

Janeiro de 2013

A aquisição de imóveis rurais por sociedades brasileiras controladas por estrangeiros

1. Introdução

O procedimento de aquisição de imóveis por estrangeiros no Brasil tem sido marcado por grande controvérsia nos últimos anos. A falta de consenso quanto à interpretação da legislação vigente fez com que surgissem diferentes entendimentos quanto à eventual revogação ou não do §1º do art. 1º da Lei 5.709, de 07 de outubro de 1971, pela Constituição Federal de 1988. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou decisão, em outubro de 2012, trazendo novamente a discussão sobre tema, ao decidir em sentido contrário ao posicionamento adotado atualmente pela Advocacia Geral da União quanto à possibilidade de empresas brasileiras controladas por estrangeiros adquirirem imóveis em zonas rurais.

2. Normatização

Cumprindo inicialmente ressaltar que não há óbice à aquisição de imóveis urbanos por estrangeiros, salvo quando for de propriedade da União, havendo nesses casos necessidade de autorização do Presidente da República, nos moldes dos arts. 100 e 205 do Decreto-Lei 9.760/46.

A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros foi regulada em 1971 através da Lei 5.709/71. Segundo esta lei, os estrangeiros somente poderiam adquirir imóveis no Brasil em determinadas condições e desde que, no caso de pessoa física, fossem residentes no país e, no caso de pessoa jurídica, tivessem autorização para funcionar no Brasil. No caso de pessoas jurídicas estrangeiras que adquirissem imóveis rurais para a implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização, exige-se ainda que estes projetos estejam vinculados aos seus objetivos sociais e obtenham a aprovação do projeto pelo Ministério competente. Excepcionalmente, admitia-se a não aplicação das restrições impostas pela Lei 5.709/71 nos casos de sucessão, quando houvesse herdeiro legítimo estrangeiro de imóvel rural.

O §1º do art. 1º da mencionada lei equipara à pessoa jurídica estrangeira a empresa brasileira da qual participem a qualquer título pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria de seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior. Dessa maneira, apesar de constituída sob as leis brasileiras e com sede e administração no Brasil, a empresa nacional controlada por sócio estrangeiro estaria sujeita às mesmas restrições na aquisição de imóvel rural que um estrangeiro.

As discussões a respeito da extensão da Lei 5.709/71, principalmente no que se refere ao §1º do art. 1º desta lei, começaram com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em virtude da redação

do §1º do art. 171. Tal dispositivo determinou que a empresa seria considerada brasileira quando tivesse sido constituída sob as leis brasileiras, tendo sua sede e administração no país.

Diante desse dispositivo constitucional, surgiu uma corrente doutrinária, apoiada por nomes como Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Júnior, que entendia pela não recepção do §1º do art 1º da Lei 5.709/71 pela Constituição Federal de 1988, estando o primeiro, portanto, revogado. Esse entendimento decorreu do fato de que mesmo sendo controlada por acionista estrangeiro não residente no Brasil, caso uma empresa tivesse sido constituída sob as leis brasileiras e tivesse sua sede e administração no país, esta não poderia ser equiparada a empresa estrangeira para fins de aquisição de imóvel rural, visto que a Constituição a definia como brasileira.

Em 1995, contudo, o art. 171 da CF/88 foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6. Diante do desaparecimento da definição de empresa brasileira através de norma constitucional, questionou-se acerca do retorno da vigência do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71. Essa possibilidade foi, contudo, vetada diante do que estabelece o art. 2º, §3º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Em sentido contrário, desenvolveu-se posicionamento segundo o qual o §1º do art. 1º da Lei 5.709/71 seria mera decorrência do art. 190 da Constituição Federal, que tratava da soberania nacional, regulando situação excepcional plenamente compatível com a ordem constitucional. Logo, não se poderia falar em não recepção do art. 1.

Adicionalmente, em 02 de maio de 1979, foi promulgada a Lei 6.634, estipulando algumas restrições sobre atividades e transações realizadas nas faixas de fronteira. Segundo esta lei, a participação de estrangeiro em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural situado em uma faixa interna de 150 quilômetros de largura da fronteira territorial, estaria sujeita a aprovação do Conselho de Segurança Nacional. Numa interpretação sistêmica desta lei, a participação de estrangeiro em sociedade nacional titular de direitos reais sobre imóveis rurais não pode ser superior a 49% do capital social desta sociedade.

Em 26 de agosto de 1980, foi promulgado o Decreto n.º 85.064, para regular a Lei n.º 6.634/79, reforçou o entendimento que os negócios jurídicos que impliquem em obtenção de direitos reais sobre imóveis rurais na faixa de fronteira dependem de aprovação do Conselho de Segurança Nacional, ainda que tal negócio seja realizado por pessoa jurídica brasileira da qual participe, a qualquer título, detendo a maioria do capital social, pessoa física estrangeira não residente ou pessoa jurídica estrangeira.

3. Histórico

Após a promulgação da Constituição Federal, a Advocacia Geral da União emitiu em 1994 o Parecer GQ-22 no qual opinava pela revogação e, portanto, pela não aplicação das restrições da lei 5.709/71 às empresas brasileiras controladas por estrangeiros, de modo que todos os registros de imóveis adquiridos por essas empresas pudessem ser feitos normalmente.

Diante da revogação do art. 171 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 6/95, manifestou-se mais uma vez a Advocacia Geral da União através do Parecer GQ-181, mantendo seu posicionamento de que o §1º do art. 1º da Lei 5709/71 continuaria revogado.

No entanto, a própria Advocacia Geral da União mudou seu entendimento através do Parecer CGU/AGU n.º 01/2008-RVJ publicado em agosto do ano de 2010. Nesse instrumento, a Advocacia Geral da União partiu para uma interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais, defendendo não ter havido revogação do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71 em virtude de se tratar de hipótese prevista pelo art. 190 da Constituição Federal, o qual deveria ser interpretado de maneira abrangente e sistêmica.

A interpretação proposta pelo Parecer mencionado leva em conta que o art. 190 da Constituição Federal continha a previsão de lei regular a limitação de aquisição ou arrendamento de imóvel rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, condicionando ainda à autorização do Congresso Nacional. Assim, a interpretação desta questão deveria ser sistêmica de forma a orientar-se pelos princípios e objetivos de nossa Magna Carta. Esse parecer após publicação na imprensa oficial em 23.08.2010, passou a ser vinculante para toda a administração pública federal, nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União).

4. Manifestação recente do TJ-SP em 2012 e da Corregedoria Geral de Justiça

Através de mandado de segurança chegou ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo um caso envolvendo incorporação de empresa brasileira sob controle de nacionais por empresa brasileira controlada por capital estrangeiro. Houve tentativa de averbação, referente à incorporação, de matrículas imobiliárias de imóveis que pertenciam à incorporada, negadas sob o argumento de que violariam as restrições impostas pela Lei 5.709/71.

Tendo em vista que no momento da incorporação, ocorrida em 2009, havia parecer da AGU favorável à revogação do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71, o que teria tornado o ato juridicamente perfeito e adequado às normas e entendimentos vigentes à época, houve posicionamento do tribunal, através de decisão publicada em outubro de 2012, favorável à realização das averbações.

Apesar do posicionamento atual da AGU, o tribunal manifestou-se, no sentido de que quando uma empresa se enquadra na definição de sociedade nacional, não há que falar-se em aplicação das restrições trazidas pelo §1º do art. 1º, da Lei 5.709/71.

Nesse sentido, foi reconhecida na decisão a revogação do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71, em virtude de sua incompatibilidade com o §1º do art. 171 da Constituição Federal, de forma que a revogação do artigo constitucional não trouxe o primeiro de volta à vigência. De maneira complementar atestou que mesmo que se entendesse pela recepção do §1º do art. 1º da Lei 5.709/71 pela Constituição federal de 1988, não incidiria a mencionada lei no caso em análise, visto que não houve compra e venda de imóveis, mas incorporação de empresas, através da qual houve sucessão universal na propriedade dos bens.

Adicionalmente, a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, revisou a orientação contida no parecer 250/10-E através do Parecer 461/2012-E, publicado em 11.12.2012, atribuindo-lhe força normativa, afastando-se a diferenciação entre empresa constituída segundo as leis brasileiras com maioria do capital social detido por empresas jurídicas nacionais daquelas com capital social majoritariamente detido por estrangeiros residentes fora do Brasil ou de pessoas jurídicas com sede no exterior, dispensando os tabeliães e os oficiais de registro de observarem as restrições e as determinações impostas pela Lei n.º 5.709/71 e Decreto n.º 74.965/74, bem como do cadastramento no Portal do extrajudicial.

5. Projeto de Lei nº 2.289/07

Tramita no Congresso o Projeto de Lei nº 2.289 de 2007 que visa a estabelecer novas regras à aquisição de imóveis por estrangeiros, revogando a Lei 5.709/71.

As principais novidades trazidas pelo Projeto de Lei são as seguintes: (i) não existência de restrições de tamanho de área em operações de compra e arrendamento envolvendo empresas brasileiras com capital majoritariamente estrangeiro; (ii) nos loteamentos rurais, a ocupação de, no mínimo, 50% da área total deverá ser feita por brasileiros; (iii) serão considerados estrangeiros as pessoas que não atendam as condições do art. 12 da Constituição Federal, a sociedade estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, a ONG estabelecida no Brasil com sede no exterior, a ONG estabelecida no Brasil cujo orçamento anual seja proveniente em sua maioria de estrangeiro e a fundação particular cujo instituidor for estrangeiro; (iv) a aquisição e o arrendamento realizados por estrangeiros não poderão exceder 35 módulos fiscais, em área contínua ou descontínua, até o limite de 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares; e (v) a soma das áreas rurais pertencentes e arrendadas a pessoas estrangeiras não poderá ultrapassar a ¼ (um quarto) da superfície dos municípios onde se situem, não se aplicando a restrição, contudo, quando o adquirente é casado com brasileiro sob o regime de comunhão de bens.

6. Conclusões

Com a atual decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e a publicação do Parecer da Corregedoria Geral da Justiça, os registros de imóveis detidos por empresa nacional que tenha a maioria do seu capital sob a titularidade de pessoa estrangeira, para as operações realizadas dentro do território do Estado de São Paulo, devem seguir a orientação da Corregedoria Geral da Justiça. No entanto, ressaltamos que não houve ainda manifestação do Conselho Nacional de Justiça e, face as diversas manifestações controvertidas sobre o tema, este registro pode encontrar resistência por parte dos cartórios de registros de imóveis.

Nos demais Estados da Federação, os cartórios de registros de imóveis seguem a orientação de não se realizar os registros nestes casos específicos quando não se enquadrarem nas hipóteses permitidas pela Lei 5.709/71.

CVM coloca em audiência pública minuta de Instrução que dispõe sobre o Processo Administrativo Sancionador de rito sumário

Conforme o Edital de Audiência Pública SDM nº 01/13, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) colocou em audiência pública minuta de Instrução que trata das hipóteses de infração de natureza objetiva diante das quais poderá ser adotado o rito sumário no processo administrativo sancionador, além de dispor sobre o procedimento a ser adotado nesses casos. O objetivo principal da referida minuta é atualizar os dispositivos elencados na Instrução CVM nº 251, de 14 de junho de 1996, que dispõe justamente sobre as hipóteses de aplicação do rito sumário no processo administrativo.

As hipóteses de adoção do rito sumário são as chamadas infrações de natureza objetiva, as quais se referem a determinados fatos caracterizadores do ilícito administrativo dotados de presunção relativa de veracidade. Nesse sentido, um exemplo de hipótese ensejadora da adoção do rito sumário no processo administrativo seria a não observância, pelos administradores de carteiras de valores mobiliários, dos prazos para apresentação de informações periódicas previstos na norma aplicável.

O processo administrativo é instaurado e julgado pela Superintendência a que corresponda o mérito, cabendo recurso ao Colegiado da CVM. No caso do procedimento no rito sumário, a penalidade máxima aplicável é de multa pecuniária no valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O prazo para encaminhar sugestões e comentários à minuta encerra em 04 de fevereiro de 2013. Acesse [aqui](#) os documentos relativos à audiência pública.

CVM firma Termo de Compromisso no valor de R\$5 milhões em investigação sobre abuso de poder de controle

No âmbito do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2011/7923, a CVM aceitou a proposta de Termo de Compromisso apresentada pela Integral Investments B.V. (“Integral”) para encerrar o processo administrativo instaurado com o objetivo de investigar suposta prática de abuso de poder de controle.

O Termo de Acusação originou-se de 3 (três) processos administrativos contra a Integral, na qualidade de acionista controladora da Companhia de Gás de São Paulo - COMGÁS. Sucintamente, tais processos trataram da análise (i) da regularidade das operações de aumento de capital mediante utilização de reserva especial de ágio, em benefício do acionista controlador, com a emissão de ações preferenciais classe B, seguidas do resgate de tais ações (“Operação Conjunta”), realizadas anualmente, desde 2001, pela COMGÁS, bem como (ii) de reclamações aduzidas por investidores em torno do fato de que as ações preferenciais classe B de emissão da COMGÁS não seriam negociadas na bolsa.

Diante da estruturação da Operação Conjunta, a Integral foi investigada pela prática de abuso de poder de controle, infração tipificada no artigo 117, § 1º, “c”, da Lei nº 6.404/76 (“Lei das S.A.”), com base a resgates de ações preferenciais classe B emitidas em favor do acionista controlador que representaram a transferência de recursos do caixa da companhia controlada para a Integral, no valor aproximado de R\$ 526.000.000,00 (quinhentos e vinte e seis milhões de reais). Além disso, considerou-se a infração do artigo 115, *caput* e § 1º, da Lei das S.A., pela Integral por ter votado, com interesse conflitante, nas deliberações sobre os resgates das ações preferenciais classe B emitidas, em diversas Assembleias Gerais Extraordinárias da companhia, realizadas no período compreendido entre julho de 2004 e junho de 2010, operações que beneficiaram de modo particular o acionista controlador. Tampouco foi constatada nas propostas da administração, nas atas de Reunião do Conselho de Administração ou nas atas das referidas Assembleias Gerais, qualquer justificativa de que tais resgates estivessem alinhados com o interesse social da COMGÁS.

Encerradas as negociações conduzidas entre Comitê de Termo de Compromisso da CVM e a acionista controladora, a Integral apresentou uma proposta de Termo de Compromisso atrelada ao pagamento à CVM da quantia de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais). A proposta, recomendada pelo Comitê, foi aprovada pelo Colegiado, encerrando o procedimento administrativo sancionador.

CVM defere adoção de procedimento diferenciado em Pedido de Cancelamento de Registro de Companhia Aberta da Tele Norte Celular Participações S.A.

O colegiado da CVM deferiu o pedido apresentado pela Tele Norte Celular Participações S.A. (“Tele Norte”) para adoção de procedimento diferenciado, nos termos do artigo 34 da Instrução CVM 361/02, no âmbito da oferta pública de aquisição de ações (OPA) para cancelamento de seu registro de companhia aberta. A Superintendência de Registro de Valores Mobiliários - SRE já havia se manifestado favoravelmente ao pleito da Tele Norte.

O pedido de cancelamento de registro de companhia aberta, mediante a realização de OPA para cancelamento de registro, havia sido formulado pela Tele Norte em meados de 2012, com base, dentro outros fatores, na baixa liquidez das ações de sua emissão em circulação no mercado e nos altos custos de manutenção incorridos por uma companhia aberta.

Nos termos da Instrução CVM nº 361/09, o cancelamento do registro de companhia aberta somente será deferido pela CVM caso seja precedido de uma OPA para cancelamento de registro, formulada pelo acionista controlador ou pela própria companhia aberta, e tendo por objeto todas as ações de emissão da companhia objeto, se observados os seguintes requisitos: (i) o preço ofertado deve ser justo (ao menos igual ao valor de avaliação da companhia, apurado com base nos critérios, adotados de forma isolada ou combinada, de patrimônio líquido contábil, de patrimônio líquido avaliado a preço de mercado, de fluxo de caixa descontado, de comparação por múltiplos, de cotação das ações no mercado de valores mobiliários, ou com base em outro critério aceito pela Comissão de Valores Mobiliários) e (ii) acionistas titulares de mais de dois terços das ações em circulação deverão aceitar a OPA ou concordar expressamente com o cancelamento do registro.

A OPA para cancelamento de registro da Tele Norte foi lançada pela própria companhia e destinava-se à totalidade das ações de emissão da companhia em circulação no mercado, pelo preço de R\$118,53 por ação, a ser pago contra o saldo de reserva da companhia. Inicialmente, a OPA para cancelamento de registro da Tele Norte seguiu o rito ordinário, isto é, conforme mencionado acima, acionistas detentores de ao menos 2/3 das ações em circulação no mercado deveriam aderir à OPA ou concordar expressamente com o cancelamento de registro da companhia.

Em dezembro de 2012, a Tempo Capital Principal Fundo de Investimento em Ações (titular de 0,06% do capital social da Tele Norte) lançou OPA concorrente à anteriormente lançada pela Tele Norte, a qual não estava sujeita a registro perante a CVM por não contemplar permuta de valores mobiliários.

O leilão da OPA lançada pela Tele Norte foi realizado em 13 de dezembro de 2012, em conjunto com o leilão da OPA concorrente lançada pela Tempo Capital Principal Fundo de Investimento em Ações. Neste leilão, prevaleceu a OPA concorrente, não tendo a Tele Norte adquirido nenhuma ação.

No entanto, em 21 de dezembro de 2012, a Tele Norte, por meio de um acordo com a Tempo Capital Principal Fundo de Investimento em Ações, adquiriu todas as ações de emissão da companhia, incluindo tanto aquelas já detidas Tempo Capital Principal Fundo de Investimento em Ações pela antes da oferta concorrente quanto as adquiridas em leilão.

Em razão desta aquisição, a Tele Norte apresentou à CVM pedido de adoção de procedimento diferenciado, em razão de concentração extraordinária de ações de emissão da companhia, entendendo que referida aquisição representou uma extensão da OPA para cancelamento de registro. Em consequência, deveria adquirir as ações em circulação no mercado no prazo de 3 meses contados do leilão conjunto e pagar a acionistas que eventualmente tenham vendido suas ações em bolsa após o leilão conjunto, a diferença entre o valor de venda e o valor final do leilão.

Possibilidade da cumulação de multa contratual moratória e indenização por perdas e danos

Em decisão recentemente proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teve como relator o ministro Sidnei Beneti, foi analisada a possibilidade de aplicação de multa contratual por mora cumulativamente a indenização por lucros cessantes.

Neste caso, o STJ reconheceu devida a indenização pela incorporadora aos compradores por perdas e danos na demora na entrega de um imóvel adquirido para ser posteriormente alugado. Além disso, a incorporadora foi condenada também ao pagamento de multa contratual de 1% ao mês sobre o valor do imóvel, calculada no período compreendido entre a data da promessa da entrega do apartamento e de sua efetiva entrega.

Nas palavras do relator, a obrigação do pagamento de multa moratória estabelecida em contrato não interfere na responsabilidade civil da incorporadora, que retardando a entrega do apartamento e ocasionou dano ao casal comprador.

Plínio Shiguematsu

pshiguematsu@vbso.com.br

Amanda Visentini

avisentini@vbso.com.br

Gabriela Baraldi

gbaraldi@vbso.com.br

Carla Tredici

ctredici@vbso.com.br

Pedro Lucas Souto Giammarino

psouto@vbso.com.br

Juliana Gomes de Oliveira

joliveira@vbso.com.br

Lucas Akel Filgueiras

lfilgueiras@vbso.com.br