiente para acompanhar a evolução dos tempos. E qual a consequência fática da praticada “proteção ao trabalhador”, decorrente da manutenção das leis trabalhistas da década de 40? As estatísticas apontam para o alto nível de desemprego, com o crescimento da economia informal, alimentada pela população economicamente ativa, sem vínculo empregatício.

Outra consequência brutal é a de que o empregado é considerado hipossuficiente, e depende dessas mesmas Autoridades para decidir sua rotina traba-

lhista, aí incluído o passado, o qual não pode ser objeto de acordo (ou transação) sem um “carimbo” que traga idoneidade ao negociado. Quase como o “selo do rei” trazido para o século XXI. Nas palavras de Delfim Netto: “Aliás, o Brasil é um dos raros países que tem isso, mas qual é a premissa da Justiça Trabalhista? De que o trabalhador é um hipossuficiente, um idiota, e o empregador é um ladrão”.²

Nem sequer a autonomia da vontade coletiva é aceita pelas Autoridades, mesmo quando é exercida pelos sindicatos ou associações de classe. Caíram na vala comum as ações movidas pelo Ministério Público do Trabalho (“MPT”) buscando anular Acordos Coletivos de Trabalho, celebrados entre as empresas e o sindicato na tentativa de auto-composição das relações laborais. Agentes de Inspeção do Trabalho também questionam a validade de alguns desses acordos. E o que era negociado entre a empresa e as Entidades Sindicais agora passa a ser regulado por Termos de Ajustamento de Conduta (“TAC”) perante o MPT. Esses termos repetem a lei ultrapassada, e aumentam o valor das multas, estipulando penalidades maiores pelo descumprimento da avença.

Dessa forma, o empresário da construção civil, além das preocupações técnicas e econômicas da viabilidade do projeto, deve prestar atenção também nos conceitos de terceirização (na atividade-meio ou na atividade-fim); de grupo econômico solidário; de responsabilidade na sucessão de negócios, ou até mesmo de responsabilidade subsidiária (ou solidária) na cadeia produtiva, não bastando o olhar cuidadoso na responsabilidade social corporativa.

Vamos deixar ao lado a relação entre aquele que é dono de imóvel e contrata uma obra civil de terceiro, o denominado “dono da obra” e o “empreiteiro ou subempreiteiro”. A jurisprudência trabalhista está pacificada no sentido de que o dono da obra não responde pelas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro (inclusive subempreiteiros), seja solidariamente ou subsidiariamente³. No mesmo sentido a legislação no artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).⁴

¹ A popularização dos smartphones e tablets resultou em um movimento crescente e irreversível, que é o uso de dispositivos pessoais no ambiente de trabalho e, conseqüentemente, a extensão desse ambiente para qualquer lugar do mundo. Esse fenômeno conhecido BYOD (Bring Your Own Device) gera mais produtividade, porém, traz novas ameaças e vulnerabilidades à segurança corporativa. <http://segurancadainformacao.modulo.com.br/o-que-e-byod>

² CONJUR – Brasil em Debate 14/07/2016

³ “OJ 191 do TST - Dono da obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.”

⁴ Art. 455 - 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. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

A nossa reflexão está na interpretação (ou no limite dado pela interpretação) da jurisprudência ao estabelecer na OJ n.º 191 da Primeira Seção de Dissídios Individuais do TST que:

*“Dono da obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, **salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.**”* Grifamos

Em seguida a Súmula 331 do TST estabelece que:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

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 - (...)

*III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e 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, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - (...)

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Somado ao texto do parágrafo segundo do artigo 2º da CLT que dispõe:

*§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, **solidariamente***

responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

E ao conceito difundido pelo Ministério Público do Trabalho⁵ quanto a Teoria do domínio do fato para punir as empresas do setor:

Na mira estão empresas que comandam as respectivas cadeias produtivas, mas terceirizam a produção justamente para tentar se dissociar da responsabilidade da contratação de funcionários que trabalham em condições análogas à da escravidão.

Entre os setores investigados pelos procuradores, e nos quais eles dizem ser comum a prática, estão o da construção civil, o de frigoríficos, o sucroalcooleiro, de fazendas e vestuário. A título de exemplo, só nos últimos dois anos viraram alvo de operações do Ministério Público a construtora [XYZ], maior parceira do governo federal no programa Minha Casa, Minha Vida, a grife multinacional [XYZ] e o grupo [XYZ], detentor das marcas de roupas [XYZ].

Todas essas empresas estão no topo de cadeias produtivas nas quais auditores e procuradores do trabalho encontraram o uso de mão de obra escrava durante as operações - jornadas exaustivas de até 16 horas, pagamento por produtividade e moradia precária no mesmo local do trabalho. Todas terceirizavam a produção, subcontratando outras empresas que forneciam a mão de obra e o produto, e todas alegam que não tinham conhecimento das condições a que os fornecedores submetiam funcionários. As empresas sustentam que não podem ser responsabilizadas porque os funcionários não eram seus.

A súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de 2011, proíbe a terceirização da atividade-fim das empresas. Significa dizer que uma fábrica de sorvete pode terceirizar atividades-meio do trabalho, como o serviço de limpeza, mas não pode terceirizar a produção do sorvete. Contudo, há questionamentos sobre ela no STF, que ainda não pacificou entendimento sobre o assunto.

Coordenador nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério Público do Trabalho, o procurador Jonas Ratier Moreno refuta a tese das empresas do topo da cadeia em que foi flagrado o trabalho escravo. Ele é um dos entusiastas do uso da teoria do domínio do fato na acusação dessas empresas. “Será mais um material para a gente alegar. Esse julgamento

⁵ <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,teoria-do-dominio-do-fato-podera-punir-trabalho-escravo,1051331>

(do mensalão) vem consolidar muitas posições, e principalmente essa. De que a empresa quando assume essa atividade, contrata alguém para produzir esse produto e coloca para vender; ela tem que saber que tem responsabilidade objetiva por esse produto”, afirma.

As informações são do jornal O Estado de S. Paulo. As marcas foram suprimidas do meu texto porque os casos estão pendentos de apreciação judicial e sem julgamento.

Além das construtoras, as instituições financeiras também foram envolvidas na Bahia, segundo notícia o site da Central Sindical UGT⁶ por financiar obras cujos os alojamentos precários foram atribuídos às construtoras.

Há décadas a economia global debate a responsabilidade social sobre a linha de produção das empresas, desde a compra da matéria prima até o descarte do produto após uso. A Association Française de Normalisation (AFNOR) adota conceito considerando a cadeia produtiva como um encadeamento de modificações da matéria-prima, com finalidade econômica, que inclui desde a exploração em seu meio ambiente natural, até o seu retorno à natureza, passando pelos circuitos produtivos, de consumo, de recuperação, tratamento e eliminação de efluentes e resíduos sólidos.

Compreende, portanto, os setores de fornecimento de serviços e insumos, máquinas e equipamentos, bem como os setores de produção, processamento, armazenamento, distribuição e comercialização, incluindo serviços de apoio (assistência técnica, crédito, etc.). Porém, os ativistas sociais podem expor as empresas a riscos financeiros e de reputação. O Ministério Público do Trabalho no Brasil tem responsabilizado juridicamente as empresas por danos coletivos causados à sociedade em decorrência da escolha sem monitoramento, de contratados e subcontratos, e fornecedores pelas empresas.

Sua empresa se protege e cuida dessa prática? Como monitorar a cadeia produtiva? Como evitar que a empresa seja envolvida em questões de *compliance* com mão de obra precária ou análoga à escravidão? A precarização nas relações de trabalho deve ser analisada pelos que contratam, pelo departamento de recursos humanos, ou pela responsabilidade social corporativa das empresas?

É importante destacar que a área de construção civil no Brasil tem constantemente sido foco de ataque sobre as condições (degradantes) de trabalho, assim como ocorre com a área têxtil. Os dois setores têm sido

os principais envolvidos e citados. O assunto chegou à uma CPI da Assembleia legislativa do Estado de São Paulo⁷. Isso porque a construção civil também se vale comumente de subcontratação em cadeia, o que, sob o olhar dos órgãos de fiscalização trabalhista, culminaria com a precarização das condições do trabalho, especialmente em razão das condições de segurança e medicina do trabalho, bem como por ser um setor cuja mão de obra empregada é costumeiramente migrante.

Além disso, não se pode olvidar que a marca pode ser vinculada de forma negativa e utilizada pela mídia para chamar atenção para os problemas eventualmente encontrados com a empreiteira (ou subcontratadas).

Sendo assim, recomenda-se que o empreendedor adote todas as precauções necessárias para elidir qualquer descumprimento de normas de ordem trabalhista, verificando o cumprimento de todas as obrigações pelos contratados e subcontratados, bem como a observância das normas de segurança e medicina aplicáveis. Não menos importante, esclarece-se que na hipótese da fiscalização do trabalho do MTE entender que o grau de ingerência nos trabalhadores das empresas CONTRATADAS ou subcontratadas é grande, e, ainda, sem que existam as conformidades legais, pode a Construtora ser considerada a verdadeira empregadora.

Voltamos à insegurança jurídica: se o empreendedor fiscaliza as empresas envolvidas no projeto pode gerar a interpretação de subordinação, com a caracterização da relação de emprego. Se não examina os contratados e subcontratados pode ser responsabilizado, inclusive com a interpretação da teoria do domínio do fato, porque sabia (ou deveria saber) da precarização da mão de obra.

Não se discute a responsabilidade social corporativa, na qual o empresário deve se dedicar e deve ser cobrado. O ponto em análise é a responsabilidade jurídica imposta excessivamente aos empresários que estão no topo da cadeia produtiva, presumidamente culpados. Como se os demais empregadores que se envolveram no projeto simplesmente não existissem.

CONCLUSÃO

Nossa esperança por um Brasil melhor passa pela modernização das leis trabalhistas, com melhor adequação da aplicação das leis, e perspectiva de crescimento econômico, onde a sociedade defendida pelas autoridades também contemple o empresariado e a negociação sindical. A sociedade que todos nós defendemos está repleta de trabalhadores, mas também conta com empresários que geram empregos.

⁶ <http://www.ugt.org.br/index.php/post/6262-Ministerio-do-Trabalho-processa-banco-e-construtoras-por-trabalho-escravo>

⁷ <http://www.al.sp.gov.br/noticia?id=356512>

O momento é da busca pelo maior equilíbrio nas relações trabalhistas, e para isso é necessário que o empresariado ocupe sua posição na mesa de negociação, retornando ao saudável diálogo com seus trabalhadores. Ainda que não seja essa a visão das denominadas Autoridades.

Quem interpreta a legislação trabalhista tem que ouvir as duas partes envolvidas, trabalhadores e empresários, admitir a autonomia da vontade coletiva, e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Não podemos manter o monopólio da Justiça do Trabalho na solução dos conflitos sociais trabalhistas. Afastar a mediação e a arbitragem representará

manter o trabalhador nas filas que se perpetuam há décadas na Justiça do Trabalho, e concordar com o afastamento de dezenas de juízes por licença médica decorrente da fadiga laboral.

O debate público promovido pelo atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra da Silva Martins Filho⁸, é mais do que oportuno. Com suas palavras encerro esse texto: “A ideia é o Estado se retirar um pouco dessas relações trabalhistas, e deixar que os próprios protagonistas, trabalhadores e empregadores, se acertem e muitos desses acordos, que por vezes são anulados pela Justiça do Trabalho, são queridos pelas empresas e pelos trabalhadores”.

⁸ *Jornal da Globo* de 25.08.16 <https://globoplay.globo.com/v/5261675/>

ALGUNS TEMAS DA LEI DO INQUILINATO DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA
& JAQUES BUSHATSKY

CONSIDERAÇÕES GERAIS

A vigência do novo Código de Processo Civil tem implicação, por evidente, no que nos interessa, nos procedimentos previstos na Lei do Inquilinato por força do seu artigo 79, que determina a aplicação subsidiária, além do Código Civil, do Código de Processo Civil sempre que houver omissão da Lei nº. 8.245/91 e posteriores alterações.

Pois bem, neste modesto artigo, iremos examinar algumas hipóteses do novo estatuto processual cuja aplicação aos procedimentos previstos no art. 58 da Lei do Inquilinato ensejaria algumas considerações.

PRAZO PROCESSUAL

A novidade digna de destaque do CPC de 2015 em relação ao CPC de 1973 é a circunstância de que no cálculo dos prazos processuais, sejam legais (prescritos em lei) ou judiciais (prescritos pelo magistrado)¹, computar-se-ão somente os dias úteis (art. 219), esclarecendo ainda e de forma taxativa o seu parágrafo único que “o disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais”.

Sendo assim, nos prazos processuais (legais ou judiciais), estabelecidos em dias, para sua contagem computar-se-ão apenas os dias úteis, com observância do disposto no art. 216, isto é, entende-se por dias úteis aqueles em que o expediente forense for regular e normal. Ademais, impõe-se salientar que essa regra só se aplica aos prazos fixados em dias; quando o prazo for fixado em outra unidade de tempo (como, por exemplo, prazos fixados em meses), os prazos serão contínuos neles se incluindo os sábados, domingos e outros dias em que não haja expediente forense (Câmara, p. 137).²

Diante dessas considerações como deverão ser contados os prazos fixados na Lei do Inquilinato, por

exemplo, nos artigos 62, II, 63, 65, § 2º e 74? Seriam esses prazos processuais ou materiais?

O tema – prazo processual ou prazo material – vem sendo objeto de forte controvérsia e, essa circunstância causa enorme preocupação aos advogados em face de eventual intempestividade de suas manifestações, com graves consequências para a parte por ele representada.

Seja como for, diante dessa controvérsia, o cauteloso advogado, para que não seja apenado pela intempestividade de suas manifestações, continuará adotando a contagem dos prazos em dias corridos, o que redundará também em prejuízo para seu cliente uma vez que, por exemplo, o prazo para desocupação do imóvel em 30 dias, sendo considerado prazo processual resultará, sem contar eventuais feriados ou encerramento prematuro das atividades forenses, no mínimo, em 38 dias.

Não obstante as opiniões em contrário, entendemos que os prazos fixados no curso de uma relação jurídica processual estão submetidos, para sua contagem, ao estabelecido pelo art. 219 e seu parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, ainda que o ato tenha que ser praticado fora dos autos do processo (p.ex., emenda da mora, desocupação do imóvel em cumprimento a ordem de despejo, entre outras hipóteses).

É verdade, porém, que a aludida divergência somente será afastada, de forma definitiva, com a manifestação do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, até que haja manifestação do Tribunal, qual deverá ser o procedimento do advogado? Deverá contar o prazo em dias úteis ou dias corridos?

Em resposta, a melhor solução seria aquela preconizada pelo ilustre professor Luiz Dellore³: “o juiz, ao despachar, deve indicar se o prazo deve ser contado em dias úteis ou dias corridos”, o que evitaria eventuais outras indesejáveis incidências processuais (v.g., recursos, atraso no andamento do processo, etc.).

¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 2015, volume único, p. 198.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

³ DELLORE, Luiz. [HTTP://jota.uol.com.br/no-cumprimento-de-sentenca-e-execucao-no-novo-cpc-o-prazo-para-pagamento-e-em-dias-uteis-ou-corridos](http://jota.uol.com.br/no-cumprimento-de-sentenca-e-execucao-no-novo-cpc-o-prazo-para-pagamento-e-em-dias-uteis-ou-corridos).

Não se admite entendimento de que essa “tarefa”, definição da forma e do modo de contagem, não caiba aos juízes. Com efeito, é princípio fundamental, entre outros, do processo o da cooperação entre todos os sujeitos do processo (art. 6º); seria, realmente medida saneadora, equânime, simplificadora.

CITAÇÃO DE CONDÔMINO POR CORREIO

A jurisprudência, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendia válida a citação pelo correio de pessoa jurídica, se a carta fosse recebida pelo porteiro, e este entendimento foi adotado pelo atual CPC (art. 248, § 3º).

O mesmo entendimento não se aplicava, de forma pacífica, em relação à pessoa física, sendo suficiente observar julgado do Superior Tribunal de Justiça que concluía pela impossibilidade dessa espécie de citação⁴.

Convém ressaltar, no entanto, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vinha mantendo entendimento em sentido contrário, ou seja, admitia como válida a citação entregue na portaria do condomínio (exemplificativamente, Ag. 2074504-84.2016.8.26000; Ag. 2139420-64.2015.8.26.0000).

Agora o novo Código de Processo Civil, em seu art. 248, § 4º, objetivando emprestar maior rapidez ao processo, admite, em face da pessoa física que a citação do condômino seja recebida pelo porteiro, “in verbis”: nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Dessa forma, por expressa disposição legal, nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, a citação será considerada válida quando entregue a carta a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Aliás, tal se dá em consonância com o que vem sendo adotado, desde há muito, nos processos trabalhistas em que se considera válida a notificação postal⁵ (citação inicial) desde que entregue no correto endereço da reclamada, não havendo notícia de significativa quantidade de reclamos quanto à modalidade de citação, que, via de regra, funciona satisfatoriamente.

Esse procedimento citatório encontra-se sob o manto do princípio da celeridade o que, sem dúvida, orientou os idealizadores do novo código de processo civil a adotá-lo. Todavia, em face da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (exigindo que a carta citatória fosse entregue em mãos do citando), providenciaram ressalva para tornar “mais

seguro o ato citatório por carta”, ao exigir, no caso da recusa ao recebimento da referida carta, que o responsável declare, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.

Ora, esta ressalva acarretará, sem dúvida, alguns entraves de ordem prática, notadamente nos condomínios edilícios e nos loteamentos com controle de acesso em que haja grande número de condôminos e proprietários, o que fará a nosso sentir, que o mandado (citação por carta) finde sempre recebido pelo responsável, evitando-se, dessa forma, a necessidade da declaração por escrito do funcionário e sua consequente responsabilidade (situação que, aliás, sugere mais e maiores cuidados, especialmente sob o âmbito trabalhista).

Por outro lado, recebendo o funcionário o mandado (citação por carta), sem as devidas cautelas, ou deixando de encaminhá-lo adequadamente, o eventual prejuízo suportado pela parte que, comprovadamente não recebeu a citação poderá redundar em responsabilidade do condomínio ou do loteamento, situação não rara no Judiciário.

Diante dessa nova norma procedimental melhor será a designação de um responsável específico para o recebimento da carta mandado e, ao mesmo tempo, mediante aprovação em assembleia, criar para o condômino a obrigatoriedade de comunicar à administração a sua eventual ausência.

TENTATIVAS DE CONCILIAÇÃO EM DESPEJO

Ao iniciar-se a vigência deste diploma processual, tivemos a oportunidade de elogiar o Setor de Conciliações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando destaque para as soluções alcançadas antes de qualquer instauração de processo, os acordos “pré-processuais”, augurando que o caminho apontado pelo novo Código fosse frutífero.

Sim, possuíamos um Setor de Conciliações com bom funcionamento; um Código enfático quanto à possibilidade, francamente incentivada, de as partes transacionarem, colocarem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação.

Ponderávamos, contudo, que em ação de despejo por falta de pagamento, embora o autor pudesse alertar acerca do seu desinteresse em conciliar, o magistrado, por imposição legal – se admitida a obrigatoriedade em ação locatícia - deveria designar audiência de conciliação e mediação e, presumindo-se que tudo ocorresse nos limites dos prazos legais, o réu teria um tempo maior para contestar ou para emendar a mora, com evidente prejuízo para o autor e ao setor das locações.

⁴ A hipótese não era prevista no CPC revogado, e a jurisprudência, com acerto não admitia que a citação pelo correio se perfizesse desse modo (cf. STJ, SEC. 1.102/AR, rel. Min. Aldir Passarinho, Corte Especial, j.12.04.2010).

⁵ Art. 841, parágrafo 1º, da CLT.

Por conseguinte, era preciso avaliar detidamente a aplicabilidade e a efetividade desses métodos de solução, em contraponto à necessidade da agilidade do processo, da pressa na solução dos problemas ajuizados. E essa análise se fez por duas vertentes: a da obrigatoriedade – ou não – legal, de designar-se a audiência e a da viabilidade prática.

Pudemos registrar que o Tribunal de Justiça paulista já analisou a questão e ementou: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – Locação, Ação de despejo por falta de pagamento. Pedido de concessão de liminar de despejo que deverá ser analisado independentemente da prévia realização de audiência de conciliação e mediação. Inteligência do artigo 59, §1º, da Lei nº. 8.245/91. Disposição de caráter especial, que prevalece sobre as regras gerais do procedimento ordinário previstas no Código de Processo Civil”⁶, acolhendo voto condutor do Desembargador Sá Moreira de Oliveira.

Foi decisão em tudo e por tudo atenta ao disposto no CPC/2015, inequívoco no parágrafo 2º do seu artigo 1046⁷, ao disciplinar a aplicação das disposições especiais de procedimento regulados em outras leis, dentre elas, é evidente, a Lei nº. 8.245/91, a lei das locações.

Mas é preciso observar que a par da exegese legal, aspectos práticos estavam e estão a exigir que não se designem tais audiências, ao menos em despejos por falta de pagamento e naquelas hipóteses em que caiba maior urgência, caiba a antecipação de tutela, caibam, mesmo, as liminares previstas na lei especial.

Algumas decisões proferidas em primeira instância, na Capital e na Grande São Paulo podem retratar o problema vivenciado.

Uma delas: “Considerando que o CEJUSC da Comarca apenas disponibiliza a designação de quatro audiências por semana, para cada Vara Cível, e considerando que o número é insuficiente para atender a demanda, deixo de dar cumprimento ao disposto no caput do artigo 334 do Código de Processo Civil. A medida encontra amparo no disposto no artigo 139, inciso II, do mencionado diploma legal, pois compete ao juiz velar pela duração razoável do processo, o que certamente não ocorreria se os autos fossem encaminhados ao CEJUSC para o agendamento da audiência. Não há motivo para aguardar mais de três meses para a designação da audiência, sobretudo em razão do disposto no inciso V do artigo 139 que permite ao juiz promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente, com o

auxílio de conciliadores e mediadores. Desta forma, deixo de designar a audiência e determino a citação...”⁸,

Outra: “Deixo de designar a audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil, providência que se revelaria contrária ao princípio da celeridade e economia processual, máxime pelo volume de ações distribuídas diariamente neste Foro Central. Ademais, o setor apropriado deste Fórum não é dotado de recursos materiais e humanos suficientes para atender à grande demanda de feitos cíveis do Foro Central, considerando serem 45 Varas Cíveis, com dois magistrados em cada, e distribuição de mais de duzentos processos por mês. Inexiste prejuízo na supressão do ato initio litis, tendo em vista que a audiência de conciliação pode ser realizada a qualquer momento, havendo interesse das partes. Devendo este juízo zelar pela rápida solução da lide e evidenciada a inexistência de recursos estruturais compatíveis, fica dispensada a audiência de conciliação preliminar”⁹.

Esses são dois, dentre centenas de exemplos: simplesmente não se implantou a estrutura necessária à realização das audiências, somando-se à regência pela lei especial (estampada no acórdão referido e realçada pela doutrina), a crua certeza de que não existem meios para a realização das audiências, mesmo que se as quisesse realizar, atividade que violaria a agilidade das soluções tão buscada, mais do que pelo novo Código, pela Sociedade.

OUTROS TEMAS

Como adiantado, não se esgotam neste texto os debates e as necessidades provocadas pela nova lei processual. Por certo muito se debaterá, mas, gostaríamos de destacar duas condutas que, nos parece, boas consequências trariam: por uma, a perspicácia do juiz, ao esclarecer em suas decisões, se o prazo será contado em dias úteis ou em dias corridos (e a do advogado, para que exceto nas eventuais situações teratológicas, não repila tal definição, tudo a propiciar um andar menos tormentoso do processo); por duas, que se invista em mais e melhor equipados setores de conciliação, mesmo que prevalecente a compreensão acerca da inaplicabilidade do CPC/2015, neste aspecto e nesta fase da ação de despejo (pois, certamente, findará aplicado em outros momentos processuais).

⁶ *Agravo de Instrumento nº 2101950-62.2016.8.26.0000, Vinhedo, TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Sá Moreira de Oliveira, julgamento: 13/06/2016.*

⁷ *CPC/2015 - Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (...) § 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.(...)*

⁸ *TJSP Disponibilização:19/04/2016. Guarulhos, 2ª Vara Cível Processo 1013111-85.2016.8.26.0224 - Despejo por Falta de Pagamento”*

⁹ *TJSP Disponibilização: 17/05/2016. 21ª Vara Cível, Processo 1033096-24.2016.8.26.0100 - Despejo por Falta de Pagamento - Locação de Imóvel.*



**MAXIMIZE O
VALOR DO
SEU IMÓVEL.**

A CBRE oferece consultoria especializada na comercialização de terrenos para incorporação, além de auxiliar incorporadores e investidores a identificar o melhor uso vocacional para empreendimentos imobiliários. Consulte-nos.

Desenvolvimento de Terrenos
(11) 5185-4688 | www.cbre.com.br

CBRE

NOSSOS ARTICULISTAS

Alex Sandro de Lima

Advogado, acionista e diretor jurídico do Grupo Feller, um dos fundadores do Instituto Ministro Arnaldo Sussekind (IMAS) – Do Direito do Trabalho, onde exerce o cargo de diretor executivo.

Alexandre Callé

Advogado graduado pela Universidade São Judas Tadeu. Especialização em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialização em Administração de Condomínios pela Universidade Secovi-SP. Palestrante e autor de artigos jurídicos na área do Direito Civil (condomínios e locações).

Carolina Rafaella Ferreira

Advogada, sócia do escritório Ferreira, Maluf e Moraes Advogados, pós-graduada em Direito Imobiliário e Empresarial pela Fadis e Universidade Secovi-SP, coordenadora geral do Grupo de Novos Empreendedores do Secovi-SP (Sindicato da Habitação), membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/SP e do Comitê do Jovem Empreendedor da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo).

Daniel Bushatsky

Advogado. Mestre e doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor assistente da pós-graduação em Direito Empresarial da PUC (Cogeae), professor de Direito Empresarial do Mackenzie e Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professor de Direito Processual Civil da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS).

Flávio Gonzaga Bellegarde Nunes

Presidente Mundial da Fiabci 2013-2014; membro do Conselho Jurídico da vice-presidência de Incorporação e Terrenos Urbanos do Secovi SP; membro fundador da Mesa de Debates de Direito

Imobiliário (MDDI); membro da Comissão de Legislação Urbana da OAB/SP.

Francisco Loureiro

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Gilson Delgado Miranda

Juiz Substituto em Segundo Grau (TJSP). Mestre e doutor em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos cursos de graduação, especialização e mestrado da PUC-SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

Hamid Bdine

Juiz Substituto em Segundo Grau, doutor e mestre em Direito Civil e professor da Faculdade de Direito do Mackenzie.

Hamid Bdine Neto

Advogado associado do Rocha e Baptista Advogados, pós-graduando em Direito Processual Civil na Escola Paulista da Magistratura.

Helena Terezinha Amaral Gomes

Advogada. Graduada em direito pela PUC-RS; Pós-graduada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unissinos-RS), curso de especialização em Direito Imobiliário; pela Escola Superior de Advocacia da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul (ESARG), curso preparatório para advocacia pública; pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (Ajuris), curso preparatório para a magistratura estadual. Assessora técnica de entidades sindicais. Mais de 25 anos de experiência nos segmentos de turismo/hospitalidade e

habitação, especialmente condomínios. Desde 1998, superintendente e responsável pelo departamento jurídico do Sistema Secovi/RS (Sindicato da Habitação do Rio Grande do Sul).

Jaques Bushatsky

Advogado. Foi Procurador do Estado de São Paulo e Procurador-chefe da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Fundador e diretor da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário). Professor convidado na Escola Superior de Advocacia (ESA) da OAB/SP, da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e Universidade Secovi-SP.

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado). Presidente e vice-presidente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, atualmente professor convidado.

Karina Zuanazi Negreli

Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Extensão em Direito Sindical pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (ESA). Especialização em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi-SP. Gerente do Departamento Jurídico do Secovi-SP. Instrutora da Universidade Secovi-SP. Membro da Comissão de Direito Sindical da OAB/SP.

Luciana Della Nina Gambi

Advogada, LLM em Direito Tributário Internacional pela Vienna University of Economics and Business, mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Luiz Haddad

Advogado, sócio do escritório Tavares, Haddad e Vanetti-Advogados Associados, com especialização em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi-SP e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). É membro do grupo de Novos Empreendedores do Secovi-SP.

Manoel de Queiroz Pereira Calças

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Comercial da graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), da Faculdade Paulista de Direito (PUC-SP), da Faculdade de Direito de Bauru (ITE) e da Universidade Nove de Julho (Uninove). Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e Corregedor Geral da Justiça de São Paulo.

Marcelo Terra

Advogado, sócio do Duarte Garcia, Caselli Guimarães e Terra Advogados e coordenador do Conselho Jurídico da Presidência do Secovi-SP.

Natália Japur

Advogada, sócia do Duarte Garcia, Caselli Guimarães e Terra Advogados.

Olivar Vitale Lorena Jr.

Advogado, conselheiro jurídico do Secovi-SP e do SindusCon-SP, professor e coordenador pedagógico do curso de Especialização em “Direito Imobiliário Empresarial” da Universidade Secovi-SP, do curso de pós-graduação em “Gestão em Negócios Imobiliários” da ESPM. Professor no curso de Especialização/MBA da Poli-USP, na pós-graduação em Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito, do curso “Estruturação de Empreendimentos Imobiliários” da Abecip/Ibrafi, nas Business School “Saint Paul” e

UBS, membro da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário), advogado na área de Real Estate no Brasil pela Chambers Latin America - Latin America's Leading Lawyers for Business (The Client's Guide) desde 2012.

Paulo Dimas de Bellis Mascaretti

Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1977). Especialização em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (2005). Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Presidente da Associação Paulista dos Magistrados (Apamagis), biênio 2010/2011. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - biênio 2016/2017.

Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

Doutora e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting Academic Panthéon-Assas/Université Paris II. Professora de Direito Comercial da graduação e da pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito do Centro Universitário de Bauru. Advogada.

Sólon Cunha

Advogado, sócio de Mattos Filho Advogados e Professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Realização:

