

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO –
UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ

CAIO CESAR DUTRA DE FIGUEIREDO

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O REGIME
ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA

Rio de Janeiro

2014

CAIO CESAR DUTRA DE FIGUEIREDO

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O REGIME
ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientação: Professor Ricardo Sichel.

Rio de Janeiro – RJ

2014

CAIO CESAR DUTRA DE FIGUEIREDO

**O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO NA
INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Professor Ricardo Sichel

2º Examinador Benedito Adeodato

3º Examinador Cláudia Gurgel

Aprovada em: ___/___/_____

CONCEITO FINAL: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às pessoas que estiveram comigo ao longo desses anos, me acompanhando, apoiando e acreditando em mim.

AGRADECIMENTOS

Os apoios da minha família e das amizades que fiz ao longo desses anos, certamente, marcaram a minha trajetória até este momento.

Não citarei nomes aqui, por acreditar ser completamente desnecessário, mas agradeço em especial aos meus pais, cujos exemplos de vida moldaram o meu caráter, e sem os quais nunca poderia ter almejado chegar tão longe.

À minha namorada, por me acompanhar em cada decisão ou momento difícil, assim como nas conquistas e felicidades.

Aos amigos de boemia, por cada discussão jurídica acalorada, sempre em prol de soluções às mazelas da sociedade.

Enfim, a todos que fazem parte da minha história e do meu eterno aprendizado.

“Não existe tal coisa de ‘almoço grátis’.”

(Milton Friedman)

RESUMO

Esse trabalho discute a aplicação do regime especial de tributação e do patrimônio de afetação, nas incorporações imobiliárias, bem como as obrigações e benefícios que são atribuídas ao incorporador que submete a sua incorporação ao citado regime, e os seus reflexos para a confiança do mercado nas incorporações imobiliárias. Aborda o conceito das incorporações imobiliárias sob a luz da legislação infraconstitucional, assim como o do patrimônio de afetação e do regime especial de tributação. Trata acerca do processo de falência da empresa Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, que gerou muita desconfiança quanto ao mercado de incorporação imobiliária, tanto pelos grandes investidores como pelos que desejavam adquirir um imóvel próprio. Abarca a concepção principal de assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, no caso de decretação da falência ou insolvência civil do incorporador. Aborda finalmente a aplicabilidade do regime especial tributário à incorporação imobiliária sujeita ao patrimônio de afetação, visando tornar o instrumento em tela atraente para o incorporador. Pôde se depreender do estudo, o quão importante a afetação de patrimônio e o regime especial de tributação são para a segurança do mercado imobiliário, na medida em que tornou todos os ônus decorrentes de sua adoção, atrativos ao empresariado.

Palavras-chave: Incorporação. Imobiliária. Patrimônio. Afetação. Regime. Especial. Tributação.

ABSTRACT

This paper discusses the application of the special regime for the taxation of earmarked assets, in real estate development, as well as the obligations and beneficiaries that are assigned to the developer that submits its incorporation into said system, and the consequences for market confidence in the merger real estate. Addresses the concept of property development in the light of constitutional legislation, as well as the appropriated assets and special taxation. It about the process of bankruptcy Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, which generated much suspicion as to the real estate market, both by large investors and by those who wanted to acquire a property itself. Covers the main design to ensure the immediate restoration of the heritage of the individual purchasers of the linked autonomous unit under construction or to be constructed in the case of civil adjudication of bankruptcy or insolvency of the developer undivided. Finally addresses the applicability of the special tax regime for real estate subject to the appropriated assets, in order to make the instrument attractive screen for the developer. Could be inferred from the study, how important the allocation of assets and the special tax regime are for the safety of the housing market, in that it has all liens arising from its adoption, attractive to entrepreneurs.

Keywords: Real Estate. Segregate Estates. Special Tax Regime.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

SPE	Sociedade de Propósito Específico
CC/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CTN	Código Tributário Nacional
RET	Regime Especial de Tributação
RFB	Receita Federal do Brasil
IRPJ	Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
PIS/PASEP	Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público
SRF	Secretaria da Receita Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	
1.1 CONCEITOS GERAIS	14
2 ESTUDO DE CASO CONCRETO	
2.1 DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA ENCOL S/A ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO	18
3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	
3.1 TEORIA DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL	22
3.2 APLICAÇÃO TEÓRICA NO NEGÓCIO IMOBILIÁRIO	24
3.3 ASPECTOS GERAIS	26
3.4 CONSTITUIÇÃO	29
3.5 FISCALIZAÇÃO E CONTROLE	31
3.6 EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	34
3.7 EFEITOS DA FALÊNCIA DO INCORPORADOR	36
4 REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO	
4.1 ASPECTOS GERAIS	42
4.2 CONSTITUIÇÃO	44
4.3 EFEITOS TRIBUTÁRIOS	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50
ANEXO	51

INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como tema o Patrimônio de Afetação e o Regime Especial de Tributação na Incorporação Imobiliária.

A relevância da temática em questão está totalmente vinculada à situação de fomento ao mercado imobiliário, principalmente nas grandes capitais como Rio de Janeiro e São Paulo, tendo em vista que sediaremos grandes eventos no país, como as Olimpíadas do Rio de 2016.

É notório que em diversos centros urbanos do país, ocorre uma grande valorização dos espaços ociosos, assim como dos que precisam ser revitalizados. Aliado a essa valorização, soma-se também o aumento dos investimentos pela iniciativa privada, com a maior disponibilidade de crédito imobiliário e incorporadores, e da iniciativa pública, que além da disponibilização de recursos, criou uma política social baseada no desenvolvimento imobiliário, com programas como o “Minha Casa Minha Vida”.

Ocorre que o mercado de incorporação imobiliária e construção estavam desaquecidos há quase duas décadas e sendo vistos com muita desconfiança, tanto pelos grandes investidores como pelos que desejavam adquirir um imóvel. Essa desconfiança se deve em grande parte ao traumático processo de falência da empresa Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, como será visto no Capítulo 2 deste trabalho. Devido principalmente a confusão patrimonial, oriunda da falta de manutenção de contabilidade em separado dos empreendimentos, e ações judiciais por inadimplemento de obrigações, a citada empresa acabou falindo em março de 1999. Muitos empreendimentos restaram inacabados, outros não chegaram a ter seu início, ocasionando prejuízos para investidores, adquirentes e fornecedores, bem como uma crise no mercado imobiliário.

Tal crise não decorreu somente pelos prejuízos diretos advindos da falência da Encol, mas também de uma grande desconfiança quanto ao mercado, principalmente quanto aos empreendimentos sujeitos à incorporação, os quais são comercializados ainda na planta, ou seja, o comprador não adquire o direito aquisitivo de um imóvel construído, e sim de uma fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída.

Com a finalidade de garantir maior segurança ao mercado consumidor e investidores, com o advento da Lei nº 10.446 de 2002 e criação das sociedades limitadas, passou-se a utilizar amplamente esta forma societária de empresa, com o propósito específico de promover a incorporação de determinado empreendimento, passando a ser denominadas como Sociedades de Propósito Específico – SPE.

O objetivo era claro, manter em separado o patrimônio e os direitos creditórios de cada incorporação, fazendo com que cada SPE fosse a incorporadora responsável, utilizando uma forma societária de fácil estruturação e baixo custo, vinculando as SPEs à sociedade empresária de fato, que é a sócia majoritária e atua como uma *holding*.

O modelo descrito acima peca somente em um ponto, quando o quesito é garantia dos direitos de adquirentes em caso de falência ou insolvência civil do incorporador. Por constarem como patrimônio da *holding* ou do incorporador, estão sujeitas as SPE e seus bens a integrarem a massa falida para satisfação das obrigações inadimplidas.

Desta forma, no Capítulo 3 deste trabalho, será visto como o patrimônio de afetação foi concebido, tendo como objetivo principal assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, no caso de quebra do incorporador. A decretação da falência ou insolvência civil do incorporador não produzirá qualquer efeito quanto ao patrimônio afetado que não integrará a massa concursal, competindo à assembleia geral dos adquirentes deliberar sobre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação.

No Capítulo 4, trabalha-se como o legislador, visando tornar o instrumento em tela atraente para o incorporador, resolveu tornar aplicável o regime especial tributário à incorporação imobiliária sujeita ao patrimônio de afetação. Ao optar pelo regime especial o incorporador ficará sujeito ao pagamento mensal unificado do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, equivalente a 4% (quatro por cento), redação dada pela Lei nº 12.844 de 2013, das receitas mensais auferidas com a venda de unidades imobiliárias e das receitas financeiras e variações monetárias decorrentes dessa operação, a partir do mês da opção.

A alíquota desses impostos unificados pode ser de 1% (um por cento) sobre as receitas mensais, quando, até 31 de dezembro de 2018, desenvolvam-se projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009 (redação dada pela Medida Provisória nº 656, de 2014).

Portanto, observa-se o quão importante a afetação de patrimônio e o regime especial de tributação são para o mercado imobiliário e sua segurança, na medida em que ofereceu uma garantia a mais para os adquirentes de incorporações imobiliárias, bem como tornou a adoção da segregação de patrimônio, e todos os demais ônus decorrentes, atrativos ao empresariado.

1 TEORIA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.1 CONCEITOS GERAIS

Objetivando uma melhor análise sobre a temática deste trabalho, faz-se necessário apresentar o contexto no qual se encontra. Portanto, o conhecimento teórico sobre o procedimento de incorporação imobiliária é de extrema importância para compreensão de todos os seus institutos, inclusive o da afetação patrimonial.

No sentido geral, o termo “incorporação” é utilizado para expressar a ideia de “inclusão”, “agrupamento”, sendo que no plano do Direito Civil aplicável aos imóveis, é o caso da acessão agregada do solo, de forma que este e o imóvel passam a ser um único corpo.

Para o professor Melhim Chalhub, a incorporação imobiliária, no campo dos negócios imobiliários, significa “mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis”.¹

É, portanto, atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente. A venda antecipada de unidades autônomas, de edifício a construir, como forma de captação de recursos necessários à consecução da incorporação, é o traço característico da atividade em tela.²

O incorporador, figura central da incorporação, possui definição mais ampla na doutrina do Professor Caio Mário da Silva Pereira, “considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos desta lei toda pessoa física ou jurídica que promova a

¹ CHALHUB, Melhim Namen. **Da incorporação imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 10.

² Idem. Ibidem. p. 11.

construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação”.³

O Legislador optou por não deixando a cargo exclusivo da doutrina a conceituação de incorporação e de incorporador, tendo expressado na própria norma jurídica as definições. A norma em questão é a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que preceitua incorporação no seguinte parágrafo único do seguinte artigo:

“Art. 28. (...)”

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.”

E incorporador, no artigo transcrito abaixo:

“Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

A partir da leitura das referidas conceituações, desprende-se da lei que o incorporador não é, necessariamente, quem irá construir de fato o empreendimento. Essa leitura é bastante clara quando o art. 29 menciona em seu texto que “Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, (...)”.

Desprende-se também que não as atividades de construção e de incorporação não se confundem. A atividade de construção somente integra o conceito de incorporação quando estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões que a elas haverão de se vincular. Certo é que a incorporação acaba por compreender a construção, porém deve-se frisar que a atividade de construção não necessariamente será exercida pelo incorporador, podendo este atribuí-la a um terceiro.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 234.

Logo, a comercialização das unidades autônomas de um empreendimento objeto de incorporação imobiliária, e, portanto em fase de construção, nada mais é do que a negociação de frações ideais do terreno - parte indivisível e indeterminável das áreas comuns e de terreno, correspondente à unidade autônoma de cada condômino - e não de uma unidade imobiliária física, como ocorre em uma compra e venda *ad corpus*⁴.

Desta forma, o instrumento geralmente usado para representar a comercialização dessas unidades autônomas é uma promessa de compra e venda, na qual será indicada a fração ideal que está se adquirindo, utilizando-se a escritura definitiva de compra e venda quando da quitação à vista do imóvel, ou da captação de financiamento imobiliário para quitação de saldo devedor referente ao mesmo. Não está se tratando, neste momento, da transferência de propriedade direta do imóvel adquirido, e sim da fração ideal correspondente ao futuro imóvel, ainda em construção.

Em razão deste aspecto especial da compra e venda na incorporação imobiliária, antes que haja a comercialização das unidades autônomas, o incorporador tem por dever registrar o memorial de incorporação no competente Registro de Imóveis, o qual será arquivado e registrado, conforme o disposto no art. 31, § 1º e 32 da mesma lei. Trata-se de um conjunto de documentos, listados nas alíneas do art. 32, que contém elementos necessários para a identificação das futuras propriedades, bem como servirão como um ato preliminar à incorporação.

A grande questão a ser tratada era a restrição à livre disposição dos recursos e do patrimônio do incorporador, oriundos de diversos empreendimentos e negócios jurídicos sob sua tutela, por força de uma norma jurídica, e de não medidas alternativas adotadas pelas partes envolvidas na incorporação.

Em que pese as inúmeras formas de proteção contratual descritas acima, antes do advento da Lei 10.391, de 02 de agosto de 2004, não havia uma forma direta de proteção patrimonial, o que obrigava o mercado a utilizar medidas alternativas. Entre essas medidas, pode-se citar a popularização das SPEs para o desenvolvimento de incorporações imobiliárias, uma vez que objeto social de uma

⁴ Venda de um imóvel quando o preço recai sobre ele como um todo, e não apenas em relação à sua metragem. Trata-se de preço único, sem estipular valor pelo peso ou medida. Fundamentação: Art. 500, parágrafo 3º, do CC/02.

sociedade com esse aspecto é, única e exclusivamente, o desenvolvimento de determinado empreendimento.

A mobilidade dos acervos patrimoniais se refletia no uso indiscriminado de recursos de um empreendimento em outro, o que tornava a contabilidade de cada negócio jurídico, bem como o próprio risco de cada um, de difícil análise para o mercado imobiliário. Esses recursos, provenientes do financiamento das obras por instituições financeiras e dos recebíveis das vendas das unidades autônomas, por muitas vezes não eram empregados de forma exclusiva a promover a incorporação imobiliária, sendo utilizados também para quitação de dívidas originadas de outros empreendimentos. Portanto, o risco oriundo de um empreendimento, acabava por afetar os demais sob a tutela do incorporador.⁵

⁵ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; João Pedro Lamana Paiva (ORG). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 36.

2 ESTUDO DE CASO CONCRETO

2.1 DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA DA ENCOL S/A ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO

Dando continuidade à temática final tratada no capítulo acima, mister se faz o estudo da falência da empresa Encol S/A Engenharia, Indústria e Comércio, para o bom entendimento do que a confusão patrimonial originada da mobilidade irrestrita do patrimônio do incorporador pode vir a ocasionar, tanto para os investidores e instituições financeiras, quanto para os adquirentes comuns.

O juiz titular da Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Goiânia decretou a falência da construtora Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria, processo que tramita nos autos de nº 862/97. O ponto específico a ser visto é a relação entre a confusão patrimonial e a desconsideração da personalidade jurídica da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria.

Na sentença determinou-se:

“I - Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

O que se visa no presente processo, além da declaração de falência da concordatária, é a extensão dos seus efeitos às empresas controladas pela Encol S/A, Engenharia, Comércio e Indústria e aos seus controladores, para que eventuais desvios de patrimônio possam ser judicialmente corrigidos.

Há provas da utilização abusiva da pessoa jurídica, com o intuito de fugir à incidência de obrigações contratuais e causar, fraudulentamente, danos aos credores. No documento de fls. 35.657 a 35.659 (xerocópia de decisão proferida pela 4ª JCJ de Brasília) assevera o emérito julgador:

Também afirma o ilustre Comissário em seu relatório final, às fls. 33.055, o seguinte:

(...)

Como exemplo citamos o empréstimo concedido pela Caixa Econômica Federal em 06/95, no valor de R\$ 16.900.000,00, que, quando da propositura da ação de execução em 08/97, importava no valor superior a R\$ 144.000.000,00, um acréscimo da ordem de 800%, em um prazo de 25 meses. Este empréstimo foi

garantido por 107 (cento e sete) unidades imobiliárias no Ed. Adress West Side, em Goiânia, as quais, já haviam sido vendidas a terceiros com quitação integral do preço de compra.

(...)

E, como ficção elaborada por motivos técnico-jurídicos, justifica-se a sua desconsideração quando patente os atos de improbidade do empresário.

(...)

Assim, declaro ineficaz a transferência de cotas da empresa ENCOLPAR, bem como qualquer transferência de bens ou patrimônio da Encol S/A - Engenharia, Comércio e Indústria, determinando a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da falência às empresas por ela controladas e aos membros do Conselho de Administração atual, Pedro Paulo de Souza, Marcos Antonio Borela e Rodrigo Dimas de Souza.”⁶

A desconsideração da personalidade jurídica da Companhia adveio de atos de improbidade dos seus responsáveis legais. Tais atos se tornam explícitos quando na sentença é aduzido que um empréstimo foi tomado, e a garantia utilizada foram unidades de um empreendimento já vendido, ou seja, os recursos adquiridos junto à instituição financeira não foram revertidos para a construção do empreendimento, mesmo assim o ônus hipotecário recaiu sobre estes.

A falta de manutenção de contabilidade em separado dos empreendimentos e ações judiciais por inadimplemento de obrigações também foram determinantes para a decretação de falência. O relatório final da massa falida indica que a falência decretada em 1999 prejudicou vinte e três mil funcionários e quarenta e dois mil clientes e que, em 2013, a dívida remanescente da massa falida é superior a um bilhão de reais. Com as vendas de imóveis feitas durante a recuperação judicial foram recuperados trezentos milhões de reais.⁷

Muitos empreendimentos, iniciados ou não, restaram inacabados em razão da falência, bem como formaram também parte da massa falida, ou seja, foram alienados para o pagamento de credores. Deste modo, muitos adquirentes foram prejudicados inclusive no processo de liquidação do acervo patrimonial da Companhia.

⁶ Sentença de falência da Encol. Disponível em <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16340/sentenca-de-falencia-da-encol>>

⁷ <http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/05/relatorio-final-da-massa-falida-da-encol-e-entregue-justica-em-goias.html>

Alguns outros condomínios conseguiram que as unidades imobiliárias em estoque, ou seja, já construídas, porém não comercializadas, fossem transferidas para o patrimônio destes, mesmo sendo de propriedade da incorporadora, e, portanto, destinadas pela legislação a integrar o ativo da massa falida, para posterior liquidação e satisfação dos seus credores.

A título de ilustração, tome-se o requerimento de alvará apresentado pelo Condomínio do Empreendimento Costa Verde, do Rio de Janeiro, processo 199901195790. Destacam-se alguns trechos do parecer do representante do Ministério Público e da sentença:

Parecer do Ministério Público

"O empreendimento condominial, o edifício de residências em condomínio tem que ser visto à luz do que estabelece a Lei nº 4.591/64, como determina a própria Lei de Falências. O incorporador não era proprietário das unidades não vendidas. Como incorporador e construtor competia-lhe a venda das mesmas e enquanto não vendidas arcar com as despesas desta construção. Todavia, estas eram e são unidades de um todo de que são proprietários todos os condôminos. Se estes agora assumem a responsabilidade pelo empreendimento, se assumem suas dívidas, se assumem todas as obrigações do empreendimento, têm que assumir também o possível direito que o incorporador teria sobre estas unidades. E aqui volta-se a repetir, tais unidades não pertenciam ao incorporador, competindo-lhe sim a venda das mesmas e enquanto não vendidas arcar com as despesas desta construção nos termos da lei, já que sua atividade de incorporador é atividade mercantil e visava lucro. Tais unidades sempre pertenceram ao condomínio e não ao incorporador, portanto, com a falência deste, continuam pertencendo ao condomínio, que agora deverá se incumbir do término da obra e, portanto, da venda das referidas unidades. Não há que se falar em transferência destas unidades pela Massa Falida, como dação em pagamento ou qualquer outro instituto jurídico.

Todavia, questão prática põe freio à continuidade das obras pelos condôminos face a falência do incorporador e diante do fato de tais unidades ainda constarem no registro de incorporação em nome do incorporador. A solução jurídica única é a manifestação desse juízo universal no sentido de que sendo tais unidades de propriedade do condomínio, só a elas pertencem, a fim de que a Comissão de Representantes a ser criada conforme disposição expressa da Lei de Incorporação possa promover a venda das referidas unidades, utilizando-se dos poderes que lhe são conferidos pelo art. 63, § 5º, da citada lei."

Sentença

"Como bem colocado no parecer acima destacado, a Massa Falida da Encol S/A Engenharia, Comércio e Indústria, não tem nenhum direito sobre as chamadas "unidades estoques", as quais sempre pertenceram ao Condomínio e não à ex-incorporadora, ora falida. No tocante às chamadas unidades "dos não aderentes", caberá ao Condomínio, que assumiu a responsabilidade pela continuidade da edificação, através de sua Comissão de Representantes, adotar o procedimento previsto na Lei nº 4.591/64, ou seja, constituir o inadimplemento em mora e depois proceder a venda das referidas unidades.

Assim, para evitar que a Massa Falida da Encol S/A Engenharia, Comercio e Indústria obtenha vantagem econômica com aquilo que não lhe pertence, *in casu*, as "unidades estoque" e "unidades dos não aderentes", merece acolhimento à pretensão da parte requerente para que as referidas unidades sejam consideradas excluídas de qualquer vinculação com a Massa Falida, propiciando a retomada e conclusão da edificação, independente de qualquer compensação financeira, como acima consignado.

Ante o exposto, à luz da legislação vigente, entendimento doutrinário acima mencionado, acolhendo a manifestação do Ministério Público, e visando propiciar o prosseguimento da construção do empreendimento descrito na inicial, hei por bem declarar como de propriedade da requerente as 78 (setenta e oito) unidades denominadas estoques existentes no empreendimento descrito na inicial, bem como para excluir e afastar qualquer direito da Massa Falida sobre as unidades dos não aderentes à continuidade das obras do mesmo empreendimento, devendo a Comissão de Representantes dos adquirentes ou condomínio adotar o procedimento previsto na Lei de Incorporação para a venda da mesma, sendo que na alienação das referidas unidades não haverá necessidade de qualquer interferência ou nova autorização por parte deste juízo." ⁸

Neste diapasão, a segregação patrimonial decorrente da afetação de patrimônio poderia ter impedido que o prejuízo dos adquirentes atingisse esse montante, tendo o Juízo competente agir em defesa destes, conforme será analisado adiante.

O resultado disto foi, como citado anteriormente, foi o desaquecimento do mercado de incorporação imobiliária e construção, assim como o apelo do mercado por uma legislação que favorecesse a segurança dos negócios imobiliários, inclusive nos casos de falência ou insolvência civil do incorporador.

⁸ CHALHUB, Melhim Namen. **Da incorporação imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 78.

3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

3.1 TEORIA DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL

Inicialmente, é preciso esclarecer que a afetação patrimonial não significa interferência no direito subjetivo do incorporador de coordenar a sua própria atividade. Há um condicionamento dos exercícios de seus poderes, visando à consecução da função socioeconômica da incorporação objeto da afetação.

Em linhas gerais, a afetação do patrimônio pode ser definida como a segregação do acervo patrimonial do incorporador, com a exclusiva finalidade de conclusão das obras de um empreendimento e a entrega das unidades autônomas. Compõe o acervo patrimonial o terreno, acessões, recebíveis oriundos da comercialização, assim como os respectivos encargos. O grande objetivo da adoção desse regime é a proteção da incorporação afetada contra os riscos advindos de negócios concomitantemente desenvolvidos pelo incorporador.

Por força da afetação, os recebíveis – receita derivada das quantias pagas pelos adquirentes – ficam vinculadas à conclusão do empreendimento, sendo vedado o desvio dos mesmos para finalidade diversa, inclusive se tratando de outra incorporação imobiliária. A teoria da afetação patrimonial assegura que o patrimônio afetado responderá somente por suas próprias dívidas e obrigações, tornando-o incomunicável. Entretanto, o volume de recursos afetado limita-se apenas ao montante necessário para a execução da atividade de incorporação, sendo certo que as quantias que excedem esse volume de recursos necessários estão afastadas da afetação.⁹

Por isso, a boa contabilidade é de extrema importância para o incorporador, para que se aproprie devidamente dos recursos excedentes. A incorporação afetada deve possuir contabilidade própria, apartada da contabilidade da incorporadora, de modo que são necessárias demonstrações periódicas dos resultados financeiros, livros contábeis próprios, assim como movimentação bancária em conta corrente própria.

⁹ Idem. Ibidem. p. 66.

Conforme dito anteriormente, assegurar a conclusão e entrega do empreendimento imobiliário é o objetivo principal quando se opta por afetar o patrimônio. Este objetivo fica latente quando se analisa a possibilidade dos adquirentes de um empreendimento afetado – reunidos em Comissão de Representantes dos Adquirentes e escolhidos em Assembleia Geral de Adquirentes – de assumir a administração da incorporação.

Tal fenômeno ocorre quando há atraso injustificado das obras ou em caso de falência do incorporador. Em ambos os casos, a Comissão assume a administração, sem que seja necessária a intervenção judicial para tal. No caso de falência do incorporador, há a peculiaridade de os créditos vinculados à incorporação, não integrarem a massa falida, e, portanto, não estarem sujeitos habilitação de crédito.¹⁰

Dado a configuração da atividade da incorporação imobiliária, os adquirentes encontram-se perante o incorporador em uma posição de hipossuficiência, tanto econômica quanto técnica. Somado a esse fato, tem-se também que a citada atividade importa em captação de recursos do público, ou seja, envolve interesse da economia popular.

Em razão desses aspectos, percebe-se o porquê dos direitos dos adquirentes merecerem tanta atenção pela Lei nº 4.591/64, sendo os que mais se destacam: (i) a exigência do arquivamento do Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis competente, como requisito prévio para a comercialização e oferta pública do empreendimento; (ii) as sanções, nas searas civil e penal, contra o incorporador que frustra a segurança jurídica do negócio imobiliário, por ação ou omissão; (iii) a irretratabilidade e irrevogabilidade do contrato de promessa de compra e venda, assegurando a obtenção compulsória do contrato definitivo, por parte dos adquirentes; (iv) o dever de informar sobre o cumprimento do cronograma da obra; (v) o direito dos adquirentes de substituir o incorporador, nos casos de atraso injustificado do andamento da obra, por exemplo; e (vi) a classificação dos créditos pertencentes aos adquirentes, como créditos privilegiados no Quadro Geral de Credores, na ocorrência de decretação de falência do incorporador.¹¹

Desta forma, em que pese a aplicação dos supracitados dispositivos, os mesmo não são suficientes para salvaguardar os direitos dos adquirentes diante de um desequilíbrio financeiro do incorporador. Deve-se considerar também o fato de o

¹⁰ Idem. Ibidem. p. 67.

¹¹ Idem. Ibidem. p. 70-71.

acervo de cada uma das incorporações imobiliárias empreendidas pelo incorporador integrem o patrimônio geral deste, de modo que seus respectivos bens e direitos constituem garantia geral dos seus credores. Até a promulgação da Lei nº 10.931/04, o direito positivo não contemplava mecanismos de proteção patrimonial que evitassem, ou ao menos, delimitassem os riscos.

3.2 APLICAÇÃO TEÓRICA NO NEGÓCIO IMOBILIÁRIO

A teoria da afetação patrimonial é vista, pela doutrina, como perfeitamente ajustável ao negócio da incorporação imobiliária, sendo plausível afirmar que na Lei nº 4.591/64, o legislador tenha se orientado pela teoria em tela. Quando analisada a estruturação do negócio incorporativo - que na legislação supracitada é tratada a partir do art. 28 - percebe-se o referido ajuste com clareza.

Exemplificando, o dossiê que compõe o Memorial de Incorporação (art. 32) define o objeto da incorporação imobiliária, identificando de forma precisa os seus elementos, de modo há lhe conferir autonomia física e financeira. De fato, cada incorporação possui receita própria, decorrente da alienação das unidades imobiliárias, ou dos recursos financeiros para a consecução da obra, de modo que tais fontes são suficientes para conferir essa autonomia financeira e autossustentação.

O resultado disso é que cada empreendimento incorporado é único, inconfundível e independente, por meio da identificação específica dos limites do seu patrimônio, o que atrai o negócio jurídico para a órbita da teoria da afetação.

De acordo com esta teoria, admite-se a segregação patrimonial ou a qualificação de determinado patrimônio de modo a vinculá-lo a uma determinada finalidade. E para tal, é imprescindível que haja essa autossustentação dos empreendimentos para a eficácia da afetação.

Segundo a teoria, também é possível a existência de mais de uma massa patrimonial sob a titularidade do incorporador, não sendo necessário que o bem objeto da afetação seja extraído do patrimônio do titular, mas sim vinculado a determinada finalidade, e tornando-se incomunicável. A incomunicabilidade é uma característica fundamental, uma vez que é indispensável que os bens afetados

fiquem afastados dos efeitos de negócios jurídicos estranhos ao objeto da afetação, de modo há permitir que a autossustentação do mesmo não fosse prejudicada.¹²

Portanto, não há que se falar em desmembramento ou cisão do patrimônio geral do incorporador, nem da criação de personalidades novas, quando se tratar de constituição de patrimônios especiais. Como assinala Caio Mário da Silva Pereira:

“Abrangendo todo o conjunto das relações jurídicas, não se pode imaginar que a mesma pessoa tenha mais de um, porque em qualquer circunstância, ainda que se procure teoricamente destacar mais de um acervo ativo-passivo de valores jurídicos, sempre há de exprimir a noção de patrimônio à ideia de conjunto, de reunião, e esta, segundo a própria razão natural, é una.”

(...)

“Não obstante, porém, a separação de tais acervos ou massas, o patrimônio do indivíduo há de ser tratado como unidade, em razão da unidade subjetiva das relações jurídicas.”

(...)

“Os bens, objeto da afetação, a nosso ver, acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo, ou são objeto de restrição. Assim entendendo, aprovamos a disposição contida no Projeto de novo Código Civil, que autoriza separar do patrimônio da pessoa um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular. Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. Caso contrário, eles se prendem ao fim, porém continuam enclavados no patrimônio do sujeito. Não há, pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a ideia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens dotais, bens de ausentes, bens de herança, etc.”¹³

Como não há desmembramento do patrimônio geral do incorporador, pode-se verificar inclusive que há uma interdependência entre as massas patrimoniais gerais e as especiais no negócio imobiliário. Mesmo em um empreendimento afetado, no qual a execução da sua finalidade é realizada tendo o preceito da autossustentação, o incorporador responde pela execução da obra com o seu patrimônio geral, sendo

¹² Idem. Ibidem. p. 79-81.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. I. p. 248-252.

que somente após a extinção do patrimônio de afetação, o montante do resultado desse negócio é absorvido ao seu patrimônio geral.

Assim sendo, somente o lucro apurado no negócio jurídico é inteiramente seu, bem como sendo a receita auferida com o empreendimento insuficiente para a sua execução, o incorporador terá que extrair recursos do seu patrimônio geral e destiná-los a conclusão do mesmo.¹⁴

Por fim, pode-se afirmar que a teoria da afetação de patrimônio acaba por relativizar o princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores, e, ainda, o da livre utilização do patrimônio pelo seu titular.

De outra parte, para resguardo do interesse de terceiros, é preciso dar a visibilidade requerida pela lei ao patrimônio afetado. Assim, a formação dos patrimônios especiais somente se torna efetiva quando o tratamento especial atribuído à massa patrimonial segregada for oponível a terceiros, sendo então necessário dar-se publicidade aos atos, por meio do assentamento da opção de segregação patrimonial no Registro de Imóveis competente, por meio da averbação do Termo de Afetação.¹⁵

Importa ressaltar que a afetação de patrimônio não elimina completamente o risco dos adquirentes de empreendimentos incorporados, porém objetiva a delimitação deste risco, de modo que fique contido no limite das obrigações de cada empreendimento.

3.3 ASPECTOS GERAIS

A introdução do patrimônio no ordenamento brasileiro ocorreu pela aprovação da Lei nº 10.931/04, com redação dada pelo seu artigo 53, a qual introduziu os artigos 31-A a 31-F na Lei nº 4.591/64, que conforme dito anteriormente, dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias.

¹⁴ CHALHUB, Melhim Namen. **Da incorporação imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 83.

¹⁵ Idem. Ibidem. p. 85-89.

No primeiro artigo introduzido, o 31-A, resta estabelecido que “a critério do incorporador, a incorporação imobiliária pode ser submetida ao regime de afetação, pela qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.

Logo, conclui-se de imediato que a afetação de patrimônio trata-se de uma faculdade do incorporador, e não um ato compulsório ou regra geral das incorporações imobiliárias. Devido ao fato da afetação ser considerada um instrumento de proteção da economia, a doutrina acaba por ser contrária a essa faculdade, aduzindo que toda e qualquer incorporação é merecedora da tutela especial sob a forma de segregação patrimonial, independente de qualquer manifestação do incorporador.

A segregação patrimonial, com os registros contábeis apartados, é tão relevante que confere ao incorporador o reembolso de gastos feitos com recursos de seu patrimônio geral com a finalidade de constituir o patrimônio especial. Isso se deve ao fato de o incorporador ter de iniciar os serviços preliminares do empreendimento, como aquisição do terreno, elaboração e aprovação de projetos, serviços iniciais de construção, dentre outros, antes mesmo de iniciar a comercialização das futuras unidades autônomas, e, por conseguinte, de gerar recursos para o negócio, de modo que, em regra, a sustentação financeira será realizada com recursos extraídos do seu patrimônio geral. Em razão disso, esses recursos deverão ser reembolsados ao incorporador, para reposição do seu patrimônio geral, como previsto nos §§ 6º e 7º do artigo 31-A. Da mesma forma, deverão ser ressarcidos pelo patrimônio segregado a utilização de bens, direitos e serviços fornecidos pelo patrimônio geral.

Importante ressaltar que o reembolso do preço pago pela aquisição do terreno, que será objeto da incorporação imobiliária, somente poderá ser realizado “quando da alienação das unidades, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão somente os valores efetivamente recebidos pela alienação”, redação dada pelo § 7º do artigo 31-A.

São excluídos do patrimônio afetado “os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (artigo 44), considerando-se os valores a receber até a sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver” (artigo 31-A, § 8º, I), bem como “o valor referente ao preço de alienação da fração ideal do terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (artigo 55) ou por administração (artigo 58).” (artigo 31-A, § 8º, II).

Aspecto igualmente relevante é a responsabilidade do incorporador, o qual responderá com seu patrimônio geral e pessoal pelos prejuízos que causar ao patrimônio especial, conforme o disposto no § 2º do artigo 31-A. A obrigação do incorporador é de resultado, conclusão de obra e entrega das unidades imobiliárias, possuindo responsabilidade civil objetiva.

Com a finalidade de viabilizar o desenvolvimento de um empreendimento, é permitida a captação de recursos junto às instituições financeiras com a constituição de garantias reais sobre o terreno e acessões, sendo necessário apenas que tais recursos sejam utilizados integralmente na própria incorporação imobiliária. E em contrapartida, a comercialização das unidades deve ser anuída pelo agente financiador, ou ao menos cientificada a este, conforme a inteligência do § 11 do artigo 31-A. O objetivo dessa anuência é garantir que todas as partes estejam cientes das condições contratuais, principalmente o agente financiador e os adquirentes, uma vez que sub-rogarão nos direitos e obrigações em caso de substituição do incorporador.

Admite-se também a cessão dos créditos provenientes da alienação das unidades, sendo aceito tanto a cessão plena quanto a fiduciária, geralmente envolvendo a securitização dos recebíveis creditórios em títulos como o Certificado de Recebíveis Imobiliários, instituído pela Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Os recursos passam a integrar o patrimônio de afetação, segundo a disposição do § 4º do artigo 31-A, sendo certo que desse montante o incorporador poderá buscar os ressarcimentos expostos nos §§ 6º e 7º do artigo 31-A, bem como retirar para si a quantia excedente necessária para a incorporação imobiliária.¹⁶

¹⁶ Idem. Ibidem. p. 94-100.

Vale ressaltar que a responsabilidade do incorporador é objetiva, e exclusivamente sua e do construtor, caso não sejam acumuladas as funções em uma mesma pessoa, por ela não respondendo o financiador de recursos ou cessionários de créditos.

3.4 CONSTITUIÇÃO

No artigo 31-B, está previsto que “considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno”.

No supracitado artigo estão contempladas as normas relativas ao modo de constituição da afetação de patrimônio. O instrumento utilizado para formalizar a escolha pela formação de patrimônio apartado é o Termo de Afetação, que nada mais é do que uma simples declaração de vontade subscrita pelo incorporador, e por titulares de direitos reais aquisitivos, sendo que a constituição ocorre com a averbação do referido termo no Registro de Imóveis competente.

Quanto aos signatários do mencionado Termo de Afetação, é equivocada a interpretação de que todos os adquirentes das unidades devem anuir com a opção pela afetação de patrimônio, ao ler-se no referido artigo “titulares de direitos reais de aquisição”, sendo mais apropriado contemplar a assinatura do incorporador, e, quando for o caso, também do construtor e do proprietário do terreno, assim como seus sucessores. De modo que a afetação trata-se de uma garantia para o adquirente, a qual não lhe põe nenhum encargo, é impróprio aduzir pela anuência dos adquirentes, bem como da interveniência de outros titulares de direitos reais, em regra geral.

A interveniência de outros titulares de direitos reais pode ocorrer nos casos em que o incorporador não é o proprietário do terreno. Nos termos do artigo 31, podem atuar como incorporador o construtor ou o corretor de imóveis, sendo que nesses casos o terreno permanece no patrimônio do seu proprietário.¹⁷

¹⁷ Idem. Ibidem. p. 101-102.

Nesses casos, em que o incorporador não é o proprietário do terreno, o outorgante das garantias que recaem sobre o imóvel deve ser o proprietário ou titular dos direitos aquisitivos. Em razão disso, a afetação patrimonial de empreendimento nesses casos é constituída mediante a outorga do proprietário em conjunto com o incorporador, firmando o competente Termo de Afetação.

Ocorre também com certa frequência no mercado imobiliário, a aquisição de imóvel pelo incorporador com a utilização de recursos provenientes de instituições financeiras e, em garantia, é constituída hipoteca ou alienação fiduciária sobre o terreno. Nessas hipóteses, é indispensável também a anuência dos demais vinculados ao negócio imobiliário. Na alienação fiduciária, modalidade de garantia mais utilizada pelo mercado, o incorporador transmite os aos adquirentes os direitos aquisitivos das frações ideais do terreno objeto da incorporação imobiliária, mas conserva para si o domínio relativo a essas frações, até a quitação integral do preço.

Vale salientar então que a afetação não deve ser obstada pela existência de algum ônus sobre o imóvel, exceto os que impedem a alienação de suas frações ideais, uma vez que se trata de encargo que visa o cumprimento da função social da propriedade. Quanto a isso, o texto da lei é claro quando dispõe que “a averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento” (Parágrafo único do artigo 31-B).

Para as hipóteses em que a construção de um empreendimento não se caracteriza como atividade empresarial, e, portanto, não se enquadra como incorporação imobiliária, a afetação deve ser constituída e definida pelos próprios titulares das frações ideais do imóvel, quando da instituição do condomínio.

Por fim, é possível a adequação ao regime de afetação patrimonial de incorporações imobiliárias já registradas, desde que não haja elementos que tornariam incompatível a adoção, tais como a conclusão das obras e quitação das obrigações para com os adquirentes e eventuais credores. No artigo 31-B, fica estabelecido que, em qualquer tempo, a adoção da afetação pode ser realizada, bastando apenas que o incorporador firme o competente Termo de Afetação, e promova o assentamento da averbação no respectivo Registro de Imóveis.¹⁸

¹⁸ Idem. Ibidem. p. 103-107.

3.5 FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

No artigo 31-C, estão conferidos os poderes atribuídos à Comissão de Representantes, composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, podendo ser designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral de adquirentes, para representá-los perante o incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação e, em especial, para assumir a administração do empreendimento em caso de falência ou insolvência civil do incorporador. A assembleia geral pode ser convocada por um terço dos contratantes, pelo incorporador ou pelo construtor, para tratar de seus interesses, e suas deliberações aprovadas por maioria simples dos votos presentes serão válidas e obrigatórias para todos.

Estão conferidos também os poderes atribuídos ao agente financiador do empreendimento de fiscalização e acompanhamento do processo de incorporação, o qual realiza esta tarefa a suas expensas, por meio de nomeação de pessoa física ou jurídica. O poder de nomeação dessa pessoa não importa de fato uma imputação à entidade financiadora qualquer responsabilidade pelo andamento da obra, pela sua qualidade ou cumprimento de cronograma, uma vez que visa apenas a defesa dos direitos dos credores, e por isso também não importa à Comissão de Representantes nenhuma forma de responsabilidade, conforme a ressalva contida no § 1º do artigo 31-C.

Verifica-se que a ressalva mencionada é compatível com a natureza do serviço, fiscalização, e com o disposto no § 12 do artigo 31-A, pelo qual “a contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão, para o credor, da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implicam a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis”.¹⁹

¹⁹ Idem. Ibidem. p. 107-108.

A realização da atividade de fiscalização requer zelo e cautela, uma vez que o agente financiador e/ou a Comissão de Representantes terão acesso a documentos e informações protegidas pelo sigilo da atividade empresarial exercida pelo incorporador. No artigo 31-D, VI, está estabelecido um dos meios que a lei define para a realização dessa atividade, que é a entrega à Comissão de Representantes de balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação, sendo certo que o fornecimento de cópia desse relatório entre a Comissão de Representantes e a entidade financiadora não representará ato de quebra de sigilo.

No mesmo artigo 31-D, contemplam-se as demais obrigações do incorporador. De início, destaca-se no texto da lei o dever de promover a boa administração e a preservação do patrimônio de afetação. É obrigação do incorporador bem administrar o patrimônio afetado, preservando os bens e direitos vinculados, devendo inclusive adotar as medidas judiciais cabíveis para essa finalidade, já que responde com seu patrimônio geral, e até com os seus bens pessoais, por atos de má gestão. Para manter destacados os patrimônios especiais constituídos, deve manter registros contábeis próprios para cada incorporação, com contabilidade apartada da geral, assim como o envio do supracitado relatório trimestral relativo ao patrimônio de afetação.

Os recursos financeiros obtidos são mantidos em conta de depósito específica, havendo uma conta de depósito para cada incorporação promovida pelo incorporador, conforme dispõe o artigo 31-D, V. Certo é que a movimentação dessas contas de depósito será realizada exclusivamente pelo incorporador, o titular do negócio imobiliário e investido nos poderes de administração.

O livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva e de quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação, é assegurado ao auditor nomeado pela Comissão de Representantes ou entidade financiadora, por força do artigo 31-D, VII. O acesso às informações sobre saldo do preço proveniente da comercialização das unidades também é garantido, pelo § 19 do artigo 31-F. Isso porque os saldos dos preços que não tenham sido pagos ao incorporador até a data da decretação da falência ou da insolvência civil passarão a ser pagos à Comissão de Representantes, permanecendo o somatório desses recursos submetido à afetação, nos termos do artigo 31-A, até o limite necessário à conclusão da incorporação.

A doutrina defende que o legislador acabou por exceder-se especificamente nessas obrigações do incorporador, pelo simples fato de que a atuação desse preposto deveria ser admitida somente nos casos em que o incorporador negasse a dar informações, e quando notificado, não as entregue tempestivamente.

Tais mecanismos próprios visam dar visibilidade à movimentação física e financeira do empreendimento, e, portanto, permitem às demais partes do negócio imobiliário avaliar o andamento da incorporação, bem como prevenir situações de desequilíbrio que poderão causar-lhes prejuízos.²⁰

Uma particularidade importante do regime em tela é que a escrituração de cada patrimônio de afetação deve ser completa, mesmo que o incorporador esteja desobrigado por lei, por inteligência do artigo 31-D, VIII.

No artigo 31-D, III, restou estabelecido que fosse dever do incorporador “diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra”, sendo que a primeira parte deste dispositivo caracteriza a própria atividade de incorporação, qual seja a mobilização dos fatores de produção e recursos financeiros necessários para a sua realização. A captação de recursos pode ocorrer por intermédio da comercialização das unidades autônomas, através de obtenção de financiamento junto à instituição financeira, ou até mesmo as duas formas cumulativamente, o que é mais utilizado no mercado imobiliário. A segunda parte do dispositivo articula-se coerentemente com o disposto nos §§ 6º, 7º e 8º do artigo 31-A, pois ficam submetidos à afetação somente os recursos necessários para consecução das obras, averbação da construção, individualização das unidades no Registro de Imóveis e resgate do respectivo financiamento. Deste modo, o incorporador pode apropriar-se das importâncias excedentes, devendo preservar os recursos necessários para a conclusão da incorporação.

Quanto ao cumprimento do cronograma de obra, o artigo 31-D, IV, estipula mais uma obrigação ao incorporador, a entrega a cada três meses de relatório demonstrando o estado físico da obra, cumprimento de cronograma com o prazo de entrega pactuado e os recursos financeiros que integram o patrimônio afetado, recebidos no período.

²⁰ Idem. Ibidem. p. 108-109.

Novamente, a finalidade aqui é dar ciência da evolução da incorporação aos credores, que poderão avaliá-la e se prevenir de situações de desequilíbrio, adotando as medidas necessárias à defesa dos seus interesses.

Certo é que este demonstrativo é o instrumento mais importante para a plena eficácia da afetação, devido a maior complexidade, superando os balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação.

Porém, esse controle servirá unicamente para demonstrar quando serão necessários que os efeitos práticos da afetação sejam deflagrados, até então em estado latente. O efeito mais relevante é a destituição do incorporador, que pode ocorrer em duas hipóteses: paralisação das obras por mais de 30 (trinta) dias, sem justa causa devidamente comprovada, ou se retardar excessivamente o andamento destas (artigo 43, III); e a falência ou insolvência civil do incorporador (artigo 43, VI). Verificadas uma dessas hipóteses, a Comissão de Representantes assume a administração com vistas à convocação e realização imediata da assembleia geral de adquirentes que irá deliberar, por maioria simples, pelo prosseguimento da obra ou pela liquidação do patrimônio sob o regime da afetação de patrimônio. O prosseguimento será realizado à custa dos adquirentes, que se sub-rogarão nos direitos e obrigações do incorporador, e, havendo financiamento do empreendimento, será ouvida também a entidade financiadora, conforme o disposto no artigo 43, VI. A liquidação do patrimônio afetado será feita com a comercialização do acervo para o pagamento dos débitos vinculados à incorporação, distribuindo-se entre os adquirentes o produto líquido resultante dessa venda.²¹

3.6 EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

O patrimônio de afetação se extinguirá pela consecução de sua finalidade, a “averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento”, conforme a redação do artigo 31-E, I.

²¹ Idem. Ibidem. p. 110-112.

A extinção mediante a consecução da sua finalidade importará na desafetação das unidades autônomas remanescentes e dos créditos vincendos e vinculados. Havendo financiamento do empreendimento, a prova de quitação do mesmo é necessária para o requerimento da desafetação. Ou seja, atendendo-se os requisitos do artigo 31-E, I com número inferior à totalidade das unidades da edificação, as unidades remanescentes serão desafetadas e liberadas para o patrimônio geral do incorporador.

Muito embora o artigo 31-E, I considere extinto o patrimônio especial por meio da extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora, vale salientar que a extinção depende do resgate de todos os débitos a ele vinculados.

Levando-se em conta que a averbação da construção e o registro dos contratos de compra e venda definitivos constam do próprio Registro de Imóveis, a esse tempo do processo de incorporação, não deverá ser exigido do incorporador a apresentação das certidões de averbação da construção e do registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos adquirentes, bastando indicar no requerimento, quando da desafetação, os números das matrículas individualizadas e dos respectivos registros, bem como da averbação da construção.

Quando há concessão de financiamento ao adquirente para pagamento de saldo do preço de aquisição da sua unidade autônoma, geralmente concedido pela mesma entidade financiadora do próprio empreendimento, a desafetação deve ser feita unidade por unidade, na medida em que forem registrados os contratos de financiamento. Desta forma, atendem-se por completo os requisitos do artigo 31-E, I, já que será registrada a propriedade ou o direito real de aquisição em nome do adquirente, assim como será resgatado o financiamento da incorporação, na proporção das unidades vendidas.

Porém, pode ser extinto, também, mediante liquidação promovida pela assembleia geral de adquirentes, nos termos do § 1º do artigo art. 31-F, ou pela revogação do regime de afetação, em caso de denúncia da incorporação, conforme prevê o artigo 31-E, II e III.

No caso de extinção por denúncia da incorporação, somente será considerada extinta a afetação após a restituição dos valores pagos até então pelos adquirentes (artigo 36). Assim sendo, o requerimento de desafetação será instruído com o termo de denúncia, acompanhado pelos comprovantes de restituição dos valores pagos pelos adquirentes.

Na hipótese de desafetação decorrente de liquidação do patrimônio de afetação, o requerimento será dirigido pela Comissão de Representantes, instruído com o comprovante de pagamento das obrigações vinculadas ao patrimônio afetado, na forma dos §§ 7º e 18 do artigo 31-F.²²

3.7 EFEITOS DA FALÊNCIA DO INCORPORADOR

Trata-se, também, na legislação em questão, dos efeitos à afetação em caso de insolvência do incorporador e dos procedimentos para investidura da Comissão de Representantes na administração da incorporação, tendo em vista o prosseguimento das obras, bem como pela liquidação do passivo relativo ao patrimônio de afetação, principalmente os débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas.

O *caput* do artigo 31-F dispõe sobre os efeitos da falência do incorporador de modo a ser coerente com o enunciado do § 1º do artigo 31-A. Neste, institui-se como regra geral a incomunicabilidade – “O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva” – no tocante ao patrimônio de afetação.

Coerentemente com a supracitada regra, prevê o *caput* do artigo 31-F que “os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”. A regra geral da incomunicabilidade na aplicação da afetação ao negócio das incorporações imobiliárias é inerente à natureza desse instituto, e a ela inexoravelmente ligada em todas as hipóteses em que a afetação incida.²³

²² Idem. Ibidem. p. 118-119.

²³ Idem. Ibidem. p. 120.

Quanto às normas procedimentais aplicáveis nas hipóteses de decretação de falência do incorporador, destaca-se o artigo 119, IX, da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresa). O referido artigo dispõe que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer”. Leia-se por “cumprimento de sua finalidade”, no caso específico da atividade de incorporação imobiliária, a conclusão da obra, averbação da construção, entrega das unidades aos adquirentes e resgate do financiamento da construção.

Uma vez que a falência da incorporadora acaba por não atingir as incorporações submetidas à afetação patrimonial, o § 1º do artigo 31-F prevê que “nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembleia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (artigo 43, III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora”.

Em caso de paralização da obra ou atraso injustificado, aplica-se o mesmo procedimento, inclusive a hipótese de determinação judicial e a realização da convocação pela instituição financiadora, quando houver.

Confere-se à Comissão de Representantes, por força dos §§ 3º a 6º do artigo 31-F, os poderes para, outorgar aos adquirentes o contrato definitivo a que estiverem obrigados o incorporador e o titular do domínio ou dos direitos aquisitivos sobre o objeto da incorporação.²⁴

²⁴ Idem. Ibidem. p. 124-125.

Com a sub-rogação dos adquirentes nos direitos e obrigações do incorporador, os mesmos estão obrigados, portanto, ao pagamento dos débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas, conforme a redação do § 11 do artigo 31-F. Com relação a esse pagamento, verifica-se a desproporção de tratamento aos adquirentes, a partir da leitura do artigo 9º da Lei 10.931/04, o qual estabelece que, em caso de falência, “perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1o do art. 31-F da Lei nº 4.591/64, bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior”.

A doutrina defende que, considerando que um dos pressupostos da afetação é a vulnerabilidade econômica e técnica dos adquirentes, deveria lhes ser concedida condições de pagamento mais favoráveis do que as normalmente praticadas, bem como a supracitada sanção viola a um só tempo os princípios da isonomia, da defesa do consumidor e do devido processo legal. Assim sendo – tendo em vista que em razão da falência a situação orçamentária, em um primeiro momento, será deficitária – deveriam ser asseguradas aos adquirentes, pelo menos, as mesmas condições conferidas ao empresariado, em cumprimento ao princípio da proporcionalidade.²⁵

A regra geral para a sub-rogação dos adquirentes nos direitos e obrigações relativos à incorporação, consta da redação do § 12 do artigo 31-F:

“Artigo 31-F. (...)

§ 12. Para os efeitos do § 11 deste artigo, cada adquirente responderá individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, se outro critério de rateio não for deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos dos adquirentes, observado o seguinte:

²⁵ Idem. Ibidem. p. 126.

I - os saldos dos preços das frações ideais e acessões integrantes da incorporação que não tenham sido pagos ao incorporador até a data da decretação da falência ou da insolvência civil passarão a ser pagos à Comissão de Representantes, permanecendo o somatório desses recursos submetido à afetação, nos termos do art. 31-A, até o limite necessário à conclusão da incorporação;

II - para cumprimento do seu encargo de administradora da incorporação, a Comissão de Representantes fica investida de mandato legal, em caráter irrevogável, para, em nome do incorporador ou do condomínio de construção, conforme o caso, receber as parcelas do saldo do preço e dar quitação, bem como promover as medidas extrajudiciais ou judiciais necessárias a esse recebimento, praticando todos os atos relativos ao leilão de que trata o art. 63 ou os atos relativos à consolidação da propriedade e ao leilão de que tratam os arts. 26 e 27 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997, devendo realizar a garantia e aplicar na incorporação todo o produto do recebimento do saldo do preço e do leilão;

III - consideram-se receitas do empreendimento os valores das parcelas a receber, vincendas e vencidas e ainda não pagas, de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção, bem como os recursos disponíveis afetados; e

IV - compreendem-se no custo de conclusão da incorporação todo o custeio da construção do edifício e a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades, nos termos do art. 44.”

Deste parágrafo e seus incisos, desprende-se que para o prosseguimento da construção, os adquirentes deverão continuar a realizar os pagamentos previstos nos respectivos contratos de aquisição, porém serão feitos à Comissão de Representantes (artigo 31-F, §12, I).

Caso o saldo dos preços das promessas de compra e venda não seja suficiente para concluir a construção, os adquirentes farão a arrecadação extra entre si, conforme o estipulado no artigo 31-F, § 12. A obrigação dos adquirentes está limitada ao valor contratado para aquisição de suas respectivas unidades, mas esse não é impeditivo para a interrupção do aporte de recursos; o limite de responsabilidade dos adquirentes apenas apresenta o *quantum* a ser aportado, sendo certo que os valores excedentes ao valor contratado poderão ser ressarcidos pelo incorporador.

Concluída ou não a incorporação, a Comissão de Representantes deverá levantar um balanço patrimonial de encerramento, no qual será apurado o saldo positivo ou negativo do empreendimento, com a sua conclusão ou liquidação; ocorrendo o primeiro caso, a Comissão de Representantes arrecadará esse saldo em favor da massa falida do incorporador, no segundo caso, o saldo negativo constituirá crédito privilegiado a ser habilitado na massa falida, devendo o incorporador responder com seus bens pessoais, desconstituindo a personalidade jurídica da empresa incorporadora, conforme previsão do artigo 43, VII.

No § 14 do artigo 31-F, prevê-se que “para assegurar as medidas necessárias ao prosseguimento das obras ou à liquidação do patrimônio de afetação, a Comissão de Representantes, no prazo de sessenta dias, a contar da data de realização da assembleia geral de que trata o § 1o, promoverá, em leilão público, com observância dos critérios estabelecidos pelo art. 63, a venda das frações ideais e respectivas acessões que, até a data da decretação da falência ou insolvência não tiverem sido alienadas pelo incorporador”.²⁶

A venda das unidades de propriedade do incorporador e em estoque visa conferir capacidade financeira para o prosseguimento das obras, e deverá ser realizada em leilão público, obedecendo aos critérios e requisitos estipulados no artigo 63 e nos §§ 16, 17 e 18 do artigo 31-F. A Comissão também deverá arrecadar ao ativo da massa falida o saldo positivo que porventura restar depois de satisfeitos os créditos vinculados ao patrimônio afetado, obedecendo à ordem de preferência estabelecida no § 18 do artigo 31-F.

Deste modo, até cinco dias após ter recebido o preço da venda, a Comissão de Representantes distribuirá o produto da venda, na forma do já citado § 18 do artigo 31-F:

“Artigo 31-F. (...)

§ 18. Realizada a venda prevista no § 14, incumbirá à Comissão de Representantes, sucessivamente, nos cinco dias que se seguirem ao recebimento do preço:

I - pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observada à ordem de preferência prevista na legislação, em especial o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional;

²⁶ Idem. Ibidem. p. 128-130.

II - reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações referidas no inciso I;

III - reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas;

IV - entregar ao condomínio o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador (§ 6o do art. 35 e § 5o do art. 31-A), na proporção do valor obtido na venda;

V - entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal; e

VI - entregar à massa falida o saldo que porventura remanescer.”²⁷

Encerrando a regulamentação do patrimônio de afetação, o § 20 do artigo 31-F afasta qualquer possibilidade de transferência de obrigações do incorporador para os adquirentes, as quais não sejam relacionadas diretamente com a incorporação a qual estão vinculados, prevendo que “ficam excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação”.²⁸

²⁷ Idem. Ibidem. p.131-133.

²⁸ Idem. Ibidem. p. 138.

4 REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO

4.1 ASPECTOS GERAIS

A atividade da incorporação imobiliária comporta a exigibilidade de impostos cujo fato gerador seja a propriedade, como o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, bem como de impostos, taxas e contribuições relativas à atividade empresarial, como o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP.

Vale ressaltar que a afetação de patrimônio, por sua natureza jurídica de constituição de garantia real, em nada altera o regime tributário no qual está inserida a incorporação imobiliária, muito menos modifica a responsabilidade tributária dela decorrente. Isso se deve ao fato de não ser excluído do patrimônio geral do incorporador, o patrimônio especial, assim como os direitos e obrigações vinculados ao mesmo, ainda que dotado de autonomia funcional. A referida autonomia importa apenas no destaque do acervo da incorporação afetada, visando-se o cumprimento de sua função, sem prejuízo do crédito tributário.

Frisa-se que a responsabilidade tributária da empresa incorporadora se mantém inalterada, respeitada a concepção tradicional da unidade do patrimônio, mesmo que constituído de diversos patrimônios especiais. O contribuinte é o incorporador, havendo apenas a responsabilidade da Comissão de Representantes de, em caso de falência da empresa incorporadora, recolher os valores correspondentes às obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, conforme estipula o artigo 9º da Lei 10.931/04.

Certo é que o recolhimento de tais valores deve ser realizado com as receitas próprias da incorporação, na medida em que o patrimônio de afetação não se comunica com os demais patrimônios especiais, e o próprio patrimônio geral, que se

encontra sob a titularidade do incorporador, respondendo apenas por suas dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação, por determinação do § 1º artigo 31-A.

Tendo dito isto, os resultados das diversas incorporações, afetadas ou não, de uma mesma empresa incorporadora são reunidos no seu balanço geral, no qual são consolidados, apurando-se o lucro tributável da empresa no período, sobre o qual incidem o IRPJ e o CSLL. Tal mecanismo encontra-se explicitado no Regulamento do Imposto de Renda – RIR, que manda proceder à reunião dos resultados de cada uma das incorporações para apuração do lucro real. Logicamente, se é o incorporador que faz jus aos frutos do seu esforço empreendedor, é ele quem terá de fazer o recolhimento dos supracitados valores, coerentemente com o inciso I do parágrafo único do artigo 121 do CTN.

Do mesmo modo, o recolhimento dos tributos incidentes sobre o imóvel também serão de responsabilidade do incorporador, ressalvado quando da transmissão da propriedade das unidades autônomas para os respectivos adquirentes, que poderão ser responsabilizados por sucessão, inclusive, caso existam débitos fiscais onerando tais unidades, conforme o disposto no artigo 130 CTN.²⁹

Tendo em vista que o recolhimento dos tributos inerentes à atividade empresarial é de inteira responsabilidade do incorporador, mesmo no patrimônio de afetação, pode este optar, além do regime de lucro real, pelo Regime Especial de Tributação – RET, criado pelos artigos 1º a 11 da Lei nº 10.931/04, e aplicável apenas nos casos em que tenha sido constituído patrimônio de afetação. Pelo RET, o incorporador ficará sujeito ao recolhimento mensal unificado do IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP, equivalente a 4% (quatro por cento) da renda mensal recebida.

A alíquota desses impostos unificados pode ser de um por cento sobre as receitas mensais, quando, até 31 de dezembro de 2018, desenvolvam-se projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009.³⁰

²⁹ Idem. Ibidem. p. 112-115.

³⁰ A alíquota originalmente foi fixada em 7% pela Lei nº 10.931/04, reduzida para 6% pela Lei nº 12.024/09, e, atualmente, reduzida para 4% pela Lei nº 12.844/13, e para 1%, quando a incorporação tratar de imóveis residenciais de interesse social, pela Lei nº 10.024/09, tendo sido prorrogada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2018, pela Medida Provisória nº 656/14.

4.2 CONSTITUIÇÃO

Para se optar pelo RET, há de se cumprir o disposto nos artigos 1º a 11 da Lei nº 10.931/04.

A constituição desse regime se dá “em caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação”, conforme prevê o artigo 1º da referida lei.

A opção somente será efetiva quando atendidos pelo incorporador dois requisitos essenciais, dispostos nos incisos do artigo 2º. São eles a entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, conforme regulamentação a ser estabelecida; e a afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

A “regulamentação a ser estabelecida” de que trata o artigo 2º, I, à época da lei, foi a Instrução Normativa SRF nº 474, de 03 de dezembro de 2004. Esta foi revogada pela Instrução Normativa SRF nº 689, de 13 de novembro de 2006, sem grandes alterações ao texto, que por sua vez foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 934, de 27 de abril de 2009.

Esta instrução promoveu mudanças significativas à aplicação do RET, principalmente por regular a redução da alíquota referente ao pagamento unificado supracitado, instituída pela Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009. A alíquota fora reduzida de 7% (sete por cento) para 6% (seis por cento) da receita mensal recebida, bem como se instituiu a alíquota de 1% (um por cento), até 31 de dezembro de 2013, para os projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção fora iniciada a partir de 31 de março de 2009.

Atualmente, a Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 30 de dezembro de 2013³¹, por revogação da Instrução Normativa RFB nº 934, regulamenta o RET. E para a constituição deste, estipula no seu artigo 3º, os seguintes requisitos que em ordem devem ser preenchidos pelo incorporador:

³¹ <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Ins/2013/in14352013.htm>

“Art. 3º A opção pela aplicação do RET à incorporação imobiliária, de que trata o art. 2º, será considerada efetivada quando atendidos os seguintes requisitos, pela ordem em que estão descritos:

I - afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária nos termos dos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964;

II - inscrição de cada "incorporação afetada" no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), vinculada ao evento "109 - Inscrição de Incorporação Imobiliária - Patrimônio de Afetação";

III - prévia adesão ao Domicílio Tributário Eletrônico (DTE);

IV - regularidade fiscal da matriz da pessoa jurídica quanto aos tributos administrados pela RFB, às contribuições previdenciárias e à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e

V - regularidade do recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

VI - apresentação do formulário "Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação", constante do Anexo Único a esta Instrução Normativa, disponível no sítio da RFB na Internet no endereço <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>."

Desta forma, para opção do RET, é basilar que se tenha promovido à afetação do patrimônio que será objeto da incorporação imobiliária, conforme o artigo 3º, I, da instrução normativa acima.

A inscrição de cada incorporação afetada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), de que trata o artigo 3º, II, implica no fato de que cada uma destas terá de possuir um número de inscrição e código de arrecadação próprios, a fim de facilitar a contabilidade do patrimônio apartado.

A regularidade de recolhimento de tributos tratada no artigo 3º, IV e V, com a emissão das respectivas Certidões Negativas de Débitos – CNDs, também é de suma importância para o cumprimento dos requisitos da opção.

Por último, porém não menos importante, faz-se necessária a apresentação do formulário do Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação, na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, de que trata o artigo 3º, VI.

Conforme determina os §§ 3º e 4º do artigo 3º, para apresentação do referido formulário, o interessado, ou seu procurador legalmente constituído, deverá obter, em qualquer unidade de atendimento da RFB, dossiê digital de atendimento, na forma dos artigos 4º e 5º da Instrução Normativa RFB nº 1.412, de 22 de novembro

de 2013, sendo que a este dossiê deverá ser juntado o próprio formulário, bem como o termo de constituição de patrimônio de afetação da incorporação, firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição, e averbado no Registro de Imóveis competente.

4.3 EFEITOS TRIBUTÁRIOS

O RET do patrimônio de afetação, aplicável apenas nos casos em que tenha sido constituída a opção, o incorporador ficará sujeito ao recolhimento mensal unificado equivalente a 4% (quatro por cento) da renda mensal recebida, e corresponderá ao pagamento unificado dos seguintes impostos e contribuições, conforme o estipulado nos incisos do artigo 8º da Lei nº 10.931/04:

“Art. 8º. Para fins de repartição de receita tributária e do disposto no § 2º do art. 4º, o percentual de 4% (quatro por cento) de que trata o caput do art. 4º será considerado:

I - 1,71% (um inteiro e setenta e um centésimos por cento) como Cofins;

II - 0,37% (trinta e sete centésimos por cento) como Contribuição para o PIS/Pasep;

III - 1,26% (um inteiro e vinte e seis centésimos por cento) como IRPJ; e

IV - 0,66% (sessenta e seis centésimos por cento) como CSLL.”

No parágrafo único do mesmo artigo, define-se a repartição da alíquota de 1% (um por cento), da seguinte forma:

“Art. 8º. (...)

Parágrafo único. O percentual de 1% (um por cento) de que trata o § 6º do art. 4º será considerado para os fins do caput:

I - 0,44% (quarenta e quatro centésimos por cento) como Cofins;

II - 0,09% (nove centésimos por cento) como Contribuição para o PIS/Pasep;

III - 0,31% (trinta e um centésimos por cento) como IRPJ; e

IV - 0,16% (dezesseis centésimos por cento) como CSLL.”

Essa alíquota de 1% (um por cento) é destinada a projetos de incorporação de imóveis de interesse social, e terá validade até 31 de dezembro de 2018, por determinação da Medida Provisória nº 656, de 07 de outubro de 2014.³²

Consideram-se projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social os destinados à construção de unidades residenciais de valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009, conforme a nova redação dada pela Medida Provisória nº 656/14 ao § 6º do artigo 4º da Lei nº 10.931/04.

Dispõe o artigo 6º da Instrução Normativa RFB nº 1.435/13, mantendo-se o texto do § 5º do artigo 4º da revogada Instrução Normativa SFR nº 474/04, que “observado o disposto no art. 9º (suspensão da exigibilidade do crédito tributário), o pagamento do IRPJ e das contribuições será considerado definitivo, não gerando, em qualquer hipótese, direito à restituição ou à compensação com o que for apurado pela incorporadora”.

Dada essa regulamentação, Melhim Chalhub conclui que “esse regime tributário especial parece ser mais gravoso para o incorporador, pois o resultado da incorporação afetada for inferior àquele que seria tributável à alíquota definida pelo regime especial, ou se representar prejuízo, o incorporador não poderia compensar os valores recolhidos por esse regime, na medida em que a Instrução Normativa considera definitiva a parcela do imposto de renda e das contribuições, que não puder ser deduzida no período de apuração, não gerando direito a restituição, a ressarcimento ou a compensação”, aduzindo que esse aspecto “torna a opção extremamente desvantajosa, sendo preferível que, ao adotar o regime do patrimônio de afetação, o incorporador não manifeste opção pelo regime especial tributário e se mantenha no regime do lucro real, que permite a compensação dos tributos pagos a maior”.³³

³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Mpv/mpv656.htm

³³ Idem. Ibidem. p. 117-118.

Dessa argumentação, há discordância deste aluno com a doutrina em tela. Há de se ter em mente que o incorporador não decide empreender tendo como premissa o fato de que terá prejuízo com o desenvolvimento do negócio imobiliário, mas sim de que terá sucesso em sua empreitada, e, conseqüentemente, terá lucro.

Por optar pelo regime de afetação do patrimônio, a escrituração contábil apartada do empreendimento deve permear a perfeição, atendendo ao princípio da boa administração, o que por si só já afastaria o risco de se recolher impostos a maior.

Deve-se levar também em consideração que a opção pelo RET visa fomentar a utilização do instituto da afetação patrimonial pelo mercado da incorporação imobiliária, instrumento mais eficaz de garantia aos adquirentes de empreendimentos dessa modalidade, e, por conseguinte, são claras as vantagens de sua adoção. O pagamento unificado de impostos e contribuições inerentes a sua atividade empresarial, em alíquotas que podem ser de 4% (quatro por cento) ou 1% (um por cento) sobre a sua receita mensal, é extremamente atraente para o empresariado, uma vez que representa um alívio para os seus cofres, ainda mais quando se trata de um negócio tão oneroso como a incorporação imobiliária, de modo que já justificaria a opção pelo RET, mesmo que não se gere o direito a restituição, a ressarcimento ou a compensação de impostos e contribuições.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a temática do Patrimônio de Afetação e do Regime Especial de Tributação na Incorporação Imobiliária, demonstrando como esses institutos foram criados no intuito de fomentar o mercado imobiliário.

Objetivou-se também, após breve explanação sobre o funcionamento da incorporação imobiliária, a demonstração de como a falta de instrumentos de proteção patrimonial aos adquirentes pode ser prejudicial ao mercado de incorporação imobiliária, através de breve análise do processo de falência da empresa Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, a maior empresa incorporadora do Brasil até então.

Propôs-se na mesma medida apresentar como o patrimônio de afetação foi concebido, explicitando seu objetivo maior, de assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, no caso de falência do incorporador. Reforçou-se essa ideia de garantia com o conceito de que a decretação da falência do incorporador não produzirá qualquer efeito quanto ao patrimônio afetado, o qual não integrará a massa concursal, competindo à assembleia geral dos adquirentes deliberar sobre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação.

Em contrapartida ao ônus decorrentes da afetação, resolveu-se tornar aplicável o regime especial tributário à incorporação imobiliária sujeita ao patrimônio de afetação, de modo a conceder ao incorporador que optar por esse regime especial, o pagamento mensal unificado de impostos e contribuições, equivalente a 4% (quatro por cento), ou 1% (um por cento) para projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, das receitas mensais auferidas.

Portanto, observa-se o quão importante são para o mercado imobiliário atual, na medida em que oferecem uma garantia a mais para os adquirentes de incorporações imobiliárias, bem como tornou a adoção da segregação de patrimônio atrativa ao empresariado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namen. *Da incorporação imobiliária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Código Civil (2002). In: *Vade Mecum Saraiva*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; João Pedro Lamana Paiva (ORG). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Sentença de falência da Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio. Disponível em <<http://jus.com.br/jurisprudencia/16340/sentenca-de-falencia-da-encol>>

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. In: *Vade Mecum Saraiva*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei 10.391, de 02 de agosto de 2004. In: *Vade Mecum Saraiva*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. I.

Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 30 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Ins/2013/in14352013.htm>>

Medida Provisória nº 656, de 07 de outubro de 2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Mpv/mpv656.htm>

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Declaração de Aceitação de Monografia
(Anexo II)

A presente Monografia, apresentada pelo aluno _____

_____,

poderá ser submetida à exposição e defesa perante a Banca Examinadora.

Para compor a Banca Examinadora, a ser oportunamente formada, sugere-se convidar os professores:

_____ e
_____.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nome do professor orientador

Assinatura do professor orientador

O autor deste trabalho autoriza a Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO a divulgá-lo, no todo ou em parte, resguardados os direitos autorais, conforme legislação vigente.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Assinatura do aluno