

**CONTRATOS EMPRESARIAIS EM ESPÉCIE:
BUILT TO SUIT – Construído para servir**
Locação Atípica a longo prazo

DE FREITAS, Lucas Patrício G¹
MACHADO, Obértil Silveira¹
MOURA, Luís Felipe Fischeoeder¹
PEREIRA, Mara Karsburg¹
TRINDADE, Marlon dos Santos¹
ÁVILA, Francine Nunes²
GRIEBELER, Adriane²
PERBONI, Viviane²

RESUMO: O objeto estudado neste artigo recai na inovação trazida pela Lei nº 12.744/2012, que trata da locação nos contratos de construção ajustada “built to suit” que incluiu o artigo 54-A na Lei de Locação (Lei nº 8.245/91), e positivou a modalidade no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é analisar um contrato real de locação no qual figuram entre as partes, duas pessoas jurídicas na região da campanha, onde a parte locatária tem por objetivo prover o desenvolvimento e construção de edificação em terreno de propriedade da parte locadora, visando exclusivamente atender as necessidades de uso do locatário, de acordo com as especificações por este determinadas.

Palavras-chave: Contratos, Built to Suit, locação, Direito Empresarial, Cláusula Penal.

ABSTRACT: The object studied in this article relates to the innovation brought by Law No. 12,744 / 2012, which deals with leasing in adjusted construction contracts “built to suit” that included article 54-A in the Rental Law (Law No. 8,245 / 91), and positivized the modality in the Brazilian legal system. The objective is to analyze a real lease agreement in which there are between two parties, legal entities in the region of the campaign, where the tenant party aims to provide the development and construction of a building on land owned by the rental party, aiming exclusively to meet the needs of the tenants. needs of the lessee, in accordance with the specifications determined by the lessee.

Keywords: Contracts, Built to Suit, lease, Business Law, Penal Clause.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como propósito principal a análise de contrato firmado na região da campanha, sob uma perspectiva empresarial. Primeiramente, buscou-se melhor compreensão do conceito referente à modalidade contratual apresentada, conhecida como built to suit, bem como as mudanças causadas em sua aplicabilidade após a introdução da Lei 12.744/2012, identificando sua natureza e qualificação jurídica, sobretudo pela classificação em tipicidade ou atipicidade. Em seguida, abordaram-se os efeitos práticos de sua natureza jurídica nas relações contratuais, abrindo caminhos para a solução de problemas reais e concretos. O contrato built to suit trata-se de um negócio jurídico no qual uma das partes contrata a

construção ou reforma substancial de um imóvel, conforme suas necessidades, e o recebe para uso, mediante o pagamento de determinada remuneração. Esse tipo de negócio é destinado a construções ou reformas com finalidade comercial ou industrial, podendo ser de caráter público, avençado com a administração pública, ou privado, entre particulares.

Esta modalidade de contrato tem sido firmada com certa frequência no Brasil desde o final dos anos 90, porém devido ao preço elevado dos imóveis, os investidores não têm mais o interesse que tinham no passado, de manter imóveis em seu patrimônio, e com isso, o contrato built to suit começou a ser cada vez mais firmado no Brasil.

Trata-se de um contrato em que o empreendedor vai construir uma obra sob as especificações do futuro ocupante para ceder o uso ao mesmo. Inicialmente, observa-se a figura da prestação da empreitada, ou seja, a construção dessa obra, e a partir do momento em que a obra é entregue, o empreendedor cede o uso da obra ao ocupante, que passa a efetuar o pagamento de uma remuneração mensal por um período de tempo pré-determinado.

Para regular essa modalidade, surge então um projeto de lei na câmara dos deputados no qual, a ideia do legislador era deixar claro que este contrato era diferente dos demais, em razão do longo período da locação e do valor diferenciado dos aluguéis, dentre outras particularidades dessa operação econômica. Após sofrer algumas emendas, concluiu-se que a segurança jurídica do contrato só seria alcançada se fosse abrigado no texto legal. Portanto, no ano de 2012 foi aprovada a lei nº 12.744 que incluiu o artigo 54-A na lei no inquilinato e alterou o artigo 4º da referida lei.

2. DESENVOLVIMENTO

Os contratos sempre tiveram uma grande importância na sociedade humana desde os seus primórdios. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo, “os homens mantêm relações jurídicas das mais variadas, e principalmente, através de convenções, sendo o contrato tão antigo quanto o próprio ser humano” (AZEVEDO, 1975, pág. 03).

Entretanto, não há como falar em contratos sem antes fazer um estudo sobre a figura do empresário, da composição da empresa e então, conceituar os elementos que compõem um instrumento particular de contrato de locação atípica, bem como as normas jurídicas aplicadas ao trato destes. Assim, o presente artigo abordará questões gerais sobre os contratos descrevendo suas especificidades como cláusulas, modalidade de obrigação, tipo de empresa, tipo de empresário e quais os aspectos cíveis e penais encontrados no contrato. Segundo os

ensinamentos do doutrinador Caio Mario da Silva Pereira (2003, pág. 07) o contrato “é um acordo de vontade, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

O direito empresarial (outrora denominado direito comercial) é ramo do direito privado, constituído de um conjunto de normas disciplinadoras da atividade empresarial (a articulação para a circulação dos fatores de produção capital, mão de obra, insumos e tecnologia), abrangendo um conjunto variado de matérias, incluindo os direitos e as obrigações dos empresários, os empresários individuais, as sociedades empresárias, os contratos empresariais, os títulos de crédito, a propriedade intelectual, concorrência empresarial, falência e a recuperação das empresas entre outras afins. Trata-se de uma área do direito muito extensa, com uma variedade de normas jurídicas específicas. Entretanto, é o Código Civil, sobretudo no livro que trata do direito de empresa, a principal fonte que regula a constituição e a administração das empresas brasileiras e os reflexos daí decorrentes.

2.1. Referencial Teórico

2.1.1 O Empresário e as atividades empresariais.

A disciplina de legislação empresarial estrutura-se de maneira a apresentar os principais tópicos legais que abrangem desde o surgimento da atividade empresária, o seu desenvolvimento, até o seu fim. Sua contribuição, nesse sentido, está em esclarecer quais normas jurídicas são aplicadas às relações empresariais, tema de indiscutível relevância nos dias atuais. De acordo com o artigo 966 do Código Civil, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Sobre profissionalismo, em consonância com Coelho (2016, pág.19), ele está ligado a três ordens, que são: habitualidade, pessoalidade e monopólio das informações.

Nesse sentido, para que seja considerada uma atividade profissional, esta não pode ser esporádica. Logo, quando uma pessoa se organiza para produzir um bem, mesmo que seja com a finalidade de venda, porém por um pequeno lapso de tempo, não será considerado um empresário. No que diz respeito à pessoalidade, refere-se à realização da atividade pelo empresário de forma pessoal, ou seja, por mais que a empresa contrate diversos empregados, para a produção ou a circulação de bens e serviços, esses realizam as ações em nome do empresário. Por fim, sobre o monopólio das informações, é a ordem mais importante no que

se refere ao profissionalismo, visto que, para ser considerado um profissional empresário, é necessário que este concentre todas as informações de seu empreendimento, ou seja, que o empresário detenha o conhecimento sobre as condições de uso, os atributos, as matérias-primas, os riscos que o produto ou o serviço podem causar no seu potencial consumidor. Em suma, para que seja considerado profissional, o empresário deverá desenvolver sua atividade de forma permanente, de forma pessoal, e principalmente ter todas as informações pertinentes aos bens ou serviços desenvolvidos em sua empresa. É importante destacar que a empresa não é sinônima de estabelecimento empresarial, visto que *empresa* é uma atividade desenvolvida e *estabelecimento* é o local onde é desenvolvida a atividade empresarial. Todavia, pode ser também considerado o complexo de bens organizados, para o exercício da empresa, segundo o Código Civil, que prevê estabelecimento empresarial, no art. 1.142, como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

Fica claro, portanto que, estabelecimento e empresa são conceitos distintos que não se confundem segundo Mamede (2010, pág. 240). Um dos elementos do estabelecimento empresarial é o seu nome, que é definido como uma palavra que o designa. Logo, é uma expressão que a identifica na função empresarial. Segundo o artigo 1º, caput, da IN/DREI 15/2013 (INSTRUÇÃO NORMATIVA - Departamento de Registro Empresarial e Integração): “nome empresarial é aquele sob o qual o empresário individual, empresa individual de responsabilidade Ltda. – EIRELI, as sociedades empresárias e as cooperativas exercem suas atividades e se obrigam nos atos a elas pertinentes” (BRASIL, 2013a).

Na concepção do direito empresarial moderno, a ideia central está no princípio da preservação da empresa, ou seja, de manter a atividade empresarial ativa, visto os interesses oriundos da relação empresarial, como é o caso dos postos de trabalho, dos impostos arrecadados pelo Fisco ou, ainda, do desenvolvimento econômico trazido pela atividade empresarial em determinada sociedade. Outro atributo importante derivado do conceito de empresa é o da organização, que se refere à manipulação dos quatro elementos de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia, que o empresário realiza com a finalidade de estruturar a sua organização econômica. Logo, pode-se entender que, quando uma pessoa compra bens para revender, sem a presença desses quatro elementos de produção não pode ser considerado empresário, pois não organiza a mão de obra, visto que não contrata nenhum funcionário, e não depende de tecnologia. A atividade empresária também pode permear a prestação de serviços, uma vez que aquele que intermedia a relação de consumo entre o fabricante e o consumidor final, ou seja, o atacadista, o varejista, exerce a profissão prevista

no artigo 966 do Código Civil. Os bens e serviços se distinguem, visto que os bens são coisas materiais, ou seja, corpóreas, já os serviços são uma obrigação de fazer, contudo, o ato de fornecer bens ou serviços também é considerado uma atividade empresarial.

2.1.1.1 Obrigações das empresas

O exercício da profissão de empresário, de acordo com a legislação, traz um conjunto de obrigações. A não observância destas pode ocasionar consequências, inclusive penalmente. Dentre as obrigações, destaca-se: Registrar-se no Registro de Empresa antes de iniciar suas atividades – art. 967 do Código Civil; escriturar regularmente os livros obrigatórios; levantar balanço patrimonial e de resultado econômico a cada ano – art. 1.179 do Código Civil.

A falta desses balanços pode ser considerada, conforme artigo 178 do mesmo código, um ato criminoso gerado pelo empresário. Outra obrigação pertinente ao empresário é a escrituração dos livros obrigatórios – que compreendem os livros empresariais, Diário e Razão – e o levantamento anual de balanço.

2.1.1.1.1 O contrato Built to Suit e o mercado

A acelerada modificação na dinâmica das relações econômicas vem impondo desafios àqueles que operam o direito empresarial e imobiliário ao falarmos em contratos de locação. As mudanças e inovações no ramo empresarial e nas transações econômicas exigem do ordenamento jurídico cada vez mais uma intensa observação da realidade que o cerca. É nesse contexto de constante modernização e complexidade das relações empresariais que surgiu a figura dos contratos built to suit. Referida modalidade contratual que tem por finalidade atender às demandas cada vez mais especializadas dos agentes de mercado, que passam a buscar serviços personalizados, indo além dos tradicionais contratos de locação.

Diante desse cenário e da necessidade de melhoria dos índices de liquidez das empresas, bem como do desenvolvimento de unidades produtivas cada vez mais ambientalmente sustentáveis, o contrato de built to suit surgiu como uma forte alternativa para as empresas manterem o foco e os investimentos em sua atividade fim, sem comprometimento do capital de giro e evitando também a imobilização dos recursos necessários à aquisição do terreno e à construção da unidade. E junto às inovações da realidade dos contratos, surgem, inevitavelmente, lacunas na ordem jurídico-dogmática, que não são, nem de longe, capazes de

acompanhar o ritmo em que ocorrem as mudanças e inovações do mundo real, aquelas que, de forma mais intensa, se dão nas relações empresariais. É bem verdade que os contratos atípicos estão referenciados no Código Civil, no artigo 425, onde diz que “É lícito às partes estipular contratos atípicos observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

É nessa lógica, portanto, que aparecem, por exemplo, questões acerca da aplicabilidade na lei de locação aos contratos built to suit, bem como da possibilidade sobre essa modalidade contratual, incidirem as disposições acerca da ação revisional e da cláusula penal.

3. CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA LEI Nº 12.744 DE 2012

A expressão inglesa “built to suit” pode ser traduzida como “construído para servir ou para satisfazer” ou contrato de construção ajustada. Scavone Junior (2012, pág. 971), define o contrato built to suit como “um negócio jurídico no qual uma das partes, o locatário, contrata a construção de imóvel de acordo com as suas necessidades, e o recebe por cessão temporária de uso mediante pagamentos mensais dos valores pactuados. A construção é levada a efeito pelo contratado (locador) e a cessão do imóvel se faz, normalmente, por prazo longo, entre dez e vinte anos”. Trata-se, pois, de um tipo de locação não residencial, destinada à indústria e ao comércio que, devido ao investimento feito pelo locador, tem prazo relativamente extenso, além de ter valores de aluguel mais altos que a média do mercado. Por isso é atípico.

Foram duas as mudanças ocorridas, alterando o seu art. 4º e acrescentando o art. 54-A, ajustando a locação no âmbito dos contratos de construção ajustada. O art. 4º da Lei de Locação originalmente assim dispunha:

Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, segundo a proporção prevista no art. 413 do Código Civil e, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

A última alteração que o art. 4º sofreu foi com a Lei nº 12.744/12, que o remodelou a maneira que hoje se encontra:

Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

O objetivo das alterações é atender melhor às particularidades desse tipo de contrato,

onde o locatário exprime seu interesse ao locador de ser inquilino de um imóvel “sob medida”, ou seja, que atenda às suas especificidades. Apesar disso, é possível que, assim como em outros tipos de contrato de inquilinato, haja necessidade ou interesse de extingui-los antes do tempo ajustado entre as partes. No que diz respeito às consequências dessas mudanças para o locatário, há duas questões principais. A primeira é que, nesses moldes, há uma aparente fragilização do locatário frente ao locador, pois, havendo renúncia antecipada por parte daquele, a multa será a convencionada no contrato, podendo chegar até a soma dos valores dos aluguéis que ainda se dariam até o fim do termo de locação, enquanto para as locações fora do tipo built to suit, a multa será proporcional ao período em que o contrato for cumprido se assim estipulado, e, no silêncio do contrato, será estabelecida pela via judicial.

3.1 Princípio da Autonomia da Vontade

Com a característica da preponderância das disposições baseadas na autonomia da vontade, há de fato uma maior chance de ocorrer uma multa mais grave na hipótese de uma renúncia antecipada. Primeiramente, destaca-se a natureza da remuneração paga pelo locatário. Devido às particularidades do negócio, o valor dessa remuneração extrapola a mera natureza de aluguel, possuindo também o escopo de remunerar os gastos do empreendedor-locador com o empreendimento. Logo, dependendo do tempo que o locatário se propôs a ficar no imóvel, certamente essa remuneração não irá acompanhar o valor de mercado de um aluguel usual, o que faz nascerem controvérsias acerca da possibilidade de revisão do valor da remuneração com fins de recompor e equilibrar a relação contratual.

Ou seja, por não haver remuneração apenas pela locação do imóvel, mas também pela prestação do serviço, pois programou construções no imóvel, a fim de atender às necessidades daquele usuário, não seria justo que o empreendedor-locador fosse remunerado em valores mensais idênticos aos aluguéis usualmente praticados no mercado, devendo ser reconhecido o objetivo de ressarcir o investimento, compensar os riscos incorridos com a cessão do uso e gozo do imóvel, no formato de locação.

A segunda mudança é o tempo mínimo pactuado para que o locatário permaneça na posse do imóvel, bem como os ônus a serem suportados pelo locatário na hipótese de rescisão antecipada do contrato. A esse respeito, oportuno trazer em tela a lição de Gasparetto (2009, pág.58) segundo o qual a atratividade dessa modalidade contratual é justamente seu longo prazo de vigência e conseqüentemente a prefixação da indenização a título de perdas e danos,

em valor correspondente ao resultado da multiplicação do período remanescente para o término do contrato pelo valor do aluguel em vigor à época da ocorrência do fato.

De forma semelhante, Camila Ramos Moreira (2015, pág.128) afirma que essa multa deve ser equivalente à soma de todos os aluguéis faltantes até o término do prazo do contrato, o que não se admitiria numa locação padrão, em razão da aparente exorbitância da sanção. Isso porque, no momento da celebração do contrato, a fixação do prazo de duração da fase de locação possui a finalidade primordial de permitir o cálculo do tempo necessário para remunerar os investimentos empreendidos com a aquisição do imóvel e as reformas necessárias, bem como diluir o valor desses investimentos nas prestações mensais.

3.1.1 Princípio da Supremacia da Ordem Pública

Ainda sobre a revisão dos contratos, Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 19) trata do Princípio da Supremacia da Ordem Pública partindo do ponto de que “a liberdade contratual encontrou sempre limitação na ideia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual”. Elenca outra restrição à autonomia da vontade no Princípio da Revisão dos Contratos, que confere aos contratantes a possibilidade de:

[...] recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações. Originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius, de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor.

Assim, a locação em longo prazo aliada à cláusula penal aparentemente exorbitante é o que garante o equilíbrio contratual ao *built to suit*, pois assegura a amortização do investimento por meio das prestações mensais pagas, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. No entanto ao tratar da necessidade de revisão devido à ocorrência de caso fortuito e não previamente vislumbrado na elaboração do contrato, Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 20) considera uma necessidade a possibilidade de revisão contratual que não se refere especificamente à autonomia da vontade ou ao desequilíbrio entre as partes contratantes.

Em contraposição à aparente desproporcionalidade da cláusula penal, destaca-se a vantagem criada para o usuário-locatário, que não precisa imobilizar capital na aquisição do terreno e com a obra, o que, segundo Moreira, (2015, pág. 125) é o que traz equilíbrio à

relação. Em verdade, a lei visou a definitivamente encerrar a antiga polêmica em torno de duas das condições mais essenciais à celebração desse tipo de negócio, quais sejam: (a) a possibilidade de renúncia ao direito de revisão do aluguel; e (b) a possibilidade de estabelecer multa rescisória desproporcional, limitada apenas ao importe equivalente à soma dos valores dos alugueis vincendos até o término do prazo contratual. Portanto, passam a ser plenamente válidas as cláusulas de renúncia ao direito de revisão do aluguel e a que estabelece multa rescisória equivalente à soma dos alugueis vincendos até o fim do prazo contratual, permitindo segurança no fluxo de recebíveis.

Por tudo isso, foi muito festejada entre os agentes do mercado imobiliário a promulgação da Lei nº 12.744/2012, porquanto atende exatamente a seus anseios no que diz respeito à segurança jurídica que era necessária às operações built to suit, sem, contudo, retirar a flexibilidade que lhes é inerente para definição de particularidades conforme os interesses em jogo.

Conforme também preceitua o Código Civil no artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Assim, em resumo, a locação sob medida ou built to suit consiste em: um negócio jurídico, por meio do qual um investidor aceita adquirir um bem e nele fazer uma construção ou uma reforma substancial de acordo com as necessidades e especificações do futuro locatário, alugando o imóvel para o locatário que encomendou o bem, por um longo prazo, recebendo como contra prestação alugueis que remuneram não apenas o uso do bem, mas também os investimentos que foram feitos.

3.1.1.1 Classificação dos contratos e forma de pagamento

Entre os exemplos de contratos estão os bilaterais que são a compra e venda a troca e a locação. Carlos Roberto Gonçalves explica que:

Plurilaterais são os contratos que contêm mais de duas partes. Na compra e venda, mesmo que haja vários vendedores e compradores, agrupam-se eles em apenas dois polos: o ativo e o passivo. Se um imóvel é locado a um grupo de pessoas, a avença continua sendo bilateral, porque todos os inquilinos encontram-se no mesmo grau. Nos contratos plurilaterais temos várias partes, como ocorre no contrato de sociedade, em que cada sócio é uma parte. (GONÇALVES, 2012, pág.34).

No mesmo sentido, Caio Mario (2003, pág. 279) acrescenta a possibilidade de a remuneração envolver construção ou benfeitoria ao explicar que, “em regra, paga-se aluguel

em dinheiro. A sua pecuniariedade não é, porém, essencial. Pode ser validamente estipulado em frutos da coisa, ou em construções ou benfeitorias feitas pelo locatário”. Porém, independentemente de ser em dinheiro ou não, a remuneração é imprescindível para caracterizar contrato de locação, sendo o caractere que a diferencia do comodato. Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág. 285) aponta que o contrato de locação é bilateral, oneroso, comutativo, consensual (solene para algumas situações), de execução continuada e geralmente impessoal. Dentre principais características do contrato *built to suit* estão os requisitos indispensáveis para todo contrato (objeto lícito, agente capaz e forma prescrita ou não proibida pela lei), o contrato *built to suit* possui algumas características específicas, dentre as quais, cabe destacar: destinatário pré-determinado, construção de acordo com as necessidades do destinatário e lapso de tempo que possibilite ao construtor recuperar os investimentos efetuados.

Uma vantagem dessa modalidade de contratação é que o locatário não se vê mais obrigado a se adaptar a um imóvel que não corresponde aos seus interesses quanto a espaço, localização e tipo de construção, sequer precisa se descapitalizar e aplicar seus recursos em atividades que não às de seu objeto social, para adquirir terreno ou imóvel. Igualmente, para o investidor/empreendedor tal espécie contratual se mostra vantajosa, uma vez que poderá comercializar o imóvel antes mesmo do projeto ser desenvolvido, recebendo o retorno de seu investimento ao longo do tempo. Destacam-se mais algumas vantagens: Adequação da edificação às necessidades do cliente; benefícios tributários; isenção da responsabilidade de gestão patrimonial do imóvel; ganhos de produtividade e redução de custos operacionais.

Assim, de forma esquemática temos que o contrato *built to suit* é: a) é um contrato *intuitu personae*, cujo imóvel disponibilizado é destinado a atender às específicas necessidades do contratante/locatário/usuário, possuindo, assim, um destinatário pré-determinado; b) o contrato engloba a construção personalizada do imóvel que será objeto de locação por um longo período, tendo, pois, um objeto específico; c) a remuneração avençada leva em conta não só o uso, mas também o investimento que foi feito na personalização imposta pelo locatário; d) a aquisição do imóvel pelo empreendedor/locador, embora comumente se verifique, não é imprescindível, podendo ser objeto de contratação um terreno sobre o qual se construirá o imóvel desejado; e) e, ainda, a personalização pode não ser responsabilidade exclusiva do locador/titular do imóvel, mas pode ser assumida pelo locatário, que, obviamente, terá uma condição diferenciada nos valores de suas contraprestações (alugueis), pois tais encargos são ajustados em patamares que compensem o

investimento realizado na construção e no uso do bem. A própria Administração Pública passou a adotar esse modelo negocial na gestão de seus bens, como se pode perceber na contratação, pelo TRT-6, da locação sob medida built to Suit, para construção de fórum próprio, tendo o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, na ocasião, julgado válida a operação, consoante se extrai de tal julgado:

PROCESSO Nº CSJT-A-14010-39.2014.5.90.0000 A C Ó R D Ã O AUDITORIA - TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO - PROJETO DE - LOCAÇÃO SOB MEDIDA - LEI Nº 12.744/2012 - AUTORIZAÇÃO - RECOMENDAÇÕES. Conforme estabelece o art. 73, I, do Regimento Interno do Conselho Superior da Justiça do trabalho, a auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo órgão para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. Na espécie, tem-se que, a exemplo do que orientado pela Corte de Contas, permeiam o processo de locação sob medida, em exame, inúmeros aspectos que, devidamente contextualizados, demonstram a sua vantajosidade em contraponto a um hipotético processo de construção de Fórum próprio pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Assim, autoriza-se o prosseguimento da contratação pelo Tribunal citado da locação sob medida, com expressa determinação de que adote as providências necessárias ao atendimento das recomendações contidas no Relatório Final de Auditoria da Coordenadoria de Controle e Auditoria deste Conselho, as orientações do Tribunal de Contas da União insertas no Acórdão nº 1.301/2013, assim como se responsabilize pela viabilização de dotação orçamentária própria e compatível com o valor a ser destinado às despesas inerentes à locação sob medida, por todo período contratado.

A introdução desse tipo de contrato no ordenamento jurídico ocorreu em conjunto com o desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro, permitindo o aperfeiçoamento dos mecanismos de financiamento das operações imobiliárias, bem como facilitando a circulação de riquezas, em virtude dos grandes valores que normalmente envolvem tal espécie negocial.

3.1.1.1.1 Cláusula Penal – Responsabilidade da Pessoa Jurídica

Cabe especificar primeiramente, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não incide no contrato analisado neste artigo. Entretanto, à luz da lei que trata sobre o assunto (Lei nº 9.605/98), vale trazer em tela algumas observações e conceitos analisados durante a pesquisa que diz que a cláusula penal é a obrigação acessória pela qual se estipula pena ou

multa destinada a evitar o inadimplemento da principal ou o retardamento do seu cumprimento. É também denominada pena convencional ou multa contratual, pois se adapta aos contratos em geral e pode ser inserida também em negócios jurídicos unilaterais, como o testamento. (direito legal – Plataforma de estudos).

Segundo Cristiano Chaves de Farias, (RT,797/43), a cláusula penal consiste, pois, em previsão, sempre unida a um contrato, de natureza acessória, estabelecida como reforço ao pacto obrigacional, com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumprir-lo. Pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação principal ou em ato posterior (código civil, art. 409), sob a forma de adendo. Embora geralmente seja fixada em dinheiro, algumas vezes, toma outra forma, como a entrega de uma coisa, a abstenção de um fato ou a perda de algum benefício, por exemplo, de um desconto.

A pena convencional tem a natureza jurídica de um pacto secundário e acessório, pois a sua existência e eficácia dependem da obrigação principal.

Pode ser ajustada na obrigação principal, ou em ato posterior. Seu caráter não precisa ser obrigatoriamente pecuniária, podendo ser fixado pela entrega de alguma coisa, uma abstenção de um fato ou a perda de algum benefício, como, por exemplo, de um desconto. (GONÇALVES, 2004, pág.120).

A cláusula penal obriga as partes a cumprir o que for acordado em um contrato. Inserida a cláusula penal, a parte devedora, já é conhecedora da multa que lhe foi imposta, caso não cumpra o honrado no referido contrato. Assim, surgiram mecanismos legais para garantir que o devedor cumpra com suas obrigações ou, diante de alguma impossibilidade, que este arque com seu patrimônio, submetendo às perdas e danos ou à indenização com base nesta cláusula. A Cláusula Penal pode ser moratória ou compensatória, podendo existir até três Cláusulas Penais de valores diferentes em um mesmo contrato.

Ainda em relação à responsabilização penal da pessoa jurídica, conclui Reinhart Maurach (1994, pág.238), que a incapacidade penal de ação da pessoa jurídica decorre da essência da associação e da ação. Na mesma orientação, Hans H. Jescheck (1981, pág.300), enfatiza que “as pessoas jurídicas e as associações sem personalidade somente podem atuar através de seus órgãos, razão pela qual elas próprias não podem ser punidas. Frente a elas carece, ademais, de sentido a desaprovação ético-social inerente à pena, visto que a reprovação de culpabilidade somente pode ser formulada a pessoas individualmente responsáveis, e não perante membros de uma sociedade que não participaram do fato nem perante a uma massa patrimonial”. Segundo René Ariel Dotti (1995, pág. 201), no sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas

físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos. A conduta, ação ou omissão, é produto essencialmente do homem. A Constituição Federal no artigo 173, §5º, ao regular a Ordem Econômica e Financeira, dispõe: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e contra a economia popular”. Desta previsão, pode-se concluir que a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; que a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal e enfim, que a responsabilidade penal continua a ser pessoal (art.5º, XLV).

Com efeito, ninguém pode ignorar que por trás de uma pessoa jurídica sempre há uma pessoa física. Punir-se-ia a aparência formal e deixar-se-ia a realidade livremente operando encoberta em outra fantasia, uma nova pessoa jurídica, com novo CNPJ. Klaus Tiedemann (1995, pág. 201), relaciona cinco modelos diferentes de punir as pessoas jurídicas, quais sejam: responsabilidade civil, medidas de segurança, sanções administrativas, verdadeira responsabilidade criminal e, finalmente, medidas mistas. Essas medidas mistas são necessariamente penais, com: a dissolução da pessoa jurídica; imposição de condições e intervenção no funcionamento da empresa; imposição de um administrador; e em relação às medidas de segurança, o confisco e o fechamento do estabelecimento. Por fim, a culpabilidade jurídico-penal constitui-se dos seguintes elementos: imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. A imputabilidade é a capacidade de culpa, de cujos pressupostos biopsicológicos somente a pessoa humana pode ser portadora. (Bitencourt, 2021, pág. 328).

4. METODOLOGIA

Para a realização do trabalho a metodologia empregada do ponto de vista de sua natureza ou finalidade foi o da pesquisa básica. Do ponto de vista da abordagem do problema, foi utilizado o método de pesquisa qualitativa e do ponto de vista dos objetivos, o método utilizado foi o da pesquisa exploratória. Foram extraídas algumas leituras das referências bibliográficas disponibilizadas no Guia de Estudos do aluno, bem como uma coleta de informações em dissertações, artigos científicos e também uma jurisprudência, publicados

gratuitamente. Acrescenta-se à metodologia utilizada, a análise criteriosa de um contrato de locação real e atualizado celebrado na região da campanha e procedeu-se a análise dos aspectos cíveis, empresariais e penais a ele associados, conforme proposta de pesquisa ao tema em estudo neste semestre.

ANÁLISE DE RESULTADOS

A fim de aliar os conhecimentos teóricos estudados durante o semestre com a prática, propiciando maior objetividade com os resultados deste artigo, contemplando as disciplinas propostas de Direito Empresarial, Direito Civil e Direito Penal, fez-se necessário a análise do contrato propriamente dito, intitulado como Instrumento Particular de Contrato de Locação Atípica e Outras Avenças. O presente contrato foi firmado no dia 13/07/2020 na cidade de Bagé/RS, região da Campanha, onde a parte denominada locadora é uma pessoa jurídica sendo uma Associação, representada neste ato pelo seu presidente, e a parte locatária também é pessoa jurídica, sendo empresário, proprietário/administrador de uma rede de supermercados na região.

Como já mencionado, a forma e substância definidos no contrato realizado é a modalidade built to suit para terceiros. Onde o espaço escolhido/locado pela locatária está destinado às instalações necessárias para as atividades pretendidas que atentam seu exclusivo interesse, nos exatos termos a serem previstos nos projetos descritivos da obra e documentos que fazem parte integrante do instrumento.

Frisa-se que a construção a ser realizada irá se incorporar ao patrimônio da locadora. A celebração do contrato foi acordada como a única forma efetiva e legalmente representar a relação de fato estabelecida entre as partes pelo período do prazo locatício de 20 anos, constituindo, por conseguinte, as disposições atípicas previstas, condições necessárias e essenciais à implementação do negócio jurídico ora estabelecido e ao seu equilíbrio econômico-financeiro. As partes declaram que as condições atípicas deste contrato foram estabelecidas de boa-fé, conforme o disposto no artigo 422 do Código Civil, declarando, ainda, que tais condições previstas estão plenamente em conformidade com o disposto no artigo 421 do Código Civil e no art. 54-A da Lei Federal nº 8.245/91. Isto posto, tem as partes mutuamente acordado o que segue. Inicialmente é apresentada a área previamente definida, com matrícula do Registro de Imóveis de Bagé – RS, devidamente identificada em um mapa com área total de 18mil metros quadrados. A locadora, sendo empresa investidora, fará para a

locatária, um aporte financeiro inicial no valor de um milhão e duzentos mil reais para financiamento da obra. Cabe mencionar que constitui objeto do contrato, o aluguel do terreno para a construção da obra, mediante a provisão pela locatária/construtora, sob sua exclusiva responsabilidade, e, por conseguinte, a possibilidade de sublocação na modalidade built to suit pela locatária a terceiros.

A locadora autoriza a locatária a construir, reformar e/ou ampliar, bem como tramitar o projeto junto a Prefeitura Municipal de Bagé, Conselho de Engenharia e Conselho de Arquitetura. As obras serão efetivadas segundo os interesses da locatária, sendo custeada de forma mista, tanto com recursos da locadora, bem como com recursos da locatária, sejam esses recursos próprios ou de terceiros, captados no mercado, nos seguintes termos e condições. Em primeiro momento a locadora disponibilizou o aporte financeiro compulsório e poderá a seu critério disponibilizar o aporte facultativo de 800 mil reais, desde que o faça no prazo de 180 dias a contar da assinatura do presente instrumento. No caso de não realizar o aporte facultativo, o montante deverá ser suportado pela locatária, juntamente com o restante do custo da obra, sem qualquer ônus, prejuízo ou encargo a locadora.

A execução das obras deverá respeitar as normas técnicas aprovadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), bem como todas as leis, regulamentos e posturas, incluindo, dentre outras, normas de proteção ao meio ambiente. As partes, desde já, estabelecem que a entrega das obras seja realizada por meio da assinatura do termo de entrega e aceitação das obras pela locadora ou na ocasião da emissão do habite-se, o que ocorrer primeiro. O prazo para conclusão da obra é indeterminado, sem prejuízo dos prazos fixados para o pagamento dos alugueis, que já são pagos a contar de 01/09/2020. Todas as edificações que forem construídas no imóvel pela locatária, ficarão no imóvel e em nenhuma hipótese garantirão o direito de ressarcimento, indenização ou retenção à locadora quando findo ou rescindido o contrato. Por ocasião do fim da locação, a locatária se obriga a devolver o imóvel que lhe foi locado, com a construção em perfeitas condições de uso. Fica claro que o imóvel deverá ser utilizado pela locatária, exclusivamente para implementação de suas atividades de supermercado, atacado e varejo, incluindo estacionamento, podendo ocorrer sublocação parcial do imóvel para food trucks, trailers, farmácias, caixas eletrônicos.

Sobre o reajuste do aluguel e a revisão do contrato, fica acordado que será reajustado anualmente, devendo ser corrigido monetariamente de acordo com a média da variação positiva dos índices IGPM/FGV, INPC e IPCA, ou na falta de algum deles, daquele índice de preços que vier oficialmente a substituí-lo. Acordam as partes que a cada período de 05 anos,

os aluguéis serão revisados, sendo que o valor a ser fixado será aquele obtido pela média dos laudos emitidos por 03 imobiliárias, sendo uma delas, a imobiliária que estiver administrando o contrato. A reavaliação quinquenal prevista nesta cláusula, em hipótese alguma poderá implicar em redução do valor do último aluguel pago pela locatária. Sem prejuízo de outras obrigações previstas no presente contrato, e de acordo com as condições ora estabelecidas a locadora é obrigada a locar o imóvel à locatária pelo prazo de 20 anos, e a locatária obriga-se a tomar o imóvel em locação, pelo mesmo período.

Vale comentar, que fica expressamente convencionado que a extinção ou falência da locatária não exonera os fiadores, continuando suas responsabilidades, como fiador e principal pagador até a desocupação do imóvel e sua entrega nas condições contratuais. Os fiadores ficam cientes de que em caso de qualquer descumprimento do convencionado neste instrumento, consideram-se para todos os efeitos legais, devedores solidários com os locatários. Em caso de morte do fiador ou insolvência deste, a locatária obriga-se a, dentro de 30 dias contados do evento, apresentar substituto ou garantia idônea, sob pena de ocorrer a extinção do contrato e aplicação da multa contratual daí decorrente, tudo a critério do locador. Também, em caso de rescisão antecipada voluntária da locatária, esta pagará a título de perdas e danos pré-fixados, o valor correspondente a 50% dos aluguéis referentes aos meses de aluguéis não vencidos na época da rescisão. Ademais, a indenização por rescisão antecipada contempla as perdas e danos e demais prejuízos relacionados com o rompimento contratual que será sofrido pela locadora, compreendidas as despesas, custos e investimentos nos quais a locadora incorreu e incorrerá para a viabilização desta locação, executados, como já dito, exclusivamente para atender os objetivos e necessidades da locatária, bem como o custo de oportunidade em não direcionar o imóvel para outra finalidade ou locatário. Se outra penalidade mais específica não for prevista neste contrato, a infração de qualquer cláusula deste instrumento sujeitará o infrator à multa equivalente ao valor de 12 salários mínimos. E a tolerância de qualquer uma das partes, em relação a eventuais infrações da outra, não importará em modificação contratual, novação ou renúncia a direito, devendo ser considerada mera liberalidade da citada parte.

Por fim, as discussões sobre este contrato foram conduzidas e implementadas por livre iniciativa das partes, a partir da necessidade manifestada pela locatária. Foram assistidas por advogados na negociação, que assinam como testemunhas o instrumento, declarando, ainda, terem sido informadas e alertadas a respeito de todas as condições e circunstâncias envolvidas na negociação do contrato, que porventura pudessem influenciar na formação das

manifestações de vontade ora declaradas, e dispuseram do tempo e condições adequadas para a avaliação e discussão de todas as cláusulas e condições constantes do contrato, cuja celebração foi pautada pelos princípios da probidade e boa-fé. As partes elegem o foro da Comarca de Bagé-RS, para qualquer demanda judicial relativa ao presente contrato, com exclusão de qualquer outro. E por estarem certas e contratadas, firmam o presente contrato em 4 vias de igual teor e forma na presença de duas testemunhas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo praticamente "parou", mas as relações jurídicas continuam mais vivas do que nunca. Uma infinidade de obrigações foi afetada pela pandemia do novo corona vírus. Nos contratos de locação imobiliária convencional, a jurisprudência mais tradicional indicava multa de até três aluguéis para não haver abuso sobre o inquilino, embora haja maior tolerância quando a relação é paritária, caso das empresas. Ainda assim, não é cabível a multa integral, como ocorre nos contratos de locação built to suit (BTS), atípicos.

Ainda, logo que começaram as medidas de isolamento social, houve questionamentos sobre os prazos de entrega da obra e de carência da incorporação – se eles seriam ou não afetados pela pandemia. Porém, o governo federal rapidamente decretou a construção civil como atividade essencial e poucos estados seguiram com restrições mais rígidas aos canteiros de obras, não gerando tantos impactos nem de mão de obra nem de redução do ritmo que justifiquem atrasos além dos já previstos na lei (180 dias).

As disposições legais pré-existent no Código Civil já preveem formas de lidar com eventos imprevisíveis, supervenientes, extraordinários e com consequências incontornáveis sobre os contratos privados, como é o caso da pandemia da COVID-19. Nesse sentido, o artigo 393 do referido diploma legal prevê que a parte devedora "não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior" caso não tenha expressamente se responsabilizado por esses eventos. Apesar de o cenário futuro para novos empreendimentos no setor de construção civil ser pessimista, resta torcer para que esse momento atual de suspensão, ocasionado pela pandemia da Covid-19, seja superado com a maior brevidade possível. Com solidariedade e cooperação, enfrentando as adversidades, em um mútuo esforço para que os contratos built to suit continuem a conquistar cada vez mais espaço no mercado brasileiro.

Conclui-se como síntese do trabalho elaborado, que o contrato built to suit é oriundo da modernidade e da complexidade das relações que cada dia mais exige qualidade e

especificações ao tempo que também impõem obrigações. Essa modalidade de contrato é uma locação singular, que precisava ser regulamentada para evitar os abusos por parte daquele que detém o poder econômico. Por isso, mesmo que exigidas condições específicas, deve ser permitido o ajuizamento de ação revisional, no intuito de garantir o bem maior, a preservação da empresa, que, numa situação econômica inviável, acabaria desaparecendo do mercado, o que, sem dúvida, pretende-se evitar. As garantias para os contratantes nessa modalidade contratual hoje são maiores que antes do advento da Lei n. 12.744/12, o que é sensato, pois, como foi visto, são negócios de expressivo valor, demandando uma maior proteção, a fim de evitar prejuízos.

Sabe-se que ainda há um longo caminho a se percorrer, porquanto surgem situações novas que fogem à generalidade ao que está regulado e como dito, é imperioso garantir o equilíbrio das partes, para preservar os sujeitos atuantes no mercado. Enfim, o contrato built to suit se apresenta como um negócio interessante em termos econômicos, sobretudo para a dinâmica das complexas relações empresariais do mundo contemporâneo, fomentando a economia e, conseqüentemente, proporcionando a geração de riqueza para a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2002a—Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002a.

COELHO, Fábio Uchoa. **Manual do Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto - **Tratado de Direito Penal** - Volume 1 - Parte Geral - 27ª Edição 2021. p.325; 326; 327;328.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Miradas sobre a Cláusula Penal no Direito Contemporâneo**, RT,797/43.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 15, DE 5 DE DEZEMBRO DE 2013- Publicada no D.O.U., de 6/12/2013. Presidência da República - Secretaria da Micro e Pequena Empresa.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v 3: contratos e atos unilaterais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13; 19; 20; 34; 285.



INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO
EDUCACIONAL DE BAGÉ
FACULDADE IDEAU DE BAGÉ



IAMUNDO, Natalia. Miller Thompson Lawyers. Disponível em:
<<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=15502a60-34e7-4e98-b12b-85f3ccf66be1>>.
Acesso em: 26 mar. 2021.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. **Contratos Built to Suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro**. São Paulo: Scortecci, 2009, p. 58.

MAMEDE, Gladston. **Manual do Direito Empresarial**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2010 (pág. 248 a 269).

MOREIRA, Camila Ramos. **Built to Suit: particularidades e a Lei 12.744/2012**. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, vol. 78, ano 38, jan-jun 2015, p. 128. (Íntegra do artigo jurídico publicada na Revista de Direito Imobiliário, vol. 78/2015, p.125-150, jan-jun/2015 – Revista dos Tribunais Online).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 07; 279.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **A lei 12.744/12 e o contrato built to suit –locação por encomenda**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/index.php?Artigos-1811>>. Acesso em: 25 mar. 2021. Direito imobiliário: Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p, 971.