

# 13ª Conferência Internacional da LARES

Centro Brasileiro Britânico, São Paulo - Brasil

11, 12 e 13 de Setembro de 2013



## Tributação nas Operações de “Built to Suit” e no Direito de Superfície

Rodrigo de Freitas<sup>1</sup> e Ricardo Guimarães Loffredo<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Instituição: Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, Endereço: Rua Joaquim Eugênio de Lima, 447, São Paulo, SP, Brasil, E-mail: [rfreitas@mattosfilho.com.br](mailto:rfreitas@mattosfilho.com.br)

<sup>2</sup> Instituição: Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, E-mail: [rloffredo@mattosfilho.com.br](mailto:rloffredo@mattosfilho.com.br)

### RESUMO

O presente artigo buscará analisar as questões controversas na operação de *Built to Suit* e no direito de superfície, especialmente sob a perspectiva tributária. Com efeito, serão apresentados os conceitos jurídicos básicos para realização desta operação e suas formas de estruturação. Após essa análise inicial, serão apontadas as principais incidências tributárias, correspondentes aos tributos federais (IRPF, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), bem como as possíveis incidências de ITBI e ITCMD. Com isso, será possível averiguar qual a tributação incidente neste tipo de contrato nas esferas municipal, estadual e federal, a fim de se apurar os principais custos e vantagens fiscais ao se comparar a operação de *Built to Suit* com outras operações similares.

**Palavras-chave:** *Built to Suit*, Direito de Superfície, Direito Imobiliário, Direito Tributário.

# 13ª Conferência Internacional da LARES

Centro Brasileiro Britânico, São Paulo - Brasil

11, 12 e 13 de Setembro de 2013



## TAXATION IN OPERATIONS OF BUILT TO SUIT AND IN LEASEHOLD ESTATE

### ABSTRACT

This article's purpose is to analyze the controversial issues related to the Built to Suit contract and leasehold estate in Brazil, specially focusing on tax matters. For practical purposes, we will present legal notions of this operation and the ways to structure it under Brazilian Law. After that we will bring the tax burden analyzes related to the taxation on income/revenue (IRPF, IRPJ, CSLL, PIS and COFINS), as well as the possible impact of taxation on property (ITBI and ITCMD). Therefore, it will be possible to understand which taxes will be charged over this operation, as well as to determine the major costs and tax advantages when comparing Built to Suit agreement with other similar real estate operations..

**Key-words:** Built to Suit, Leasehold Estate, Real Estate Law, Tax Law.

## 1. INTRODUÇÃO

O contrato de *Built to Suit* (BTS) tem ganhado cada vez mais relevância no mercado brasileiro, isso porque sua estrutura única permite às empresas a utilização de um imóvel moldado às suas necessidades específicas, além de outros possíveis benefícios, como por exemplo, a redução na imobilização do seu capital, a viabilização da construção deste imóvel específico quando a empresa não possui todo o caixa necessário para sua construção, etc.

Ocorre que, apesar da importância do contrato de *Built to Suit* na realidade do País, os estudos que tratam da tributação deste tipo de contrato ainda são escassos.

Com efeito, decidiu-se produzir o presente artigo com o intuito de trazer os principais aspectos tributários relacionados ao contrato de *Built to Suit*, de forma a aclarar o tema e aprofundar os debates a ele relacionados.

Inicialmente, serão analisados os principais aspectos jurídicos e operacionais que tratam das operações BTS, inclusive sob a perspectiva do contrato de locação e do direito de superfície.

Ao final, serão abordados os tributos que incidem sobre as receitas e rendimentos produzidos pelo contrato de *Built to Suit* (IRPF, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), bem como os tributos que incidem sobre a transmissão da propriedade (ITBI e ITCMD).

## 2. “BUILT TO SUIT” – ASPECTOS JURÍDICOS E OPERACIONAIS

A expressão inglesa *Built to Suit*, em português “construído para servir”, é a denominação para a atividade imobiliária que tem como objeto a construção de um prédio por encomenda, para atender às necessidades de um “locatário” predeterminado, em um contrato de locação de longo prazo (geralmente pelo período de 10 a 20 anos).

Em geral, o negócio de BTS é contratado por empresas que têm necessidades específicas e procuram imóveis para locação com características especiais. Estas empresas não desejam ou não podem adquirir a propriedade imobiliária, mas necessitam de um edifício com características próprias e que não se encontra disponível para locação na região em que pretendem exercer suas atividades.

Portanto, o “locatário” (contratante) terá como vantagem a possibilidade de ocupar um imóvel especialmente adaptado às suas necessidades operacionais e localizado estrategicamente na região que lhe seja mais conveniente.

Outra vantagem econômica para o contratante é a redução do índice de imobilização do capital, uma vez que não necessitará adquirir a propriedade do imóvel para adaptá-lo às suas necessidades.

Normalmente o contrato *Built to Suit* tem apenas o objetivo de estabelecer um vínculo de locação de longo prazo entre o contratante e o empreendedor. No entanto, é possível estabelecer uma opção de compra deste imóvel ao final do contrato, desde que por valor relevante economicamente. Isto porque, caso o valor da opção de compra seja muito baixo ou irrisório, a

operação poderá ser considerada apenas uma compra e venda a prazo, com importante reflexo do ponto de vista fiscal no que tange à dedutibilidade das prestações pagas<sup>1</sup>.

Para o empreendedor, existe a obrigação de garantir o sucesso do empreendimento desde a sua implantação, tanto na procura por imóveis disponíveis nas áreas de interesse do contratante, como também no planejamento, elaboração de projetos e execução da construção da obra. Finalizada a construção, o empreendedor transfere o uso e gozo do imóvel ao contratante.

Ressalte-se também que é possível a realização de operações *Built to Suit* em imóveis próprios, ou seja, o empreendedor (locatário) pode já ser proprietário do terreno onde será realizada a construção. Isto porque a característica principal desta operação é a construção de edifício com características especiais para determinado locatário, o qual será cedido em contrato de locação de longo prazo de duração.

A remuneração do empreendedor pela atividade de BTS é realizada pelo valor do futuro aluguel a ser pago pelo contratante. Assim, o valor do aluguel a ser pago e o prazo de duração do contrato de locação (geralmente longo prazo) são calculados de forma a remunerar os custos de planejamento e projetos, aquisição do terreno e os gastos de construção, bem como o risco do empreendimento.

Tendo em vista que o imóvel BTS é construído para atender as necessidades especiais de determinado locatário (*intuitu personae*), o valor do aluguel tende a ser maior do que a média do mercado. Contudo, se não houver muitas exigências de adequação do empreendimento a necessidades especiais e específicas de determinado contratante, bem como tratar-se de um imóvel inserido em padrão do mercado, maior será a tendência de que o aluguel se aproxime do valor médio do mercado.

É importante destacar também que as operações BTS comumente são objeto de financiamento por meio de securitização dos recebíveis decorrentes do contrato de locação em longo prazo. Dessa forma, o empreendedor consegue captar os recursos necessários para a aquisição do terreno e construção do edifício mediante a emissão de certificados de recebíveis imobiliários – CRI<sup>2</sup> no mercado de capitais.

A securitização de recebíveis é uma alternativa ao financiamento da atividade imobiliária, uma vez que é possível a captação de recursos para **antecipar o recebimento de créditos imobiliários**. Nos termos do artigo 8º da Lei do SFI (Sistema Financeiro Imobiliário), a securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual a companhia securitizadora emite uma série de títulos expressamente vinculados a créditos imobiliários (recebíveis decorrentes de venda a prazo de bens, locação, serviços ou operações imobiliárias).

Em alguns casos o empreendedor poderá financiar o empreendimento mediante a contratação de um “empréstimo ponte” de curto prazo, para fazer frente às despesas incorridas durante a evolução da obra (*bridge loan*). Após a finalização da obra, é possível substituir este

---

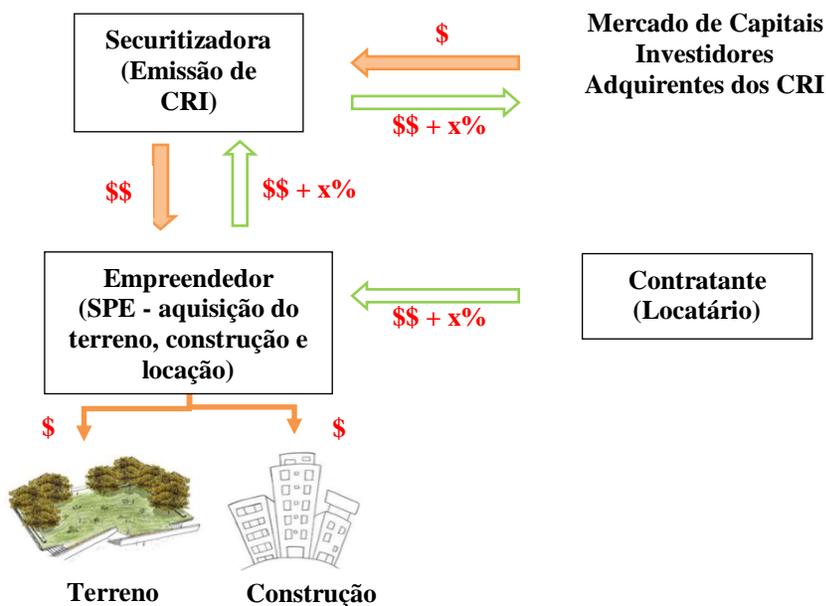
<sup>1</sup> Para que se possa contratar uma opção de compra com valor residual baixo, deve-se adotar o contrato de *leasing* imobiliário.

<sup>2</sup> Nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.514/97.

empréstimo pelos recursos decorrentes da securitização de créditos imobiliários (recebíveis do contrato de locação) <sup>3</sup>.

Apenas didaticamente, podemos citar o seguinte exemplo gráfico de estruturação da operação de BTS mediante um contrato de locação:

**Figura 1: “Built to Suit” mediante Contrato de Locação**



Conforme se verifica acima, a operação de BTS envolve a aglutinação de diversos contratos e negócios jurídicos, inclusive o contrato de locação. Como não existe a previsão legal expressa regulamentando tal operação, parte da doutrina classifica o contrato BTS como um negócio jurídico atípico (ou também locação atípica) <sup>4</sup>.

Tendo em vista a necessidade de estabelecer uma maior segurança jurídica nos contratos de BTS, a Lei nº 12.744/12 acrescentou o artigo 54-A na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) para tratar de dois temas fundamentais para a realização desse negócio: (i) a renúncia ao direito de revisão dos aluguéis durante prazo de vigência do contrato de locação; e (ii) a

<sup>3</sup> Sobre o enfoque do financiamento da operação BTS, confira-se: VALENÇA, Marcelo José Lomba. Built to Suit – Operação de Crédito Imobiliário Estruturada. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 27, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 328 e seguintes.

<sup>4</sup> Neste sentido: FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to Suit. In Revista de Direito Imobiliário, ano 35, vol. 72, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 161 e seguintes. Em sentido contrário: SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Contrato Built-to-Suit e a Lei do Inquilinato. In Revista Síntese Direito Imobiliário, ano I, nº 1, 2011, pp. 51 e seguintes.

possibilidade de cobrança de multa contratual em valor correspondente ao total dos aluguéis remanescentes em caso de denúncia antecipada do contrato<sup>5</sup>.

De fato, para que os contratos de BTS sejam operacionais, fazia-se necessário garantir a possibilidade de renúncia ao direito de revisão judicial do aluguel depois de decorridos 3 anos de vigência do contrato (artigo 19 da Lei do Inquilinato). Isto porque os contratos de locação em BTS são geralmente de longo prazo de duração e é necessário garantir a previsibilidade do valor das prestações para que seja possível a remuneração de todos os gastos incorridos na aquisição do terreno e na construção do edifício. Ainda, o valor das prestações é geralmente maior que o valor médio de mercado, pois é comum que as edificações sejam construídas sob medida e com características especiais para atender as necessidades do locatário.

Outra medida fundamental para segurança de retorno do investimento foi a possibilidade expressa de fixação da multa contratual em valor correspondente ao total dos aluguéis remanescentes, caso ocorra a rescisão antecipada. Com efeito, deixa-se de aplicar o artigo 4º da Lei no Inquilinato (pagamento proporcional da multa), uma vez que é necessário garantir o ressarcimento dos investimentos feitos para a construção do empreendimento.

Ressalte-se, contudo, que as alterações trazidas pela Lei nº 12.744/12 apenas formalizaram expressamente regras que já eram aplicáveis às operações de BTS, uma vez que se tratava de uma operação atípica, não se sujeitando obrigatoriamente às mencionadas regras. Neste sentido, cite-se o artigo 473 do Código Civil, quando dispõe sobre a denúncia de contratos que demandam grande investimento para sua execução<sup>6</sup>.

Por fim, tendo em vista os possíveis questionamentos acima apontados quanto à aplicação das regras de revisão judicial dos aluguéis e pagamento da multa proporcional, algumas operações passaram a ser estruturadas por meio de contratos de superfície. Neste sentido, passa-se a analisar também as características específicas desse instituto jurídico.

### 3. DIREITO DE SUPERFÍCIE – ASPECTOS JURÍDICOS E OPERACIONAIS

O direito de superfície é o direito de **construir** ou **plantar** concedido pelo proprietário do terreno (fundeiro) ao superficiário (titular do direito de superfície). Neste caso,

---

<sup>5</sup> “Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convencionada 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 convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação”.

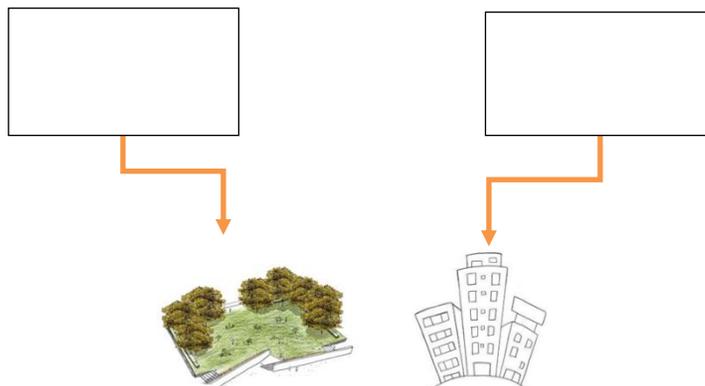
<sup>6</sup> “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. **Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.** (g.n.)

tem-se uma exceção ao princípio da acessão, segundo o qual as construções e plantações são de titularidade do proprietário do terreno (artigo 1.255 do CC/2002).

Dessa forma, enquanto o fundeiro é proprietário do terreno, o superficiário terá a propriedade resolúvel sobre a construção ou benfeitoria realizada:

*Figura 2: Contrato de Superfície*



Dentre as hipóteses em que é possível a outorga do direito de superfície, pode-se citar: (i) a construção pelo superficiário, na qualidade de usuário final ou para locação a terceiros; e (ii) realização de reforma, restauração ou *retrofit* pelo superficiário, para uso próprio ou para locação a terceiros.

O superficiário é detentor da posse direta do imóvel e o fundeiro é titular da posse indireta. Tendo em vista a temporariedade do direito de superfície<sup>7</sup>, a propriedade plena sobre o terreno, bem como sobre a construção ou plantação retornarão ao fundeiro após a sua extinção. Caso não haja estipulação em contrário, não será devida indenização ao superficiário pela construção ou plantação.

Quanto à remuneração, o direito de superfície poderá ser concedido de forma gratuita ou onerosa. Caso seja concedido onerosamente, será estipulado se o pagamento será feito de uma só vez ou de forma parcelada.

O direito de superfície é constituído mediante escritura pública, instrumento válido entre as partes. A escritura pública deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis para possuir natureza de direito real (oponível a terceiros). Esse instituto encontra-se regulamentado

---

<sup>7</sup> O artigo 1.369 do Código Civil determina o prazo determinado de outorga do direito de superfície. Contudo, a partir de 2007, discute-se a possibilidade de estipulação de prazo indeterminado: “Art. 1.473. Podem ser objeto de hipoteca: (...) X - a propriedade superficiária. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) (...) § 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, **caso tenham sido transferidos por período determinado**. (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)” (g.n). Contudo, a estipulação do prazo indeterminado pode gerar o direito de rescisão a qualquer momento.

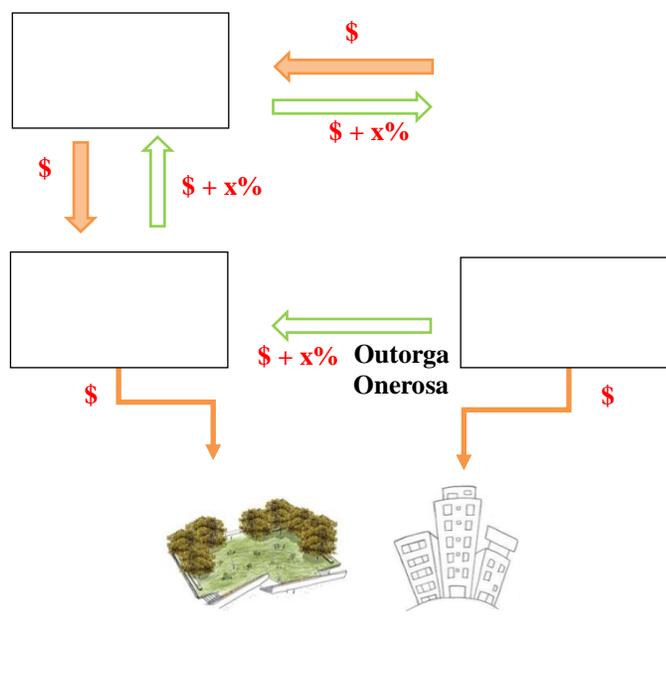
pelos artigos 1.369 e seguintes do CC/02<sup>8</sup> e previsto, também, no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01, artigos 21 e seguintes)<sup>9</sup>.

Destaque-se que, com o advento da Lei nº 11.481/2007, foram incluídos o inciso X no artigo 1.473 do Código Civil e o inciso IV do § 1º do artigo 22 da Lei nº 9.514/97 que permitiram a hipoteca e alienação fiduciária da propriedade superficiária.

Sobre a estruturação da operação *Built to Suit* mediante a utilização da outorga do direito de superfície, Marcelo José Lomba Valença sugere: “(i) a aquisição de um imóvel pelo empreendedor; (ii) outorga do direito de superfície sobre o imóvel ao ocupante por determinado prazo (‘prazo’) com pagamento do correspondente preço em parcelas anuais ou mensais (‘preço da outorga’); e (iii) contratação pelo ocupante do empreendedor ou construtor para construção, sobre o imóvel, de uma instalação empresarial de acordo com as necessidades do ocupante (‘modelo superfície’). O custo da construção já estaria compreendido no preço da outorga. Conforme indicado no item anterior, ao final do prazo o ocupante deverá devolver o imóvel, com a instalação empresarial sem custo para o empreendedor”<sup>10</sup>.

Apenas para fins didáticos, confira-se o gráfico abaixo que ilustra o exemplo de estruturação da operação *Built to Suit* mediante a utilização do direito de superfície:

**Figura 3: “Built to Suit” mediante Contrato de Superfície**



<sup>8</sup> O direito de superfície substitui hoje o revogado regime de enfiteuse existente no Código Civil de 1916, embora as enfiteuses constituídas antes do advento do Código Civil de 2002 continuem existindo (artigo 2.038).

<sup>9</sup> Sobre a polêmica acerca da aplicabilidade dessas leis sobre o mesmo tema, confira-se: VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*, Coleção Direito Civil vol. 5, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 433 e ss.

<sup>10</sup> VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to Suit – Operação de Crédito Imobiliário Estruturada*. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 27, Revista dos Tribunais, 2005, p. 341.

É importante notar, no exemplo acima, que o valor da outorga onerosa é constituído por duas parcelas: (i) uma paga em dinheiro e (ii) outra paga mediante dação em pagamento do edifício que será construído no terreno.

Após a análise do BTS sob o ponto de vista operacional e jurídico, bem como a possibilidade de realização por meio do direito de superfície, passa-se a analisar um dos mais importantes aspectos da operação: os reflexos fiscais para as partes envolvidas.

#### **4. TRIBUTAÇÃO DA RENDA/RECEITA – IRPF, IRPJ, CSLL, PIS E COFINS**

A tributação da operação de BTS no Brasil deve ser analisada na perspectiva de três importantes agentes: (i) do empreendedor (locador/fundeiro), (ii) do contratante (locatário/superficiário); e (iii) do investidor (adquirente de créditos securitizados).

Com efeito, faz-se necessária a análise dos seguintes tributos na esfera federal, incidentes sobre a renda ou receita: Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF), Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição ao PIS e COFINS:

##### **4.1. Investidor Pessoa Física (aquisição do CRI)**

Conforme analisado anteriormente, um importante aspecto da operação BTS é a realização da securitização de recebíveis a fim de captar fundos para a aquisição do terreno e construção do edifício.

Neste sentido, é importante mencionar o incentivo fiscal concedido à securitização de créditos imobiliários, pois a Lei nº 11.033/04 (artigo 3º) isentou do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por: (i) Letras Hipotecárias – LH, (ii) Certificados de Recebíveis Imobiliários – CRI e (iii) Letras de Crédito Imobiliário – LCI. Trata-se de isenção às pessoas físicas que investirem na aquisição de títulos de crédito lastreados em créditos imobiliários, como se verifica no presente caso.

##### **4.2. Empreendedor (SPE ou não)**

O **lucro presumido** é um regime opcional de tributação para as pessoas jurídicas que não estejam obrigadas à apuração do lucro real (v.g. empresas que tenha auferido receita bruta superior a R\$ 78 milhões no ano anterior<sup>11</sup>, que tenham rendimentos auferidos no exterior ou que sejam instituições financeiras).

Trata-se da apuração de uma base de cálculo presumida sobre o valor das receitas auferidas. Com efeito, considerando-se apenas o aluguel recebido, presume-se o lucro de 32% sobre a receita bruta, sobre o qual incidirá a alíquota de 25% de IRPJ (15% mais o adicional de

---

<sup>11</sup> Artigos 13 e 14 da Lei nº 9.718/98, alterados pela Lei nº 12.814/2013. Ressalte-se que o limite de R\$ 78 milhões de faturamento para fins de opção pelo Lucro Presumido é aplicável a partir de 2013 (referente ao faturamento de 2012). O limite anterior de faturamento era de 48 milhões.

10%) e a alíquota de 9% para a CSLL (ou seja, a alíquota efetiva de IRPJ/CSLL será de aproximadamente 10,88% sobre a receita bruta)<sup>12</sup>.

Também deve ser considerada a incidência do PIS e da COFINS no regime cumulativo, mediante a aplicação da alíquota de 3,65% sobre a receita bruta. Dessa forma, verifica-se uma carga tributária total aproximada de 14,53% sobre a receita bruta.

Na sistemática do **lucro real**, a apuração da base de cálculo parte da apuração do lucro societário, com os ajustes específicos exigidos pela legislação (adições, exclusões e compensações). A alíquota é a mesma do lucro presumido: 34% (IRPJ e CSLL).

Assim sendo, diferentemente do lucro presumido (em que a margem de lucro é presumida em 32% sobre a receita bruta de aluguel), o lucro real terá uma base de cálculo variável (sendo geralmente mais vantajoso para os anos em que se prevê a existência de muitas despesas e de baixa margem de lucro sobre a receita).

Com efeito, em geral a opção pelo lucro presumido é mais vantajosa do que a opção pelo lucro real na perspectiva do empreendedor, uma vez que a atividade locação geralmente possuem margens de lucro superiores à adotada no lucro presumido.

Ademais, no lucro real o PIS e a COFINS são apurados no regime não cumulativo, mediante a aplicação da alíquota de 9,25% sobre a receita, mas tomando-se os créditos permitidos pela legislação. Dessa forma, a alíquota efetiva também irá variar em cada caso concreto, a depender do montante do crédito gerado pela operação.

Por fim, no que tange à **securitização** de recebíveis decorrentes de aluguéis futuros, tem-se o recebimento antecipado dos recursos que somente serão pagos pelo locatário no decorrer do prazo de locação. Ocorre que a receita decorrente desses aluguéis não pode ser considerada auferida pelo regime de competência antes do decurso do prazo contratual. Assim, os valores recebidos antecipadamente por meio da securitização desses recebíveis devem ser reconhecidos e tributados à medida do transcurso do prazo de locação<sup>13</sup>.

Destaque-se que mesmo pelo regime de caixa, tais valores também serão tributados conforme o transcurso do prazo de locação, uma vez que não são considerados como receita antes desse momento (possuem natureza de “adiantamento de clientes” registrados como passivo para o locador - empreendedor).

Com relação ao deságio sobre o valor do crédito imobiliário cedido pelo empreendedor, tal valor deve ser considerado como uma despesa dedutível para as pessoas jurídicas sujeitas à apuração do imposto de renda pelo lucro real. Ocorre que essa despesa também deverá ser reconhecida *pro rata temporis*, ou seja, proporcionalmente aos períodos de apuração a que competirem (artigo 374 do RIR/99).

### 4.3. Contratante (Locatário)

Para o locatário, o BTS somente será vantajoso do ponto de vista fiscal caso esteja sujeito à tributação pelo lucro real. Isto porque a vantagem fiscal comparativa entre a aquisição

---

<sup>12</sup> Trata-se de uma alíquota aproximada, pois se deve descontar a parcela da receita sobre a qual não incide o adicional de 10% do imposto de renda.

<sup>13</sup> Neste sentido é o entendimento consolidado pela Receita Federal, conforme se verifica pelo Processo de Consulta Interna nº 12/12.

direta da propriedade e a locação via BTS é a possibilidade deduzir integralmente as despesas de locação.

Conforme já mencionado, as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real devem apurar a base de cálculo mediante a dedução de custos e despesas, bem como adições e exclusões previstas em lei. Neste sentido, por força do inciso II do artigo 13 da Lei nº 9.249/95, são expressamente dedutíveis as contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens imóveis quando relacionados, intrinsecamente, com a produção ou comercialização dos bens e serviços.

Também merece destaque a possibilidade de tomada de crédito na apuração do PIS e da COFINS não cumulativos. De fato, os valores pagos a título de **aluguel de prédio** podem ser utilizados para o cálculo de crédito de PIS e COFINS pela alíquota global de 9,25%, desde que o imóvel seja utilizado na atividade da empresa<sup>14</sup>.

Caso o locatário realize **benfeitorias no imóvel locado**, também será possível descontar créditos de PIS e COFINS desde que: (i) os custos tenham sido suportados pelo locatário; e (ii) o imóvel seja utilizado nas atividades da empresa. Os custos incorridos pelo locatário devem ser registrados no ativo imobilizado como benfeitorias em imóveis de terceiros e o creditamento será calculado sobre os encargos de depreciação incorridos no mês, os quais também serão dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL<sup>15</sup>.

Destaque-se que o artigo 31 da Lei nº 10.865/04 vedou o aproveitamento de créditos de depreciação ou amortização de bens e direitos do ativo imobilizado adquiridos até 30 de abril de 2004, permitindo apenas para bens adquiridos a partir de 1º de maio de 2004. Este dispositivo também vedou o crédito relativo a aluguel e contraprestação de arrendamento mercantil de bens que já tenham integrado o patrimônio da pessoa jurídica.

Em suma, a operação BTS realizada mediante contrato de locação será geralmente tributada da seguinte forma:

---

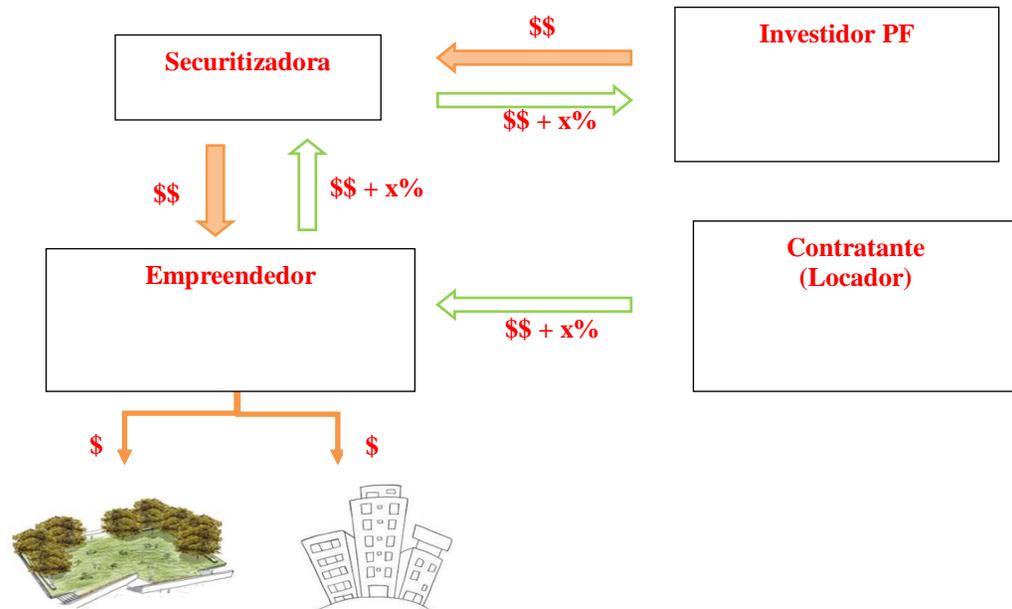
<sup>14</sup> Lei 10.637/2002 (PIS): “Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...) IV – **aluguéis de prédios**, máquinas e equipamentos, **pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;**” (g.n.)

Lei nº 10.833/2003 (COFINS): “Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...) IV - **aluguéis de prédios**, máquinas e equipamentos, **pagos a pessoa jurídica, utilizados nas atividades da empresa;**” (g.n.)

<sup>15</sup> Lei 10.637/2002 (PIS): “Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...) VII - **edificações e benfeitorias em imóveis de terceiros, quando o custo, inclusive de mão-de-obra, tenha sido suportado pela locatária;** (...) § 1º O crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor: (...) III - dos **encargos de depreciação e amortização** dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;” (g.n.)

Lei nº 10.833/2003 (COFINS): “Art. 3º Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a: (...) VII - **edificações e benfeitorias em imóveis próprios ou de terceiros, utilizados nas atividades da empresa;** (...)§ 1º Observado o disposto no § 15 deste artigo, o crédito será determinado mediante a aplicação da alíquota prevista no caput do art. 2º desta Lei sobre o valor: (...) III - dos **encargos de depreciação e amortização** dos bens mencionados nos incisos VI e VII do caput, incorridos no mês;” (g.n.)

Figura 4: Tributação da Operação de Built to Suit mediante Contrato de Locação



Apenas para fins comparativos, caso o contratante realizasse a aquisição direta do imóvel (contrato de compra e venda), somente poderiam ser deduzidas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL as cotas de depreciação do valor correspondente à edificação, calculadas de acordo com a sua vida útil (artigo 307 do RIR/99). Ou seja, **não seria possível depreciar o valor correspondente ao terreno**. Da mesma forma, o creditamento de PIS e COFINS somente seria calculado sobre o valor das cotas de depreciação do edifício incorridas no mês<sup>16</sup>.

Para a determinação da vida útil do bem, considera-se o prazo pelo qual se espera sua efetiva utilização econômica. Na prática, adotam-se as normas previstas pela legislação do imposto de renda para fixação da taxa de depreciação (utilização da vida útil média). No caso de edificações, a taxa de depreciação é de 4% ao ano (ou seja, vida útil média de 25 anos). No BTS, o aproveitamento fiscal dos valores pagos ocorrerá no prazo do contrato de locação, geralmente mais curto.

#### 4.4. BTS Mediante a Outorga do Direito de Superfície

Passa-se agora a análise dos reflexos fiscais correspondentes à estruturação da operação de BTS mediante a outorga do direito de superfície.

Para o **empreendedor (outorgante)**, tem-se uma receita decorrente da cessão de um direito real, que será tributada mediante os coeficientes de presunção de lucro de 32% para a

<sup>16</sup> Destaque-se a possibilidade de aproveitamento, no **prazo de 24 meses**, dos créditos de PIS/COFINS sobre edificações incorporadas ao ativo imobilizado, adquiridas ou construídas para utilização na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços, nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.488/2007.

apuração da base de cálculo do IRPJ da CSLL. Como já mencionado, considerando-se também a incidência do PIS e da COFINS (3,65%), verifica-se uma carga tributária aproximada total de 14,53% sobre a receita bruta (mesma carga tributária aplicada à receita de locação).

Para o **contratante (superficiário)**, os gastos incorridos na construção do edifício serão classificados contabilmente como ativo imobilizado, correspondente à propriedade superficiária da construção. O valor do edifício será depreciado fiscalmente à taxa de 4% ao ano<sup>17</sup>.

Com relação ao valor total da aquisição onerosa do direito de superfície (parcela em dinheiro e valor do edifício), deve-se verificar se o imóvel será utilizado pelo contratante na produção ou comercialização dos bens e serviços. Neste caso, o valor da aquisição onerosa será **amortizado** e deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL proporcionalmente ao prazo da outorga do direito de superfície (inciso III do artigo 13 da Lei nº 9.249/95).

Da mesma forma, há previsão legal expressa para crédito de PIS e de COFINS sobre a amortização do custo de aquisição do direito de superfície, pois se trata de um direito registrável no ativo imobilizado do superficiário<sup>18</sup>.

O requisito para o aproveitamento dos créditos de PIS e de COFINS é que o imóvel seja utilizado para locação a terceiros ou na produção de bens destinados à venda ou na prestação de serviços. O creditamento será feito sobre o valor dos encargos de amortização do direito de superfície, no decorrer do prazo da outorga onerosa<sup>19</sup>.

Ao final do período de concessão do direito de superfície, a edificação será entregue ao empreendedor a título de dação em pagamento e serão baixados como custo pelo contratante.

A entrega da edificação será considerada uma alienação pelo contratante, motivo pelo qual haverá lucro a ser tributado pelo IRPJ e CSLL caso o valor residual após o desconto dos encargos de depreciação seja menor do que o valor estipulado para a dação em pagamento. No entanto, não haverá incidência de PIS e de COFINS, pois se trata de alienação de bens do ativo imobilizado (anteriormente classificado no grupo ativo permanente, atual ativo não circulante)<sup>20</sup>.

---

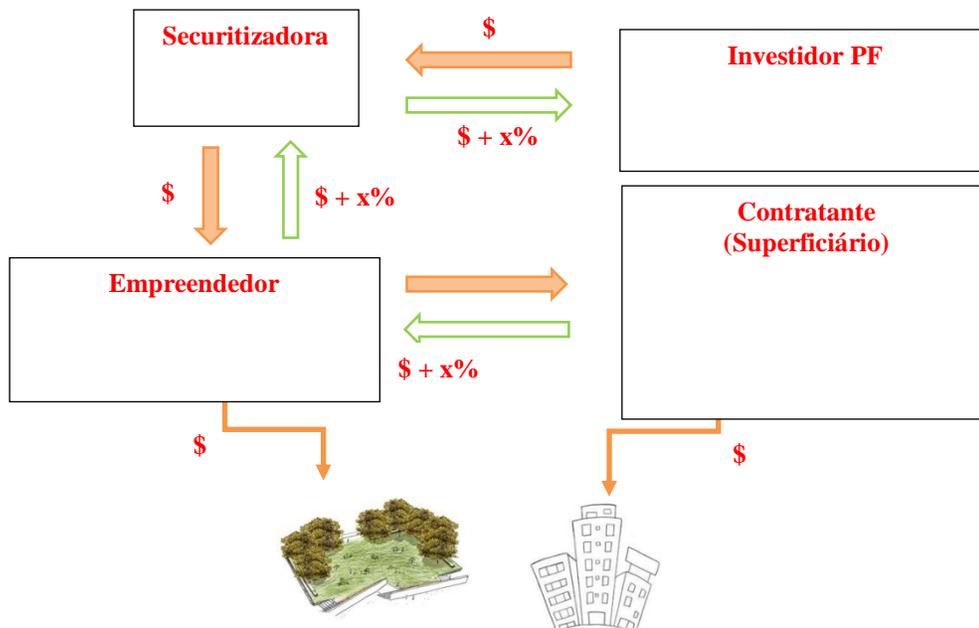
<sup>17</sup> A não ser no caso da opção pelo aproveitamento, no prazo de 24 meses, dos créditos de PIS/COFINS sobre edificações nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.488/2007.

<sup>18</sup> Nos termos da Lei nº 6.404/76: “Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo: (...) IV – no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens”.

<sup>19</sup> Lei 10.637/2002 (PIS): art. 3º, inciso VI e §1º, inciso III. Lei nº 10.833/2003 (COFINS): art. 3º, inciso VI e § 1º, inciso III. Conforme destacado, o artigo 31 da Lei nº 10.865/04 vedou o aproveitamento de créditos de depreciação ou amortização de bens e direitos do ativo imobilizado adquiridos até 30 de abril de 2004, permitindo apenas para bens adquiridos a partir de 1º de maio de 2004.

<sup>20</sup> Artigo 1º, § 1º, inciso VI, da Lei nº 10.637/2002 (PIS) e artigo 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 10.833/2003 (COFINS).

Figura 5: Tributação da Operação de Built to Suit mediante Contrato de Superfície



Por fim, especificamente no que tange ao direito de superfície, também é necessária a análise da discussão acerca da incidência dos tributos sobre a transferência de direitos reais: ITBI e ITCMD.

## 5. ITBI E ITCMD NO DIREITO DE SUPERFÍCIE – ASPECTOS POLÊMICOS

### 5.1. O ITBI e o ITCMD

Superada a análise do contrato de BTS na ótica da tributação das receitas e rendimentos (IRPF, IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), passa-se agora a examinar o referido contrato na perspectiva da tributação da transmissão da propriedade, isto é, do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação de quaisquer Bens e Direitos (“ITCMD”) e do Imposto sobre a Transmissão “Inter Vivos” de Bens Imóveis e Direitos a eles Relativos (“ITBI”).

O ITCMD é de competência dos Estados e o seu fato gerador ocorre quando há transmissão, em razão de morte ou doação, de qualquer bem ou direito. A base de cálculo deste tributo é o valor de mercado do bem transmitido, mas este valor poderá ser reduzido pelo Estado competente.

Diferentemente, quem têm competência para instituir e exigir o ITBI são os Municípios e o seu fato gerador é a **transmissão** entre vivos, a qualquer título, por ato oneroso, **(i) de bens imóveis**, por natureza ou acessão física, e **(ii) de direitos reais sobre imóveis** (dentre eles o de superfície), exceto os de garantia.

A base de cálculo do ITBI será, em regra, o valor venal do imóvel, assim entendido o valor de mercado ou, em outras palavras, o preço de venda a vista em condições normais.

Diante do exposto, constata-se que nem o ITBI e tampouco o ITCMD incidem sobre os contratos de locação, na medida em que nesta espécie de contrato não há a transmissão de bem imóvel ou de direito real relativo ao bem imóvel (como visto, fato gerador do ITBI), bem como, considerando que se trata de negócio oneroso (o que o exclui do campo de incidência do ITCMD).

Dessa forma, um contrato de BTS estruturado da forma mais comum, isto é, como um contrato de locação de longa duração, também não sofrerá a incidência dos supracitados tributos.

Entretanto, como já destacado anteriormente, também é possível viabilizar um contrato de BTS por meio de um contrato de outorga de direito de superfície, estrutura contratual que já suscita algumas discussões com relação à tributação pelo ITCMD e pelo ITBI.

A fim de examinar o tema, vejamos, inicialmente, as hipóteses de constituição dos contratos de outorga de superfície que viabilizariam o contrato de BTS e sua respectiva tributação, bem como, posteriormente, veremos os aspectos polêmicos acerca da extinção destes contratos.

## **5.2. 1ª Hipótese – Constituição do Direito de Superfície com Outorga Gratuita**

Neste primeiro cenário apresentado o fundeiro (proprietário do terreno) outorga o direito de superfície ao superficiário sem qualquer custo, o qual construirá o imóvel que necessita ou contratará terceiro para fazê-lo.

Na operação descrita no parágrafo anterior o imposto incidente será o ITCMD, uma vez que houve a transmissão de direito de forma gratuita, sem onerosidade.

A título exemplificativo, vejamos como ficaria o negócio em questão com base na Lei nº 10.705 de 2000 promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

Segundo o disposto no §2º, do artigo 9º, da lei mencionada acima, a base de cálculo do ITCMD no Estado de São Paulo para a transferência gratuita de domínio útil é um terço do valor venal do bem. Ou seja, em um imóvel cujo valor venal é de R\$ 1.000.000,00, a base de cálculo do ITCMD para o Estado de São Paulo será de R\$ 333.333,33.

No que tange à alíquota aplicável, dispõe o art. 16 da Lei nº 10.705/2000 que será de 4%, o que resultaria, considerando os dados demais apresentados, em um montante aproximado a ser recolhido a título de ITCMD de R\$ 13.333,33.

Este, portanto, seria o custo da outorga do direito de superfície de terreno localizado no Estado de São Paulo. Verifiquemos então como seria a tributação caso a outorga do direito de superfície fosse onerosa.

## **5.3. 2ª Hipótese – Constituição do Direito de Superfície com Outorga Onerosa e Pagamento em Dinheiro**

Nesta segunda hipótese, assim como na primeira, o concedente (proprietário do terreno) outorga o direito de superfície ao superficiário, porém, neste caso, o contrato será oneroso.

Considerando que a estrutura apresentada se fundamenta em uma transmissão onerosa de direito real sobre bem imóvel, o imposto exigido será o ITBI. Para definição da base de cálculo, passa-se a analisar, exemplificativamente, a legislação do Município de São Paulo atualmente em vigor, o Decreto nº 51.627 de 2010, o qual aprova o Regulamento do ITBI para este Município.

De fato, no decreto mencionado acima, a definição da base de cálculo do ITBI está prevista nos artigos 7º a 11 como sendo: “o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado”.

Ademais, no artigo 9º do Decreto nº 51.627/2010 estão dispostas reduções na base de cálculo para hipóteses em que há instituição/transmissão de direitos reais, uma vez que não se pode atribuir o valor venal do imóvel como sendo o valor também do direito real a ele correspondente (não se pode atribuir o valor do “todo” como se também fosse o valor da “parte”).

Ocorre que, no rol do artigo 9º, não há menção à definição da base de cálculo do direito de superfície. Assim, considerando que não se pode admitir que a base de cálculo da transmissão do direito de superfície seja a mesma da transmissão da propriedade, conclui-se que a base de cálculo a ser adotada nos casos de outorga onerosa do direito de superfície será o valor da contraprestação a ser pago nos termos do contrato, mesmo que seja inferior ao valor venal do imóvel estabelecido pela Secretaria Municipal de Finanças (nos termos do artigo 8º do mesmo Decreto)<sup>21</sup>.

Superada a discussão acerca da base de cálculo, verifica-se, no inciso II do artigo 12 do Decreto nº 51.627/2010, que para a operação ora examinada a alíquota do ITBI é de 2%.

Para fins de comparação, adotemos no presente caso o valor do contrato de R\$ 1.000.000,00, o mesmo montante utilizado na hipótese anterior. Constata-se que no caso de uma outorga do direito de superfície onerosa de imóvel localizado no Município de São Paulo o montante do ITBI a ser recolhido seria de R\$ 20.000,00.

Destaque-se que a tributação da outorga do direito de superfície deverá ser analisada de acordo com o caso concreto, uma vez que a legislação de cada local poderá oferecer formas de tributação distintas, com isenções e reduções de base de cálculo.

#### **5.4. 3ª Hipótese – Constituição Direito de Superfície com Outorga Onerosa e Construção da Benfeitoria como Dação em Pagamento**

Uma terceira hipótese para constituição do direito de superfície é a outorga onerosa pelo fundeiro ao superficiário, que será paga mediante a dação em pagamento do edifício que será construído.

Neste caso, também haverá incidência do ITBI sobre essa transmissão onerosa de direito real sobre bem imóvel, cuja base de cálculo será o valor da dação em pagamento definida em contrato, conforme já esclarecido na hipótese anterior.

---

<sup>21</sup> Não obstante a conclusão acima, vale pontuar a opinião de José Alberto Oliveira Macedo, em seu livro “ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais” (págs. 281 a 283), no sentido de que haveria a possibilidade de equiparação, por analogia, do direito de superfície ao usufruto. Caso se adote este entendimento, a legislação paulistana prevê uma base de cálculo de um terço do valor venal do imóvel, a qual deverá ser utilizada para cálculo do ITBI (inciso I, do artigo 9º).

No entanto, quando da dação em pagamento do edifício na extinção do direito de superfície, será transmitida a sua propriedade ao fundeiro, o que também representa uma transmissão de bem imóvel sujeita à incidência do ITBI.

### 5.5. Extinção do Contrato de Outorga de Superfície

Por fim, decorrido o prazo da outorga do direito de superfície, temos a extinção desse direito real. Neste momento, verifica-se uma polêmica sobre a incidência ou não do ITBI e/ou do ITCMD.

De fato, com o término do contrato de superfície, haverá a consolidação da propriedade do fundeiro (inclusive do edifício que era de propriedade do superficiário até então). Com efeito, resta a dúvida se neste momento existe a previsão legal para a incidência de ITCMD ou ITBI em razão da extinção do contrato ou da consolidação de benfeitoria, o que nos leva a quatro situações distintas que necessitam ser pontuadas.

Inicialmente examinando-se a extinção exclusiva do direito de superfície, verifica-se que, por exemplo, no Decreto nº 51.627/2010 (Município de São Paulo) existe previsão no inciso XII, do seu artigo 2º, de que deve incidir o ITBI também na extinção do direito de superfície.

Apesar da previsão normativa supracitada, entendemos que esta hipótese não gera a incidência de ITBI nem de ITCMD. Isso porque, no término do contrato de superfície não há a transmissão de qualquer direito, seja ele oneroso ou gratuito, mas, simplesmente, a extinção de um ônus para o fundeiro.

Ademais, reforçando a impossibilidade de cobrança do ITBI na extinção do direito de superfície, ressalta José Alberto Oliveira Macedo que “*não há [...] que ser cobrado ITBI duas vezes sobre a base de cálculo da instituição do direito de superfície*”<sup>22</sup>.

Assim, a extinção do direito de superfície, na nossa perspectiva não deverá sofrer a incidência do ITBI ou do ITCMD, sendo passível de discussão qualquer exigência neste sentido.

### 5.6. Transmissão da Construção/Benfeitoria

No momento da extinção de um contrato de superfície, é possível que o superficiário tenha exercido o direito de construir no terreno. Neste caso, haverá a transmissão da propriedade do edifício para o fundeiro (transmissão de um bem imóvel).

Com efeito, se **(i)** o edifício/benfeitoria for construído de **forma voluntária** e **(ii) não houver indenização** pelo edifício construído, verifica-se a transferência da propriedade imobiliária de forma gratuita, com a incidência de ITCMD. Neste caso, a base de cálculo será o valor do custo de construção do edifício transmitido ao fundeiro (descontada a depreciação ocorrida no período).

Contudo, caso **haja a indenização** pela construção do edifício, haverá incidência do ITBI. Neste caso, a base de cálculo será o valor da indenização paga<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> MACEDO, José Alberto Oliveira. ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 207.

<sup>23</sup> Neste sentido, José Alberto Oliveira Macedo, em seu livro ‘ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais’ ensina: “[...] a base de cálculo, nessa extinção com previsão de indenização, vai ater-se à referida indenização, pois é

Por fim, caso a construção seja decorrente de uma obrigação contratual e caracterizada como uma contraprestação pela outorga do direito de superfície, haverá incidência do ITBI, conforme já analisado na “3ª Hipótese – Constituição Direito de Superfície com Outorga Onerosa e Construção da Benfeitoria como Dação em Pagamento” acima.

## 6. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, verificamos que o contrato de *Built to Suit* possui duas formas de ser viabilizado, a primeira e mais usual como uma locação de longo prazo e a segunda por intermédio da outorga de direito de superfície.

Em qualquer das hipóteses, deve-se analisar inicialmente a tributação incidente sobre as receitas/rendimentos dos principais agentes:

- (i) **Investidor Pessoa Física**, que adquire o CRI no caso de securitização dos recebíveis (isenção do IRPF);
- (ii) **Empreendedor (Locador)**, que geralmente será tributado pelo lucro presumido (com reflexos na apuração do IRPJ/CSLL/PIS/COFINS);
- (iii) **Contratante (Locatário)**, que só terá uma vantagem tributária se estiver sujeito à tributação pelo lucro real, uma vez que nesta hipótese os valores pagos a título de aluguel poderão ser dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Além disso, gerarem crédito de PIS e de COFINS não cumulativo.

Outro ponto que também examinamos foi a tributação da operação de BTS no caso da utilização do direito superfície, considerando a possível incidência dos tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade/direito: ITCMD (na transmissão gratuita) e ITBI (na transmissão onerosa).

Ressalte-se que a constituição da operação de BTS por meio da utilização do contrato de locação não gera incidência dos referidos tributos (ITCMD e ITBI). Portanto, a forma de constituição da operação BTS pode ter reflexos tributários muito distintos, o que deve ser analisado e mensurado quando da escolha do modelo mais adequado.

---

só na sua substanciação que o Código Civil prevê a onerosidade no que se refere à extinção do direito de superfície” (pág. 207).

## 7. REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad – *Built to Suit*. In Revista de Direito Imobiliário, ano 35, vol. 72, Revista dos Tribunais, 2012.

MACEDO, José Alberto Oliveira – *ITBI – Aspectos Constitucionais e Infraconstitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to Suit – Operação de Crédito Imobiliário Estruturada*. In Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 27, Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo – *Direito Civil: Direitos Reais*. Coleção Direito Civil vol. 5, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.