

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

MICHELLE RAMOS GARCIA

O CONTRATO “BUILT TO SUIT” E SUA CLÁUSULA PENAL
COMPENSATÓRIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

SÃO PAULO/SP

2012

MICHELLE RAMOS GARCIA

“O CONTRATO “BUILT TO SUIT” E SUA CLÁUSULA PENAL
COMPENSATÓRIA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA”

Monografia submetida à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
PUC/SP como pré-requisito para
obtenção de título de especialista em
Direito Contratual.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Greice Patrícia Fuller

SÃO PAULO/ SP

2012

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por proporcionarem todas as ferramentas necessárias para a minha formação pessoal e profissional.

Ao meu marido Thiago Garcia, pelo amor, pelo companheirismo e por acreditar nos meus projetos, sejam eles pessoais ou profissionais.

À Adriana Corrêa Devito, minha amiga e companheira profissional.

À minha orientadora Greice Patrícia Fuller, pela orientação e por acreditar na importância da evolução do tema proposto, pouco debatido pelos operadores do Direito.

Ao meu grande amigo Jorge Abdalla Neto, pelo companheirismo e por incentivar o meu crescimento profissional.

Por todos meus sinceros agradecimentos.

“Quero conhecer, para melhor sentir
e sentir para melhor conhecer”

Paul Cézanne

RESUMO

O presente estudo visa analisar a validade da cláusula penal compensatória inserida nos contratos denominados “built to suit”, bem como a sua limitação. Conforme será explanado adiante, dito contrato é dinâmico e envolve diversas operações e diversos tipos contratuais.

Tendo em vista que inexistia legislação específica sobre o contrato “built to suit” até a conclusão do presente estudo, surgiram diversas posições sobre a sua natureza jurídica que influenciaram, direta ou indiretamente, na compreensão da validade da cláusula penal compensatória inserida no contrato “built to suit”.

Considerando que a utilização do referido contrato no mercado imobiliário brasileiro é recente, a jurisprudência ainda não pacificou o entendimento sobre esta questão, fato este que dificultou a compreensão sobre o tema.

Assim sendo, serão abordados alguns aspectos estruturais e conceituais que contribuirão no desenvolvimento do presente estudo, tais como a estrutura do contrato em referência, o conceito dos tipos contratuais inseridos no contrato “built to suit”, bem como da cláusula penal compensatória e da securitização dos recebíveis decorrentes do contrato de locação firmado entre o empreendedor e o locador.

Após a abordagem do tema, será possível compreender a segurança jurídica decorrente da cláusula penal compensatória inserida no contrato “built to suit”.

Palavras-chave: contrato “built to suit”, cláusula penal compensatória, contrato atípico, validade do negócio jurídico, securitização de recebíveis imobiliários e mercado imobiliário brasileiro.

ABSTRACT

This study assesses the validity of the compensatory penalty clause inserted in "built to suit" contracts, as well as its limitation. As it will be explained below, the aforementioned contract is dynamic and involves several operations and several different contracts.

Considering that until the completion of this study there was no specific legislation concerning the "built to suit" contract, different views on its legal nature arose, and influenced, directly or indirectly, the understanding of the validity of the compensatory penalty clause inserted into the "built to suit" contract.

Whereas the use of such contract in the Brazilian real estate market is recent, case law has not yet pacified the understanding on this subject, a fact that made the understanding of the topic more difficult.

Thus, some structural and conceptual aspects addressed will contribute to the development of this study, such as the structure of the contract in question, the concept of contractual types inserted in the "built to suit" contract, as well as the compensatory penalty clause and securitization of the receivables originated from the lease agreement between the landlord and entrepreneur.

After the subject is addressed, one will be able to understand the legal certainty resulting from compensatory penalty clause inserted in the "built to suit" contract.

Keywords: "built to suit" contract, compensatory penalty clause, atypical contract, validity of the legal transaction, securitization of real estate originated receivables, and Brazilian real estate market.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - O CONTRATO “BUILT TO SUIT”	10
1.1 Contrato “Built to Suit”: Conceito.....	10
1.2 Breve histórico sobre a utilização do Contrato “Built to Suit” no Brasil	15
1.3 Classificação do Contrato “Built to Suit”	19
1.4 Tipos contratuais inseridos no Contrato “Built to Suit”	25
1.5 Evolução do Contrato “Built to Suit” no mercado imobiliário brasileiro	28
1.6 Legislação aplicável ao Contrato “Built to Suit” no ordenamento jurídico brasileiro	30
1.6.1 Os projetos de Lei nºs 6.562/2009 e 356/2001 desenvolvidos pelos Deputados Carlos Bezerra e Júlio Lopes.	34
CAPÍTULO II - A CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA INSERIDA NO CONTRATO “BUILT TO SUIT”.....	37
2.1. Conceito de cláusula penal	37
2.1.1 Classificação da cláusula penal em geral	41
2.2 Requisitos de Validade da Cláusula Penal Compensatória inserida no Contrato “Built to Suit”	44
2.3 Limites de fixação da cláusula penal compensatória nos Contratos “Built to Suit”	46
2.4 Limites de redução da cláusula penal nos Contratos “Built to Suit”	51
2.5 Reflexões sobre a função Social e econômica da cláusula penal compensatória inserida no Contrato “Built to Suit”	56
2.6 A análise jurisprudencial da validade da cláusula penal compensatória inserida no Contrato “Built to Suit”.....	57
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
ANEXO	68

INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário possui grande relevância para a economia brasileira, uma vez que ele mobiliza a população como um todo.

As pessoas podem atuar no mercado imobiliário seja para finalidade pessoal, como por exemplo, nas aquisições de imóveis para moradia, ou, ainda, para motivação econômico-financeira, como ocorre com os empreendedores que atuam no mercado imobiliário em razão da vantajosa lucratividade decorrente desta atividade.

Visando a lucratividade, os empreendedores desenvolveram algumas operações imobiliárias, dentre as quais se destaca a figura do contrato “built to suit”.

Para facilitar a compreensão do objeto do presente estudo, analisaremos no Capítulo I o conceito, a legislação aplicável, as principais características, bem como as peculiaridades que envolvem o contrato “built to suit”.

Entendemos que a abordagem das principais características do contrato em comento foi fundamental para o desenvolvimento do tema proposto, em razão da ausência de previsão legal específica tratando do tema até a conclusão do presente estudo. Assim sendo, eventual distorção sobre o seu conceito e sobre as suas peculiaridades poderia prejudicar o entendimento do tema.

No Capítulo II, conceituaremos a cláusula penal compensatória, bem como analisaremos a sua classificação, seus requisitos de validade, os limites de fixação e redução da cláusula penal imposta e a sua função socioeconômica. No mais, realizaremos uma análise jurisprudencial sobre o tema proposto.

Ressaltamos que após a conclusão do presente estudo, foram aprovados com ressalvas os projetos de lei indicados no Capítulo II, fato este que culminou na publicação da Lei nº 12.744 de 19 de dezembro de 2012 que, por sua vez, tipificou o contrato “built to suit” como uma modalidade especial de locação.

Destacamos que tal modificação legislativa consolidou o posicionamento adotado no presente estudo e trouxe maior conforto e segurança jurídica para a celebração do contrato “built to suit”.

Por meio da análise jurisprudencial, foi possível verificar a importância do tema proposto, uma vez que foi apurada uma escassez de decisões judiciais sobre a validade da cláusula penal compensatória inserida no contrato “built to suit”, de modo que o presente estudo contribuirá para a segurança jurídica e para a consolidação do contrato ora tratado no mercado imobiliário brasileiro.

CAPÍTULO I - O CONTRATO “BUILT TO SUIT”

1.1 Contrato “*Built to Suit*”: Conceito

A expressão “built to suit”, traduzida em sentido literal para o português como “construir para servir” tem origem na língua inglesa e possui o seguinte significado: “*An arrangement whereby a landowner offers to pay to construct on his or her land a building specified by a potential tenant, and then to lease land and building to the tenant*”¹.

Entendemos que o contrato “built to suit” pode ser denominado como um contrato por meio do qual uma das partes, denominada **empreendedor** ou **locador**, que, usualmente, possui sua atividade no ramo imobiliário, localiza, adquire, constrói ou realiza substanciais reformas em determinado bem imóvel que atenda os interesses específicos de outra parte, denominada **locatária**, que, por sua vez, se compromete a ocupar por um longo prazo aquele bem específico quando do desenvolvimento de sua atividade comercial.

Cumpramos salientar que o financiamento necessário para o *empreendedor* ou *locador* realizar as reformas substanciais ou para localizar e adquirir o bem imóvel ora tratado, bem como para executar o projeto a ser desenvolvido no imóvel aqui tratado poderá ocorrer por meio de recursos obtidos no mercado financeiro junto, fato este que demandaria uma 3ª (terceira) parte nesta relação contratual, qual seja, o **investidor**.

Destacamos que dito contrato objetiva a reforma substancial ou aquisição de uma unidade comercial ou industrial, de forma que não é possível a reforma ou a aquisição de unidade residencial para este tipo contratual.

No mais, em se tratando de reforma de um estabelecimento comercial já existente, entendemos que estas devem ser substanciais, ou seja, não basta uma simples reforma para caracterizar o contrato “built to suit”. Estas reformas devem ser grandiosas e, para serem concretizadas, o locatário deve contar com a expertise do empreendedor.

¹ FRIEDMAN, Jack P.; HARRIS, Jack C.; LINDEMAN, J. Bruce. *Dictionary of Real Estate Terms*. 5ª ed. Ed. Barron's, 2006. p. 45.

Destacamos que alguns doutrinadores, como por exemplo, Mateus Leandro de Oliveira, não consideram a reforma como uma das modalidades do contrato “built to suit”, conforme será verificado na definição abaixo. No entanto, salientamos que a recente Lei nº 12.744, sancionada em 19 de dezembro de 2012, destacou a “substancial reforma” como uma modalidade do contrato “built to suit”.

Ademais, vale destacar que existe outra possibilidade de celebração do contrato “built to suit” que envolve a participação de 4ª (quarta) parte. Nesta hipótese, o empreendedor (ou locador) não adquire para si o terreno. Neste caso, ele celebra um contrato de direito de superfície (instituto regulado pelos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil) com o **proprietário** do terreno e o remunera utilizando uma participação de seu lucro.

Vale destacar que o referido contrato é complexo, dinâmico e envolve diversos tipos contratuais, tais a locação de bem imóvel, a compra e venda de bem específico e determinado, a empreitada, o contrato “turn key”, dentre outros, conforme será explanado no item 1.5 adiante.

Mateus Leandro de Oliveira assevera que:

(...) a locação built to suit (...) tem como principal característica o fato de que o imóvel objeto do contrato de locação ainda não foi construído. Além disso, o locatário tem a prerrogativa de definir o projeto e todas as características do imóvel, de acordo com as necessidades das atividades a serem desenvolvidas. Por outro lado, para que o locador tenha interesse em construir um imóvel especialmente desenvolvido para uma empresa específica, e ter como remuneração apenas o valor do aluguel mensal, é necessário que a locatária comprometa-se a permanecer no imóvel durante um período mínimo².

Nesse contexto, vale destacar que o locador, para conseguir satisfazer os interesses da locatária, deve, antes da concretização do negócio, apresentar ao locatário um estudo que demonstre a viabilidade de aquisição ou de reforma de determinado bem imóvel que atenda a necessidade da locatária e, no caso de aquisição, que possua uma localização adequada para o desenvolvimento da atividade pretendida.

Assim sendo, entendemos que o locador deverá apresentar ao locatário um *croquis* que demonstre o projeto inicial da construção ou da execução da unidade comercial

² OLIVEIRA, Mateus Leandro de; BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *Locação Built to Suit e sua aplicação no Direito Brasileiro*. IV – INIC – Encontro Latino de Iniciação Científica 2002. *Anais*.v. 2. p. 300. Disponível em <http://www.oliveiralaw.com.br/locacao.pdf>. Acesso em 02 jul. 2012.

ou industrial a ser desenvolvida por ele locador/empreendedor. O projeto em comento deverá conter os pontos estruturais, bem como os pontos arquitetônicos da unidade a ser construída.

Concluimos, ainda, que o locador poderá, inclusive, fiscalizar o andamento da obra para verificar se o empreendedor está respeitando as projeções do projeto aprovado. Desta feita, é possível apurar que o locatário possui plenos poderes para decidir, na fase inicial, todo o detalhamento do imóvel a ser locado.

Entendemos que o referido projeto deverá ser analisado de forma criteriosa pelo locatário, a fim deste apurar se o projeto apresentado satisfaz os seus interesses. Em caso negativo, o locatário deverá solicitar os ajustes necessários ao locador, a fim de adequar o projeto da forma que melhor lhe aprouver.

Caso o projeto seja aprovado, as partes celebraram os competentes instrumentos, a fim de formalizar o negócio pretendido.

Frisamos que o locador/empreendedor deverá arcar com todos os custos e desembolsos decorrentes do desenvolvimento do projeto, assim entendidos como os gastos a serem despendidos com os materiais a serem utilizados na construção ou reforma do bem, mão de obra, contratação terceiros para gerenciar a obra, pagamentos de custas, emolumentos e tributos necessários para obter a aprovação do projeto junto aos órgãos competentes, etc. Isto porque, o locatário realiza uma verdadeira encomenda sobre o seu imóvel, de modo que todas as etapas anteriores à entrega do imóvel devem ser verificadas e assumidas pelo empreendedor/locador.

Assim sendo, é de responsabilidade do locador/empreendedor desenvolver e executar todas as etapas necessárias para viabilizar a entrega do imóvel “encomendado” ao locatário. Neste contexto, o locador/empreendedor deve assumir todos os riscos e custos decorrentes destas etapas, uma vez que estes fatores decorrem de sua própria atividade.

Por sua vez, o locatário deverá, em razão da entrega do imóvel encomendado, efetuar o pagamento de importância mensal ao empreendedor. Destacamos que, usualmente, este valor é chamado de *aluguel*, apesar deste não corresponder somente ao valor decorrente da ocupação do bem. Além disso, este valor corresponde à amortização dos investimentos

realizados pelo empreendedor/locador quando da aquisição, desenvolvimento e construção do bem ora tratado.

A celebração do contrato em comento é vantajosa para ambas as partes. Senão vejamos.

Do ponto de vista do locador, o negócio é vantajoso porque garante a ele a celebração de um contrato por longo prazo, fato este que torna o negócio altamente lucrativo, uma vez que o empreendedor já garantirá o recebimento do aluguel nos próximos anos.

Nesse sentido, Márcio Adriani Tavares Pereira afirma que:

(...) a operação *built to suit* consiste no contrato de “locação” ou equivalente de longo prazo, **em média de 15 anos**, para atender a construção nos moldes estruturados de acordo com as unidades operacionais de quem contratou³.

Rodrigo Ruete Gasparetto justifica a necessidade de celebração do contrato por longo prazo, da seguinte forma:

O cumprimento, pelo contratante, da permanência do tempo mínimo ajustado (normalmente de 8 a 15 anos) é condição essencial do *built to suit*, pois corresponde ao período necessário para que a contratada recupere os investimentos feitos na compra do imóvel e na construção da unidade. Por tal razão, nesse tipo de operação, estipula-se uma cláusula penal compensatória no sentido de que a contratada não pode deixar de cumprir o contrato, sob pena de pagar à contratante as perdas e danos prefixados na cláusula penal (...).⁴

Destarte, concluímos que, além do retorno considerável, o empreendedor poderá, quando da celebração do contrato, solicitar a inserção de cláusula penal compensatória, a fim de afastar eventual inadimplemento do locatário e garantir o pagamento dos aluguéis vincendos, conforme explanado no Capítulo II adiante.

Por outro lado, o negócio em comento é extremamente vantajoso para o locatário. Isto porque, este não precisará alocar os recursos necessários para a reforma substancial ou para a aquisição, desenvolvimento pré-operacional e construção da unidade comercial ou industrial pretendida, fato este que possibilitará ao locatário adquirir capital de giro para sua

³ PEREIRA, Marco Adriani Tavares. Contratos *built to suit* sob pontos de vista antagônicos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 04 jul.2012.

⁴ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Grupo Editorial Scortecci, 2009. p.33.

atividade ao invés de ativo imobilizado. Assim sendo, o locatário poderá, se assim o desejar, utilizar tais recursos no desenvolvimento e melhoria de seu próprio negócio.

Vale destacar, ainda, que a unidade comercial (ou industrial) construída ou reformada, poderá não atender mais as necessidades e exigências do locatário após o período contratual. Neste caso, o locatário poderá não renovar o contrato em tela e devolver o imóvel ao empreendedor, de modo que aquele contrato será desfeito.

Destacamos que o locatário não será penalizado e não será impelido a indenizar o empreendedor/locador se não desejar renovar o contrato em comento. Neste caso, ele deverá apenas entregar o imóvel ao locador nas mesmas condições que o recebeu. Isto porque, a multa compensatória somente seria devida se locatário decidir, unilateralmente, entregar o imóvel antes do término do contrato.

Tal fato representa outra vantagem ao locatário, que não terá que arcar com os custos necessários para transferir o imóvel a terceiros, e, ainda, não terá que assumir o risco da depreciação do imóvel, podendo este, simplesmente devolver o bem em comento e, se assim o desejar, celebrar novo contrato “built to suit” com aquele, ou até mesmo, outro empreendedor, a fim de atender os seus interesses ou as exigências da atividade desenvolvida.

Além disso, insta salientar que o pagamento do aluguel representa uma despesa operacional e, portanto, poderá ser deduzida dos tributos e contribuições a serem pagos pelo locatário quando do desenvolvimento de sua atividade.

Neste sentido, Maria Luíza Figueiras afirma que:

(...) a vantagem contábil está no fato de que o aluguel entrar no balanço como despesa, enquanto o imóvel entra no ativo, gerando valores diferentes de IRPJ (Imposto de Renda Pessoa Jurídica e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido)⁵.

Diante do quanto disposto acima, concluímos, segundo a doutrina evidenciada até o presente momento, que o contrato em comento é formado por meio das seguintes premissas:

⁵ FILGUEIRAS, Maria Luíza. *A crise e o custo de securitização*. Gazeta Mercantil, 01 set. 2008. Disponível em <http://www.gazetamercantil.com.br> Acesso em 04 jun. 2012.

1ª – O locatário precisa se instalar em um espaço específico e diferenciado para operar a sua atividade comercial ou industrial;

2ª – O locatário não possui ou não deseja alocar os seus recursos financeiros para adquirir o imóvel desejado, bem como não deseja alocar os recursos necessários para desenvolver o projeto e a construção do bem desejado;

3ª – O empreendedor ou locador tem interesse na localização e aquisição do bem específico (seja por meio de compra e venda do bem ou por meio da celebração do contrato de superfície com o proprietário), bem como tem interesse no desenvolvimento e execução do projeto a ser definido previamente pelo locatário; e

4ª – As partes desejam celebrar um contrato de locação por longo prazo suficiente para que haja tempo hábil para satisfazer o interesse econômico-financeiro do empreendedor/locador e, ainda, para que haja tempo hábil para a amortização dos valores despendidos nesta operação negocial.

1.2 Breve histórico sobre a utilização do Contrato “Built to Suit” no Brasil

O contrato “built to suit”, que possui origem e denominação americana, teve sua introdução no mercado imobiliário brasileiro por meio da promulgação e publicação da Lei nº 9.514/97, responsável pela criação do Sistema de Financiamento de Crédito Imobiliário (doravante simplesmente denominado “SFI”), conforme será explanado adiante.

O SFI criou a figura de determinados institutos que possibilitou a participação de empresas atuantes no mercado imobiliário, tais como incorporadoras, construtoras e fundos imobiliários, no mercado de capitais, fato este que possibilitou novos meios de captação de recursos para serem utilizados no mercado imobiliário brasileiro.

Dentre tais institutos, destacam-se para o presente estudo a possibilidade de securitização de créditos imobiliários (artigo 8º da Lei nº 9.515/97), a criação dos Certificados de Recebíveis Imobiliários (artigo 6º da referida Lei) e a instituição do regime fiduciário sobre os referidos créditos (artigo 9º da referida Lei).

O artigo 8º da Lei nº 9.514/97 define a securitização de créditos imobiliários como uma operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora.

A Companhia Brasileira de Securitização conceitua de forma didática a securitização da seguinte forma:

(...) um processo estruturado, coordenado por uma instituição especializada (companhia securitizadora), através do qual os créditos imobiliários descontados pelo originador são transformados em títulos, denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's), a serem negociados nos mercados financeiros de capitais⁶.

No mais, o artigo 6º da Lei nº 9.514/97 define o certificado de recebíveis imobiliários como um título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários”, e, define, ainda, que os referidos títulos constituem uma promessa de pagamento em dinheiro.

Vanessa Constantino Brenneke afirma que crédito imobiliário é aquele que surge, ou garante-se, dos frutos e rendimentos de um imóvel ou de negócio imobiliário⁷.

Importante frisar, ainda, que o referido diploma legal permitiu a instituição de alienação fiduciária sobre ditos créditos imobiliários pelas companhias securitizadoras, conforme indicado no item 9º da Lei ora tratada. Vale destacar que as companhias securitizadoras são as únicas entidades ou instituições que podem emitir os Certificados de Recebíveis Imobiliários (doravante simplesmente denominados “CRI's”).

Destarte, as companhias securitizadoras poderão instituir regime fiduciário sobre os créditos imobiliários constituídos, a fim de lastrear a emissão dos CRI's, sendo certo que, neste caso, o agente fiduciário será uma instituição financeira ou uma companhia devidamente autorizada para esse fim pelo Banco Central do Brasil (BACEN) e os beneficiários serão os

⁶ Artigo publicado pela Companhia Brasileira de Securitização. Dúvidas frequentes: O que é securitização de créditos imobiliários? Disponível em: <<http://www.cibrasec.com.br/duvidas.html>>. Acesso em 08 jul 2012.

⁷ BRENNEKE, Vanessa Constantino. *Avanço de regulação e redução de riscos estimulam securitização imobiliária via CRI*. Disponível em <<http://www.bovespa.com.br/Investidor/Jurídico/080228NotA.asp>>. Acesso em 08 jul. 2012.

adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto deste regime, conforme disposição do artigo 9º tratado no item anterior.

Vale destacar que o artigo 11 da Lei n. 9.514/97 prevê a afetação dos referidos créditos, ou seja, a referida Lei contempla que os créditos objeto do regime fiduciário não se confundem com o patrimônio da securitizadora, fato este que representa uma garantia e, portanto, um atrativo para os investidos adquirirem os referidos créditos.

Podemos concluir que a securitização representa um mecanismo importante para a obtenção de novas alavancagens financeiras para as empresas atuantes no ramo imobiliário, uma vez que os créditos imobiliários futuros, que seriam recebidos a médio ou longo prazo pelo empreendedor podem ser antecipados por meio da securitização dos créditos, observados os descontos a serem realizados em razão desta antecipação.

No tocante à evolução da securitização de recebíveis em um sentido geral, cumpre destacar, a título exemplificativo, que foi possível apurar que as emissões de CRI's com lastro em operações de crédito atingiram R\$ 3,8 bilhões no período de janeiro a agosto de 2011⁸.

Sem prejuízo, concluímos que o empreendedor ou locador não será impelido a securitizar os créditos imobiliários se assim não o desejar, ou seja, caso o empreendedor possua recursos financeiros próprios, ou, ainda, caso ele deseje envidar os seus esforços para adquirir as importâncias necessárias para o desenvolvimento do Empreendimento com parceiros ou até mesmo com terceiros (ex: agentes financeiros), ele não precisará securitizar os recebíveis.

Neste caso, ele receberá o aluguel devido ao locatário no fluxo do contrato “built to suit”, fato este que constituirá o recebimento de um fluxo de recebíveis (aluguéis) em longo prazo.

⁸ PINHEIRO, Vinícius. *CRI com lastro em crédito supera aluguel*. Valor Econômico, 21 set. 2011. Disponível em: http://pmkaadvogados.blogspot.com.br/2011/09/cri-com-lastro-em-credito-supera_21.html> Acesso em 27 ago. 2012.

Cumprido destacar que o procedimento a ser adotado pelo empreendedor para a formalização da operação aqui tratada é definido didaticamente por Rodrigo Ruete Gasparetto da seguinte forma:

A empresa incorporadora que detém os direitos creditórios decorrentes de uma operação imobiliária que está realizando os cede a uma empresa securitizadora, que, por sua vez, emite um título, denominado Certificado de Recebível Imobiliário – que corresponde aos referidos créditos e os oferece a investidores através do mercado de capitais, regulado pela Comissão de Valores Mobiliários. Uma vez adquiridos os CRI's pelos investidores, seus recursos serão disponibilizados à companhia securitizadora, recursos estes que serão repassados à instituição cedente, com o intuito de liquidar a operação da cessão ocorrida na etapa anterior. Liquidada a cessão dos recebíveis, acima descrita, a companhia securitizadora (cessionária) passa a ser legítima credora dos valores devidos pelos devedores ou mutuários, que pagarão, diretamente à securitizadora, os valores das prestações relativas aos empréstimos, financiamentos ou operações de arrendamento mercantil contratadas anteriormente⁹.

Assim sendo, é possível concluir que o empreendedor que detém os créditos oriundos do contrato de locação celebrado em longo prazo, constitui uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) ou utiliza um Fundo de Investimento Imobiliário (FII) para adquirir o terreno e construir a unidade comercial a ser objeto do contrato “built to suit”.

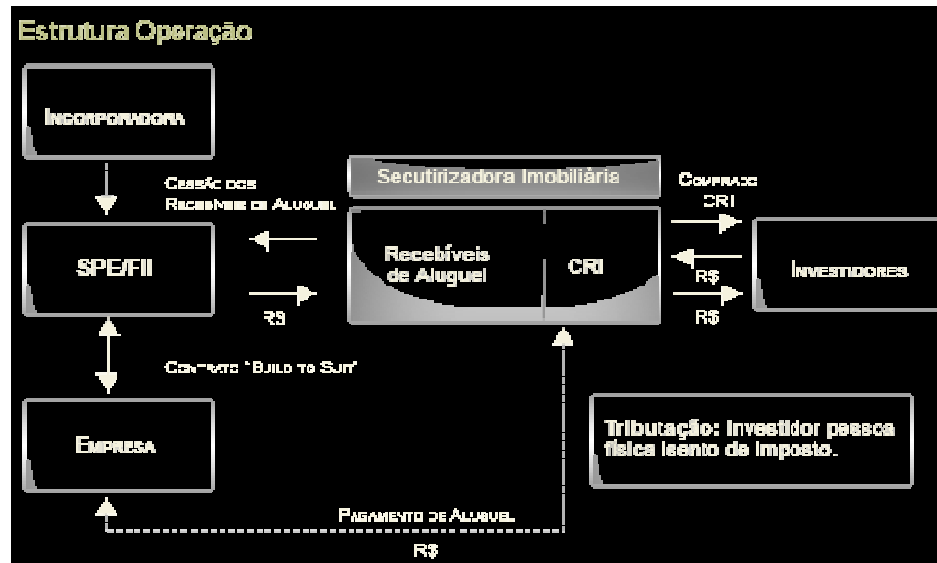
Após, dita SPE ou FII celebrará o contrato “built to suit” com o locatário e realizará uma cessão de recebíveis imobiliários com uma Companhia Securitizadora Imobiliária que, por sua vez, irá emitir os títulos de créditos nominativos denominados Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's) correspondente aos referidos créditos imobiliários decorrentes do contrato de locação em longo prazo.

Posteriormente, a Securitizadora oferecerá os CRI's a determinados investidores atuantes no mercado de capitais. Adquiridos os referidos CRI's pelos investidores, tais recursos serão disponibilizados à Companhia Securitizadora e serão repassados ao empreendedor/locador, com o intuito de liquidar a operação decorrente da securitização dos recebíveis.

Para demonstrar a operação acima realizada, verifique-se o quadro abaixo¹⁰:

⁹ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. pgs. 65/66.

¹⁰ Artigo publicado pelo Grupo BI Invest. Securitização. Disponível em: <<http://www.bi-invest.com.br/securitizacao.php>>. Acesso em 20 ago. 2012.



Desta forma, é possível verificar que as inovações introduzidas pela Lei nº 9.514/97, em especial a securitização dos recebíveis por meio da emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, foram imprescindíveis para o avanço e desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro, haja vista que possibilitaram formas atrativas de captação de recursos junto a investidores atuantes no mercado de capitais.

1.3 Classificação do Contrato “Built to Suit”

Podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro possui diversas classificações para os contratos em geral.

Para Roberto Senise Lisboa¹¹, destacam as seguintes classificações:

- (i) Quanto à **tipicidade**: contratos típicos e contratos atípicos;
- (ii) Quanto à **personalidade**: contratos impessoais e contratos *intuitu personae*;
- (iii) Quanto à **matéria**: contratos civis, contratos empresariais, contratos de consumo e contratos administrativos;
- (iv) Quanto às **obrigações**: contratos unilaterais e contratos bilaterais;
- (v) Quanto à **onerosidade**: contratos onerosos e contratos gratuitos;
- (vi) Quanto ao **risco**: contratos comutativos e contratos aleatórios;

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. p. 94/95.

- (vii) Quanto à **natureza**: contratos de aquisição, contratos de uso e gozo, contratos de prestação de serviços, contratos de representação e contratos associativos;
- (viii) Quanto à **forma**: contratos solenes e contratos não solenes;
- (ix) Quanto ao **prazo**: contratos por prazo determinado e contratos por prazo indeterminado;
- (x) Quanto à **execução**: contratos instantâneos, contratos de trato sucessivo e contratos de execução cativa;
- (xi) Quanto à **eficácia**: contratos consensuais, contratos reais e contratos de eficácia real;
- (xii) Quanto aos **contratos reciprocamente considerados**: contratos principais e contratos acessórios;
- (xiii) Quanto à **modalidade**: contratos puros, contratos sob condição, contratos a termo e contratos com encargo;
- (xiv) Quanto à **eficácia**: contratos consensuais, contratos reais e contratos de eficácia real;
- (xv) Quanto aos **interesses das partes**: contratos individuais, contratos individuais plúrimos, contratos individuais homogêneos, contratos coletivos e contratos difusos; e
- (xvi) Quanto aos **interesses de terceiros**: contratos com eficácia sobre terceiros determinados e contratos com eficácia sobre terceiros indeterminados.

Entendemos que o contrato “built to suit” pode ser classificado como contrato atípico, *intuito persona*, empresarial (o empreendedor exerce uma atividade empresarial), bilateral (previsão de obrigações recíprocas para o empreendedor e para o locatário), oneroso, comutativo, de trato especial (natureza mista – uso e gozo e prestação de serviços), não solene, geralmente por prazo determinado (longo prazo), de trato sucessivo, consensual, em sua constituição é principal, a termo suspensivo (depende da localização do bem pelo empreendedor e do atendimento aos interesses do locatário) e individual.

Para o presente trabalho, destacamos 02 (duas) classificações dos contratos, a saber: **(i) quanto à tipicidade** e; **(ii) quanto à personalidade**, conforme explanado adiante.

O contrato típico ou nominado é aquele tipo contratual previsto em lei. Por sua vez, o contrato atípico ou inominado é aquele que não possui previsão legal, sendo certo que, apesar da ausência de previsão, possui amparo legal, desde que respeitados os limites legais, tais como os requisitos de existência, validade e eficácia.

Sob este prima, Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

Se a avença contratual for daquelas descritas e especificadas em lei, estaremos diante de um contrato típico (ou nominado), embora esta não seja a terminologia mais correta (...). Se a avença contratual tiver por objeto regular relações negociais menos comuns, ou *sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descritas ou especificadas em lei, estaremos perante um contrato atípico (ou inominado), segundo a doutrina mais antiga.¹²

Por sua vez, Orlando Gomes assevera que os contratos atípicos subordinam-se às regras gerais do Direito Contratual, assim as que regem os pressupostos e requisitos essenciais à validade dos contratos como as que disciplinam as obrigações¹³.

Considerando que a lei não os contempla, as partes devem prever com cautela as particularidades dos contratos atípicos, a fim de evitar eventuais interpretações errôneas sobre a sua finalidade.

Ademais, cumpre destacar que o contrato atípico pode ser classificado, ainda, como puro (sem qualquer característica com os demais contratos existentes) ou como misto (as características de diversos contratos estão presentes na formação deste tipo contratual).

Alguns doutrinadores classificam o contrato atípico como simples ou misto, como por exemplo, Maria Beatriz Loureiro de Andrade Marques.¹⁴ Para esta corrente, no contrato simples, uma única obrigação domina as demais. Por outro lado, o contrato misto é aquele composto de diversas obrigações essenciais não hierarquizadas.

Sob este prisma, destacamos que a doutrina não pacificou o entendimento sobre a tipicidade ou atipicidade do contrato “built to suit”.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 440.

¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 107.

¹⁴ MARQUES, Maria Beatriz Loureiro de Andrade. *Novas figuras contratuais*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 56 in GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 46.

A doutrina minoritária, da qual se filia o doutrinador Luiz Antônio Scavone Júnior, entende que o contrato “built to suit” é um contrato típico e de locação, razão pela qual se aplicariam as disposições locatícias, inclusive a Lei de Locações em última instância para a solução dos litígios ou esclarecimentos oriundos do contrato em tela. Senão vejamos:

Resta saber se o contrato “built to suit” é ou não um contrato de locação submetido à Lei do Inquilinato. Sentimos que a resposta positiva se impõe. Isto porque a locação de imóveis urbanos nada mais é que a cessão temporária de uso de imóvel para fins urbanos mediante pagamento de retribuição denominada aluguel, exatamente o que ocorre no contrato “built-to-suit”. Não é, por óbvio, pelo simples fato de se alterar o nome de um contrato ou de sua contraprestação que também se alterará a sua natureza jurídica. Ainda assim poder-se-ia sustentar que o contrato “built-to-suit” se caracteriza pela cessão de um imóvel construído de acordo com as necessidades do locatário. Entrementes, tal fato, por si só, não possui o condão de afastar a natureza jurídica do contrato em tela: locação de imóvel¹⁵.

Sem prejuízo do entendimento acima, Luiz Antônio Scavone Júnior entende que a renúncia do locatário à ação revisional seria permitida, uma vez que dita renúncia não violaria o artigo 45 da Lei de Locações e, ainda, não conflitaria com a Súmula 357 do Supremo Tribunal Federal. Dito autor justifica seu posicionamento citando o seguinte julgado:

“Ação revisional de aluguel – imóvel comercial – cláusula de renúncia – validade. Não infringe os objetivos da Lei 8.245/91, nem malfere princípios assegurados constitucionalmente, cláusula contratual na qual as partes renunciaram à ação revisional durante o prazo contratual. (TJ/SP. Apelação nº 1030632-0/5. Rel. Des. Dr. Clóvis Castelo. 35ª Câm. de Direito Privado. J: 21/05/2007)”.

A doutrina majoritária, da qual se filiam Telma Curiel Marcon¹⁶, Rodrigo Ruete Gasparetto¹⁷, Álvaro Villaça de Azevedo e a própria CVM por meio da Procuradoria Geral da União¹⁸, entende que o contrato “built to suit” é um contrato atípico, uma vez que inexistente um tipo contratual próprio para regular o contrato em comento.

Sob este prisma, Álvaro Villaça de Azevedo afirma que os contratos “built to suit” podem ser considerados um contrato atípico misto, pois possuem diversas figuras discrepantes do contrato de locação, uma vez que:

(i) O empreendedor-locador adquire o imóvel aprovado pela usuária locatária e nele constrói a fábrica, o galpão, a loja, o centro de distribuição, enfim, aquilo que foi

¹⁵ SCAVONE Jr., Luiz Antônio. *Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato*. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>>. Acesso em 16 abr. 2012.

¹⁶ MARCON, Telma Curiel. *Built to suit – contrato atípico de locação*. Disponível em: http://www.correioforense.com.br/noticia/idnoticia/68191/titulo/Built_to_suit_Contrato_atipico_de_locacao_.html. Acesso em 27 mar. 2012.

¹⁷ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 54.

¹⁸ Processo CVM nº RJ/2005/9164 – Parecer Procuradoria Federal Especializada CVM MEMO/PFE-CVM/GJU-2 nº 187/2006. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br>. Acesso em 16 jul. 2012.

encomendado pelo contratante, nos exatos termos por esta solicitados, inclusive seguindo projeto e especificações que atendam as suas necessidades próprias;

(ii) O contrato usualmente é estabelecido por longo prazo, pois o empreendedor-locador, necessitando de capital para efetuar seus empreendimentos, buscará com investidores, devidamente capitalizados, para financiar o projeto;

(iii) Existem diversos tipos contratuais, dentro de um mesmo contrato, abrangendo a identificação de imóvel, a construção ou empreitada por encomenda, e, ainda, a própria locação;

(iv) O empreendedor-locador se compromete a entregar o empreendimento em condições operacionais, dentro do prazo ajustado¹⁹.

Entendemos ser mais adequado o posicionamento da corrente majoritária, que entende pela atipicidade do contrato “built to suit”, uma vez que existem diversos tipos contratuais inseridos nesta relação jurídica que se coadunam, ou seja, o contrato “built to suit” somente será formado quando presentes os diversos tipos contratuais, conforme identificado no item 1.4 adiante.

Assim sendo, não há como aceitar que a simples existência de um contrato de locação dentre os diversos tipos contratuais inseridos no contrato em comento o tipificaria como um todo. Se esta premissa fosse verdadeira, os demais tipos contratuais inseridos no contrato “built to suit” não teriam qualquer relevância para o contrato aqui tratado, fato este que não ocorre.

Isto porque, o contrato “built to suit” somente se tornará regular após a verificação de alguns pré-requisitos, quais sejam: **(i)** identificação do imóvel específico; **(ii)** aquisição do referido bem pelo empreendedor-locador, seja por meio de compra e venda ou pelo direito de superfície; **(iii)** elaboração de todos os estudos técnicos necessários, inclusive do projeto que será executado; e **(iv)** execução da obra.

Entendemos que o contrato de locação possui algumas peculiaridades, de modo que uma simples locação, por si só, não caracteriza o contrato “built to suit”. Destarte, entendemos que o contrato de locação representa somente um dos tipos contratuais inseridos no contrato “built to suit”, de modo que a sua existência por si só não tipifica o contrato em comento.

Ademais, se entendermos que o contrato “built to suit” representa um contrato típico, estaríamos afirmado que se aplicariam todas as regras específicas atinentes ao contrato

¹⁹ AZEVEDO. Álvaro Villaça. *Teoria dos contratos típicos e atípicos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 170.

de locação, sendo aplicada, de forma incondicional a lei nº 8.245/91, alterada pela Lei nº 12.112/09 (Lei de Locação), fato este que poderia prejudicar toda a estruturação do contrato “built to suit”, como por exemplo, caso não fosse aceita a renúncia à ação revisional e caso fosse aceita à aplicação da multa proporcional para a devolução do imóvel pelo locatário, nos termos do artigo 4º da Lei, conforme veremos adiante.

Em razão de sua atipicidade, as partes devem estipular todos os preceitos aplicáveis ao contrato “built to suit” no caso concreto para evitarem interpretações errôneas seja pelo outro contratante ou pelo Poder Judiciário ou Câmara Arbitral quando da análise do contrato.

Quanto à **pessoalidade**, o contrato “built to suit” representa um contrato personalíssimo ou *intuito personae*.

Sob este prisma, Roberto Senise Lisboa afirma que: “*No contrato personalíssimo ou intuito personae apenas o obrigado pode vir a cumprir a obrigação, que é infungível, sob pena de responder por perdas e danos*”.²⁰

Assim sendo, é possível concluir que o contrato “built to suit” representa um contrato *intuito personae*, uma vez que o empreendedor irá adquirir determinado bem, bem como realizados os projetos e estudos necessários a fim de entregar uma verdadeira “encomenda” ao locatário, qual seja, a entrega de um bem imóvel com a sua devida construção, a fim de atender os interesses do locatário.

Resta patente que a celebração de todos os atos e providências anteriores à celebração do contrato de locação somente foram realizados pelo empreendedor visando à necessidade e interesses da locatária, de modo que a desistência da locatária quando da celebração do contrato de locação importará perdas e danos ao empreendedor que executou os atos anteriores visando à celebração de um contrato infungível com a locatária.

²⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. p. 96.

1.4 Tipos contratuais inseridos no Contrato “Built to Suit”

Conforme indicado no item 1.3 acima, o contrato “built to suit” representa um contrato atípico misto, uma vez que dito contrato possui em sua essência diversos tipos contratuais. Senão vejamos.

Em sua formação, o contrato “built to suit” possui algumas características do **contrato de prestação de serviços**, indicado nos artigos 593 a 609 do Código Civil.

Roberto Senise Lisboa conceitua o contrato de prestação de serviços como:

(...) o contrato por meio do qual uma das partes (o locador ou o prestador) desempenha uma atividade para a satisfação dos interesses da outra parte (o locatário ou o tomador de serviço), mediante remuneração, durante determinado prazo²¹.

Isto porque, o empreendedor-locador precisa, em caráter preliminar, desempenhar algumas atividades para satisfazer o interesse da locatária, qual seja, identificar um bem imóvel que atenda os interesses da locatária, bem como desenvolver os estudos técnicos necessários para apresentá-lo à locatária antes da execução do projeto pretendido.

Em sentido amplo, podemos afirmar o contrato aqui tratado possui algumas características do **contrato de empreitada** previsto nos artigos 610 a 626 do Código Civil.

Roberto Senise Lisboa conceitua o contrato de empreitada como o contrato por meio do qual o empreiteiro (...) é contratado para realizar determinada obra, mediante remuneração fixa ou proporcional ao serviço²².

Neste mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro conceitua a empreitada como “o contrato em que uma das partes se propõe a fazer ou mandar fazer certa obra,

²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. p. 281.

²² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. p. 288.

mediante remuneração determinada ou proporcional ao serviço executado. É a *locatio operis*²³.

Quando da celebração do contrato “built to suit”, o empreendedor se obrigará a entregar ao locatário determinada obra específica que atenda os interesses do locatário, sendo certo que, neste caso, o empreendedor assumirá todos os riscos e custos decorrentes do desenvolvimento da obra, assim como ocorre com o contrato de empreitada.

Destacamos, ainda, que, geralmente, o contrato de locação é celebrado na fase estrutural do negócio. Neste caso, as partes, empreendedor/locador e locatário, celebram um contrato “built to suit” sujeito à condição suspensiva, na forma do artigo 125 do Código Civil, ou seja, o contrato “built to suit” somente passará a vigorar após a superação de determinadas condições, tais como: **(i)** aquisição de determinado imóvel que atenda os interesses do locatário; **(ii)** aprovação do projeto construtivo do imóvel objeto do contrato em comento; e **(iii)** obtenção do certificado de conclusão da obra (habite-se) junto aos órgãos competentes.

Em sentido estrito, podemos destacar que o contrato “built to suit” possui algumas características do contrato denominado por alguns autores como “**turn key**” ou, ainda, como “**engineering**”.

Roberto Senise Lisboa conceitua o contrato de “engineering” como:

(...) contrato por meio do qual uma sociedade de engenharia se compromete perante uma pessoa física ou jurídica a prestar serviços que lhe proporcionem a instalação de uma indústria. A entidade de engenharia se compromete, assim, a: **a) fornecer o projeto de instalação da indústria; b) coordenar a construção da indústria; e c) colocar a indústria em funcionamento**²⁴.

O contrato “**built to suit**” possui algumas características do **contrato de compra e venda**, regulado pelos artigos 481 e seguintes do Código Civil. Nos termos do artigo 481 ora tratado, pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de coisa certa, e o outro, a pagar-lhe preço certo em dinheiro.

²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações. 2ª parte. 5 v. 26ª ed.* atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 195.

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos.* p. 306.

Conforme indicado no item 1.1 *supra*, o empreendedor/locador pode adquirir para si determinado terreno para viabilizar o desenvolvimento e construção do galpão que atenda os interesses do locatário, sendo certo que dito imóvel e sua construção será objeto do contrato de locação a ser celebrado oportunamente.

Ressaltamos apenas que o empreendedor locador não precisa necessariamente adquirir o domínio do imóvel para si. Ele poderá celebrar um contrato de direito de superfície (instituto regulado pelos artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil) com o proprietário do terreno, conforme indicado anteriormente.

O contrato “built to suit” possui algumas características do **contrato de locação** regulamentado pela Lei nº 8.245/91, alterada pela Lei nº 12.112/09. Isto porque, o objeto principal do contrato ora tratado objetiva a locação de determinado imóvel bem mediante uma contraprestação pecuniária, qual seja, o pagamento do aluguel.

Neste sentido, Roberto Senise Lisboa conceitua a locação predial como:

(...) contrato por meio do qual o locatário ou inquilino obtém a transferência provisória da posse de um imóvel ou de sua fração, construído mediante o pagamento periódico de remuneração “aluguel” ao locador²⁵.

Vale destacar que as operações “built to suit” não podem ser confundidas com as denominadas locações garantidas, denominadas por Maury Ângelo Bottesini e Kelly Durazzo Nadeu como:

(...) operações que foram realizadas por instituições financeiras interessadas em desmobilizar o capital empregado nos edifícios onde estavam instaladas suas agências, sucursais, centros de processamento de dados, depósitos e até residências para executivos.²⁶

Neste caso, as instituições financeiras celebravam um contrato de locação por um prazo determinado contendo garantias eficazes e cláusulas exorbitantes no tocante à rescisão

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. v. 3. 4ª ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 229.

²⁶ BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Kelly Durazzo. *Construção para arrendar no Sistema Financeiro Imobiliário*. in AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS, Rubens Carmo Filho. (coord.) *Direito Imobiliário: Questões Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 127.

unilateral do contrato de locação celebrado por ela locatária para trazer uma segurança sólida e rentável ao investidor que realizasse o contrato de locação com ela.

Observados os demais requisitos, entendemos que o contrato “built to suit” objetiva uma locação por um longo período entre o locador (empreendedor) e o locatário (pessoa física ou jurídica que necessita do bem imóvel para desenvolver a sua atividade).

No contrato aqui tratado, a remuneração da locação é realizada por meio do aluguel mensal, sendo certo que, neste caso, a remuneração do locador não diz respeito apenas ao valor da locação, uma vez que esta remuneração deverá compensar e amortizar os gastos realizados para a entrega do imóvel “encomenda” necessária para viabilizar a locação pretendida.

1.5 Evolução do Contrato “Built to Suit” no mercado imobiliário brasileiro

Conforme indicado no item 1.2 acima, as inovações introduzidas pela Lei nº 9.514/97 foram imprescindíveis para o avanço e desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro, uma vez que foram criadas novas formas para viabilizar investimentos no ramo imobiliário, como por exemplo, a possibilidade de securitização de recebíveis por meio da emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários.

Após a introdução da referida lei no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram novas regulamentações que foram cruciais para atrair os investidores atuantes no mercado de capitais para investirem nas operações lastreadas nos contratos “built to suit”. Senão vejamos:

A Resolução nº 2.514/98 destacou que o CRI representa um valor mobiliário, motivo pelo qual atribuiu a sua normatização à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), fato este que possibilitou uma participação concreta dos investidores, uma vez que as os CRI's possuíam amparo legal da CVM.

A Instrução da CVM nº 414/04 regulamentou o registro das ofertas públicas de CRI's, fato este que trouxe transparência às operações negociais realizadas.

As Leis nºs 11.033/04 e 11.196/05 regulamentaram a concessão de isenção de imposto de renda sobre a remuneração produzida pelos Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI's), razão pela qual a atuação dos investidores no mercado imobiliário tornou-se mais atrativa.

Em razão da edição das referidas instruções legais, os investidores perceberam que além de ser altamente lucrativa, a sua participação no mercado imobiliário por meio do contrato “built to suit” era segura e transparente.

Após a confirmação da eficácia e segurança das novas formas de captação de recursos para serem utilizados no mercado imobiliário brasileiro, empreendedores e investidores passaram a investir de forma substancial nos negócios envolvendo os contratos “built to suit”.

Em razão desta evolução, Rodrigo Ruete Gasparetto apurou que, somente em 2007, as emissões de CRI's realizadas pelas companhias securitizadoras por meio dos contratos “built to suit” ultrapassaram o montante de R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais), sendo as securitizadoras dos Grupos Walter Torre, Rio Bravo e Braccor as maiores atuantes nestas operações²⁷.

Dentre os diversos negócios celebrados por meio da securitização de recebíveis oriundas em contratos “built to suit”, destacamos os casos abaixo que indicam a sua consolidação e evolução no mercado imobiliário brasileiro.

(i) Caso 1 - WTorre e Grupo Accor: O Grupo WTorre (empreendedor) celebrou um contrato na modalidade “built to suit” com o grupo hoteleiro Accor (locatário) para desenvolver 20 (vinte) empreendimentos imobiliários (hotéis das bandeiras Fórmula 1 e Íbis) nas Cidades de Curitiba, Rio de Janeiro, Brasília, Palmas, Manaus, São Paulo, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Luís. Nesta operação será necessário o investimento pela WTorre de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), sendo certo que a empreendedora

²⁷ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. Contratos *built to suit*: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro. p. 70.

projetou que R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais) da importância total seria captada no mercado financeiro por meio da securitização dos recebíveis²⁸;

(ii) Caso 2 – Ibemec: A construção do novo *Campus* da Ibemec em São Paulo (Vila Olímpia) foi realizada por meio da utilização do contrato “built to suit”. O desenvolvimento do projeto foi realizado com recursos de investidores do mercado de capitais lastreados na securitização dos recebíveis do empreendedor (Sociedade de Propósito Específico – SPE – estruturada pela Elwing Empreendimentos Imobiliários). O valor deste negócio foi estimado em R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais)²⁹;e

(iii) Caso 3 – Unilever: A Grupo Unilever celebrou um contrato “built to suit” com o Grupo WTorre, a fim de viabilizar a construção de uma unidade industrial para a IGL Industrial Ltda. no Município de Ipojuca, localizado no Estado de Pernambuco. No caso em comento, a WTorre efetuou uma emissão de CRI's junto à CVM no valor de R\$ 25.200.000,00 (vinte e cinco milhões e duzentos mil reais) lastreada nos créditos imobiliários que possuía em decorrência desta operação.

1.6 Legislação aplicável ao Contrato “Built to Suit” no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme indicado no item 1.5 acima, em sua essência, o contrato “built to suit” é composto de diversos tipos contratuais, fato este que culmina na aplicação de diversas leis gerais e esparsas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro sobre o contrato em comento.

Preambularmente, cumpre destacar que será aplicada ao contrato em tela a Lei nº 8.245/91, alterada pela Lei 12.112/2009 (Lei de Locações). Ocorre que, em razão de sua natureza jurídica, dita Lei deverá ser aplicada de forma subsidiária, uma vez que entendemos que o contrato “built to suit” não é um contrato típico em razão de todas as peculiaridades, conforme indicado no item acima.

²⁸ BOECHAT, Yan. *Condomínios logísticos são nova aposta das grandes construtoras*. Valor Econômico, 10 abr. 2008 (Disponível em <http://www.ovaloreconomico.com.br>. Acesso em 09 abr. 2012.

²⁹ LEITE, Valéria Serpa. *Veris projeta crescimento de 25% este ano*. Gazeta Mercantil, 13 fev. 2008. Disponível em <<http://www.gazetamercantil.com.br>>. Acesso em 09 abr. 2012.

Em razão do quanto disposto acima, entendemos que a aplicação da Lei de Locações deve ser pontual, ou seja, para regular alguns conceitos e premissas, tais como conceito de locação/locador/locatário, algumas demandas específicas, tais como consignação em pagamento de aluguel e despejo (artigos 67 e 59, respectivamente), sub-rogação em caso de falecimento de um dos contratantes, direitos e deveres das partes contratantes, renúncia do direito de preferência em caso de alienação do imóvel pelo locador, entre outras.

Resta evidente que tal entendimento não afronta a Lei de Locações, que é considerada norma cogente e de ordem pública, uma vez que sua aplicação somente não ocorre pelo fato de que o contrato “built to suit” ser um contrato atípico e, portanto, não subordinado à aplicação integral da referida Lei, haja vista que esta aplicação afrontaria a natureza jurídica do contrato pra tratado. Senão vejamos.

Determina o artigo 4º da Lei ora tratada que o locatário poderá devolver o imóvel antes do término da locação caso pague a multa pactuada, proporcionalmente ao cumprimento do contrato ou, na sua falta, a multa que for estipulada judicialmente.

Assim sendo, concluímos que a locatária poderia, na forma do artigo 4º ora tratado, rescindir unilateralmente o contrato “built to suit” pagando um valor proporcional da multa estipulada, que representa a cláusula penal compensatória tratada no Capítulo subsequente ao invés de pagar a sua integralidade.

No mais, entendemos que, caso fosse aplicada a Lei de Locações em sua integralidade, poderia a locatária ingressar com a competente Ação Revisional para pleitear a revisão judicial do aluguel ao preço de mercado após 03 (três) anos contados da celebração do contrato ou acordo realizado entre as partes, nos termos dos artigos 19 e 68 da Lei de Locações.

Nesta esteira, o juízo competente poderia, inclusive, entender que a cláusula de renúncia da ação revisional inserida no contrato “built to suit” não poderia subsistir.

Ocorre que entendemos que a aplicação da multa proporcional e a revisão dos valores pactuados a título de aluguel, a fim de reduzir o valor anteriormente pactuado, afrontam a essência do contrato “built to suit”, haja vista que o valor do aluguel e da multa

compensatória foi estipulado não somente em razão da contraprestação do direito de uso do imóvel.

Tais valores foram estipulados após um prévio estudo contábil e financeiro realizado pelo empreendedor/locador que demonstre a taxa de retorno necessária para amortizar os investimentos realizados, bem como o preço de todas as operações realizadas, a saber: **(i)** a aquisição do bem; **(ii)** a elaboração e desenvolvimento do projeto; **(iii)** a construção da unidade comercial/industrial; e **(iv)** a captação de recursos junto ao mercado financeiro para viabilizar a operação pretendida pelas partes .

Neste sentido já se manifestou o escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados:

(...) Quando a estrutura do negócio jurídico ultrapassa ou envolve outros aspectos que não a relação locatícia, embora esta seja a relação que fundamente o recebimento da contraprestação por uma das partes, há que se sopesar os direitos conferidos pela Lei e Locações com as demais relações que estão abrangidas no pagamento do aluguel. Isto é, desde que se evidencie o pagamento do aluguel por um determinado período não configura a mera contraprestação pelo direito de uso de um imóvel, mas tem um signo mais amplo, onde o binômio aluguel e prazo representam a devida remuneração pelo investimento do locador, é possível argumentar que questões como a ação revisional ou o direito de rescisão antecipada do locatário devem ser relativizadas e sopesadas de forma a manter o efetivo equilíbrio contratual e a boa-fé das partes contratantes³⁰.

A jurisprudência pátria já vem se manifestando neste sentido. Senão vejamos:

“LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL - Contrato atípico (buit-to-suit) que encerra amplo feixe de direitos e deveres, relativos a contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação imobiliária, além de outras características próprias - Cláusula de renúncia à revisão do valor da remuneração mensal paga pela autora válida e eficaz, na medida em que firmada paritariamente com a ré enquanto na livre administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, não se confundindo com a renúncia ao direito constitucional de ação (CF, art. 5o, inc. XXXV) - Carência da ação confirmada. Ausência de interesse recursal da ré no que pertine ao pedido de alteração da fundamentação da sentença (de carência da ação por ausência de interesse processual para impossibilidade jurídica do pedido), à minguada de utilidade - Procedência do pedido contraposto: condenação da autora ao pagamento de multa penal equivalente a três aluguéis, por violação do contrato – Litigância de má-fé não configurada - Recurso de apelação não provido. Recurso adesivo não conhecido em parte. Na parte conhecida, provido em parte. TJ/SP. Apelação nº 992.08.037348-7. Rel. Des. Antônio Ribeiro Benedito Pinto. 25ª Câm. de Direito Privado. J: 04/05/2011. D: 14/06/2011.”

³⁰ TOZZINI, Freire, Teixeira e Silva Advogados. [s.a.] *Memorando: Operações Estruturadas Imobiliárias*. Artigo extraído como anexo do processo cível nº 053.11.2007.114275-7. São Paulo/SP, p. 504-510 in GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 52.

Cumpra destacar que, na fundamentação do julgado acima referido, o Relator Desembargador Antônio Ribeiro Benedito Pinto afirmou que:

Em razão da natureza do contrato (built-to-suit) - que não é, como quer fazer crer a autora, puramente de locação de imóvel, visto que esta é apenas uma de suas facetas, na medida em que apresenta elementos dos contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação, além de outras características próprias -, fizeram as partes constar do instrumento que o valor da remuneração mensal a encargo da autora não se referia somente ao uso e gozo do imóvel, mas também o custo de aquisição do terreno e da construção do imóvel pela ré, além de remunerar-lhe o capital próprio e de terceiros, obtido no mercado financeiro. Além disso, renunciaram o direito de pleitear judicialmente a revisão da remuneração (cláusula n° 21, alínea "h" à fl. 42).

O negócio jurídico firmado entre as partes não se submete exclusiva ou preferencialmente ao regime jurídico das locações de imóveis urbanos para fins residenciais ou comerciais (Lei n° 8.245/91). A avença contempla em seu bojo amplo feixe de direitos e obrigações às partes que extrapolam os limites da pura locação de imóvel, o que põe a legislação especial da locação em segundo plano quanto ao negócio jurídico sob exame, que deve ser regido pela autonomia da vontade privada, em atenção ao princípio da liberdade de contratar.

Cuidando-se de contrato paritário, em que as partes entabularam trocas úteis e justas de acordo com suas vontades e em posição de igualdade (par a par), ou seja, não sendo a renúncia predisposição de direito unilateral imposta por parte dominante em contrato de adesão, a **renúncia ao direito de revisar a remuneração é válida e eficaz, por força e homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato** (CC/2002, arts. 421 e 425)

O julgador entendeu, ainda, que:

Ao ingressar com esta ação revisional de aluguéis a autora infringiu a disposição contida na cláusula inserta no contrato em que se comprometera a não fazê-lo (n° 21, alínea "h", do instrumento contratual). Assim, deflagrou a incidência da cláusula penal de n° 15, alínea "a", expressa à fl. 58, que previa que aquele que infringisse cláusula ou disposição contratual estaria obrigado ao pagamento da penalidade, em quantia correspondente a três vezes o valor do aluguel à parte contrária.

Assim, não sendo o valor da cominação imposta na cláusula penal superior ao da obrigação principal; não se mostrando desproporcional às peculiaridades do negócio jurídico sob exame, e; tendo sido fixada livremente pelas partes em comum acordo em quantia reputada suficiente para reparar eventual prejuízo decorrente de violação do contrato, é ele devido inteiramente, mormente porque não se pode dizer que a obrigação tenha sido cumprida em parte, porquanto o contrato está vigendo por tempo indeterminado (CC/2002, arts. 412/413).

Assim sendo, entendemos claramente que o contrato “built to suit” é um contrato que possui certas peculiaridades que afastam a aplicação de certas disposições da Lei de Locações, tais como a impossibilidade de ingresso pela locatária de ação revisional após 03 (três) anos de validade do contrato ou do acordo pactuado e a possibilidade de incidência da cláusula penal compensatória inserida nos contratos celebrados.

Ademais, aplicar-se-á o Código Civil aos contratos “built to suit”, especialmente no que tange às regras gerais das relações contratuais inseridas no contrato “built to suit”

indicadas no item 1.4 acima, tais como as regras de compra e venda, direito de superfície, prestação de serviços, empreitada, entre outras.

Vale destacar que o próprio Código Civil permite a sua celebração, uma vez que o artigo 425 do Código Civil determina a licitude da estipulação de contratos atípicos, como é o caso do contrato “built to suit”, desde que observadas às normas gerais fixadas no Código Civil, regras estas observadas no Capítulo II adiante.

No mais, aplicar-se-á a Lei nº 9.514/97 aos contratos “built to suit” quando da realização pelo empreendedor/locador da securitização dos recebíveis imobiliários realizada para gerar os investimentos necessários para a construção do bem.

Quanto à obtenção dos recursos financeiros, vale destacar que o empreendedor poderá buscá-los por meio da emissão de Cédulas de Crédito Bancário, nos termos do artigo 26 da Lei nº 10.931/04³¹, sendo certo que, as partes contratantes deveriam observar, ainda, a referida Lei.

1.6.1 Os projetos de Lei nºs 6.562/2009 e 356/2001 desenvolvidos pelos Deputados Carlos Bezerra e Júlio Lopes

Cumprido destacar que os Deputados Carlos Bezerra e Júlio Lopes apresentaram 02 (dois) projetos de lei junto à Câmara dos Deputados sugerindo a tipificação do contrato “built to suit”, de modo a ser criada uma modalidade especial na Lei de Locações para o contrato “built to suit”.

Quando da análise da constitucionalidade dos Projetos de Leis ora tratados, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados entendeu por meio do relator Ribardo Berzoini que:

O direito é dinâmico e deve mudar conforme se modifica a vida social e suas exigências. Como tais contratos *built to suit* são cada vez mais frequentes, é forçoso que a lei os ampare e garanta seu cumprimento. (...) A locação contida no bojo dos contratos de construção ajustada terá amparo diferenciado da lei locatícia, prevalecendo os ajustes entre as partes estabelecidos de acordo com as necessidades

³¹ O art. 26 da Lei nº 10.931/04 dispõe “ipsis litteris” - A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

que geraram aquela construção (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Parecer extraído da análise do Projeto de Lei nº 6.562/2009 (apenso Projeto de Lei nº 356/2001). Rel. Deputado Ricardo Berzoini).³²

Assim sendo, é possível apurar que a própria Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados reconheceu que o direito é dinâmico, bem como o caráter diferenciado do contrato “built to suit”, fato este que justificou a necessidade de previsão expressa do conceito, regras e ditames do contrato ora tratado.

A redação aprovada pela referida Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sugeria a alteração da redação do artigo 4º, bem como a inclusão o artigo 54-A, ambos da Lei nº 8.245/91, alterada pela Lei nº 12112/2009 (Lei de Locações), a fim de regular o contrato “built to suit”, nos seguintes termos:

Art. 4º - 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.

(...)

Art. 54-A. - Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial e naquelas em que a locação decorra de operações em que o empreendedor adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pelo pretendente à locação, locando-o por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convenionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convenionada que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

§ 3º Os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento.

Ressaltamos que, após a conclusão do presente estudo, os referidos projetos de lei foram aprovados com ressalvas, ou seja, houve veto presidencial apenas do parágrafo 3º do artigo 54-A, que determinava o registro do contrato de locação “built to suit” no Registro de

³² BERZOINI, Ricardo. Parecer extraído da análise do Projeto de Lei nº 6.562/2009 (apenso Projeto de Lei nº 356/2001). Disponível em: <http://www.camara.gov.br> . Acesso em 20 jun. 2012.

Títulos e Documentos da situação do imóvel. Nestes termos, em 19 de dezembro de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.744 tratando do tema em comento.

Destacamos que a aprovação da Lei ora tratada consolida o posicionamento adotado no presente estudo e afasta expressamente eventual insegurança jurídica que possa pairar sobre os contratos “built to suit” diante das variadas interpretações que surgiram em razão da sua atipicidade até a aprovação da referida Lei, sendo certo, outrossim, que algumas destas interpretações desvirtuam a própria finalidade do contrato “built to suit” e são prejudiciais à operação negocial pretendida.

Destarte, concluímos que, com a promulgação e publicação dos referidos dispositivos, as partes têm ciência inequívoca de que é lícita a estipulação de cláusula penal compensatória em valor igual à obrigação principal representativa pelo pagamento de todos alugueis vincendos para o caso de rescisão antecipada do contrato pela locatária. Além disso, as partes teriam ciência da impossibilidade de revisão do aluguel estipulado nos contratos “built to suit” em razão da estrutura negocial, em razão do quanto exposto no presente estudo.

CAPÍTULO II - A CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA INSERIDA NO CONTRATO “BUILT TO SUIT”

2.1. Conceito de cláusula penal

Inicialmente, vale citar o sentido etimológico da cláusula penal em geral.

De acordo com Antônio Houaiss, a cláusula penal origina-se do grego, de *poinê*, es, e tem sua origem na expiração de um homicídio, resgate pago aos parentes da vítima, p. ext., compensação, vingança, punição, castigo, sentença, pena, sofrimento, dor. Pelo latim, advém de *poena, ae*, como “punição e sofrimento.”³³

Assim sendo, concluímos que, originalmente no Direito Romano, a cláusula penal, denominada como “*estipulatio poenae*”, representava em sua origem uma forma de punir a parte contratante que deixasse de cumprir com suas obrigações contratuais.

A cláusula penal não foi definida no Código Civil Brasileiro de 1916. Também não foi definida no Código Civil vigente. Sem prejuízo, destacamos que o fenômeno da cláusula penal está previsto no artigo 408 do Código Civil vigente, que assim determina:

Art. 408 – Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação, ou se constitua em mora.

Limongi França conceitua a cláusula penal como:

Um pacto acessório ou outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir alternativamente ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos em punição para o devedor inadimplente³⁴.

Sílvio de Salvo Venosa assevera que, por meio da cláusula penal “insere-se uma multa na obrigação, para a parte que deixar de dar cumprimento ou apenas retardá-lo³⁵”.

³³ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. pgs. 33.

³⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Raízes e dogmáticas da cláusula penal*. v.4. São Paulo: Saraiva, 1987.p. 320.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 367.

Para Álvaro Villaça Azevedo, a cláusula penal:

Se trata de uma cláusula fixada por escrito, nos limites da lei, de uma pena ou sanção, de natureza econômica, que pode consistir no pagamento de uma soma em dinheiro ou no cumprimento de qualquer obrigação, seja de dar um objeto (obrigação de dar) ou de realizar uma atividade (obrigação de fazer), desde que seja possível converter em dinheiro em caso de descumprimento de uma obrigação assumida.³⁶

Maria Helena Diniz assevera, ainda, que a cláusula penal:

Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação principal, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato (RT, 172:138; RF, 146:254; 120:18), se não cumprir o devido ou o fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual.³⁷

Atualmente, podemos concluir que a cláusula penal representa uma obrigação de natureza acessória, geralmente inserida pelas partes no instrumento que prevê a obrigação principal (ex: na Promessa de Venda e Compra de Bem Imóvel), a fim de prever as consequências de um inadimplemento, seja ela parcial ou total, conforme explanado adiante.

Entendemos que se trata, basicamente, de uma sanção de natureza econômica prevista pelas partes e que terá incidência quando uma das partes descumprir com as suas obrigações, podendo dita cláusula penal representar o pagamento de uma multa ou até mesmo de realização de uma atividade específica, desde que tal atividade possa ser convertida em dinheiro.

Além disso, entendemos que dita sanção poderá ser estipulada conjuntamente com a obrigação, como por exemplo, no próprio Contrato “Built to Suit” ou, ainda, em ato posterior em um documento apartado, como por exemplo, em um Memorando de Entendimentos (denominado muitas vezes como “MoU”), nos termos do artigo 409 do Código Civil.

Entendemos, ainda, que a cláusula penal poderá ser estipulada em favor das partes contratantes ou, ainda, em favor de terceiros, estranhos à relação negocial, como por exemplo,

³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações* in GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 87.

³⁷ DINIZ, MAARIA Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º v. *Teoria Geral das Obrigações*. 20 ed. rev., aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.405.

quando as partes estipulam o pagamento pelo locatário de certa quantia ao investidor que alocou certa importância significativa para viabilizar a construção da unidade comercial ou industrial para o locatário exercer a sua atividade.

Concluimos que a estipulação de pagamento em favor de terceiros não representará enriquecimento sem causa do investidor, uma vez que este patrocinou indiretamente a entrega do “imóvel encomenda” para o locatário. Assim sendo, é perfeitamente aceitável que este seja indenizado caso o locatário decida denunciar unilateralmente o contrato em comento.

Apesar da maioria dos doutrinadores convergirem quanto ao seu conceito, é possível concluir que existe uma divergência doutrinária quanto à sua finalidade.

Vale destacar que alguns doutrinadores, como por exemplo, Sílvio de Salvo Venosa³⁸, entendem que a cláusula penal possui apenas 02 (duas) finalidades, quais sejam: **(i)** indenizatória (pré-fixação de perdas e danos); e **(ii)** penalização (punição para a parte inadimplente).

Por outro lado, existem doutrinadores, como por exemplo, Cristiano Cassettari³⁹ e Maria Helena Diniz⁴⁰, entendem que a cláusula penal possui 03 (três) finalidades, quais sejam: **(i)** reforço da obrigação principal; **(ii)** forma de indenização; e **(iii)** penalização da parte infratora.

Em razão do quanto disposto acima, entendemos que o reforço da obrigação principal mostra-se evidente, uma vez que as partes tentarão adimplir com suas obrigações para evitarem a aplicação da pena pecuniária. No âmbito prático, é possível apurar que a sanção econômica é muito eficaz no âmbito obrigacional.

Ademais, cumpre destacar que a cláusula penal representa uma forma de indenização clara, uma vez que as partes já estipulam o seu valor imaginando as

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 367.

³⁹ CASSETTARI, Cristiano. Cláusula Penal, uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói. Dissertação de Mestrado em Direito Civil apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2007, p. 16.

⁴⁰ DINIZ, MARIA Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. p. 406.

consequências oriundas do inadimplemento obrigacional, ou seja, as partes já estipulam as perdas e danos cabíveis em favor da parte inocente em razão do não cumprimento da obrigação pactuada anteriormente.

A penalização também se mostra evidente, haja vista que a cláusula penal representa uma sanção para a parte infratora, sendo certo que esta deverá suportar dita penalização em razão do descumprimento da obrigação principal.

Destarte, entendemos que a corrente aceita por Cristiano Cassettari e Maria Helena Diniz, acima indicada é a mais adequada, uma vez que a cláusula penal estipulada pelas partes poderá reforçar o cumprimento da obrigação principal, de forma que servirá de estímulo para as partes cumprirem com as suas obrigações, pois estas já terão ciência, desde a celebração do negócio jurídico principal, que o descumprimento levará ao ensejo de uma punição já pré-fixada a título de perdas e danos.

Vale destacar, ainda, que, de acordo com Maria Helena Diniz, a cláusula penal possui as seguintes características: *(i) acessoriedade; (ii) condicionalidade; (iii) compulsoriedade; (iv) subsidiariedade; (v) ressarcibilidade; e (vi) imutabilidade relativa.*⁴¹ Senão vejamos:

A cláusula penal representa uma estipulação acessória, dependendo do descumprimento da obrigação principal para ser aplicável no caso *in concreto*.

Nestes termos, cumpre destacar que a nulidade da obrigação principal importará na nulidade da cláusula penal, que representa uma obrigação acessória, não podendo ser executada nos termos do artigo 92 do Código Civil, salvo casos excepcionais que podem gerar algum pleito indenizatório em razão da nulidade da cláusula penal, como por exemplo, a cláusula penal estipulada em contrato de venda e compra de coisa alheia, como bem recorda Maria Helena Diniz em uma de suas obras⁴², situação pela qual o credor evicto poderá ingressar com uma demanda de perdas e danos em razão dos prejuízos sofridos, devendo fazer prova dos prejuízos em juízo.

⁴¹ DINIZ, MARIA Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. p. 409/410.

⁴² DINIZ, MARIA Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações. p. 408.

Entendemos que a cláusula penal representa uma obrigação **condicional**, pois depende da ocorrência de um evento futuro e incerto, qual seja, o inadimplemento obrigacional, seja ele total ou parcial.

No mais, entendemos que a cláusula penal possui um caráter **compulsório**, podendo ser exigida pelo credor independentemente da comprovação do prejuízo, conforme será explanado no item 2.4 adiante.

Além disso, concluímos que a cláusula penal possui um caráter **subsidiário**, uma vez que, em caso de ocorrência de inadimplemento total, ela substituirá a obrigação não cumprida, se assim o credor desejar.

Concluímos, ainda, que a cláusula penal possui um caráter de **ressarcibilidade**, pois constitui uma pré-fixação de perdas e danos em caso de inadimplemento obrigacional.

Por fim, concluímos que a cláusula penal possui **imutabilidade relativa**, de forma que o valor estipulado a título de cláusula penal poderá ser reduzido equitativamente pelo magistrado, conforme será debatido no item 2.5 adiante.

2.1.1 Classificação da cláusula penal em geral

Determina o artigo 409 do Código Civil que a cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à inexecução de uma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Para fins do presente estudo, podemos afirmar que a cláusula penal se divide em 02 (duas) espécies, a saber: **(i)** cláusula penal compensatória; e **(ii)** cláusula penal moratória.

Sob este prisma, Sílvio de Salvo Venosa assevera que:

Quando a multa é aposta para o descumprimento total da obrigação, ou de uma de suas cláusulas, será compensatória. Como denota a própria rotulação, sua finalidade é compensar a parte inocente pelos entraves e infortúnios decorrentes do descumprimento. Quando se apõe a multa para o cumprimento retardado da obrigação, mas ainda útil para o credor, a cláusula penal será moratória. Nesta

hipótese, o devedor moroso pagará um *plus* pelo retardamento no cumprimento de sua obrigação (...)⁴³.

Nelson Rosenvald, adepto da Teoria da Pena seguida por Savigny, classifica a cláusula penal como pura e impura⁴⁴. Para o doutrinador em comento, a cláusula penal pura é aquela que decorre da mora do devedor e que funciona como uma pena. Por sua vez, a cláusula penal impura é aquela que ao invés de constranger o devedor ao cumprimento da obrigação (pena), serve como forma de ressarcimento integral do dano.

Vale destacar que a cláusula penal compensatória é aquela que decorre do inadimplemento integral da obrigação, ou seja, é aquela que será exigível quando a obrigação for descumprida por uma das partes, como por exemplo, quando o locatário rescindir unilateralmente o Contrato “Built to Suit” celebrado anteriormente com o locador/empreendedor.

Rodrigo Ruete Gasparetto assevera que a cláusula penal compensatória é criada em benefício do credor como maneira de reforçar o vínculo obrigacional, persuadindo o devedor a cumprir a obrigação sob pena de ser punido⁴⁵.

Assim, é possível concluir que a inclusão da cláusula penal compensatória tem como finalidade precípua determinar o limite da indenização, ou seja, ela representará uma pré-fixação de perdas e danos para o credor, sendo certo que o devedor já terá conhecimento deste limite indenizatório desde a celebração do negócio jurídico principal.

Por outro lado, a cláusula penal moratória é aquela que será exigida somente em razão do retardamento do cumprimento da obrigação pelo devedor. Neste caso, a cláusula penal será devida quando o devedor cumprir de forma morosa ou defeituosa a obrigação, como por exemplo, quando o locatário realizar o pagamento do aluguel devido após o seu vencimento.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 368-369.

⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*. Tese de Doutorado em Direito Civil defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2007. P. 131.

⁴⁵ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 94.

Ressaltamos que a cláusula penal, especialmente a cláusula penal compensatória, muitas vezes definida como multa, não deve assim ser definida, uma vez que tal definição poderá afastá-la de sua finalidade ou, ainda, confundi-la com institutos semelhantes, como por exemplo, as arras penitenciais.

Concluímos que definir a cláusula penal como multa seria admitir apenas o seu caráter punitivo. Assim sendo, restaria afastada a sua finalidade de reforçar a obrigação principal.

Ademais, destacamos que em se tratando de arras penitenciais, a parte que desistiu do negócio perderá o sinal pelo arrependimento do negócio. Por sua vez, em se tratando de cláusula penal compensatória, a sanção ou multa será devida pelo descumprimento intergral de certa obrigação.

Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa, afirma que:

Há quem denomine multa simples, para distinguir da cláusula penal, aquelas imposições gerais punitivas para a infração de certos deveres, como por exemplo, o dever de lealdade do empregado no contrato de trabalho e a multa derivada das infrações de trânsito. Essas multas têm o caráter preponderantemente inibitório e coercitivo e não se confundem com a multa contratual ora prevista, que busca uma prefixação de indenização.⁴⁶

Destacamos que o tema do presente trabalho está atrelado à cláusula penal compensatória, ou seja, aquela decorrente do inadimplemento integral da obrigação. Ressaltamos apenas que o cumprimento moroso decorrente do inadimplemento parcial não enseja a rescisão do negócio jurídico, ele constitui apenas uma pena pela morosidade no cumprimento da obrigação.

Além disso, cumpre destacar que o enfoque do presente trabalho está atrelado aos reflexos e às consequências jurídicas que surgirão quando apurado o descumprimento integral de certa obrigação por uma das partes (no contrato “built to suit”).

Vale dizer que, no caso em comento, resta precária, em um primeiro momento, a possibilidade de composição amigável entre as partes, de modo que a análise dos referidos

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 378.

reflexos e consequências jurídicas são imprescindíveis para garantir a natureza jurídica do negócio celebrado.

2.2 Requisitos de Validade da Cláusula Penal Compensatória inserida no Contrato “Built to Suit”

Vale destacar que a cláusula penal somente poderá ser exigida se presentes os seguintes requisitos: **(i)** existência de uma obrigação principal válida; **(ii)** existência da inexecução total da obrigação; e **(iii)** imputabilidade ao devedor do descumprimento obrigacional.

Conforme indicado acima, a cláusula penal possui um caráter de acessoriedade. Assim sendo, ela somente poderá ser exigida se o contrato principal possuir validade.

Imaginemos um caso em que contrato “built to suit” é celebrado por partes relativamente incapazes, nos termos do artigo 4º do Código Civil, sendo certo que dito contrato foi celebrado sem a devida representação.

Idealizemos, ainda, no mesmo caso, que o locatário decida resilir unilateralmente o contrato sem efetuar o pagamento do valor estipulado para a cláusula penal compensatória. Neste caso, a validade e, por consequência, exigência, por parte do empreendedor/locador, da cláusula penal compensatória está condicionada à regularização da representação.

Vale destacar que, no caso acima, caso a representação da parte não seja realizada, a parte prejudicada poderá ingressar com uma demanda indenizatória, a fim de ressarcir os prejuízos sofridos. Ocorre que, neste caso, o credor deverá comprovar o prejuízo sofrido para tentar ser ressarcido. Assim sendo, nesta situação, o credor dependerá do entendimento do magistrado para ser ressarcido, caso que não ocorreria se a obrigação principal estivesse regular.

Verifique-se, ainda, que a validade e, por consequência, a exigibilidade da cláusula penal está condicionada à inexecução total da obrigação, nos termos do artigo 409 do

Código Civil. Assim sendo, a cláusula penal somente poderá ser exigida se a obrigação principal for descumprida.

Assim sendo, não poderá o empreendedor/locador exigir do locatário o pagamento da cláusula penal se este simplesmente atrasar o pagamento dos aluguéis. Nestes termos, a cláusula penal somente poderá ser exigida se o locatário denunciar unilateralmente o contrato “built to suit”.

Se o cumprimento da obrigação for tardio, o credor não poderá exigir do devedor o pagamento do valor atribuído à cláusula penal compensatória. Neste caso, o credor somente poderá exigir o pagamento da cláusula penal moratória, se houver previsão da referida cláusula no Contrato principal ou em documento apartamento.

Desta forma, o credor não poderá utilizar a cláusula penal compensatória para fazer um cálculo proporcional da cláusula penal moratória em caso de cumprimento tardio da obrigação principal, haja vista que a cláusula penal compensatória não se confunde com a cláusula penal moratória. Tratam-se de estipulações diversas, conforme indicado no item 2.1 acima.

No mais, concluímos que a validade da cláusula penal compensatória está condicionada à imputabilidade do devedor, ou seja, está condicionada ao descumprimento culposo ou doloso da obrigação.

Caso seja comprovado que o inadimplemento da obrigação ocorreu em razão de caso fortuito ou força maior, o credor não poderá exigir o pagamento da cláusula penal, uma vez que, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, salvo se expressamente houver por eles responsabilizado, conforme dispõe o artigo 393 do Código Civil.

Desta forma, não poderá o empreendedor/locador exigir o pagamento da cláusula penal inserida no contrato “built to suit” caso a rescisão do contrato em tela seja oriunda de caso fortuito ou força maior, como por exemplo, caso o imóvel seja destruído em razão de uma inundação.

No caso em comento, não poderia o locatário continuar pagando os aluguéis até o término do contrato se o imóvel não existe ou não pode mais ser utilizado. Verifique-se que a principal contraprestação do locatário é a utilização do bem. Se este não pode mais utilizar o imóvel, entendemos que não caberia a execução da cláusula penal. Neste caso, as partes deveriam chegar a uma solução com base na boa-fé objetiva e nos princípios gerais de Direito.

2.3 Limites de fixação da cláusula penal compensatória nos Contratos “Built to Suit”

Respeitadas as interpretações doutrinárias diversas, entendemos que não há como se admitir que a cláusula penal represente uma obrigação alternativa se uma das funções é a de reforçar o cumprimento da obrigação principal, conforme tratado no item 2.1 acima. Assim sendo, o devedor não pode optar entre o cumprimento da obrigação e o pagamento da cláusula penal, conforme sua conveniência.

Conforme tratado acima, uma das funções instituída da cláusula penal é a de estimular o cumprimento da obrigação, ou seja, o devedor já saberá desde o início que se descumprir com suas obrigações contratuais ele deverá arcar com uma multa compensatória.

O devedor deve sempre almejar o cumprimento da obrigação principal. A estipulação da cláusula penal compensatória visa apenas evitar as consequências de um inadimplemento não previsto pelas partes.

Assim sendo, a cláusula penal não poderá ser superior ao valor da obrigação principal, conforme disposição do artigo 412 do Código Civil, determinação esta já prevista no artigo 420 do Código Civil de 1916.

Conforme explanado acima, a cláusula penal compensatória representa uma obrigação acessória (e não uma obrigação alternativa), devida somente no caso de descumprimento integral de certa obrigação, de modo que a obrigação acessória não pode ser superior ou mais benéfica que o cumprimento da obrigação principal.

Vale destacar, ainda, que a incidência da cláusula penal no caso *in concreto* independe da comprovação do dano efetivo, nos termos do artigo 416 do Código Civil. Destarte, a cláusula penal será devida a partir do inadimplemento, seja parcial ou total, conforme será verificado adiante, ou seja, o credor não precisará comprovar a ocorrência do dano para pleitear a cláusula penal, bastará apenas demonstrar a ocorrência do inadimplemento.

Por outro lado, cumpre destacar que, caso a cláusula penal prevista pelas partes seja inferior ao prejuízo sofrido pelo credor, este não poderá exigir a indenização do valor excedente se assim não houver convencionado. Caso haja previsão contratual do valor excedente, o credor deverá provar ao juízo competente o valor excedente, nos termos do parágrafo único do artigo 416.

Clóvis Bevilacqua já expressou o seu pensamento quando tratou do tema em comentário sob a égide do Código Civil de 1916. Senão vejamos:

Pode ser dúvida, acontecer que a pena estipulada seja inferior ao prejuízo realmente sofrido pelo credor. Pensam alguns que, neste caso, a lei deva permitir-lhes reclamar, além da pena, o restante do prejuízo. O sistema do Código Civil de 1916 não admitia, porém, essa cumulação de pena e de suplemento de perdas e danos, que tiraria à cláusula penal uma de suas principais vantagens, que é a prévia determinação de perdas e danos e consequentemente simplificação do processo, dispensando a liquidação. Tal cumulação somente se admitirá quando expressamente estipulada.⁴⁷

Considerando que uma das funções da cláusula penal é a pré-fixação de perdas e danos, resta clara a limitação da cláusula penal imposta, de modo que as partes não poderão exigir um valor suplementar além da cláusula penal. Quando da estipulação da cláusula penal, as partes realizam um estudo do valor adequado para as perdas e danos cabíveis. Assim sendo, é factível aceitar a limitação desta indenização.

Sem prejuízo, as partes poderão verificar que o valor da cláusula penal é imensurável antes do início do negócio jurídico pactuado. Nesta hipótese, as partes poderão fixar uma cláusula penal e incluir a previsão “sem prejuízo das partes e danos cabíveis” no Contrato, de modo a garantir que eventuais prejuízos sejam indenizados.

⁴⁷ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. 7 ed. Rio de Janeiro, apud FRANÇA, Rubens Limongi. *Raízes e dogmáticas da cláusula penal* p. 66.

Entendemos que a estipulação da indenização complementar não afronta os ditames da Lei nº 12.744 de 19 de dezembro de 2012, sancionada após a conclusão do presente estudo, que prevê a limitação da cláusula penal à soma dos aluguéis vincendos, uma vez que, neste caso, estamos abordando o caso de indenização decorrente de prejuízos suplementares ao invés do valor estipulado para a cláusula penal.

Ressaltamos que nesta última hipótese, o credor deverá comprovar o dano suplementar efetivo, a fim de evitar o enriquecimento sem causa previsto no artigo 884 do Código Civil, que assim determina:

Art. 884 - Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Ao tratar do enriquecimento sem causa, Giovanni Ettore Nanni esclarece que:

O excesso de pena não surge no momento em que a pena ultrapassa os danos reais, porém no instante em que é ultrapassada a função de garantia que é a sua razão de ser. Ou seja, haverá um momento em que a quantidade da pena já não significa maior garantia para o credor. Só aí surgirá o enriquecimento sem causa.⁴⁸

Assim como Giovanni Ettore Nanni, entendemos que a inserção da cláusula penal juntamente com a previsão de “indenização suplementar comprovada” por si só não gera o enriquecimento sem causa. A parte lesada não pode deixar de ser indenizada integralmente pelos prejuízos sofridos, se assim previsto contratualmente, simplesmente pelo fato este dano ser superior à cláusula penal pactuada.

O enriquecimento sem causa somente seria evidente no caso de perda de umas das finalidades da cláusula penal. Ele somente se caracterizaria caso a exigência da cláusula penal fosse mais benéfico ao credor do que o próprio cumprimento da obrigação principal.

Após a digressão sobre cláusula penal compensatória nos contratos “built to suit”, concluímos que sua inserção é imprescindível para garantir o cumprimento das obrigações assumidas pela locatária.

Concluímos, ainda, que, geralmente, o empreendedor/locador, cede os créditos imobiliários futuros (aluguéis vincendos) que possui para investidores, a fim de garantir o

⁴⁸ NANNI, Giovanni. Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Sariva, 2004, p. 386.

desenvolvimento da operação, de modo que, a rescisão antecipada do contrato poderá trazer inúmeros prejuízos tanto para o empreendedor/locador, que viabilizou o negócio, como para os investidores, que desembolsaram uma quantia expressiva acreditando no desenvolvimento regular do contrato de locação.

Assim sendo, entendemos que faz-se necessária a inclusão de uma cláusula penal eficaz no contrato de locação a ser firmado com a locatária, a fim de garantir o cumprimento do contrato, sendo certo, outrossim, que a simples inclusão desta cláusula, bem como a inclusão de uma cláusula prevendo a possibilidade de apuração de danos suplementares além da cláusula penal, por si só não importaram em enriquecimento sem causa do empreendedor/locador.

Por outro lado, vale destacar que, quando a finalidade da cláusula penal for mais vantajosa para o credor do que o próprio cumprimento do contrato, como, por exemplo, quando o empreendedor/locador fixar o valor da cláusula penal em valor superior a somatória dos aluguéis vincendos, mostra-se evidente o enriquecimento sem causa.

Rodrigo Ruete Gasparetto, ao tratar do tema, afirma que:

A conclusão não há de ser outra senão que o princípio, que veda o enriquecimento sem causa, é perfeitamente aplicável aos contratos “built to suit”, mais propriamente a cláusula penal compensatória desses contratos que estabelecem e fixam as perdas e danos em valores considerados não usuais para a usuária-locatária em caso de rescisão antecipada⁴⁹.

Não há como se aceitar a validade de uma cláusula penal em valor superior ao valor representativo da soma dos aluguéis vincendos (valores não usuais), pois, neste caso, a cláusula penal perdeu o seu efeito e tornou-se uma forma de enriquecer injustamente o credor. Dificilmente o credor conseguirá demonstrar este eventual prejuízo maior do que seria o cumprimento da obrigação principal.

Assim sendo, entendemos que a somatória dos aluguéis vincendos representa uma limitação, no âmbito teórico, para a fixação da cláusula penal nos contratos “built to suit”.

⁴⁹ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 133.

Ademais, entendemos que a cláusula penal que fixa a integralidade do valor dos aluguéis previstos nos contratos “built to suit”, em tese, representa uma forma de enriquecimento sem causa, uma vez que o locatário já adimpliu parcialmente com suas obrigações quando efetuou o pagamento dos aluguéis vencidos. Isto porque, o empreendedor/locador também já amortizou parte desta “dívida” da locatária, de modo que ele não pode pleitear o pagamento em dobro destes aluguéis, sob pena de enriquecer-se injustamente às custas da locatária.

De outra sorte, concluímos que o empreendedor/locador não pode ser prejudicado em razão da redução do valor da cláusula penal simplesmente pelo fato de permanecer com o bem objeto do contrato livre para negociá-los com terceiros, pois o empreendedor locador poderá ter dificuldades em celebrar novo contrato de locação em razão do imóvel “encomendado” para a locatária, conforme será explanado no item 2.5 adiante.

Sem prejuízo do quanto disposto acima, entendemos que a cláusula penal compensatória inserida no contrato em tela, em razão de sua acessoriedade, poderá ser afastada em razão da resolução do contrato “built to suit” ou até mesmo reduzida em razão da presença da teoria da imprevisão estampada nos artigos 478 e 480 do Código Civil, que assim determinam:

Art. 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

(...)

Art. 480 - Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Neste contexto, Sílvio de Salvo Venosa afirma que:

Em primeiro lugar, devem acontecer ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como examinamos, tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos. Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não cumprimento da avença.(...) Esses acontecimentos devem refletir diretamente sobre a prestação do devedor. Não são motivo de revisão os fatos, por mais imprevisíveis, que não aumentam o sacrifício do obrigado. O instituto caracteriza-se pela incidência sobre a prestação devida, tornando-a

excessivamente onerosa para o devedor. Isto é o que distingue a imprevisão do caso fortuito e da força maior (...).⁵⁰

Destarte, afirmamos que presente o requisito da onerosidade excessiva decorrente de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que afetem o locatário, como por exemplo, um déficit no mercado financeiro que afete a sociedade como um todo por um longo período, o locatário poderá pleitear judicialmente a redução da cláusula penal inserida no contrato “built to suit” de que faz parte ou, ainda, pleitear a sua resolução em razão da teoria da imprevisão acima explanada.

2.4 Limites de redução da cláusula penal nos Contratos “Built to Suit”

Vale destacar que o artigo 413 do Código Civil determina a redução da cláusula penal quando a obrigação tiver sido cumprida em parte ou, ainda, quando a penalidade cabível no caso *in concreto* for excessiva. Senão vejamos:

Art. 413 - A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Ademais, vale salientar que a redução da cláusula penal compensatória representa um indicador do princípio da limitação da autonomia da vontade, princípio este inserido subjetivamente no Código Civil de 2012.

Nestes termos, cumpre esclarecer que o princípio da limitação da autonomia da vontade visa afastar o sentido individualista marcante no Código Civil de 1916, transmitido por meio do princípio da autonomia da vontade (“*pacta sunt servanda*”).

Cumpre destacar, ainda, que é perceptível no Código Civil de 2002 que as disposições contratuais não podem ser aplicadas de forma absoluta, ou seja, sem qualquer relativização, uma vez que nem sempre as partes envolvidas no negócio estão em pé de igualdade, em razão dos princípios gerais de Direito.

Ademais, cumpre destacar que a redução da cláusula penal é permitida em razão do princípio da boa-fé objetiva, indicada no artigo 421 do Código Civil.

⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 498.

Sílvio de Salvo Venosa, ao tratar do tema, afirma que:

O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.⁵¹

Assim sendo, verifica-se que, em razão do princípio da boa-fé objetiva e do princípio “*pacta sunt servanda*”, a redução da cláusula penal poderia ocorrer em quando verificadas as seguintes hipóteses: **(i)** obrigação parcialmente cumprida; e/ou **(ii)** penalidade manifestamente excessiva.

Quanto ao cumprimento parcial da obrigação, vale destacar que o credor deve tirar proveito deste cumprimento parcial, ou seja, a obrigação parcialmente cumprida pelo devedor deve trazer algum benefício para o credor.

Neste sentido, Kemelmajer de Carlucci, doutrinador argentino, assevera que: (...) *el cumplimiento parcial o defetuoso debe haber sido útil para el acreedor.*⁵²

Assim sendo, analisamos que, caso o credor não tirasse proveito do cumprimento parcial da obrigação, a redução da cláusula penal mostrar-se-ia injusta e beneficiaria a parte inadimplente, que, além de descumprir a sua obrigação, conseguiu obter a redução de sua penalidade em razão do cumprimento de uma obrigação ineficaz e não proveitosa.

Nestes termos, imaginemos que o locatário, no caso concreto, efetuou o pagamento dos aluguéis devidos até o presente momento em razão da celebração do contrato “built to suit” com determinado empreendedor. No entanto, o locatário deseja denunciar o contrato em tela antes do término previsto para tanto. Neste caso, o empreendedor não poderia exigir do locatário, a título de cláusula compensatória, valor correspondente à integralidade dos aluguéis previstos no contrato, uma vez que o empreendedor foi beneficiado com o pagamento dos aluguéis realizados até o momento da denúncia do contrato.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 409.

⁵² CARLUCCI, Aída Kemelmajer. *La cláusula penal*. Buenos Aires. Depalma, 1991, apud KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula penal no Código Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007. 39

Ademais, entendemos que não é qualquer excesso que autoriza a redução da cláusula penal, mas tão somente aquela que demonstrar ser manifestamente excessiva e que poderia afrontar a boa-fé objetiva, os princípios gerais de direito, a função social da cláusula penal e/ou as finalidades da cláusula penal.

Assim sendo, não poderia o locatário que celebrou o contrato “built to suit” exigir uma redução drástica do valor atribuído à cláusula penal pelo simples fato de efetuar o pagamento de parte dos aluguéis vincendos, haja vista que, neste caso, a penalidade imposta ao inquilino não seria manifestamente excessiva.

Salientamos, ainda, que não basta que o dano seja inferior ao valor da cláusula penal para que seja autorizada a redução da cláusula penal, uma vez que a cláusula penal possui outras finalidades além da pré-fixação das perdas e danos.

Conforme indicado acima, além da função de pré-fixação das perdas e danos, a cláusula penal serve de estímulo para o cumprimento da obrigação principal, bem como uma forma de penalizar a parte inadimplente, de modo que a redução da cláusula penal deve ocorrer somente em caráter excepcional.

Sob este prisma, Rodrigo Ruete Gasparetto assevera que:

De fato, reduzir a cláusula penal ao dano efetivamente sofrido pelo credor seria ferir a função coercitiva da cláusula penal e estimular o devedor ao inadimplemento, garantindo-lhe que o Poder Judiciário jamais lhe condenará a prejuízos superiores ao que este causou. (...) Não é qualquer excesso que será passível de redução pelo Poder Judiciário, mas sim aquele excesso manifesto. Pois, do contrário, estaríamos limitando a cláusula penal e convertendo-a a uma cláusula de limitação de obrigação de indenizar.⁵³

Destarte, cumpre destacar que, caracterizado um dos 02 (dois) requisitos acima tratados, o Poder Judiciário poderá reduzir a cláusula penal inserida livremente pelas partes nos contratos em geral. A jurisprudência já se manifestou neste sentido. Senão vejamos:

“DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO FÍSICO PARA EVENTOS. CANCELAMENTO. MULTA CONTRATUAL. PENALIDADE. REDUÇÃO. CABIMENTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. A regra é a força obrigatória dos contratos princípio pacta sunt servanda. *Excepcionalmente, tem se admitido a revisão do contrato, como no caso da cláusula penal que poderá ter a penalidade reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido*

⁵³ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 115.

cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (CC, art. 413). Configura excessiva a multa contratual correspondente a 100% do preço ajustado, cabendo a redução em patamar suficiente para indenizar a parte inocente pelo descumprimento total da obrigação. 2. Quando cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos os encargos financeiros da sucumbência, de acordo com a derrota objetiva experimentada. Recursos desprovidos.” TJ/SP. Apelação nº 0132950.86.2008.26.0100 Rel. Des. Dr. Cerqueira Leite. 12ª Câmara de Direito Privado. J: 01/08/2012. “DJ: 13/08/2012”.

Destacamos que não é necessária a presença cumulativa dos 02 (dois) requisitos acima indicados, uma vez que, caracterizado um dos requisitos, a cláusula penal poderá ser reduzida pelo Judiciário.

No mais, cumpre destacar que o magistrado possui o poder-dever de reduzir a cláusula penal diante da presença dos referidos requisitos, conforme determina o artigo 413 do Código Civil.

Verifica-se assim que não se trata de uma mera faculdade do magistrado, de modo que configurado o cumprimento parcial (e proveito) da obrigação ou, ainda, caracteriza a penalidade manifestamente excessiva, o magistrado **deverá**, excepcionalmente, reduzir o montante estabelecido para a cláusula penal, a fim de atender a própria finalidade da cláusula penal.

Para ilustrar o entendimento acima, verifique-se o seguinte julgado:

“Ação de cobrança - Contrato de prestação de serviços de administração de bens imóveis - Rescisão prematura deflagrada pela ré - Cláusula penal fixada em valor absoluto - Quantificação - Exegese dos arts. 412 c. c. 413 do CC - Excesso verificado ante a só confrontação entre o valor da cláusula penal e a execução de serviços até a primeira fase, de anúncios e publicidade de imóveis, sem concretização de qualquer locação - Valor aleatório da cláusula penal para imóveis não alugados, tendo como base de cálculo o valor de mercado - **Poder - Dever ao juiz de reduzir equitativamente o montante da penalidade - Incensurável a prestação jurisdicional ao fazê-lo motivadamente** - Atualização monetária, juros de mora e compensação dos encargos de sucumbência definidas - Recursos desprovidos, com observação.” TJ/SP. Apelação nº 9064654-96.2007.8.26.0000 Rel. Des. Dr. Cerqueira Leite. 12ª Câmara de Direito Privado. J: 01/08/2012. DJ: 13/08/2012”.

Podemos afirmar, ainda, que a redução da cláusula penal deve ocorrer de forma **equitativa** conforme determinação do artigo 413 do Código Civil.

Vale destacar que a expressão “*redução equitativa*” não significa, necessariamente, “*redução proporcional*”.

Neste sentido, Vicente Ráo determina que existem 03 (três) princípios que devem nortear a decisão equitativa, a saber:

- (i) por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais;
- (ii) todos os elementos que concorrem para constituir a relação sub judice devem ser considerados; e
- (iii) dentre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais suave e humana.⁵⁴

Da análise do conceito da cláusula penal, podemos concluir que a redução equitativa é aquela mais justa, mais suave e que atenda a boa-fé objetiva e os bons costumes, bem como atender aos seus fins sociais e econômicos.

Não basta a comprovação de cumprimento parcial da obrigação pelo devedor, este cumprimento deve ser proveitoso para o credor, caso contrário a redução seria injusta.

Por outro lado, caberá a redução da cláusula penal caso seja demonstrado o cumprimento parcial (e proveito) da obrigação, ou, ainda, caso a penalidade imposta represente uma forma de enriquecimento ilícito do credor, na forma do artigo 884 do Código Civil.

Vale destacar, ainda, que a lei não previu expressamente a possibilidade de redução da cláusula penal pelo magistrado em caso de ser verificada a estipulação da cláusula penal compensatória em valor superior ao da obrigação principal.

Conforme estipulado no item 2.3 acima, o artigo 412 veda a estipulação da cláusula penal compensatória em valor superior àquele estipulado para a obrigação principal, fato este que aumentou o rol de possibilidades de redução da cláusula penal, de modo que o juiz poderá no caso *in concreto* reduzir a cláusula penal compensatória livremente estipulada pelas partes em razão da vedação legal.

⁵⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, apud CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, apud, GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. p. 119.

Sem prejuízo, o magistrado poderá, ainda, no caso *in concreto*, entender que a cláusula penal em valor superior ao valor da obrigação principal representa uma penalidade manifestamente excessiva e, na forma do artigo 413 do Código Civil, reduzir o seu valor.

Diante do quanto disposto acima, é possível concluir que o magistrado deve analisar a cláusula penal inserida do contrato “built to suit” com muita cautela. Neste caso, a interpretação deve ser sistemática, a fim de garantir o próprio sentido de sua inclusão, observando-se o quanto disposto no artigo 112 do Código Civil, que assim determina:

Art. 112 - Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Vale destacar que o magistrado deverá analisar, inclusive, a motivação do negócio para verificar se a redução da cláusula penal é factível no caso *in concreto*.

Neste contexto, o magistrado deverá analisar todas as peculiaridades do contrato “built to suit” antes de considerar a redução da cláusula penal, tais como: **(i)** a complexa relação existente entre as partes envolvidas (empreendedor, locatário, eventuais companhias securitizadoras e investidores); **(ii)** o vencimento antecipado do crédito imobiliário oriundo dos aluguéis vincendos do contrato de locação; e **(iii)** as consequências decorrentes da rescisão unilateral do contrato, especialmente pelo locatário, em razão das peculiaridades do imóvel “encomendado”.

Caso o magistrado, após considerar todas as peculiaridades do contrato ora tratado, verifique a ocorrência de certa obrigação parcialmente cumprida, da qual o credor tirou proveito, ou, ainda caso ele verifique que a cláusula penal imposta demonstrou ser manifestamente excessiva, ele poderá reduzi-la de forma equitativa, a fim de garantir o cumprimento de sua finalidade.

2.5 Reflexões sobre a função Social e econômica da cláusula penal compensatória inserida no Contrato “Built to Suit”

Conforme indicado no item 2.4 acima, a cláusula penal compensatória inserida no Contrato “Built to Suit” deve atender os seus fins sociais, ou seja, ela deve preservar a função social do contrato.

Ao tratar do tema, Roberto Senise Lisboa afirma que:

A consagração da dignidade da pessoa como princípio fundamental inerente a todas as relações jurídicas públicas e privadas, assim como da solidariedade social como objetivo a ser alcançado, nos termos do que preceitua a constituição vigente, viabilizam o preenchimento do conteúdo da expressão função social, permitindo-se a sua aplicabilidade em consonância com o direito pós-moderno.⁵⁵

Diante do quanto exposto acima, é possível concluir que a função social do contrato está atrelada ao atendimento dos interesses da sociedade.

Assim sendo, a cláusula penal inserida no Contrato “Built to Suit” não pode afrontar a solidariedade social, ou seja, ela pode ser aplicada no caso *in concreto* somente se tal aplicação não for prejudicial para a sociedade como um todo.

Ademais, a cláusula penal ora tratada deve atender aos seus fins econômicos, ou seja, ela não pode representar um prejuízo econômico para a sociedade, nem estimular o enriquecimento sem causa, conforme tratado no item 2.3 acima, que representa uma prática prejudicial para a sociedade como um todo.

Vale destacar, ainda, que, respeitos os fins econômicos, a celebração do contrato “built to suit” pode, inclusive, estimular a ordem econômica estampada no artigo 170 da Constituição Federal, uma vez que, celebrado o contrato em tela, serão realizados investimentos de grande porte que estimularão, inclusive, a contratação de novos fornecedores e prestadores de serviços para viabilizar a execução de todas as etapas do contrato ora tratado.

2.6 A análise jurisprudencial da validade da cláusula penal compensatória inserida no Contrato “Built to Suit

Conforme indicado no item 1.2 acima, o contrato “built to suit” começou a ser utilizado no Brasil após a promulgação da Lei nº 9.514/97, ou seja, há aproximadamente 15 (quinze) anos, fato este que demonstra que sua utilização com mais frequência é recente.

Vale destacar, ainda, que a ausência de previsão expressa do referido contrato até a conclusão do presente estudo somada à sua utilização recente não permitiu que fosse

⁵⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. p. 64.

consolidada uma posição jurisprudencial clara sobre a sua natureza e sobre os efeitos decorrentes do referido contrato.

Nestes termos, entendemos que a jurisprudência precisa se consolidar com relação aos seguintes questionamentos:

1. Em razão da ausência expressa do contrato “built to suit”, a jurisprudência entende tratar-se de um contrato atípico?
2. Por se tratar de um contrato atípico, as partes podem se certificar que não haverá a aplicação incondicional da Lei de Locações (Lei n. 8.245/91)?

Neste caso, seriam afastadas algumas previsões locatícias que afrontam à natureza do contrato em tela, tais como **(i)** impossibilidade de denúncia unilateral do contrato pela locatária em razão do pagamento da multa proporcional limitada a 3 (três) meses de alugueis; e **(ii)** impossibilidade da propositura de ação revisional para reduzir o valor do aluguel aos valores praticados no mercado); e **(iii)** possibilidade da inserção da renúncia expressa à demanda revisional nos contratos “built to suit”.

3. É lícita a execução da cláusula penal compensatória inserida nos contratos “built to suit” que prevê a multa compensatória representativa da somatória dos alugueis vincendos?

Sem prejuízo do quanto disposto acima, vale destacar que a jurisprudência pátria já está se manifestando sobre as características peculiares e diferenciadas do contrato “built to suit”, fato este que pode ser exemplificado por meio dos julgados abaixo indicados.

(i) “LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL - Contrato atípico (built-to-suit) que encerra amplo feixe de direitos e deveres, relativos a contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação imobiliária, além de outras características próprias - Cláusula de renúncia à revisão do valor da remuneração mensal paga pela autora válida e eficaz, na medida em que firmada paritariamente com a ré enquanto na livre administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, não se confundindo com a renúncia ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, inc. XXXV) - Carência da ação confirmada. Ausência de interesse recursal da ré no que pertine ao pedido de alteração da fundamentação da sentença (de carência da ação por ausência de interesse processual para impossibilidade jurídica do pedido), à minguada de utilidade - Procedência do pedido contraposto: condenação da autora ao pagamento de multa penal equivalente a três alugueis, por violação do contrato - Litigância de má-fé não configurada - Recurso de apelação não provido. Recurso adesivo não conhecido em

parte. Na parte conhecida, provido em parte.” (TJ/SP. Apelação n° 992.08.037348-7. Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto. 25ª Câm. de Direito Privado. J: 04/05/2011.”

(ii) “EMENTA: 1. Agravo de Instrumento - Locação - Ação revisional. Legitimidade tanto do locador, quanto do locatário. 2. Contrato complexo que impossibilita a imediata redução do valor do locativo nesta sede - Exame aprofundado da matéria Necessidade. 3. Consignação de valores. Descabimento em ação revisional - Recurso improvido.” TJ/SP. Apelação n° 893.786-0/7.. Rel. Des. Vianna Cotrim . 26ª Câm. de Direito Privado. J: 22/08/2005.”

Vale destacar que, em razão da decisão acima referida, o Agravante interpôs o Recurso Especial que foi inadmitido pelo Superior Tribunal de Justiça, que gerou a interposição do Agravo de Instrumento n. 825.706-SP.

Ao analisar o recurso interposto, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade da propositura de diminuição do valor do aluguel pela própria estrutura do contrato “built to suit”. Senão vejamos:

“Conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores, trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangeu, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito built to suit, tal como se vê primeiramente do item a dos considerandos contidos no instrumento (fls. 77) onde se disse que se cuida de empreendimento construído de acordo com a necessidade específica do locatário, e sob sua encomenda, para o desenvolvimento de suas atividades e, mais adiante, no item 18.1 (fls. 93), quando se afirmou que a presente locação é ajustada em caráter 'intuito personae', uma vez que a Locadora Inpar, através da interveniente Construtora, executará a construção da edificação, em regime Built to Suit, isto é, especialmente para atender as necessidades de uso da locatária Comsat e segundo suas especificações, visando os aspectos de funcionalidade e desenvolvimento específico de suas atividades. Vai daí que, por esses fatores que se acham embutidos no contrato, não se mostra possível, em princípio, a imediata redução do locativo a pretensão valor de mercado quando não se pode estabelecer, desde logo, se o parâmetro adotado pelo perito contratado pela agravante observou os requisitos apontados, mesmo porque há de se ter em conta que a matéria exige exame mais aprofundado, ao longo da instrução processual, não sendo razoável a respectiva discussão final em sede de simples agravo de instrumento tirado contra liminar não acolhida pelo juízo nos moldes pretendidos pela recorrente”. STJ. Agravo de Instrumento n°825.706-SP. Rel. Min.Nilson Naves. 6ªTurma. J: 14/02/2007.”

Após realizarmos uma pesquisa jurisprudencial, por meio da qual localizamos os julgados acima tratados, verificamos que, apesar de não ser localizado um julgado tratando especificamente da validade (ou invalidade) da cláusula penal compensatória inserida nos contratos “built to suit” que preveja o pagamento da quantia representativa da somatória dos aluguéis vincendos, apuramos que a jurisprudência pátria já vem entendendo que o contrato “buit to suit” não é um contrato típico de locação.

No mais, ressaltamos que existem diversas partes envolvidas nas diversas fases envolvidas até a celebração do contrato de locação, de modo que, em razão da boa-fé objetiva e da função socioeconômica do contrato, algumas alterações almejadas pelas partes, especialmente pela locatária, como por exemplo, a revisão do valor do aluguel ou devolução antecipada do imóvel mediante o pagamento de multa contratual prevista na Lei de Locações, podem ser prejudiciais, inclusive, para terceiros envolvidos indiretamente na relação, como por exemplo, investidores que adquiriram os Certificados de Recebíveis Imobiliários decorrentes da securitização dos recebíveis.

Ademais, a jurisprudência pátria já vem entendendo que o contrato em comento é complexo, e, ainda, que existem diversos tipos contratuais inseridos dentro da relação jurídica ora tratada, fato este que deve ser apurado pelas partes e pelo Judiciário quando da revisão ou da rescisão do referido contrato.

Vale destacar, ainda, que, por se tratarem de operações envolvendo quantias vultosas, diversas partes envolvidas neste tipo negocial optam pelo juízo arbitral, previsto na Lei nº 9.307/96, fato este que prejudicou a análise de eventuais julgados no Judiciário que pudessem tratar da validade da cláusula penal compensatória inserida nos contratos “built to suit”.

CONCLUSÃO

O contrato “built to suit” pode ser denominado como um contrato por meio do qual uma das partes denominada **empreendedor** ou **locador**, realiza substanciais reformas ou localiza, adquire e constrói o imóvel conforme instruções transmitidas pela outra parte, denominada **locatária**, que, por sua vez, se compromete a ocupar o imóvel encomendado por um longo prazo.

As partes negociantes visam firmar o contrato em comento após a verificação de alguns indicativos, a saber:

- (i) O locatário precisa se instalar em um espaço específico e diferenciado para operar a sua atividade comercial ou industrial;
- (ii) O locatário não possui ou não deseja alocar os seus recursos financeiros para realizar as reformas substanciais ou para adquirir o imóvel desejado, bem como não deseja alocar os recursos necessários para desenvolver o projeto e a construção do bem desejado;
- (iii) O empreendedor ou locador tem interesse na realização das substanciais reformas ou na localização e aquisição do bem específico (seja por meio de compra e venda do bem ou por meio da celebração do contrato de superfície com o proprietário), bem como tem interesse no desenvolvimento e execução do projeto a ser definido previamente pelo locatário; e
- (iv) As partes desejam celebrar um contrato de locação por um longo prazo, a fim de garantir que haja tempo hábil para satisfazer o interesse econômico-financeiro do empreendedor/locador e, ainda, para que haja tempo hábil para a amortização dos valores despendidos nesta operação negocial.

Concluimos que as inovações introduzidas pela Lei nº 9.514/97, em especial a securitização dos recebíveis por meio da emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, foram imprescindíveis para o avanço e desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro,

haja vista que possibilitaram formas atrativas de captação de recursos junto a investidores atuantes no mercado de capitais.

Quanto à classificação do contrato em comento, entendemos que para o presente estudo, destacam-se a atipicidade do contrato até a conclusão do presente estudo, bem como o seu caráter *intuito persona*, uma vez que uma simples locação, por si só, não tipifica o contrato “built to suit”. Isto porque, entendemos que o contrato de locação representa somente um dos tipos contratuais inseridos no contrato “built to suit”.

Assim sendo, se entendermos que o contrato “built to suit” representa um contrato comum de locação, estaríamos afirmado que se aplicariam todas as regras específicas atinentes ao contrato de locação, aplicando-se, desta forma, de forma incondicional, a Lei nº 8.245/91, alterada pela Lei nº 12.112/09 (Lei de Locações), fato este que poderia prejudicar toda a estrutura do contrato “built to suit”.

Portanto, afirmamos que o contrato “built to suit” é um contrato que possui peculiaridades que afastam a aplicação de certas disposições da Lei de Locações, tais como a ***impossibilidade de ingresso pela locatária de Ação Revisional*** após 03 (três) anos de validade do contrato e a ***possibilidade de previsão da cláusula penal compensatória*** prevendo o pagamento, pelo locatário, dos aluguéis vincendos caso ocorra o término da relação locatícia antecipadamente em razão da denúncia unilateral do contrato pelo locatário.

Destacamos que após a conclusão do presente estudo foi aprovada a Lei nº 12.744, em 19 de dezembro de 2012, que consolidou o posicionamento adotado no presente estudo e afastou expressamente eventual insegurança jurídica que possa pairar sobre os contratos “built to suit” diante das variadas interpretações que surgiram em razão da sua atipicidade até a aprovação da referida Lei, sendo certo, outrossim, que algumas destas interpretações desvirtuam a própria finalidade do contrato “built to suit” e são prejudiciais à operação negocial pretendida.

No tocante à finalidade, entendemos que a cláusula penal tem o condão de reforçar a obrigação principal, bem como funcionar como uma forma de indenização e de penalização para o devedor.

Quanto aos limites de fixação da cláusula penal, concluímos que ela não poderá ser superior ao valor da obrigação principal, conforme disposição do artigo 412 do Código Civil, salvo se houver previsão expressa no contrato neste sentido para prever os prejuízos suplementares. Isto porque, quando da estipulação da cláusula penal, as partes realizam um estudo do valor adequado para as perdas e danos cabíveis.

No tocante à redução da cláusula penal, entendemos que ela poderia ocorrer se verificado no caso concreto que a obrigação foi parcialmente cumprida e proveitosa para o credor; e/ou se a penalidade imposta foi manifestamente excessiva, sendo certo que o magistrado deverá no caso *in concreto* analisar todas as peculiaridades do contrato “built to suit” antes de considerar a redução da cláusula penal.

Após realizarmos uma pesquisa jurisprudencial, não localizamos uma decisão jurisprudencial tratando especificamente da validade (ou invalidade) da cláusula penal compensatória inserida nos contratos “built to suit” que preveja o pagamento da quantia representativa da somatória dos aluguéis vincendos.

Sem prejuízo, apuramos que a jurisprudência pátria já vem entendendo que o contrato “built to suit” é um contrato complexo e que este possui certas peculiaridades que, por si só, afastam a possibilidade de tipificação do contrato “built to suit” como um contrato de locação puro previsto na Lei nº 8.245/91, alterada pela Lei nº 12.112/09 (Lei de Locações).

Vale destacar que os julgados localizados referem-se exclusivamente à impossibilidade de ação revisional objetivando a revisão do valor do aluguel contemplado no contrato “built to suit”.

Neste sentido, entendemos que eventual demanda judicial que almeja o afastamento da cláusula penal compensatória nos contratos “built to suit” deve ser afastada pelo Judiciário, uma vez que tal pleito pode gerar um desequilíbrio contratual.

Concluimos que o valor atribuído a título de aluguel não representa somente a contraprestação oriunda da utilização do imóvel pelo locatário, ele representa, ainda, a amortização pelos investimentos realizados na aquisição do bem, desenvolvimento do projeto, aquisição dos materiais e contratação de fornecedores para a execução do projeto e construção da unidade comercial ou industrial pelo empreendedor/locador.

Ademais, entendemos que entendimento diverso poderia, inclusive, afrontar os princípios gerais de Direito, a boa-fé objetiva, bem como a função socioeconômica do contrato, uma vez que o afastamento da cláusula penal compensatória ora tratada poderia beneficiar indevidamente o locatário que descumpriu com as suas obrigações e, mesmo assim, foi beneficiado com a utilização do imóvel por ele encomendado.

No mais, concluimos que afastar a incidência da cláusula penal compensatória poderia, inclusive, prejudicar o desenvolvimento do mercado imobiliário brasileiro ou, ainda, representar o seu retrocesso.

Concluimos que a aprovação da Lei nº 12.744, em 19 de dezembro de 2012, foi fundamental para as partes terem ciência inequívoca de que é lícita a estipulação de cláusula penal compensatória em valor igual à obrigação principal representativa pelo pagamento de todos os aluguéis vincendos para o caso de rescisão antecipada do contrato pela locatária, bem como as partes terem ciência da impossibilidade de revisão do aluguel estipulado nos contratos “built to suit” em razão da estrutura negocial.

Por fim, destacamos que a Lei ora referida contribuirá, inclusive, para a consolidação doutrinária e jurisprudencial sobre a validade e os limites da cláusula penal compensatória inserida nos contratos “built to suit”, conforme explanado no presente estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artigo publicado pela Companhia Brasileira de Securitização. *Dúvidas frequentes: O que é securitização de créditos imobiliários*. Disponível em: <<http://www.cibrasec.com.br/duvidas.html>>. Acesso em 08 jul 2012.

Artigo publicado pelo Grupo BI Invest. Securitização. Disponível em: < <http://www.bi-invest.com.br/securitizacao.php>>. Acesso em 20 ago. 2012.

BERZOINI, Ricardo. Parecer extraído da análise do Projeto de Lei nº 6.562/2009 (apenso Projeto de Lei nº 356/2001). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 20 jun. 2012.

BOECHAT, Yan. Condomínios logísticos são nova aposta das grandes construtoras. Valor Econômico, 10 abr. 2008 (Disponível em <http://www.olaeconomico.com.br>. Acesso em 09 abr. 2012.

BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Kelly Durazzo. *Construção para arrendar no Sistema Financeiro Imobiliário*. in AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS, Rubens Carmo Filho. (coord.) *Direito Imobiliário: Questões Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CARLUCCI, Aínda Kemelmajer. *La cláusula penal*. Buenos Aires. Depalma, 1991, apud KELETI, Daniel de Leão. *Cláusula penal no Código Civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.

CASSETTARI, Cristiano. *Cláusula Penal, uma releitura de acordo com o novo direito civil que se constrói*. Dissertação de Mestrado em Direito Civil apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2007.

DINIZ, MARIA Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. v.2. 20 ed. rev., aum. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILGUEIRAS, Maria Luíza. A crise e o custo de securitização. *Gazeta Mercantil*, 01 set. 2008. Disponível em <http://www.gazetamercantil.com.br> Acesso em 04 jun. 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Raízes e dogmáticas da cláusula penal*. V.4. São Paulo: Saraiva, 1987.

FRIEDMAN, Jack P.; HARRIS, Jack C.; LINDEMAN, J. Bruce. *Dictionary of Real Estate Terms*. 5ª ed. Ed. Barron`s, 2006.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Grupo Editorial Scortecci, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LEITE, Valéria Serpa. *Veris projeta crescimento de 25% este ano*. *Gazeta Mercantil*, 13 fev. 2008 (Disponível em <<http://www.gazetamercantil.com.br>>. Acesso em 09 abr. 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Contratos*. v. 3. 4ª ed. reform. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MARCON. Telma Curiel. Built to suit – contrato atípico de locação. Disponível em: <[http://www.correioforense.com.br/noticia/idnoticia/68191/titulo/Built to suit Contrato atípico de locacao .html](http://www.correioforense.com.br/noticia/idnoticia/68191/titulo/Built%20to%20suit%20Contrato%20atipico%20de%20locacao.html)>. Acesso em 27 mar. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. 2ª parte. 5 v. 26ª ed. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

NANNI, Giovanni. Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Mateus Leandro de; BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. *Locação Built to Suit e sua aplicação no Direito Brasileiro*. IV – INIC – Encontro Latino de Iniciação Científica 2002. *Anais.vV.* 2. P. 300 (Disponível em <<http://www.oliveiralaw.com.br/locacao.pdf>>. Acesso em 02 jul. 2012).

PEREIRA, Marco Adriani Tavares. Disponível em: <http://www.conjur.com.br> Acesso em 04 jul.2012.

PINHEIRO, Vinícius. *CRI com lastro em crédito supera aluguel*. *Valor Econômico*, 21 set. 2011. Disponível em: http://pmkaadvogados.blogspot.com.br/2011/09/cri-com-lastro-em-credito-supera_21.html> Acesso em 27 ago. 2012.

Processo CVM nº RJ/2005/9164 – Parecer Procuradoria Federal Especializada CVM MEMO/PFE-CVM/GJU-2 nº 187/2006. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br>. Acesso em 16 jul. 2012.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal – a redescoberta da pena privada nas relações negociais*. Tese de Doutorado em Direito Civil apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2007.

SCAVONE Jr., Luiz Antônio. Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato. Disponível em: <http://www.scavone.adv.br/index.php?contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato>>. Acesso em 16 abr. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. v. 2.5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, pg. 440.

ANEXO

(Teor da Lei Nº 12.744 sancionada em 19 de dezembro de 2012)