

LÍGIA CARAM PETRECHEN

**O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico
nas Incorporações Imobiliárias**

**SÃO PAULO
2016**

LÍGIA CARAM PETRECHEN

**O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico
nas Incorporações Imobiliárias**

**Monografia apresentada à Escola Politécnica
da Universidade de São Paulo para obtenção
do Título de Especialista em Real Estate –
Economia Setorial e Mercados MBA – USP.**

**SÃO PAULO
2016**

LÍGIA CARAM PETRECHEN

**O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico
nas Incorporações Imobiliárias**

**Monografia apresentada à Escola Politécnica
da Universidade de São Paulo para obtenção
do Título de Especialista em Real Estate –
Economia Setorial e Mercados MBA – USP.**

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Eliane Monetti

**SÃO PAULO
2016**

Catálogo-na-publicação

Petrenchen, Lígia Caram

O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias / L. C. Petrenchen -- São Paulo, 2016.
144 p.

Monografia (MBA em Real Estate – Economia Setorial e Mercados) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil.

1.Real Estate 2.Empreendimentos Imobiliários 3.Incorporação Imobiliária 4.Sociedade de Propósito Específico 5.Regime Especial Tributário I.Universidade de São Paulo. Escola Politécnica. Departamento de Engenharia de Construção Civil II.t.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Professores Doutores Eliane Monetti e José Francisco Pontes Assumpção e ao Eng. Alessandro Vedrossi pela contribuição técnica e, imprescindível, orientação.

Aos meus pais e irmãos, por serem a base de tudo.

E ao Rubens, pelo incentivo e companheirismo de sempre.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o denominado “patrimônio de afetação” (“PA”) e a sociedade de propósito específico (“SPE”), que constituem instrumentos de segregação patrimonial nas incorporações imobiliárias. Após quase quarenta anos da sua promulgação, a Lei de Incorporações Imobiliárias n.º 4.591/64 recebeu uma grande contribuição. Foram incluídos pela Lei n.º 10.931/04, no texto daquela lei, seis artigos (Art. 31-A, 31-B, 31-C, 31-D, 31-E e 31-F) contendo disposições sobre o PA. Tais disposições repercutiram não somente no âmbito dos investimentos imobiliários e no mercado da construção civil, mas também no âmbito tributário, ao estabelecer um regime especial (“RET”) ao patrimônio de afetação. A SPE, por sua vez, embora tenha surgido, nominalmente, na legislação brasileira apenas com a Lei n.º 11.079/04, que regula as Parcerias Público Privadas, teve seu conceito adotado pela iniciativa privada, pois, dentre outras razões, acabou facilitando a fiscalização do negócio por parte de investidores e parceiros envolvidos. Escolhidos esses institutos, que guardam estreita ligação entre si, o presente trabalho realizou pesquisa conceitual e doutrinária a respeito dos referidos temas, bem como a aplicação de um questionário a incorporadoras, sediadas na Cidade de São Paulo, para, então, identificar, com mais nitidez, a aplicação prática desses institutos e a visão que os empresários do setor têm a respeito de ambos. Diante de toda essa base conceitual e das respostas e informações coletadas na pesquisa, junto às incorporadoras, o presente trabalho fará uma análise comparativa da estrutura do PA e da SPE, da legislação aplicável, bem como das respectivas consequências contábeis, jurídicas e financeiras, visando a identificar as características de ambos e a oferecer, ao incorporador, um panorama da estrutura do PA e da SPE, explicitando as deficiências na regulamentação normativa e legal do tema.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Patrimônio de afetação. Sociedade de Propósito Específico. MBA POLI-INTEGRA.

ABSTRACT

After almost forty years of its enactment, the Law of Real Estate Development n.º 4.591/64 received a great contribution. The Law n.º 10.931/04 included, in the mentioned Law, six articles (Art. 31-A, 31-B, 31-C, 31-D, 31-E e 31-F) containing provisions about the so called “appropriated assets” (patrimônio de afetação). These provisions had repercussions not only in the context of real estate and construction market, but also in the tax context, to establish a special regime to the “appropriated assets”. The Special Purpose Entity (SPE), in its turn, although it has arisen, nominally, under Brazilian Legislation only with Law n.º 11.079/04, which regulates the Public Private Partnership (PPP), had its concept adopted by the private sector because, among other reasons, facilitating the business control by its investors and partners. Selected these institutes, the present study performed conceptual and doctrinal research about the referring topics, as well as the application of an questionnaire to real estate developers, based in São Paulo, in order to identify, more clearly, the practical application of these institutes and the view that the sector’s entrepreneurs have about both institutes. In the face of all this conceptual basis and the answers and information collected in the survey of real estate developers, the present study will make a comparative analysis of the structure of the “appropriated assets” and the SPE, the applicable legislation as well as the respective accounting, legal and finance consequences, aiming for identify the characteristics of both and to offer the real estate developers an overview of the structure of “appropriated assets” and of the SPE, highlighting the deficiencies in the normative and legal regulation of the subject under analysis.

Key-words: Real Estate Development. Appropriated Assets. Special Purpose Entity. MBA POLI-INTEGRA.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 – Linha do Tempo (marcos históricos do tema).....	17
Figura 02 – Fluxo de Recursos – PA.....	26
Figura 03 – Fluxo de Recursos – SPE.....	57
Figura 04 – Fluxo de Recursos – SPE e PA.....	58

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Lucro Presumido.....	55
Tabela 02 – Lucro Real.....	55
Tabela 03 – Tabela comparativa entre PA e SPE.....	65

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNPJ	Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
COSIT	Coordenação-Geral de Tributação
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
DARF	Documento de Arrecadação de Receitas Federais
DISIT/SRRF	Divisão de Tributação da Superintendência da Receita Federal do Brasil
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
NRE	Núcleo de Real Estate
PA	Patrimônio de Afetação
PIS/PASEP	Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PPP	Parceria Público Privada
RFB	Receita Federal do Brasil
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SRF	Secretaria da Receita Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 Contextualização do tema	12
1.2 Objetivo	13
1.3 Justificativa	14
1.4 Metodologia	14
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO IMOBILIÁRIA BRASILEIRA	16
3 ASPECTOS GERAIS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	21
4 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS	25
4.1 Considerações iniciais	25
4.2 A teoria do patrimônio de afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias	25
4.3 Seguranças e inovações trazidas pela Lei nº 10.931/04	29
4.4 Instituição e extinção do patrimônio de afetação	31
4.4.1 Forma e modo de constituição do patrimônio de afetação	31
4.4.2 Extinção do patrimônio de afetação	32
4.4.3 Recursos financeiros e receitas no patrimônio de afetação	33
4.5 Obrigações e responsabilidades do incorporador, frente ao patrimônio de afetação	34
4.6 Comissão de Representantes	35
5 CONSEQUÊNCIAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NOS ÂMBITOS TRIBUTÁRIO E FALIMENTAR	39
5.1 Regime Especial Tributário	39
5.1.1 Caráter opcional do RET e efetivação da opção	40
5.1.2 Características, requisitos e efeitos do RET	41
5.2 Decretação de falência de empresas do setor	45
5.2.1 Falência da Construtora Encol	45
5.2.2 Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador sobre o patrimônio de afetação	48
6 A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE) NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS	52
6.1 Origem da figura da SPE no direito brasileiro e sua natureza	52
6.2 Conceito e características	53
6.3 Consequências jurídicas e contábeis da constituição da SPE	53
6.4 Motivos que levam a SPE a ser amplamente utilizada no setor imobiliário	56
7. PESQUISA: APLICAÇÃO PRÁTICA E VISÃO DOS INCORPORADORES A RESPEITO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E DA SPE	59
7.1 O questionário	59
7.2 Incorporadoras entrevistadas	59
7.3 Aplicação do questionário e consolidação e análise das respostas	60

8 ANÁLISE COMPARATIVA DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E DA SPE E CONCLUSÃO	64
8.1 Análise comparativa dos institutos	64
8.2 Conclusão	67
8.3 Pesquisas futuras	70
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

1 INTRODUÇÃO

1.1 Contextualização do tema

O presente trabalho pretende examinar o denominado patrimônio de afetação (“PA”) e a sociedade de propósito específico (“SPE”), através do detalhamento dos respectivos conceitos e características, e sob a ótica do incorporador, principalmente no que diz respeito aos motivos pelos quais tais institutos são, amplamente, utilizados no mercado das incorporações imobiliárias.

A Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que trata das Incorporações Imobiliárias, passou a dispor, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004, sobre o PA.

Através da referida Lei n.º 10.931, foram acrescentados, na Lei das Incorporações, os artigos 31-A a 31-F, relativos ao regime do PA, segundo o qual o terreno e as acessões, objeto da incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, são isolados do patrimônio do incorporador, passando tão somente à exclusiva disposição do empreendimento a ser erigido.

O PA, apesar de facultativo ao incorporador, uma vez adotado acaba por vincular os bens afetados a determinados fins, seja para investimento ou administração da própria incorporação, representando, desta forma, uma garantia aos credores de que a incorporação contratada se efetivará e de que as unidades autônomas serão entregues aos seus respectivos adquirentes.

Assim, o advento da Lei n.º 10.931 introduziu, à Lei de Incorporações Imobiliárias, (i) meios de proteção patrimonial que, por serem antes ausentes de previsão, deixavam os adquirentes, e demais credores do empreendimento, expostos, inclusive em razão de falência do incorporador; (ii) e outras disposições que repercutiram não só no âmbito dos investimentos imobiliários e no mercado da construção civil, mas também no âmbito tributário, estabelecendo um regime especial ao PA, entre outras disposições que serão explanadas a seguir.

A SPE, por sua vez, embora tenha surgido, nominalmente, na legislação brasileira apenas com a nova Lei de Parcerias Público Privadas (“PPPs”), teve seu conceito adotado pela iniciativa privada. Na verdade, não se trata, a SPE, de um novo tipo societário, devendo esta se enquadrar em uma das formas societárias já existentes no direito brasileiro.

A SPE, portanto, nada mais é que uma “*corporate joint venture*”, através da qual se cria uma pessoa jurídica, distinta das dos parceiros, para a realização de uma finalidade comum e específica, facilitando, ainda, a gestão e fiscalização por parte desses parceiros.

1.2 Objetivo

O presente trabalho tem o objetivo de realizar completa pesquisa conceitual e doutrinária a respeito da evolução histórica da legislação imobiliária brasileira, dos aspectos gerais da incorporação imobiliária, da teoria do patrimônio de afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias, das seguranças e inovações trazidas pela mencionada Lei nº 10.931/04, das obrigações e responsabilidades do incorporador frente ao PA e da participação da Comissão de Representantes, além de abordar os efeitos do PA nos âmbitos tributário e falimentar, a falência da Construtora Encol e respectivas consequências para o mercado.

A pesquisas objetivaram também a SPE, especificamente constituída para o desenvolvimento de incorporações imobiliárias, trazendo a origem da figura no direito brasileiro, sua natureza, conceito e características, e consequências jurídicas e contábeis.

Diante de toda essa base conceitual e das respostas e informações coletadas na pesquisa, junto às incorporadoras, o presente trabalho fará uma análise comparativa da estrutura do PA e da SPE, da legislação aplicável, bem como das respectivas consequências contábeis, jurídicas e financeiras, visando a identificar as características de ambos e a oferecer ao incorporador um panorama da estrutura do PA e da SPE.

O presente trabalho visa, por fim e principalmente, a identificar, com mais nitidez, a aplicação prática desses institutos e a visão que os empresários do setor têm a respeito de ambos.

1.3 Justificativa

A opção pelo PA, pela constituição de uma SPE ou por ambos deve ser avaliada pelas incorporadoras, pois pode trazer benefícios fiscais, societários e comerciais. Além de oferecer maior segurança aos adquirentes, instituições financeiras e eventuais parceiros que, antes da Lei n.º 10.931/04, estavam mais sujeitos às inseguranças trazidas pelas instabilidades do mercado e eventual falência da incorporadora.

Considerando que o setor envolve expressivos recursos e movimentações financeiras, aquecendo a economia brasileira como um todo, o referido marco legislativo pode ser considerado uma conquista para o mercado nacional. Nesse contexto, é relevante compreendermos quais são os aspectos determinantes, analisados pelos incorporadores, no momento dessas opções.

Além disso, o tema, escopo do presente trabalho, está englobado na Matriz de Referência para Estudos e Pesquisas do Núcleo de Real Estate da Escola Politécnica da USP (NRE-POLI), com foco em Estruturação legal, ênfase em Decisões de Investimento em Empreendimentos Imobiliários, tendo como vetor Empreendimentos Imobiliários e núcleo Economia Setorial e Empreendimentos.

1.4 Metodologia

Para a elaboração do questionário foram utilizados conceitos doutrinários e disposições legais relacionados ao tema. Diante disto, a parte teórica do presente trabalho foi imprescindível na decisão de que pontos abordar no questionário e na elaboração das perguntas, além de nortear a escolha do sujeito a ser entrevistado.

Assim, os incorporadores foram escolhidos para responderem o questionário por terem papel determinante no tema, reservado pela própria legislação, haja vista serem eles os detentores da faculdade de optar ou não pelo PA e pela SPE, quando da estruturação de seus empreendimentos.

Como metodologia de pesquisa, foi elaborado um questionário composto de questões sucintas e objetivas sobre os institutos do PA e da SPE, a fim de se identificar suas aplicações e implicações práticas, conseqüências fáticas e reflexos no mercado.

O questionário foi aplicado através de duas formas, a saber: (i) envio por *email*, durante o mês de setembro do ano de 2015, e devolvidos pelas empresas pesquisadas da mesma forma e devidamente preenchidos; ou (ii) realização de entrevistas pessoais, entre os meses de dezembro de 2015 e janeiro de 2016.

As respostas e informações coletadas foram, então, consolidadas no Capítulo 7, deste trabalho, ocasião na qual será possível observar com nitidez a visão que os entrevistados e suas empresas têm a respeito do PA e da SPE.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO IMOBILIÁRIA BRASILEIRA

De acordo com estudiosos¹, o desenvolvimento da atividade incorporativa mundial teve como causa a explosão demográfica e a crescente urbanização. Assim, a Revolução Industrial atraiu, devido ao considerável aumento dos parques industriais, um grande número de operários que migraram para os centros urbanos, a procura de emprego.

Diante disto, e da falta de prévio planejamento, percebeu-se a necessidade das pessoas compartilharem do mesmo solo, resguardando, porém, a individualidade de cada um. Por esse motivo, foram sendo substituídas, gradativamente, as moradias individuais por grandes edifícios compostos de unidades autônomas, surgindo a denominação de propriedade horizontal. Historicamente, porém, Roma já adotava esse conceito de horizontalidade da propriedade, como forma de otimizar o espaço urbano.

Foi nesse cenário que apareceu a figura do incorporador, antes mesmo da própria incorporação imobiliária, o qual passou a tomar a iniciativa de lançar os empreendimentos e oferecer à venda as frações ideais dos terrenos, de maneira que pudesse angariar recursos para a execução e legalização de obra. Com o passar do tempo, e tendo em vista o crescimento da indústria das edificações e da procura por apartamentos residenciais, nasceu a atividade da incorporação imobiliária.

Para acompanhar os acontecimentos e as transformações da vida econômica e social, as legislações de alguns países como França, Argentina e Brasil, por exemplo, preocuparam-se em normatizar e regulamentar a atividade do incorporador, uma vez que, naquele momento, o sucesso da execução da obra e, por consequência, a entrega da unidade pronta e acabada ao adquirente, dependia, exclusivamente, de seu comprometimento e idoneidade.

Portanto, os inúmeros edifícios inacabados, a frágil figura dos adquirentes, que ficavam à merce dos incorporadores, e a convivência gerada pelos condomínios, despertaram a atenção dos juristas e das autoridades e acabaram por compelir o legislador a elaborar ordenamentos jurídicos específicos, que tutelassem os interesses dos envolvidos na atividade da incorporação imobiliária.

¹ Franco e Niske (1984, p.75), Ghezzi (2007, p. 62) e Schmidt (2006, p.44)

Mais especificamente no Brasil, como bem destaca Pereira (2004), na década de 60, o governo lançou o plano de restauração legislativa, cujas normas concernentes ao setor imobiliário representaram ponderável parcela. Tal fato fica explícito ao listarmos as principais leis relativas ao assunto: o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64); a lei da locação de imóveis urbanos (Lei n.º 4.494/64); o Plano Nacional de Habitação; e a Lei n.º 4.591/64, que trata dos condomínios e das incorporações.

Abaixo, segue linha do tempo ilustrativa dos marcos históricos que envolvem o tema, objeto do presente trabalho:



Fonte: elaboração própria (Figura 01).

A figura jurídica da Incorporação Imobiliária foi conceituada e tipificada pela primeira vez no Brasil, em dezembro de 1964, com a entrada em vigor da referida Lei n.º 4.591 - Lei dos Condomínios e Incorporações, a seguir tratada de forma mais detalhada, que dispõe, em suma, sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, sendo esta a primeira legislação brasileira: (i) a conceituar incorporação imobiliária e incorporador; e (ii) a tratar de forma clara acerca dos direitos e deveres do incorporador, na tentativa de aprimorar a relação jurídica existente entre este e o adquirente das futuras unidades, principalmente, com o intuito de resguardar os direitos desses adquirentes.

Após analisar a lei argentina nº 19.724/72², Terra (1991) defende que já se constatava, também em nosso direito, a “formação de um patrimônio separado”, como efeito jurídico decorrente do registro do próprio memorial de incorporação, e que a mencionada lei brasileira, nº 4.591/64, já previa mecanismos de proteção que apenas precisariam ser aprimorados³.

De fato, a lei de incorporações já estabelecia um sistema de fiscalização e proteção que, talvez, na realidade prática das incorporações não tenha encontrado espaço para aplicação, tais como: (i) a obrigação do incorporador de informar os adquirentes do estado da obra por escrito, ao menos semestralmente; (ii) responsabilidade civil e penal do incorporador, inclusive subsidiariamente com seus bens pessoais, pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes pelos prejuízos com a interrupção das obras ou com o retardamento injustificado; (iii) a vedação legal à alteração de projeto e modificação da especificação, salvo aprovação unânime dos adquirentes ou por exigência legal; (iv) a possibilidade de retomada da construção em caso de paralisação mais de 30 dias, sob pena de destituição da incorporadora pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes; e (v) a previsão dos adquirentes como credores privilegiados em caso de falência do incorporador em não sendo possível a retomada das obras.

Nesta linha de raciocínio, Terra (1998), em seu artigo “Rei Morto, Rei Posto”,⁴ defende que além da instituição do condomínio especial, o registro do memorial de incorporação gera, automaticamente, a formação de um patrimônio separado, decorrente da formal declaração do incorporador de afetar o imóvel ao regime da incorporação imobiliária, vinculando automaticamente toda e qualquer alienação e oneração do imóvel a tal finalidade.

² De acordo com a legislação argentina sobre a propriedade horizontal - Lei 19.724, a afetação deve ser declarada pelo proprietário em escritura pública e atinge obrigatoriamente todo o imóvel em construção ou a construir que se pretenda vender no regime da propriedade horizontal. Dispõe o artigo 1º da Lei 19.724: "Todo propietario de edificio construido o em construcción o de terreno destinado a construir em él un edificio, que se proponga adjudicarlo o enajenarlo a título oneroso por el régimen de propiedad horizontal, debe hacer constar, em escritura pública, su declaración de voluntad de afectar el inmueble a la subdivisión y transferencia del dominio de unidades por tal régimen." Como efeito da escritura de afetação, registrada no registro de imóveis competente, está a proibição ao proprietário de dispor ou gravar o imóvel de forma distinta à prevista na referida Lei conforme artigo 4º ("La anotación inhibe al propietario para disponer del inmueble o para gravarlo en forma distinta a la prevista en la presente ley, salvo los casos de retracción o desafectación a que se refieren los artículos 6º y 7º").

³ Marcelo Terra, "Afetação da incorporação imobiliária. Uma necessária correção de rumo", Biblioteca virtual Dr. Gilberto Valente da Silva, site IRIB (www.irib.org.br), Boletim Eletrônico IRIB/ANOREG - 10.02.2004 - nº 1.020.

⁴ Marcelo Terra, "Rei Morto, Rei Posto", Revista da Indústria Imobiliária, dez/jan 1998.

Em razão destes efeitos, na prática, com o registro do memorial de incorporação, as unidades alienadas não mais garantiriam os credores do incorporador por dívidas outras que não nascidas do próprio empreendimento. Já as unidades não alienadas, ao integrarem o patrimônio geral do incorporador, continuariam a garantir os credores em geral⁵.

Porém, devido à situação financeira incerta de algumas construtoras e incorporadoras, sentiu-se a necessidade da previsão de maior segurança nas relações e negócios imobiliários, na medida em que se entendeu que as inúmeras exigências da mencionada Lei das incorporações não eram suficientes para fornecer a tal segurança jurídica para a aquisição de imóveis na planta ou em fase de construção pois, em casos de desequilíbrio econômico e financeiro do incorporador, ou mais além, no caso de eventual insolvência deste, o imóvel sobre o qual seria erigido o empreendimento, com os recursos dos adquirentes, passaria a ser destinado ao pagamento de credores diversos.

A Construtora Encol, por exemplo, que pediu concordata e teve, em 1999, sua falência decretada, deixou 710 obras inacabadas e 42 mil mutuários sem imóveis⁶. Nesse cenário, instrumentos de segregação patrimonial passaram a ser a forma mais adequada para o setor, por oferecerem maior segurança jurídica aos investidores, financiadores e adquirentes.

Assim, diante do dinamismo da vida social e econômica e de casos de falência de grandes incorporadoras, em 2001, como medida de aprimoramento da Lei n.º 4.591/64, foi editada a Medida Provisória n.º 2.221, que dispôs sobre o PA, cujo objetivo foi facilitar os mecanismos de financiamento privado e dar maior garantia ao adquirente de unidades futuras, evitando que o construtor desvie os recursos da obra para custear despesas pessoais ou para dar continuidade a outras obras.

Tal medida provisória foi, em 2004, convertida na Lei n.º 10.931 que incluiu, na Lei n.º 4.591/64, disposições sobre o PA. Referida Lei n.º 10.931/2004, ainda, instituiu o Regime Especial Tributário (RET) detalhado no Capítulo 5, a seguir.

⁵ Lei 4.591/64, art. 35, § 6º: "O Incorporador responde pelo pagamento da construção das unidades não adquiridas por terceiros."

⁶Patrícia Basilio, *Cresce número de construtoras que fecham e prejudicam mutuários*, Site de Economia do IG, "Brasil Econômico", São Paulo, 02/04/2014.

Também em 2004, entrou em vigor a Lei n.º 11.079 através da qual a figura da SPE foi criada na legislação nacional. Diante disto, após alguns anos, a SPE passou a ser amplamente adotada em estruturas societárias ligadas ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, por representar um eficiente instrumento de segregação patrimonial, conforme detalhado no Capítulo 6, do presente trabalho.

3 ASPECTOS GERAIS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A)- conceito de incorporação imobiliária: incorporação significa unir, juntar algo ao corpo de outro, então, no caso especificamente das incorporações imobiliárias, traduz a atividade de construção de um edifício sobre um imóvel, que a este passará a pertencer, com o escopo de lucro.

Assim, segundo o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, incorporação imobiliária é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

Para Wald⁷ (2000), a incorporação imobiliária pode ser caracterizada através da idéia de um contrato pelo qual o incorporador obriga-se a erigir um empreendimento, composto e dividido em unidades autônomas, para alienar as frações ideais de terreno vinculadas às referidas unidades aos adquirentes.

Em suma, trata-se, a incorporação imobiliária, de uma operação cuja finalidade é a obtenção do capital necessário à consecução do empreendimento, por meio da venda antecipada de suas unidades autônomas constitutivas, definindo Diniz (2003), com grande propriedade, que “Economicamente, a incorporação é um empreendimento que visa a obter, pela venda antecipada dos apartamentos, o capital necessário para a construção do prédio”⁸.

Trata-se ainda, segundo Diniz⁹ (2002), de um “instituto jurídico muito ligado ao direito civil e relacionado com a aglutinação de interesses, visando à edificação de imóveis em regime condominial, embora a incorporação de edifício seja uma atividade mercantil por natureza, e o incorporador constitua uma empresa comercial imobiliária”.

Sabe-se, porém, que promover uma incorporação imobiliária não consiste apenas em planejar e construir um empreendimento ou vender as unidades, consiste, na verdade, em articular, em caráter empresarial, os meios necessários à consecução de determinado

⁷Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 14ª edição, 2000, p.431.

⁸Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª edição, 2003, p.604;

⁹Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 2002, p.11;

empreendimento imobiliário, através do planejamento, da captação de recursos financeiros e, do mais relevante, da coordenação dos referidos meios e recursos para a efetiva consecução desse fim.

B)- natureza jurídica da incorporação imobiliária: para Chalhub¹⁰ (2005), “a incorporação imobiliária é negócio jurídico bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada.”

Analisando cada característica da natureza jurídica da incorporação imobiliária, podemos dizer que é **bilateral** pois gera uma série de obrigações recíprocas para cada uma das partes do contrato; é **típico** devido à sua configuração específica e própria fornecida pelas disposições do Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64; é um **negócio consensual** pois se efetiva mediante a declaração de vontade das partes; é **oneroso** pois gera vantagens e encargos recíprocos a cada uma das partes; é **comutativo** devido ao equilíbrio entre a prestação e a contraprestação delineadas neste tipo de contrato; é **solene** pois sua validade depende da forma específica prevista em lei e da observância de uma série de requisitos; e, finalmente, é um negócio de **execução continuada** pois a sua efetivação se dá de forma parcelada, não sendo concluído em apenas um instante.

Diniz¹¹ (2002), por sua vez, define como sendo “um contrato que abrange as obrigações de dar e fazer, operando seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência definitiva das unidades autônomas aos seus proprietários e do condomínio, do terreno e das áreas de utilização comum, aos condôminos.”

Entretanto, deve ficar claro que o negócio jurídico da incorporação imobiliária transcende os limites do contrato individual de venda e compra e de construção e assume contornos de parceria entre o incorporador e os adquirentes, ressalvando que, em regra geral, a execução e continuidade da obra se faz em grande parte com recursos fornecidos pelos próprios adquirentes.

¹⁰ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Editora Renovar, São Paulo, 2ª edição, 2005, p.144.

¹¹ Maria Helena Diniz, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 2002, p.11.

É, portanto, por essas e outras razões ligadas ao cunho social do contrato de incorporação, que os direitos dos adquirentes merecem especial atenção e proteção, e que foram tutelados especificamente desde 1964, pela Lei nº 4.591, que dispõe sobre a exigência do arquivamento do Memorial de Incorporação na Circunscrição imobiliária competente e prevê a aplicação de sanções civis e penais contra o incorporador que, por ação ou omissão, frustrar a segurança jurídica do negócio.

C)- conceito de incorporador: de acordo com a conceituação de incorporação imobiliária, fornecida no item anterior, fica explícito que o incorporador será o titular da mencionada atividade, sendo neste sentido que o legislador, no artigo 29, da Lei de Incorporações imobiliárias, considerou o incorporador como a pessoa física ou jurídica que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno, objetivando, desta forma, a vinculação de tais frações às unidades autônomas.

A Lei permite que seja incorporador o proprietário do imóvel, sobre o qual será erigido o empreendimento, bem como o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos dispostos na alínea “a”, do Art. 32, e ainda o construtor ou corretor de imóveis, desde que estes últimos estejam investidos, pelo proprietário, de um mandato outorgado por instrumento público.

É relevante salientar que o incorporador não precisa, necessariamente, ser o construtor, tendo em vista que poderá cumprir sua obrigação de promover a construção do empreendimento através de terceiros, sob o regime de empreitada ou administração, isto pois sua obrigação é a de promover a construção, como foi dito acima, e não de construir.

De acordo com Melhim Namem Chalhub, a doutrina qualifica, de forma unânime, como empresarial a atividade desenvolvida pelo incorporador, que é quem coordena e leva a termo a incorporação, tendo a responsabilidade de entregar, a certo prazo, a obra concluída.

O nome do incorporador deverá ser indicado expressamente, bem como permanecer ostensivamente indicado no local da construção, devendo toda incorporação ter um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis.

D)- o registro da incorporação imobiliária no Oficial de Registro de Imóveis competente: nos dizeres de Diniz¹² (2003), “O contrato de incorporação imobiliária é o *titulus adquirendi* da propriedade do imóvel, que, para constituir um direito real oponível a terceiro, requer seu registro na circunscrição imobiliária competente”.

Somente então, com o devido registro no Oficial de Registro de Imóveis, é que o incorporador poderá dar início à alienação das unidades autônomas do futuro edifício. Sendo relevante salientar que, de acordo com o Art. 32, parágrafo 3º, da Lei de Incorporações Imobiliárias, o número do registro, bem como a indicação do cartório competente, deverá constar, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo com relação aos anúncios “classificados”, tendo em vista que tais anúncios consistem em oferta ao público, ou seja, em lançamento da incorporação.

Sendo, ainda, de suma importância mencionar que, de acordo com o disposto no Art. 66, da referida Lei de Incorporações, incorre em contravenções relativas à economia popular o incorporador que negociar as frações ideais de terreno sem o prévio registro da incorporação no Registro de Imóveis competente.

Destarte, “...o incorporador, além de planejar o empreendimento, deverá dar-lhe forma legal por meio da inscrição da incorporação no registro imobiliário competente”, segundo, novamente, os ensinamentos de Diniz¹³ (2003).

O referido registro da incorporação terá validade por cento e oitenta (180) dias, findo o qual, se ela ainda não houver se concretizado, o incorporador, para poder negociar as unidades, terá que atualizar toda a documentação elencada no Art. 32 e alíneas, da mencionada lei, revalidando, desta forma, o registro por prazo igual.

¹² Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª edição, 2003, p.605.

¹³ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, São Paulo, Editora Saraiva, 19ª edição, 2003, p.605.

4 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

4.1 Considerações iniciais

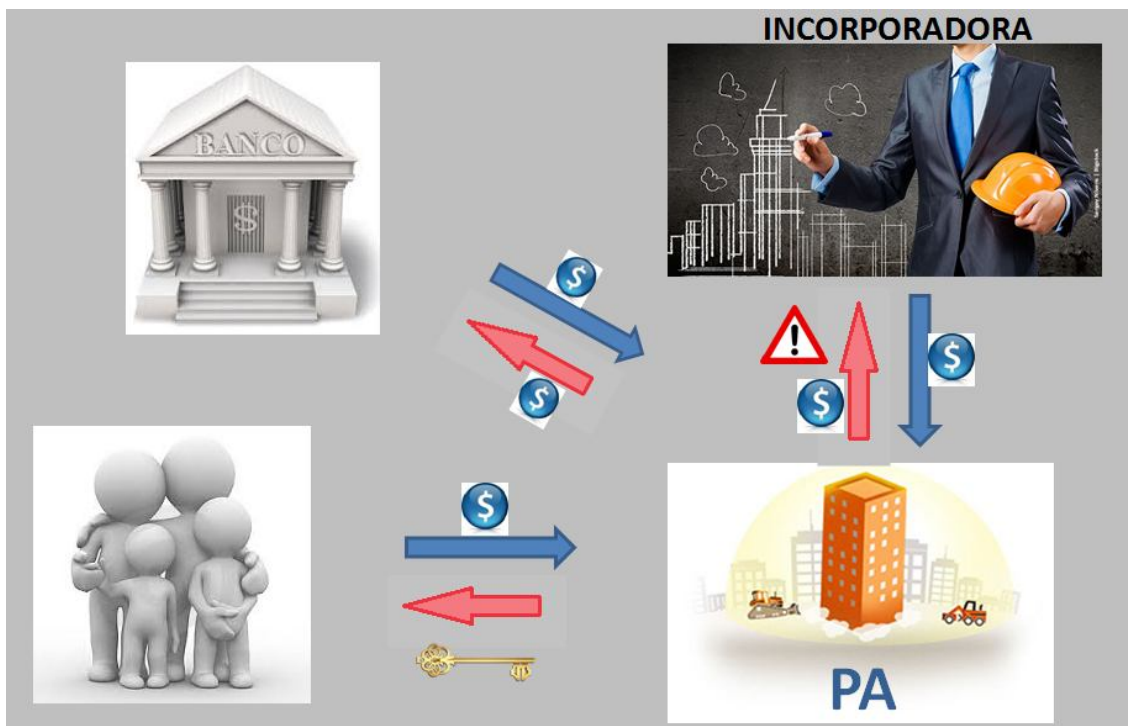
A teoria da afetação surgiu no final do século XIX, tendo como objetivo a quebra da doutrina de unicidade patrimonial e, ainda, permitir a criação de patrimônios especiais, separados do patrimônio comum para cumprir destinação específica.

Isto porque, embora cada incorporação tenha seu próprio orçamento, e muito embora suas receitas possam ser suficientes para a finalização da incorporação, independentemente da captação de outros recursos, elementos estranhos podem interferir e prejudicar a estruturação tanto física quanto financeira do empreendimento, com grandes chances de causar o seu desequilíbrio, frustando a finalidade social e econômica do contrato.

Diante disto, a Lei do PA teve como principal escopo incentivar a construção civil, gerando desenvolvimento e progresso, sem perder de vista, contudo, os consumidores que buscavam maior segurança e tranquilidade na aquisição de imóveis ainda em fase de construção, favorecendo, também, o financiador e os financiamentos imobiliários no setor da construção civil.

4.2 A teoria do patrimônio de afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias

O PA constitui-se do patrimônio próprio de cada empreendimento imobiliário, não se confundindo com o restante do patrimônio da empresa, sendo, portanto, que a afetação tem por escopo garantir que as receitas de cada incorporação sejam rigorosamente aplicadas na realização do respectivo empreendimento, impedindo que o incorporador desvie os recursos de um de seus empreendimentos para outro empreendimento ou para suas obrigações gerais, que sejam estranhas às obrigações vinculadas ao empreendimento afetado, conforme fluxo abaixo:



Fonte: elaboração própria (Figura 02).

Nessa figura, estão ilustradas as transações que ocorrem quando da existência do PA: os recursos captados pelo empreendimento afetado, cujo objetivo principal é a consecução da incorporação e entrega das unidades imobiliárias aos seus respectivos adquirentes, devem ser utilizados, exclusivamente, para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à respectiva incorporação. Devendo a incorporadora, durante a execução das obras, respeitar os limites e regras de retirada de recursos, conforme detalhado no item 4.4.3, adiante.

Diante disto, a afetação acaba conferindo tutela especial a todos que contribuíram para a consecução da obra, seja com seu esforço pessoal para erigir o edifício, no caso dos trabalhadores, seja com o financiamento dos recursos, no caso dos adquirentes, das entidades financiadoras e credores preferenciais por créditos previdenciários e fiscais vinculados ao negócio.

Segundo Chalhub¹⁴ (2003), a incorporação imobiliária envolve mais que a venda de unidades e a construção do edifício, acaba por envolver também, a articulação empresarial dos

¹⁴ Melhim Namem Chalhub, “A Incorporação Imobiliária como Patrimônio de Afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à Medida Provisória 2.221, de 04.09.2001.” Revista de Direito Imobiliário, nº 55, ano 26 – jul/dez 2003;

meios necessários à consecução do empreendimento, compreendendo o planejamento, a captação de recursos e a coordenação dos meios para a sua realização, assumindo contornos de parceria entre o incorporador e os adquirentes, conforme já mencionado anteriormente.

É relevante mencionar que a afetação encontra suas razões na necessidade de privilegiar determinadas atividades sociais ou econômicas merecedoras de tutela especial. E a incorporação imobiliária, em razão de seu forte conteúdo social, é uma das situações merecedoras desta tutela especial, para realização da função social da propriedade e do contrato.

Ainda, conforme lições de Chalhub¹⁵ (2005), o PA traduz-se por “uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada função, que opera integrada ao patrimônio geral”, ocorrendo, mediante a afetação, a vinculação de bens a determinados fins para investimento, administração ou garantia.

Reitera-se, então, que, através da teoria da afetação, há a segregação patrimonial, ou seja, determinado patrimônio é segregado, de acordo com os encargos que serão impostos a certo conjunto de bens, visando, a sua vinculação, a uma finalidade determinada. Porém, é relevante dizer que, para essa finalidade, não é necessário que o bem afetado seja retirado do patrimônio do seu titular.

Assim, se o incorporador tiver diversos empreendimentos afetados, sem a constituição de uma SPE, o patrimônio referente a cada um deles permanecerá em nome do incorporador, sendo atribuída a tais patrimônios e respectivos acervos, por uma ficção jurídica, autonomia funcional para o cumprimento de funções específicas, continuando tais bens a integrar o patrimônio do incorporador.

O PA é integrado, por um lado, pelo terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária, pelos demais bens e direitos a ela vinculados, e ainda pelo produto da cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios, provenientes da comercialização das unidades imobiliárias e, por outro lado, pelas despesas de construção, custos financeiros, encargos

¹⁵ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Editora Renovar, São Paulo, 2ª edição, 2005, p. 78.

previdenciários e fiscais, que são mantidos apartados, ou seja, segregados do patrimônio do incorporador.

Em virtude da segregação acima mencionada o PA se torna incomunicável, melhor dizendo, o PA é, por sua própria natureza, incomunicável. Tal incomunicabilidade tem por finalidade precípua afastar os riscos patrimoniais que possam prejudicar ou frustrar a execução do escopo social e econômico delineado para o PA. Podendo-se dizer que patrimônios separados são “massas de bens que constituem, dentro de um patrimônio geral, verdadeiras universalidades de direito e cuja sub-rogação real e função de garantia se efetuam de forma autônoma”¹⁶.

Além de associada à idéia de reserva de bens para um fim exclusivo, a idéia de segregação patrimonial, acaba também atendendo ao favorecimento de um grupo de credores determinado, o que por outro lado faz com que os bens afetados fiquem fora do alcance dos credores gerais desvinculados do acervo segregado.

Ainda, segundo Pereira¹⁷ (2004), não obstante a separação de acervos em situações especiais e para fins distintos, o patrimônio do indivíduo há de ser tratado como unidade. A afetação não importa na disposição do bem e sim na sua “imobilização em função de uma finalidade”. Embora afetados a um fim, os bens continuam vinculados ao patrimônio do sujeito, não havendo o rompimento do conceito tradicional de unidade patrimonial.

Então, organizado para determinado fim, o complexo de bens, direitos e obrigações em questão, é dotado de uma chamada autonomia funcional, para que seja possível o alcance da referida finalidade, pois de acordo com Messineo (1971), o conceito de patrimônio segregado “ tem um certo nexos com o conceito de universalidade limitada (...) e sobre eles incidem direitos e obrigações autônomas”¹⁸.

Chalhub¹⁹ (2005) leciona que a atribuição desta autonomia funcional a certos bens implica a existência de ativo e passivo próprios para cada PA, formados pelos bens, direitos e

¹⁶ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Editora Renovar, São Paulo, 2ª edição, 2005, p. 81.

¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", vol. I, 2ª. Ed., Ed. Forense, 2004, p. 398;

¹⁸ *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, v.II, p. 263;

¹⁹ Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Editora Renovar, São Paulo, 2ª edição, 2005, p. 80.

obrigações com os quais tenham se constituído, como também, pelos frutos advindos de sua gestão e com os encargos inerentes ao negócio.

Nessa linha, os bens e direitos integrantes do PA somente poderão ser objeto de garantia em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

4.3 Seguranças e inovações trazidas pela Lei nº 10.931/04

A Lei nº 10.931/04 aprimorou a segurança jurídica das incorporações imobiliárias através de mecanismos que acabaram por criar, ao redor de cada incorporação, um invólucro jurídico, tornando-a incomunicável com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só respondendo por dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação, conforme já mencionado anteriormente.

Os referidos mecanismos, que buscam efetivamente o cumprimento da função social da propriedade, podem ser traduzidos, principalmente:

- a)- pela segregação dos recursos recebidos até o limite do orçamento da obra e consequente constituição de reserva patrimonial;
- b)- pela anuência do agente financiador às vendas;
- c)- pelo aprimoramento do acesso às informações sobre movimento financeiro e cronograma de obra, pela Comissão de Representantes;
- d)- pelos poderes conferidos à Comissão de Representantes de assumir a administração da obra;
- e)- e, ainda, pela possibilidade de não incidência da falência da incorporadora, sobre o empreendimento.

Contudo, a afetação não (i) colidiu com o direito subjetivo do incorporador de extrair de sua propriedade o proveito econômico próprio do negócio, ou (ii) interferiu no poder subjetivo do incorporador, que mantém a plena titularidade do patrimônio afetado. A afetação veio, apenas, para restringir o modo através do qual o incorporador pode exercer e fazer valer seus direitos e poderes, passando a ser a disponibilidade desses relativa e condicionada a uma finalidade específica e ao cumprimento da função econômica e social do patrimônio correspondente à incorporação afetada.

As inovações da mencionada lei têm por escopo a proteção dos interesses dos adquirentes, sem prejuízo dos créditos vinculados a cada empreendimento, e de suas respectivas unidades imobiliárias, contra os efeitos dos desequilíbrios econômico-financeiros do incorporador e, principalmente, contra a sua insolvência, não eliminando a possibilidade de prejuízo dos adquirentes, mas restringindo o risco ao limitá-los às obrigações próprias do empreendimento.

Assim, cada empreendimento passa a constituir uma esfera patrimonial autônoma e, apesar de continuar dentro do patrimônio geral do incorporador, faz com que os créditos trabalhistas, previdenciários, fiscais e os garantidos por direito real, entre outros, estejam especificamente vinculados ao respectivo empreendimento, de modo que, na eventual falência do incorporador, o empreendimento fica imune aos efeitos das dívidas e obrigações vinculadas a outros negócios do incorporador, conforme leciona Chalhub²⁰ (2005).

Diante disto, o empreendimento pode prosseguir com a autonomia que a segregação lhe confere, afastando-o do alcance dos credores desvinculados da incorporação, situação na qual os condôminos, optando pelo prosseguimento da obra na hipótese de falência do incorporador, podem melhor administrar o empreendimento, por meio da sua Comissão de Representantes.

Os créditos, vinculados a uma incorporação afetada, não precisam ser habilitados no Juízo da Falência pois serão satisfeitos com os recursos do orçamento desse patrimônio, os quais estão vinculados àquela específica incorporação, não sendo, portanto, arrecadados pela massa falida.

²⁰Melhim Namem Chalhub, *Da Incorporação Imobiliária*, Editora Renovar, São Paulo, 2ª edição, 2005, p.85.

Relevante dizer, ainda, que o regime do PA instituiu medidas que permitem aos adquirentes um melhor acompanhamento das fases da obra, prevenindo situações de risco da incorporação e resultando em maior transparência nos procedimentos, dispondo, como obrigatórias:

- a)- a averbação da constituição do PA no Oficial de Registro de Imóveis competente;
- b)- a criação de uma conta-corrente bancária específica e contabilidade própria e individual para cada obra, separada da contabilidade geral da Incorporadora;
- c)- a elaboração de demonstrativos trimestrais da obra;
- d)- e, enfim, a aplicação exclusiva dos recursos, advindos do financiamento, na obra.

4.4 Instituição e extinção do patrimônio de afetação

A instituição do PA, de acordo com o Art. 31-A, da Lei 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), é facultativa e sempre a critério do incorporador. Por implicar, a afetação, em redução da garantia geral dos credores e em exceção ao princípio da indivisibilidade do patrimônio, a constituição do mencionado patrimônio somente é admitida nas hipóteses autorizadas ou impostas pela lei, de acordo com as condições e limites estabelecidos.

4.4.1 Forma e modo de constituição do patrimônio de afetação

O PA poderá ser constituído a qualquer tempo, durante a execução das obras, mediante a averbação na matrícula do imóvel junto ao Oficial de Registro de Imóveis competente, com efeito e validade *erga omnes*, ou seja, oponível a todos, através de um termo firmado pelo incorporador, no próprio Memorial de Incorporação, ou por meio de simples requerimento.

A existência de ônus reais sobre o imóvel, objeto da incorporação, para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento, não representa óbice à averbação do PA.

Havendo titular com direito real de aquisição sobre o terreno, este, juntamente com o incorporador, também deverá firmar o referido termo ou requerimento. A lei não exige, porém, a anuência do agente financiador da construção.

Se o empreendimento for composto por conjuntos de edificações poderão ser constituídos patrimônios de afetação separados, tantos quantos forem os subconjuntos de edificações, devendo a constituição desses patrimônios de afetação separados estar declarada no próprio memorial de incorporação ou em termo apartado.

4.4.2 Extinção do patrimônio de afetação

Conforme o disposto no Art. 31-E, da Lei nº 4.591/64 (acrescido pela Lei nº 10.931/04), o PA será extinto, cumulativamente:

- a)- pela averbação da construção;
- b)- pelo registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e individualizadas e discriminadas as unidades autônomas;
- c)- e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

Pode ocorrer extinção, também, se houver:

- a)- revogação do PA, através da denúncia da incorporação, após a restituição aos adquirentes das quantias pagas; ou
- b)- liquidação do patrimônio deliberada pela assembléia geral, caso em que a Comissão de Representantes alienará, em nome dos adquirentes de unidades, o terreno e suas acessões, transmitindo aos novos adquirentes o domínio ou os respectivos direitos aquisitivos.

O PA perdurará até o cumprimento e encerramento da função para a qual foi constituído, portanto, quando de sua extinção, os bens afetados, ou os remanescentes, retornarão ao patrimônio geral do titular.

4.4.3 Recursos financeiros e receitas no patrimônio de afetação

Podemos observar que a legislação preferiu dispor, expressamente, sobre as receitas que não integram o PA, ao invés de relacionar as que devem integrá-lo.

Assim, seguindo a lógica trazida pela Lei nº 10.931/04, em especial as disposições refletidas no §8º do art. 31-A, da Lei nº 4.591/64 (acrescido pela mencionada Lei nº 10.931/04), excluem-se do PA:

a)- os recursos financeiros que excederem a importância:

a.1)- necessária à conclusão da obra, considerando-se os valores a receber até sua conclusão;

a.2)- e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver;

b)- e o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada ou por administração.

Tais disposições, portanto, autorizam que o incorporador se aproprie, quando achar oportuno e desde logo, somente dos recursos que excederem a quantia necessária à conclusão da obra e quitação do respectivo financiamento, se houver, bem como daqueles relativos à venda das frações ideais de terreno.

Exemplificando:

- um incorporador, independentemente da constituição da SPE, adquire um terreno para o desenvolvimento de um empreendimento imobiliário;
- o incorporador optou pelo PA;
- considerando:
 - a)- valor do terreno: R\$ 12.000.000
 - b)- quantidade de unidades no empreendimento: 200

- c)- preço de cada unidade: R\$ 500mil;
- d)- todas as unidades possuem idêntica tipologia e, portanto, a mesma fração ideal de terreno.
- temos que:
 - a)- o valor do preço referente à aquisição da fração ideal do terreno, vinculada à unidade é de R\$ 60mil;
 - b)- a porcentagem da receita, advinda da venda da unidade, referente à fração ideal que a referida unidade possui no imóvel é de 12%.

Conforme as disposições legais e considerando o exemplo proposto, o percentual de 12% sobre a receita da venda de cada unidade, relativo ao preço da fração ideal do terreno, estaria excluído do PA.

Esse “reembolso do preço de aquisição do terreno”, porém, somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais (que são iguais para todas as unidades no exemplo acima), considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação, na hipótese de pagamento parcelado do preço.

Na hipótese de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o PA, sendo certo que os recursos financeiros integrantes do PA serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.

4.5 Obrigações e responsabilidades do incorporador, frente ao patrimônio de afetação

Além de todas as outras obrigações referentes à incorporação imobiliária, o incorporador ainda tem, conforme disposto no Art. 31-D e incisos, da Lei n.º 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), a obrigação de:

- a)- promover atos de boa administração e preservação do PA, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;
- b)- manter apartados os bens e direitos objeto de cada uma de suas incorporações;

c)- 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;

d)- entregar, no mínimo a cada três meses, à Comissão de Representantes o demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o PA recebidos no período, devendo consultar a Comissão de Representantes sobre modificações de projeto;

d)- manter e movimentar os recursos financeiros do PA em conta de depósito aberta especificamente para tal fim e entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada PA;

e)- assegurar à pessoa nomeada pela Comissão de Representantes ou pela instituição financiadora o livre acesso à obra, aos livros, contratos, extratos, contas e quaisquer outros documentos relativos ao PA;

f)- e, enfim, manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

De acordo com o disposto no Art. 31-A e seus parágrafos, da Lei n.º 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), o incorporador responde pelos prejuízos que causar ao PA, devendo: (i) os bens e direitos integrantes do PA somente serem objetos de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes; (ii) e, ainda, os recursos financeiros integrantes do PA serem utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação.

4.6 Comissão de Representantes

A Comissão de Representante, como foi possível depreender do acima mencionado, tem uma relevante posição frente ao PA, principalmente nos casos de falência da incorporadora, tratada em capítulo próprio.

Sendo constituída por, pelo menos, três adquirentes de unidades autônomas do mesmo empreendimento, a Comissão de Representantes pode ter membros designados por contrato ou por eleição em assembléia. A assembléia geral poderá, também, pela maioria absoluta dos adquirentes, alterar a composição da comissão e revogar suas decisões.

A função precípua da Comissão de Representantes é, em caso de falência do incorporador ou de paralisação das obras por mais de trinta dias, sem justa causa, assumir a administração do empreendimento, promovendo a realização de assembléia geral, nos sessenta dias que se seguirem, na qual, por dois terços dos votos dos adquirentes, se deliberará:

a)- pela instituição do condomínio da construção, por instrumento público ou particular;

b)- e sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do PA.

Importante, ressaltar que, havendo financiamento para construção, tal convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

Para assegurar as medidas necessárias ao prosseguimento das obras ou à liquidação do PA, a Comissão de Representantes, no prazo de sessenta dias, a contar da data de realização da assembléia geral, acima mencionada, promoverá, em leilão público a venda das frações ideais e respectivas acessões que, até a data da decretação da falência ou insolvência não tiverem sido alienadas pelo incorporador.

Realizadas as vendas, 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 PA;

II - reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações acima relacionadas;

III - reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção;

IV - entregar ao condomínio o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador;

V - entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o preço entre eles ajustados, se ainda pender de pagamento; e

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

Conforme Art. 31-C, da Lei n.º 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), a Comissão de Representantes e a instituição financiadora da construção, ainda, poderão nomear, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o PA, sendo que:

a)- tal nomeação não transfere para o nomeante qualquer responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou do construtor, seja legal ou a oriunda dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, de construção e de outros contratos eventualmente vinculados à incorporação;

b)- a pessoa que, em decorrência do exercício da fiscalização, obtiver acesso às informações comerciais, tributárias e de qualquer outra natureza referentes ao patrimônio afetado responderá pela falta de zelo, dedicação e sigilo destas informações.

A pessoa nomeada pela instituição financiadora, por sua vez, deverá fornecer cópia de seu relatório ou parecer à Comissão de Representantes, a requerimento desta, não constituindo esse fornecimento quebra de sigilo.

Diante destas disposições, percebe-se que a lei conferiu também às instituições financeiras poder de fiscalização do PA, reconhecendo o papel imprescindível delas no funcionamento do setor da construção civil.

Através das disposições do Art. 31-F, parágrafos 3º a 6º, da Lei n.º 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), a Comissão de Representantes fica investida, no caso de falência da incorporadora ou na hipótese de paralisação das obras, de mandato irrevogável:

a)- para firmar o contrato definitivo com os adquirentes das unidades autônomas, pelo qual estiver obrigado o incorporador, com o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação.

b)- tal mandato permanece válido mesmo depois de concluída a obra, além de conferir poderes para transmitir domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das respectivas unidades.

5 CONSEQUÊNCIAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NOS ÂMBITOS TRIBUTÁRIO E FALIMENTAR

5.1 Regime Especial Tributário

Como forma de incentivo para que incorporadoras optassem pelo mencionado PA, a lei que o criou (Lei n.º 10.931/04) também instituiu o Regime Especial Tributário (“RET”), com uma alíquota única de tributação.

Quando de sua instituição, o RET possuía alíquota de 7% (sete por cento), a qual se demonstrou pouco atrativa aos empresários do setor, pois muitos acabaram optando pela tributação por lucro presumido, cuja alíquota gira em torno de 6,7% (seis vírgula sete por cento).

Por esse motivo, após alguns anos, através da Lei n.º 12.024/09, a alíquota do RET passou a ser de 6% (seis por cento), representando uma vantagem significativa para muitas empresas, especialmente para aquelas com receitas acima do teto para tributação por lucro presumido e que precisariam, fora do PA, usar o sistema de lucro real.

Porém, a consolidação do RET, como regime tributário amplamente utilizado pelas empresas do setor, veio somente com a Medida Provisória n.º 610/13, posteriormente convertida na Lei n.º 12.844/13, que reduziu a alíquota única para 4% (quatro por cento).

Assim, o RET obriga o contribuinte a recolher 4% da receita mensal recebida, através da unificação dos tributos e contribuições de cada empreendimento, quais sejam Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), a partir do mês da opção.

Apesar de não ser o escopo do presente trabalho, por se referir a empreendimentos que se enquadram na denominada faixa I, do Programa Minha Casa Minha Vida, é importante, ao menos, mencionar que o RET prevê a incidência da alíquota de 1% (um por cento) sobre a receita mensal recebida, até 31 de dezembro de 2018, para os projetos de incorporação de:

a)- imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009, conforme o § 6º, da Lei n.º 10.931/04, com redação dada pela Lei nº 13.097/15;

b)- sendo certo que a própria lei considera como “projetos de incorporação de imóveis de interesse social” aqueles 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.

Já para os demais projetos, que não os destinados a incorporação de imóveis residenciais de interesse social, o legislador preferiu não determinar períodos de aplicação da alíquota, ficando esta sujeita a alterações (reduções ou majorações) resultantes de políticas tributárias e fiscais.

5.1.1 Caráter opcional do RET e efetivação da opção

Segundo o Artigo 1º, da Lei 10.931/04, o incorporador pode optar pelo RET, de forma irrevogável, enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação afetada.

Portanto, a opção pelo RET será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos, a saber: (i) a afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária; (ii) e a entrega do termo de opção na unidade competente da Secretaria da Receita Federal (SRF).

Conforme determina a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 1435/13, a opção pela aplicação do RET à incorporação imobiliária 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, junto ao Registro de Imóveis;

II - inscrição de cada “incorporação afetada” no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

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

IV - regularidade fiscal da matriz da pessoa jurídica junto à RFB, INSS e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN);

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

VI - apresentação do formulário “Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação”.

5.1.2 Características, requisitos e efeitos do RET

Se o incorporador optar pelo RET, o terreno, as acessões e os demais bens e direitos vinculados à incorporação não respondem por dívidas tributárias do incorporador relativas ao IRPJ, à Contribuição para PIS/PASEP, à CSLL e à COFINS.

Referidos bens respondem somente pelas dívidas tributárias calculadas sobre as receitas auferidas no âmbito da respectiva incorporação. O patrimônio da incorporadora, contudo, responde pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.

Conforme historiado no item 5.1, a atual alíquota de 4% do RET foi, inicialmente, definida pela Medida Provisória n.º 610/13, que posteriormente foi convertida na Lei n.º 12.844/13. Isso não significa, porém, que tal alíquota não possa ser alvo de futuras e novas alterações, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, respeitadas as regras legais para a prática de tais atos, o que acaba gerando insegurança jurídica aos incorporadores, que temem um eventual e futuro aumento da alíquota.

Portanto, a atual redação do art. 4º, da Lei 10.931/04, dada pela mencionada Lei n.º 12.844/13, prevê que, para cada incorporação submetida ao RET, incidirá a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre a receita mensal recebida, correspondendo, esse percentual, ao pagamento mensal unificado do IRPJ, da CSLL, da contribuição relativa ao PIS/PASEP e da COFINS. O referido artigo é complementado pelo Art. 8º, da mesma Lei 10.931/2004,

segundo o qual, para fins de repartição de receita tributária, o percentual de 4% será considerado:

a)- 1,26% como IRPJ;

b)- 0,37% como contribuições para o PIS/PASEP;

c)- 0,66% como CSLL e

d)- 1,71% como COFINS.

Considera-se receita mensal o total das receitas recebidas pela incorporadora com a venda de unidades imobiliárias que compõem cada incorporação submetida ao RET, bem assim as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes dessa operação. Do total das referidas receitas recebidas, poderão ser deduzidas as vendas canceladas, as devoluções de vendas e os descontos incondicionais concedidos.

Não existe previsão legal de efeito retroativo do RET, portanto o recolhimento dos tributos, na forma do regime especial, deve ser feito, pelo incorporador, a partir do mês da opção até o 20º dia do mês subsequente àquele no qual a receita tenha sido auferida pelo incorporador, que deve fazer constar do documento de arrecadação de Receitas Federais - DARF, o número específico de inscrição da incorporação afetada no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ e o código de arrecadação próprio, ficando obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação. Eventuais débitos tributários deste regime não poderão ser objeto de parcelamento.

É importante ressaltar que a aplicação da alíquota de 4% ocorre após a efetivação da opção pelo RET, conforme mencionado no item 5.1.1, sobre a receita mensal recebida pela venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação afetada, pouco importando o momento em que auferidas, se antes ou depois de formalizada/efetivada a opção pelo RET.

Ocorre que, pelo fato da legislação ser omissa em alguns pontos, surgem dúvidas que envolvem a exata aplicação dessa alíquota especial. Assim, ao receber consultas dos

contribuintes, a SRF emite seu entendimento através das denominadas “Soluções” e acaba regulando algumas dessas situações, às vezes de forma divergente.

Exemplos de Soluções que versam sobre o RET e a aplicação de sua alíquota:

a)- SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT nº 244, DE 12 DE SETEMBRO DE 2014:

“c) considerando que a opção pelo regime é irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis da incorporação, o RET será adotado em relação às receitas recebidas após a efetivação da opção, referentes às unidades vendidas antes da conclusão da obra, as quais compõem a incorporação afetada, mesmo que essas receitas sejam recebidas após a conclusão da obra ou a entrega do bem;

***d) não se sujeitam ao RET as receitas decorrentes das vendas de unidades imobiliárias realizadas após a conclusão da respectiva edificação.”** (grifo próprio)*

b)- SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT nº 274, DE 26 DE SETEMBRO DE 2014:

“17.2 Após formalizada a opção pelo RET, serão tributadas na forma do caput do art. 4º da Lei nº 10.931, de 2004, independentemente do momento em que auferidas, as receitas efetivamente recebidas pela incorporadora com a venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação submetida Regime, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação.”

c)- SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF 07 nº 7045, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2014:

*“**É irrelevante**, para efeito de submissão ao RET e, por conseguinte, de realização do pagamento unificado dos tributos devidos à razão de 4% (quatro por cento) da receita mensal auferida com as vendas de todas as unidades imobiliárias do empreendimento, o momento em que estas são realizadas, se antes ou depois da extinção do regime de afetação por meio da averbação da sua baixa no competente Registro de Imóveis.”*(grifo próprio)

Através da Instrução Normativa da RFB n.º 1.396/13 foi instituída a “Solução de Consulta Vinculada”, ou seja, as Soluções de Consulta Cosit e as Soluções de Divergência têm efeito vinculante, no âmbito da RFB, e respaldam os sujeitos passivos que as aplicar, independentemente de ser o consultante (pessoa que formulou a consulta), desde que se enquadre nas hipóteses abrangidas por tais Soluções.

Em outras palavras, em havendo Solução proferida pela Cosit ou Solução de Divergência, as consultas com o mesmo objeto serão solucionadas por meio de “Solução de Consulta Vinculada”, que nada mais é do que a reprodução do entendimento constante de Solução de Consulta Cosit ou de Solução de Divergência proferida em momento anterior.

Diante disto, a SOLUÇÃO DE CONSULTA DISIT/SRRF 07 n.º 7045:

a)- foi vinculada à SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT n.º 274, que diz respeito à incidência da alíquota especial do RET sobre as receitas recebidas após a efetivação da opção pelo RET, não importando o momento em que tais receitas foram auferidas;

b)- e, ainda, proferiu entendimento divergente do contido na SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT n.º 244, com relação à incidência da alíquota especial do RET sobre as receitas das vendas de unidades imobiliárias realizadas após a conclusão da respectiva edificação.

O entendimento da RFB, refletido nessas Soluções, acaba causando ainda mais instabilidade e insegurança jurídico-tributária aos incorporadores, que formulam consultas, justamente, para suprir as omissões legais.

De qualquer forma, os incorporadores, em tese, poderiam se basear nessa última Solução de Consulta DISIT/SRRF 07 n.º 7045 para aplicar a alíquota do RET tanto sobre as receitas referentes às unidades vendidas antes da conclusão da obra, mesmo que essas receitas sejam recebidas após a conclusão da obra ou a entrega do bem, quanto sobre as receitas advindas das vendas realizadas após a conclusão da obra, observadas as demais exigências legais.

5.2 Decretação de falência de empresas do setor

Anteriormente à Lei do PA, os recursos captados eram repartidos de acordo com a livre e exclusiva deliberação das construtoras e incorporadoras, o que gerava, muitas vezes, uma “corrente da felicidade”²¹. Nessa dinâmica, vários empreendimentos foram lançados ao mesmo tempo e os recursos pulverizados. Assim, sem recursos suficientes para finalizar todos esses lançamentos, a falência das empresas resultava em obras incompletas e milhares de mutuários sem imóvel e sem previsão de devolução de seu dinheiro.

Como o recurso arrecadado com as vendas das unidades fazia parte de um caixa comum, os adquirentes acabavam entrando na disputa judicial junto com todos os demais credores da empresa, na esperança de recuperarem seus direitos ou, pelo menos, parte deles.

5.2.1 Falência da Construtora Encol

O caso da falência da Construtora Encol, com seus mais de 700 empreendimentos parados em todo o país, foi emblemático da insegurança patrimonial das pessoas que adquiriam imóveis “na planta”.

A Encol foi fundada em 1961, pelo engenheiro Pedro Paulo de Souza, na cidade de Goiânia, e havia se consolidado como a maior construtora do país. Porém, por uma série de fatores que misturam falhas gerenciais, irregularidades administrativas e leniência dos bancos oficiais, acabou por afundar-se numa crise insolúvel.

Antes do caso Encol, não chegou a haver eficaz aplicação da Lei de Incorporações aos processos de falência de incorporadoras imobiliárias, predominando o procedimento especial da lei de falências e concordatas, regido pelo Decreto-lei 7661/45.

A eficácia dos art. 43, incisos III e VI, da Lei de Incorporações, ficava comprometida no caso de falência do incorporador, em razão dos bens integrantes do acervo das incorporações acabarem sendo arrecadados pela massa falida.

²¹Márcio Bueno, Artigo “*Patrimônio de Afetação também tem riscos*”, Site Estadão, São Paulo, setembro/2001.

Procedia-se ao processamento da falência dos incorporadores, arrecadando-se os empreendimentos imobiliários cuja titulação estivesse em nome do falido. Pouca aplicação era dada ao art. 43, III, da lei 4.591/64, que prevê a não arrecadação de empreendimentos cujos adquirentes decidam prosseguir com as obras. Ainda que classificados como “credores privilegiados”, na graduação de preferências, tais adquirentes, preteridos pelo Fisco, pela Previdência e pelos créditos trabalhistas, viam como remota a chance de reaver o que investiram.

Nessa época, a Lei 4.591/64 já conferia os seguintes mecanismos especiais de proteção aos direitos dos adquirentes:

a)- a exigência do prévio registro do memorial de incorporação para oferta do empreendimento ao público e a aplicação de sanções penais ao incorporador, em caso de descumprimento dessa exigência;

b)- a irretratabilidade do contrato de venda;

c)- o dever da informação do andamento da obra;

d)- o direito dos adquirentes de substituir o incorporador;

e)- a classificação dos créditos dos adquirentes como privilegiados em caso de falência do incorporador.

Tais mecanismos, porém, se mostraram insuficientes para salvaguardar os direitos dos adquirentes em caso de insolvência do incorporador, quando os recursos por eles aportados acabavam sendo destinados ao pagamento de credores preferenciais que em nada contribuíram para a obra, submetendo os adquirentes a prolongadas disputas judiciais²².

Com efeito, o acervo de cada incorporação, o terreno e as acessões, ao integrar o patrimônio geral do incorporador, constituía garantia geral dos credores, servindo ao

²² Hamilton Quirino Câmara, "Falência do Incorporador Imobiliário – O caso Encol", Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

pagamento de qualquer débito do incorporador, ainda que desvinculado do empreendimento, ao ser arrecadado pela massa falida.

Em face da crise gerada pela paralisação das obras da construtora Encol, os tribunais, de forma eficaz, procuraram atender os interesses do consumidor, concedendo a adjudicação compulsória dos imóveis, livres de todos os ônus, inclusive da hipoteca do agente financeiro.

Assim, o agente financiador da incorporação também se viu em situação de risco, uma vez que os recursos aportados à obra seriam rateados entre outros credores e suas garantias acabariam invalidadas ou esvaziadas²³.

Embora beneficiando os adquirentes das unidades condominiais, tais julgados²⁴, ao atingir a garantia do agente financiador, trouxeram insegurança ao mercado imobiliário. Com a desconsideração do direito real sobre o bem dado em garantia, as instituições financeiras acabaram por restringir e enrijecer os critérios para concessão de mútuo à atividade

²³ Claudia Fonseca Tutikian, “Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária”, RDCPC n.º 31 – set/out 2004 – Doutrina – JE 9809.

²⁴ Exemplos jurisprudenciais:

- “Ação de adjudicação compulsória cumulada com pedido de tutela antecipatória e cancelamento de hipoteca. Pagamento do valor do imóvel à construtora que não repassou ao banco para a liberação da hipoteca em razão de dificuldades financeiras. Aplicabilidade do CDC. Ação procedente. Apelação desprovido.” (TJPR, AC 0114805-6, 2ª C. Cív. Rel. Des. Ângelo Zattar, DJPR 11.03.2002).
- “Encol.Intimação do MP. Cláusula abusiva. Desoneração do imóvel gravado por hipoteca e outorga da escritura de compra e venda, Pagamento do preço ajustado. I – Ao ser decretada a falência, deve o representante do MP ser intimado para intervir no feito. Não se tratando de ação proposta originalmente contra massa falida, a intervenção do *parquet* no segundo grau aperfeiçoa o feito, desde que não haja prejuízo à ordem pública. II – A cláusula do contrato de promessa de compra e venda que autorizava o gravame hipotecário é abusiva e não pode prevalecer por colocar o consumidor em desvantagem exagerada em relação à construtora, subordinando-a exclusivamente à sua vontade III – Uma vez cumprida a contraprestação do promissário-comprador, traduzida, tão somente, no pagamento do preço ajustado, deve o vendedor liberar o imóvel do gravame hipotecário e outorgar a escritura de compra e venda.” (TJDF, AC 19990110129219, 3ª T. Relª Desª Sandra de Santis, DJU 11.06.2003)
- “Compra e venda. Incorporação. Lei n.º 4.591/64. Massa falida da Encol S/A. Hipoteca. Violação aos direitos do consumidor. Art. 51 do CDC. Anuência para tal gravame. Após a averbação da incorporação e realizados os contratos de promessa de compra e venda com terceiros, é impossível onerar o imóvel como um todo, porque se estaria violando o direito do consumidor adquirente, que pagou ou vem pagando a contendo suas prestações. A penhora ou hipoteca só pode ser permitida com a expressa anuência dos promitentes-compradores, não bastando, para tal fim, cláusulas genéricas que prevêm a possibilidade de dar em garantia, para financiamento, os terrenos e as unidades construídas.” (TJDF, AC 19990110142308, 3ª T., Rel. Des. Vasquez Cruxên, DJU 21.05.2003).
- “Ação de adjudicação compulsória. Compromisso de compra e venda. Registro imobiliário. Hipoteca. O direito à adjudicação, quando oposto entre os contratantes, não se condiciona ao registro do contrato no ofício imobiliário, sobretudo se o preço ajustado foi satisfeito. Ainda que o imóvel esteja hipotecado, o compromissário-comprador tem direito à adjudicação compulsória. Honorários advocatícios. Arbitramento condizente com o caso concreto. Apelação desprovida.” (TJRS, AC 5993932008, 16ª C Cív. Rel. Luciano Ademir José D’Ávila, J. 14.12.1999).

imobiliária, tanto às incorporadoras quanto aos compradores e futuros mutuários, gerando uma crise no setor da construção civil.

5.2.2 Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador sobre o patrimônio de afetação

Diante do cenário acima exposto, foram criadas disposições legais para conferir efetiva segurança e proteção, não só aos adquirentes dos imóveis, mas a todas as partes envolvidas no empreendimento, ao determinarem que, na hipótese de falência da incorporadora, os patrimônios de afetação obedecerão à legislação própria, ou seja, a Lei nº 4.591/64, seus bens, direitos e obrigações permanecerão separados do patrimônio geral da incorporadora falida até o cumprimento de sua finalidade, que nada mais é que a conclusão da obra, averbação da construção e entrega das unidades aos seus respectivos adquirentes, 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 (Art. 119, IX, da Lei nº 11.101/05).

Desta forma, de acordo com o Art. 31-F, da Lei de Incorporações (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, sendo que o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação não integrarão a massa concursal, só respondendo por dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação, por ser da natureza da afetação que o acervo de cada empreendimento fique reservado ao grupo de credores vinculado diretamente à incorporação, para que, como leciona Messineo (1971), “possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros* [grupos de credores]; com a conseqüência de que os *outros credores* fiquem *excluídos* e de que, sobre os outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)”²⁵.

Pode-se dizer então que, pela teoria da afetação, os credores vinculados ao PA têm preferência sobre os bens que a ele integram, excluídos outros bens do patrimônio geral do

²⁵ *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, v.II, p. 263.

devedor, de tal forma que sobre os bens remanescentes, não segregados, este grupo poderá satisfazer-se só subsidiariamente²⁶.

Na hipótese de ocorrência da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, os adquirentes das unidades autônomas do empreendimento realizarão, nos sessenta dias que se seguirem à decretação da quebra, assembléia geral na qual será decidido, através de maioria simples, pela ratificação do mandato dos membros da Comissão de Representantes ou elegerão novos membros por dois terços dos votos dos adquirentes, em primeira convocação, ou em segunda convocação, por maioria absoluta, instituirão o condomínio da construção, bem como deliberarão, alternativamente, pela continuação da obra ou pela liquidação do PA, estabelecendo as diretrizes que tais medidas deverão respeitar.

A referida assembléia será convocada:

a)- pela Comissão de Representantes ou, na falta desta, segundo o Art. 31-F, parágrafo primeiro, da Lei de Incorporações (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), por um sexto dos titulares das frações ideais;

b)- por determinação do juiz da falência;

c)- ou, na hipótese de haver financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

Em caso de paralisação da obra, ou atraso injustificado, aplicar-se-á o mesmo procedimento, estando autorizados os adquirentes a assumir a administração da incorporação e a dar continuidade às obras, com a aplicação das receitas provenientes de seu orçamento.

Assim, os adquirentes das unidades imobiliárias não ficam ameaçados pela falência da incorporadora, pois têm o seus direitos resguardados pelo PA e podem:

a)- continuar a obra, contratando outra empresa para a executá-la;

²⁶ Melhim Namem Chalhub, “A Incorporação Imobiliária como Patrimônio de Afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à Medida Provisória 2.221, de 04.09.2001”. Revista de Direito Imobiliário, nº 55, ano 26 – jul/dez 2003.

b)- ou, como medida alternativa, realizar a liquidação deste patrimônio, visto que o PA jamais integrará a massa falida.

Os adquirentes das unidades imobiliárias do empreendimento, ainda, na hipótese de não ser suficiente o produto da venda das unidades remanescentes, no que tange à diferença não reembolsada pela quantia que adiantaram em nome do incorporador para dar continuidade à execução das obras, se tornarão credores privilegiados, sendo que os bens pessoais do incorporador respondem subsidiariamente.

Ao decidirem pela continuação da obra, os condôminos se sub-rogarão, automaticamente, nos direitos, obrigações e encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos aos contratos de financiamento da obra, se houver, e assumem a administração da obra, respondendo solidariamente com o incorporador pelas obrigações de pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas vinculadas ao respectivo PA, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência e que tenham sido objeto de lançamento de ofício ou cujo pagamento tenha sido determinado na forma da legislação trabalhista, posteriormente àquela deliberação e até a extinção do PA.

Responderão, ainda, os condôminos pelos tributos resultantes da diferença entre o custo orçado e o custo efetivo, verificada até a data da decretação da falência, correspondente ao empreendimento imobiliário, rateada a cada condômino individualmente, de acordo com os coeficientes de construção atribuíveis a cada unidade, ou por outro critério deliberado em assembléia geral por dois terços dos votos da massa condominial.

É relevante dizer, porém, que ficam excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações relativas, direta ou indiretamente, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pelo incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação.

Em contra partida, a deliberação pela continuação da obra, a que se refere o art. 31-F, §1º, da Lei n.º 4.591/64 (acrescido pela Lei n.º 10.931/04), bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta lei, perdem a eficácia se não verificado o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo PA, 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.

6 A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO (SPE) NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

6.1 Origem da figura da SPE no direito brasileiro e sua natureza

Em dezembro de 2004, foi publicada a Lei n.º 11.079 que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública e que, em seu Capítulo IV, dispôs sobre a SPE.

A figura da SPE nasceu dotada de aspectos do direito administrativo, econômico e comercial, para admitir a participação do Estado, ao lado dos particulares, em entidade única, cujo objeto seria concretizar os interesses veiculados em contrato de parceria.

Porém, na verdade, a SPE não constitui um novo tipo societário na ordem jurídica brasileira, podendo ser constituída sob uma das formas já previstas pela legislação pátria. As SPEs são, usualmente, constituídas sob a forma de sociedade anônima ou limitada, conforme as necessidades específicas de cada caso ou empreendimento. Feita a escolha do tipo societário, a SPE deverá respeitar as normas aplicáveis ao mesmo, ou seja, se constituída como uma sociedade anônima, por exemplo, aplicar-se-ão as disposições do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/02) e da Lei n. 6.404/76, se for uma limitada aplicar-se-ão as disposições do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/02).

Por refletir a associação de pessoas que combinam seus bens, recursos, esforços, habilidades e conhecimentos com o propósito de executar uma operação negocial específica e lucrativa, o conceito da SPE foi trazido para as relações entre empresas particulares e passou a ser amplamente adotado em estruturas societárias privadas.

As SPE's, que têm natureza de uma *joint venture*, designam uma forma de aliança entre duas ou mais entidades juridicamente independentes com o fim de partilharem o risco de negócio, os investimentos, as responsabilidades e os lucros associados a determinado projeto.

Assim como nas *joint ventures*, na SPE forma-se uma parceria destinada a atingir um fim comum, como nos contratos de sociedade em geral, nos quais cada sócio ou acionista contribui com bens e partilha os riscos. As SPE podem, portanto, ter por objeto qualquer tipo

de transação comercial e as pessoas envolvidas podem ser indivíduos (pessoas físicas) e/ou empresas (pessoas jurídicas).

6.2 Conceito e características

A SPE pode ser conceituada como sendo uma sociedade, organizada sob um dos tipos societários existentes na ordem jurídica brasileira, de objeto social único e que objetiva a criação de um ente para a realização de um propósito específico, motivo pelo qual sua duração coincidirá com o tempo necessário à consecução de seu objeto social.

Ainda, caracteriza-se a SPE por ser um modelo de organização empresarial constituído de personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, pelo qual se constitui uma nova empresa, limitada ou anônima, com o principal objetivo de segregar determinados ativos e riscos de forma efetiva. Portanto, a eficiência de uma SPE depende do seu grau de independência em relação às demais partes e atividades envolvidas em determinado projeto.

Do exposto, infere-se que a SPE representa uma estrutura negocial que reúne interesses e recursos de duas ou mais pessoas para a consecução de empreendimento de objeto específico e determinado, mediante a constituição de uma nova sociedade com personalidade jurídica distinta da de seus sócios, que podem ser pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.

6.3 Consequências jurídicas e contábeis da constituição da SPE

O contrato de constituição de uma SPE deve ser registrado na Junta Comercial e conter todas as informações de uma sociedade mercantil em geral, além de sua duração e o empreendimento que motivou sua constituição. Ao possuir uma inscrição própria, junto à Receita Federal, a SPE será tributada e deverá recolher todos os tributos por ela devidos.

Portanto, por ser uma sociedade autônoma, cujo tipo societário é escolhido pelos sócios, a SPE pode adotar o regime tributário que lhe convier, observadas as regras legais, da mesma forma que as outras pessoas jurídicas. Desse modo, além das particularidades contábeis e de reconhecimento de receitas e despesas, a SPE poderá adotar a sistemática do Lucro Real ou do Lucro Presumido, desde que a receita bruta anual não ultrapasse o limite estabelecido para tal opção.

Esses sistemas, em suma, representam duas formas diferentes de determinação da base de cálculo dos tributos devidos pela pessoa jurídica.

Com relação ao Simples Nacional, a Lei Complementar n.º 123/06 veda sua adoção pelas incorporadoras, motivo pelo qual deixaremos de tecer, no presente trabalho, considerações a respeito.

Como a opção pelo regime tributário ocorre durante o ano corrente, aquele não pode ser alterado até o final do exercício. Assim, a principal diferença entre o regime do Lucro Real e do Lucro Presumido é a forma de apuração e determinação da base de cálculo, já que a alíquota, no caso do IRPJ e da CSLL, é a mesma no Lucro Real e no Lucro Presumido.

No Lucro Presumido, o IRPJ e a CSLL possuem como base de cálculo uma margem de lucro pré-fixada pela legislação. No caso, o Fisco, presumindo que parte dessa receita é lucro, determina qual é o percentual de lucro sobre cada atividade. Diante disto, fica dispensado o cálculo do lucro contábil efetivamente auferido, exceto o derivado de situações específicas.

Na forma de apuração de base de cálculo pelo lucro presumido, as despesas e custos operacionais da empresa não compõem a base de cálculo dos tributos, que será o resultado entre a aplicação da alíquota de presunção (determinada pela legislação fiscal) sobre a receita auferida na atividade. O resultado contábil (receitas menos despesas) não influencia na determinação da base de cálculo.

No regime do Lucro Real, por outro lado, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL corresponde ao lucro contábil ajustado pelas adições e exclusões determinadas pela legislação. Para tal regime, a empresa precisa registrar todas as suas despesas e custos para, assim, deduzi-las de sua receita, conforme autorização legal. Caso a empresa apure prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa de CSLL, não será necessário recolher os referidos tributos.

As opções acima também influenciam a forma de cálculo do PIS e da COFINS. Assim, para as empresas que adotam o Lucro Presumido, as contribuições relativas ao PIS e COFINS deverão ser apuradas pelo regime cumulativo, cuja alíquota é menor e não dá direito ao abatimento de créditos, com exceção das devoluções de venda, abatimentos ou vendas

canceladas. Para as empresas que adotam o Lucro Real, o PIS e a COFINS deverão ser calculados pelo regime não-cumulativo. Nesse caso, a alíquota total é maior, mas, em contrapartida, a empresa poderá descontar despesas, como, por exemplo, insumos de produção, aluguéis e consumo de energia elétrica.

No Lucro Presumido o volume e o detalhamento das informações são menores, pois o cálculo dos tributos é bastante simplificado, não exigindo da empresa controles internos demasiadamente complexos. No Lucro Real, porém, a empresa se obriga a apresentar, ao Fisco, diversas declarações e controles.

Em suma, para atividades comerciais, como as incorporações imobiliárias, aplicam-se as seguintes regras:

A)- Lucro Presumido:

	Lucro Presumido				
	IRPJ	CSLL	PIS (**)	COFINS (**)	
Percentual de presunção do lucro	8% sobre a receita	12%			
Alíquota do tributo	25% (*) sobre os 8%	9%	3%	0,65%	
CARGA TRIBUTÁRIA	2,00%	1,08%	3,00%	0,65%	6,73%
(*) 15% + adicional de 10%					
(**) PIS e COFINS regime cumulativo					

Fonte: elaboração própria (Tabela 01).

B)- Lucro Real:

	Lucro Real				
	IRPJ	CSLL	PIS (***)	COFINS (***)	
Não há Percentual de presunção do lucro	X				
Alíquota do tributo	25% sobre o lucro auferido	9%	7,6%	1,65%	
CARGA TRIBUTÁRIA	25,00%	9,00%	7,60%	1,65%	43,25%
(***) PIS e COFINS regime não- cumulativo					

Fonte: elaboração própria (Tabela 02).

A SPE, ainda, poderá constituir o PA e, por meio deste, optar pelo RET, melhor detalhado no item 5.1.

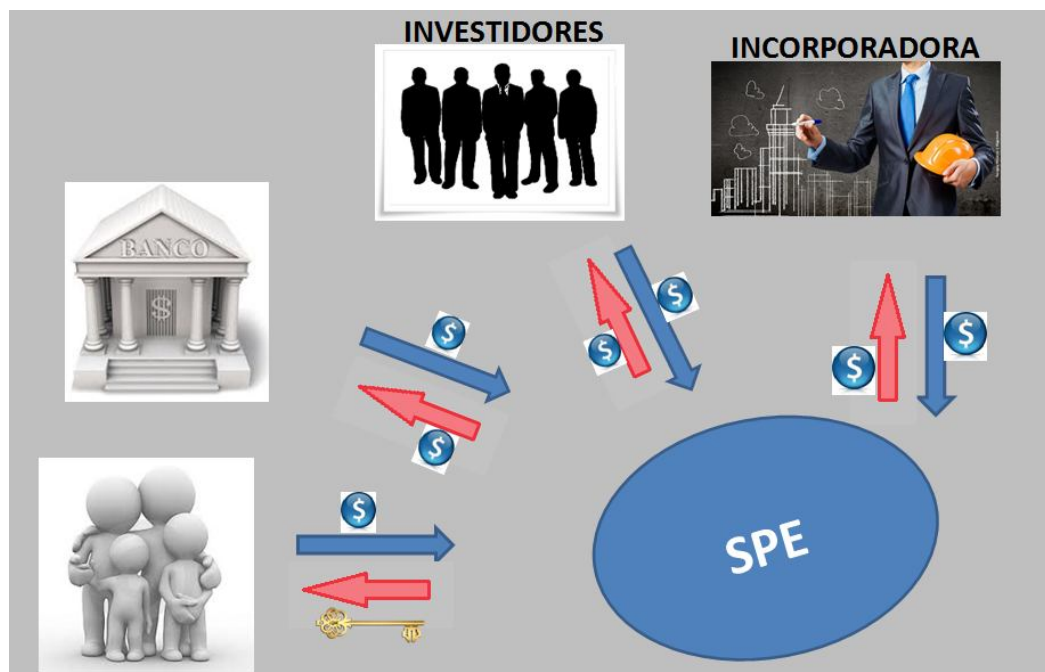
6.4 Motivos que levam a SPE a ser amplamente utilizada no setor imobiliário

Diante das características acima explanadas, percebe-se que a SPE é, normalmente, utilizada para isolar o risco financeiro da atividade desenvolvida, bem como facilitar a gestão e fomentar a governança entre os sócios, motivo pelo qual é amplamente considerada em empreendimentos imobiliários. Propiciando, inclusive, a facilidade de associação entre empresas com habilidades e recursos complementares para o desenvolvimento de determinado empreendimento.

A SPE, assim como o PA, foi uma solução jurídica encontrada para proteger os adquirentes, após o famoso caso da Encol, explanado anteriormente. Esses dois mecanismos, em suma, evitam que, por uma administração empresarial temerária, se transfiram os recursos de um empreendimento para o outro, comprometendo a conclusão do primeiro.

A proteção da SPE alcança também os investidores que alocam seus recursos em determinado empreendimento, já que aquela propicia mais segurança de que o retorno do capital se efetivará, com a entrega das unidades, a qual poderia ser prejudicada em decorrência da má gestão de recursos e a contaminação destes por outras despesas e dívidas de outros empreendimentos da incorporadora.

Assim, ao se desenvolver um empreendimento sob a égide de uma SPE, o incorporador, mitigando os riscos para todos os envolvidos nesse empreendimento, desde o comprador até a instituição financeira, passa maior tranquilidade de que o único risco que irão correr é aquele decorrente da execução da própria obra, conforme demonstrado no fluxo de recursos, abaixo:



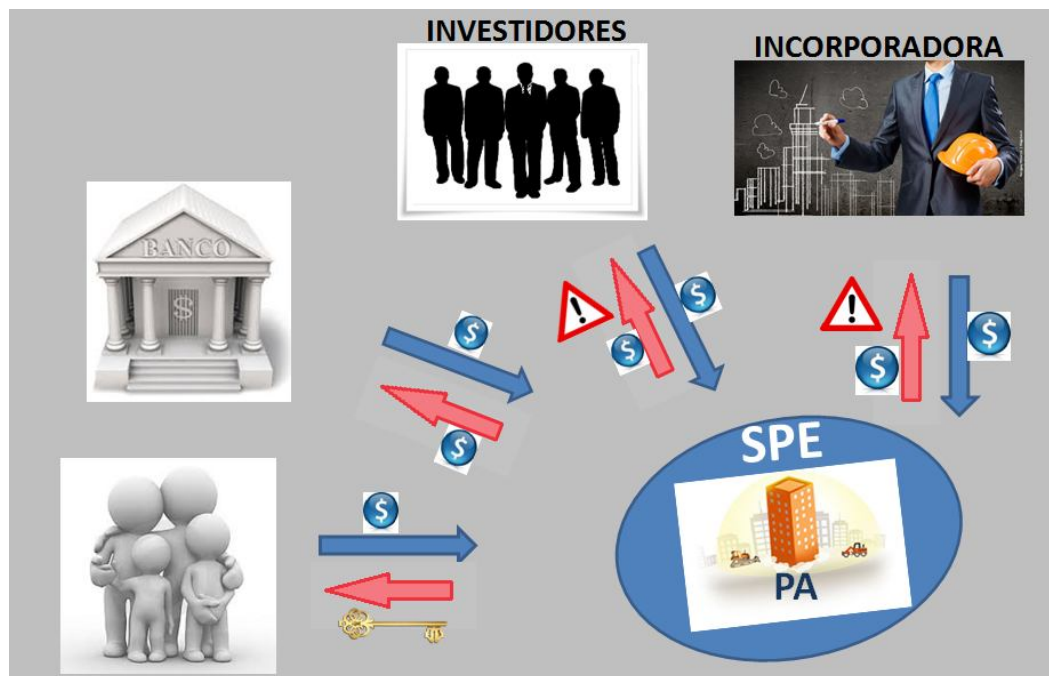
Fonte: elaboração própria (Figura 03).

Nessa figura, estão ilustradas as transações que ocorrem quando o incorporador opta por constituir a SPE para o desenvolvimento de um empreendimento. Contudo, se o incorporador não afetar o empreendimento não estará obrigado a seguir os limites e regras de retirada de recursos, durante a execução das obras, ao contrário do que ocorre se houver PA.

Além dessa maior flexibilidade no manejo de recursos e receitas, advindas do empreendimento, por ter objeto determinado e bem dimensionado, os sócios de uma SPE conseguem ter uma visão mais clara de qual papel nela pretendem desempenhar, sendo possível afirmar que uma SPE sempre terá um capital social adequado ao seu objeto. É possível, também, planejar antecipadamente os custos de uma SPE, que estarão menos sujeitos a variações do que numa sociedade por prazo indeterminado, de modo a se evitar integralização de capital maior, por segurança, ou necessidade de aportes posteriores, em razão de má projeção.

Se, além da constituição da SPE, houver a opção pelo PA os recursos captados pelo empreendimento afetado devem ser utilizados, exclusivamente, para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à respectiva incorporação, conforme mencionado anteriormente. Nesta hipótese, ilustrada na figura abaixo, portanto, a incorporadora e eventuais investidores

deverão, durante a execução das obras, respeitar os limites e regras de retirada de recursos, conforme detalhado no item 4.4.3:



Fonte: elaboração própria (Figura 04).

7. PESQUISA: APLICAÇÃO PRÁTICA E VISÃO DOS INCORPORADORES A RESPEITO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E DA SPE

7.1 O questionário

Para a elaboração do questionário foram utilizados conceitos doutrinários e disposições legais relacionados ao tema. O questionário, direcionado especificamente para incorporadoras que desenvolvem empreendimentos, principalmente, de natureza residencial no Estado de São Paulo, é composto de sete questões destinadas a coletar informações relativas à visão que esses empreendedores têm dos dois institutos e à aplicação prática destes.

Ainda, as questões foram elaboradas de forma objetiva e sucinta, com o intuito de captar informações gerais relativas ao PA e à SPE, levando-se em consideração:

(i) a frequência com que as empresas optam pelo PA e pelo RET e/ou pela constituição de uma SPE;

(ii) os aspectos predominantes para que tal(is) opção(ões) fosse(m) feita(s) ou não;

(iii) os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência dessa(s) opção(ões);

(iv) proposta ou sugestão que contribuísse para a melhoria desses institutos;

(v) a frequência com que a Comissão de Representantes é constituída em empreendimentos afetados e as respectivas consequências práticas; e

(vi) os motivos pelos quais o PA não é utilizado como forma de *marketing*.

7.2 Incorporadoras entrevistadas

Foram pesquisadas sete incorporadoras, todas sediadas na cidade de São Paulo, sendo que quatro delas têm como perfil os públicos de média e alta renda. As demais empresas entrevistadas desenvolvem empreendimentos voltados para as famílias com renda entre 4 a 16 salários mínimos, enquadrados nas faixas II e III, do Programa Minha Casa Minha Vida.

A diferença nos públicos alvos das incorporadoras não interferiu no resultado da pesquisa, demonstrando que, em geral, as incorporadoras que participaram da pesquisa possuem os mesmos motivos, dúvidas e receios que as levam a optarem pelo PA, pela constituição de uma SPE, ou, ainda, pelos dois.

A aplicação do questionário para incorporadoras justifica-se pela evidência que o próprio legislador conferiu a essas empresas, ao determiná-las como sujeitos ativos desses institutos, uma vez que a opção por algum ou por todos esses mecanismos é facultativa e fica a cargo, exclusivamente, das estratégias societárias, comerciais e fiscais das incorporadoras.

7.3 Aplicação do questionário e consolidação e análise das respostas

O questionário foi aplicado através de duas formas, a saber: (i) envio por *email*, durante o mês de setembro do ano de 2015, e devolvidos pelas empresas pesquisadas da mesma forma e devidamente preenchidos; ou (ii) realização de entrevistas, entre os meses de dezembro de 2015 e janeiro de 2016, e a íntegra das respostas encontra-se transcrita e anexada ao presente trabalho (ANEXO A).

Relevante mencionar que, apesar de não ter caráter estatístico, a pesquisa realizada forneceu informações importante e suficientes para a construção e o embasamento da conclusão do presente trabalho, levando-se em consideração, principalmente, o objetivo ora almejado.

Aliás, não existem estatísticas ou estimativas seguras, nem dados consolidados, sobre o uso da afetação no mercado, atualmente. Entretanto, profissionais que acompanham o setor da construção atestavam, em 2009, que o número de empreendimentos segregados por meio de PA ainda era minoria, se comparado à quantidade de empreendimentos desenvolvidos sob o manto de uma SPE²⁷.

²⁷Flavia Siqueira, Artigo *Patrimônio de afetação: vai pegar?* Revista Construção e Mercado, setembro/2009.

Isto pois, como a opção pelo PA e/ou SPE depende da política interna de cada incorporadora, muitas delas não estão dispostas a expor informações detalhadas sobre seus empreendimentos, restringindo-as aos sócios e ao agente financiador da obra.

Abaixo, segue consolidação e análise da pesquisa realizada:

a)- frequência com que as empresas optam pelo PA e pelo RET e/ou pela constituição de uma SPE: chamou a atenção, o fato de todas as incorporadoras entrevistadas se utilizarem dos referidos institutos, algumas, inclusive, constituem SPE, afetam a incorporação e optam pelo RET em todos os seus empreendimentos.

Outras disseram que, apesar de constituírem SPE's, analisam, a cada empreendimento, a pertinência de afetarem o patrimônio e/ou optarem pelo RET.

b)- aspectos predominantes para que tal(is) opção(ões): os mais mencionados foram os aspectos (i) fiscal, diante da alíquota reduzida oferecida pelo RET; e (ii) societário, por trazer maior segurança e transparência para investidores, fundos e instituições financeiras;

c)- impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência dessa(s) opção(ões):

c.1)- positivos: redução no recolhimento dos impostos e contribuições e organização societária e contábil;

c.2)- negativos: a burocracia na constituição da SPE e na opção do RET, bem como operação de ambos, incluindo aumento de custos estruturais, foram os pontos negativos mais indicados, além da baixa qualidade e falta de detalhamento das leis e normas vigentes sobre o assunto e a limitação da movimentação de recursos advindos do empreendimento afetado entre a incorporadora e as SPE's;

d)- proposta ou sugestão que contribua para a melhoria desses institutos: detalhamento das leis e normas vigentes sobre o assunto, principalmente com relação à criação de disposições expressas sobre a incidência ou não da alíquota reduzida sobre receitas provenientes da venda de unidades do estoque, aos critérios e limites para a retirada de

recursos livre do caixa do empreendimento afetado, antes da conclusão das obras e à Comissão de Representantes.

Ainda, na opinião das incorporadoras pesquisadas:

(i) deveriam ser desenvolvidas políticas públicas de divulgação do PA, para maior conscientização dos adquirentes e padronização das informações, de forma a torná-las mais acessíveis aos adquirentes e aos profissionais do setor;

(ii) deveria haver simplificação dos procedimentos de opção do RET, junto à Receita Federal, diminuindo a burocracia;

(iii) deveriam ser incluídas em lei, para que não restassem dúvidas com relação a isso, disposições expressas:

(iii.1) sobre a incidência ou não da alíquota do RET sobre os recebíveis, decorrentes de vendas realizadas antes do término da obra.

(iii.2) sobre a incidência ou não da alíquota do RET sobre as receitas advindas das vendas realizadas somente após o término das obras do empreendimento;

Desta forma, seriam evitadas respostas divergentes, emitidas pela Secretaria da Receita Federal a respeito do tema, às consultas que lhes são feitas, conforme mencionado no item 5.1.2.

e)- frequência com que a Comissão de Representantes é constituída em empreendimentos afetados e as respectivas consequências práticas: a Comissão de Representantes é constituída, de forma frequente, em apenas duas das incorporadoras que participaram da pesquisa, as quais relataram que a iniciativa da constituição foi, sempre, delas próprias e sem aderência prática e efetiva, por parte dos adquirentes.

f)- motivos pelos quais o PA não é utilizado como forma de marketing: nessa última pergunta, algumas incorporadoras atribuíram o fato à falta de interesse dos próprios

adquirentes, por não serem sensíveis a essa informação, justamente por não compreenderem, ou nem saberem, o significado e o conceito de PA.

Outra incorporadora atribui o fato à pouca compreensão do tema pela equipe de *marketing*, que prepara as campanhas e os materiais, e pelos corretores, quem tem o contato com o comprador final. Ressaltou, também, que a entrega do empreendimento é uma obrigação básica de qualquer empreendedor e, portanto, não devendo ser utilizado como "apelo de vendas".

Outra incorporadora, ainda, pretende aumentar constantemente o conhecimento dos compradores sobre esta ferramenta, acreditando que esta parceria (entre incorporadora e comissão de representantes) só traz benefícios para ambas as partes, uma vez que possibilita ao clientes ter mais conhecimento do andamento da obra, se exercem os direitos que a lei lhes confere, e possibilita à incorporadora, por outro lado, dividir com eles eventuais acontecimentos que possam dificultar a entrega no prazo, por exemplo, além de proporcionar relacionamento mais próximo entre as partes.

8 ANÁLISE COMPARATIVA DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E DA SPE E CONCLUSÃO

8.1 Análise comparativa dos institutos

Enquanto somente o PA permite a adesão ao RET e garante legal e especial segurança para os adquirentes, principalmente em casos de falência da incorporadora, a SPE atende ao propósito de constituir sociedades e parcerias para a execução de determinado empreendimento.

A SPE, detalhada no Capítulo 6, é, portanto, apenas uma empresa constituída para gerir determinado empreendimento, conferindo-lhe independência perante os demais empreendimentos por ventura desenvolvidos por seus sócios.

O PA, por outro lado, não é dotado de personalidade jurídica. Trata-se de um regime de segregação patrimonial e gestão limitada dos recursos, bens e direitos vinculados à incorporação afetada.

De qualquer forma, ambos os institutos fazem com que os recursos, provenientes do empreendimento, sejam aplicados para a gerência do próprio empreendimento, mitigando riscos e protegendo a conclusão da obra.

Portanto, apesar de possuírem conceitos, natureza, características e aspectos diversos, os dois institutos têm finalidades comuns, ou seja, segregar o imóvel, as futuras acessões e todos os recursos captados pelo empreendimento, do restante do patrimônio do incorporador, para a consecução de determinado fim ou empreendimento.

Por esse motivo, não há um consenso, no mercado, sobre qual desses institutos é o mais adequado. Mesmo porque, a opção por um deles não exclue a opção pelo outro, podendo ser adotados concomitantemente, e será melhor aquela que atenda às conveniências do incorporador e aos objetivos que este pretende atingir.

Contudo, diante de regras mais flexíveis e um menor número de exigências legais, impostas aos incorporadores, a SPE passou a ser intensamente adotada pelas incorporadoras, em detrimento do PA.

As principais diferenças entre tais institutos são:

a)- praticidade: a SPE facilita o dia-a-dia do empreendimento, por não exigir a constituição de uma Comissão de Representante, ao contrário do PA;

b)- tributos: através do PA o incorporador pode optar pelo RET, caracterizado pela unificação de impostos e por uma alíquota menor, atualmente de 4%; a SPE pode adotar o lucro real ou presumido e, somente se constituir o PA e optar pelo RET, também poderá se utilizar da mencionada alíquota reduzida; de qualquer forma, tanto na SPE quanto no PA, se o incorporador não houver optado pelo RET, a escolha do sistema de tributação é fundamental para que a incorporadora alcance o sucesso e a margem de lucro almejados;

c)- momento de constituição: no caso da SPE, o ideal é que esta seja constituída já para a aquisição do terreno, onde será erigido o empreendimento, sendo mais dificultosa sua constituição após o início do empreendimento, enquanto a opção pelo PA é possível em qualquer fase da obra, até sua conclusão.

d)- aplicação de receitas: no caso da SPE, há maior flexibilidade para aplicação das receitas provenientes da venda das unidades do empreendimento; no caso do PA, porém conforme detalhado no item 4.4.3, o incorporador deve respeitar, durante a execução da obra, os limites de retirada de recursos.

Para facilitar a visualização dessas e de outras características, segue abaixo uma tabela comparativa:

CARACTERÍSTICAS	P.A.	SPE
BASE LEGAL	Lei de Incorporações Imobiliárias n.º 4.591/64 (Artigos 31-A, 31-B, 31-C, 31-D, 31-E e 31-F) e Lei n.º 10.931/04.	Lei da Parceria Público-Privada n.º 11.079/04 Vide Capítulo 6 do presente trabalho (conceito aplicado às parcerias exclusivamente particulares).

CONCEITO JURÍDICO	Regime através do 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 PA, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.	Sociedade empresária, organizada sob um dos tipos societários existentes na ordem jurídica brasileira, de objeto social único e que objetiva a criação de um ente para a realização de um propósito específico.
CONSTITUIÇÃO	Averbação no Registro de Imóveis, a qualquer tempo, a partir do registro da incorporação imobiliária e enquanto não concluída a obra, de termo firmado pelo incorporador.	Contrato de Constituição de Sociedade Empresária e seu posterior registro na Junta Comercial, geralmente, antes da aquisição do terreno objeto do empreendimento.
TRIBUTAÇÃO	Além dos sistemas usuais de tributação (Lucro Real ou Presumido), somente por meio do PA, o incorporador pode, ainda, optar pelo RET, que possui alíquota única e reduzida de 4% (detalhes no item 6.3).	Além dos sistemas usuais de tributação (Lucro Real ou Presumido), somente por meio do PA, o incorporador pode, ainda, optar pelo RET, que possui alíquota única e reduzida de 4% (detalhes no item 6.3).
GESTÃO DE RECURSOS	Possui um financeiro próprio, diferente do financeiro da <i>holding</i> , se não estiver sob uma SPE, sendo certo que, conforme a Lei n.º 4.591/64, somente estarão disponíveis, para retirada do incorporador, os recursos que excederem a quantia necessária à conclusão da obra e quitação do respectivo financiamento, se houver, aqueles relativos à venda das frações ideais de terreno.	Possui um financeiro próprio, diferente do financeiro das sócias que a constituíram, sem limitação legal a respeito dos recursos advindos da incorporação, não afetada.
CONTABILIDADE	O P.A. recebe um CNPJ similar ao de uma filial. Constituído o P.A., o incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação.	A SPE possui um CNPJ próprio e deve manter escrituração contábil segregada da de suas sócias, para maior transparência.
FISCALIZAÇÃO	A fiscalização pode ser	Não há disposições legais

	exercida pela Comissão de Representantes, formada por adquirentes, e pela instituição financiadora.	específicas com relação à fiscalização por parte de adquirentes e instituições financiadoras, o que não impede que as partes envolvidas possam consultar os documentos e obter informações da incorporadora.
EM CASO DE FALÊNCIA	Resolução extrajudicial, através da aplicação de dispositivos legais que conferem poderes aos adquirentes (Comissão de Representantes) e à instituição financiadora.	Resolução judicial, a não ser que haja expressa previsão no contrato social da SPE a respeito.

Fonte: elaboração própria (Tabela 03).

8.2 Conclusão

A lei que regulamentou o PA, n.º 10.931/04, criou um importante mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes de eventual desequilíbrio econômico-financeiro das incorporadoras, na medida em que possibilita à Comissão de Representantes, independentemente de prévia determinação judicial, assumir a administração do empreendimento, promovendo a realização de assembléia geral na qual se deliberará pela continuação da obra ou pela liquidação do PA. Assim, além de conferir autonomia funcional à Comissão de Representantes, eliminou a responsabilidade dos adquirentes por dívidas fiscais gerais da incorporadora.

Referida lei n.º 10.931/04, ainda, conferiu poderes às instituições financiadoras da obra para convocação da assembléia de adquirentes, em caso de falência ou atraso da obra por mais de 30 dias, e nomeação, a expensas da própria instituição, de pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o PA.

O RET foi outra importante inovação trazida pela lei n.º 10.931/04. Ocorre que, quando de sua criação, a alíquota se demonstrou pouco atrativa para os incorporadores. Somente em 2013, com considerável redução da alíquota do RET para 4%, o PA passou a ser mais atrativo, pois até então muitas empresas acabavam optando apenas pela constituição da SPE que, além de ser menos burocrática, era bastante aceita pelas instituições financeiras como forma de segregação patrimonial.

Assim, mesmo diante da necessidade de se prestar contas sobre o andamento da obra aos adquirentes e da perda de certa flexibilidade na gestão dos recursos empregados no empreendimento, muitas as incorporadoras foram atraídas por esse importante incentivo fiscal.

A SPE, por sua vez, por ter regras e disposições legais mais brandas, e que não implicam tantas obrigações aos incorporadores, não gera tantas dúvidas, motivo pelo qual apresenta uma aplicação mais pacífica e consolidada no mercado, cuja constituição é enxergada com maior facilidade pelo departamento financeiro das incorporadoras e pelos investidores.

Através das respostas obtidas com a aplicação do questionário, tendo como base, ainda, as questões legais e doutrinárias que envolvem os institutos, foram extraídos os principais motivos, dúvidas e receios que levam os empresários do setor a optarem pelo PA, pela constituição de uma SPE, pelos dois ou, ainda, por nenhum deles. Restou demonstrado que o setor ainda carece de políticas públicas de conscientização e informação direcionadas aos adquirentes que acabam não exercendo amplamente seus direitos.

Os adquirentes continuam baseando suas escolhas na análise do preço em detrimento da segurança jurídica que os instrumentos adotados pela incorporadora possam significar. Motivo pelo qual as incorporadoras não costumam mencionar a, exaustivamente, mencionada “segregação patrimonial” em suas campanhas de publicidade, seja citando a constituição de uma SPE, seja afetação da incorporação.

Nesse sentido, bem observou o Professor Fernando Bontorim Amato²⁸, “os adquirentes ainda não têm, infelizmente, conhecimento ou discernimento suficiente para valorizar os empreendimentos que adotem o PA, em virtude dos benefícios advindos de tal regime no que se refere à prestação de contas. A constituição da Comissão de Representantes, eleitos entre os adquirentes, permite um melhor acompanhamento do andamento físico-financeiro da obra.”

²⁸Fernando Bontorim Amato, *Texto Patrimônio de Afetação em Sociedades de Propósito Específico como diferencial competitivo na venda de imóveis residenciais*. Coluna do NRE-POLI na Revista Construção e Mercado, setembro/2007.

Além disso, há omissões nas leis e normas que regem o PA e o RET, gerando dúvidas e incertezas para os incorporadores, como é o caso da:

a)- falta de detalhes a respeito dos limites de retirada do PA, pelo incorporador, de receitas advindas da incorporação afetada, antes da finalização da obra;

b)- incidência ou não da alíquota reduzida sobre a receita das unidades vendidas após a conclusão das obras;

c)- incidência ou não da alíquota do RET sobre os recebíveis, decorrentes de vendas realizadas antes do término da obra.

d)- falta de identificação de quem é a obrigação de constituir a Comissão de Representantes e de previsão de eventuais penalidades em caso da sua não constituição.

Ainda, por ser o PA relativamente recente, desde sua criação, não presenciemos casos emblemáticos de falência de empresas do setor, que ilustrassem a efetiva aplicação de suas regras.

Portanto, por enquanto, o PA e a SPE representam importantes medidas preventivas e opcionais, colocadas à disposição das incorporadoras, relacionadas à estratégia e ao planejamento societário e fiscal dessas empresas e que, por consequência, acabam gerando maiores garantias aos investidores, instituições financeiras e adquirentes.

Diante de todo o exposto, foi possível concluir pela necessidade e relevância de se criarem regras complementares, que possam: (i) esclarecer tais pontos omissos nas legislações e normas que tratam do assunto; (ii) oferecer soluções menos burocráticas; e (iii) coadunar e atender os interesses dos empreendedores e incorporadores, que nada mais são do que fontes contínuas de geração de emprego e circulação de renda, dos agentes financeiros, que detém os recursos capazes de movimentar a engrenagem da atividade imobiliária e, enfim, dos consumidores que, sentindo-se mais seguros para a aquisição de unidades autônomas em construção, acabam contribuindo de maneira ímpar para o funcionamento de todo este mecanismo.

8.3 Pesquisas futuras

Alcançado o objetivo do presente trabalho, conforme explanado neste Capítulo, foi possível fazer uma análise comparativa da estrutura do PA e da SPE, da legislação aplicável, bem como das respectivas consequências contábeis, jurídicas e financeiras.

Após tal análise foram identificadas as características de ambos, bem como as deficiências na regulamentação normativa e legal, principalmente, com relação ao PA e ao RET.

Com base nisso, seria interessante, em complementação e dando sequência ao presente trabalho, a realização de pesquisas voltadas para as consequências financeiras e econômicas, causadas ao empreendimento, em decorrência do PA, RET e da SPE, para que, ao final, o incorporador tenha informações concretas sobre a dimensão e os impactos dessas escolhas em seus investimentos.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONIO PEDROTTI, Irineu, ANTONIO PEDROTTI, William e MINELLI DE SÁ, Cristiane (colab.). **Condomínio e Incorporações: anotações, legislação, modelos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BASSO, Maristela. **Joint ventures: manual prático das associações empresariais.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONTORIM AMATO, Fernando. **Texto Patrimônio de Afetação em Sociedades de Propósito Específico como diferencial competitivo na venda de imóveis residenciais, para Coluna do NRE-POLI na Revista Construção e Mercado.** São Paulo: PINI, Setembro/2007.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **A proteção contratual do adquirente de imóvel em construção.** São Paulo: Monografia de Mestrado em Direito, 2000.

_____. **Incorporação Imobiliária à luz do CDC.** São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista de Direito Imobiliário, vol. 49, julho-dezembro, 2000.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária – Ensaio de uma Teoria Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária.** São Paulo: Renovar, 2º edição, 2005.

_____. **A Incorporação Imobiliária como patrimônio de afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à Medida Provisória 2.221, de 04.09.2001.** São Paulo: Revista dos Tribunais/ Revista de Direito Imobiliário, nº 55, ano 26 – jul/dez 2003.

_____. **Incorporação Imobiliária.** São Paulo: Revista dos Tribunais/ Fasc. Civ., ano 95, v. 844, fev. 2.006, p. 99-119.

_____. **O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais/ Revista de Direito Imobiliário nº 50, ano 24 – jan/jun 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** São Paulo, Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** 2º vol. São Paulo: Saraiva, 4º edição, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** São Paulo: Saraiva, 19ª edição, 2003.

FRANCO, J. Nascimento e GONDO, Niske. **Condomínio de edifícios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1984.

_____. **Incorporações Imobiliárias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1991.

MACHADO, João Walter Cotrim. **Patrimônio de Afetação nas incorporações imobiliárias.** São Paulo: COGEAE/ Monografia do Curso de Especialização em Direito Contratual, 2003.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica.** Lecce, Del Grifo, 2001.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial. v.II.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. I.** São Paulo: Forense, 2ª. Edição, 2004.

_____. **Condomínio e Incorporações.** São Paulo: Forense, 10ª Edição, 2001.

_____. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 9ª Edição, 1999.

_____. **Propriedade horizontal.** Rio de Janeiro: Forense, 1960.

SOARES, Orlando. **Incorporações imobiliárias e condomínios de apartamentos.** Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 1973.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de, e PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coord.), **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direitos reais.** Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1962.

TERRA, Marcelo. **Temas Jurídicos nos Negócios Imobiliários.** São Paulo: IOB, 1991.

_____. **Roteiro da Incorporação Imobiliária (Sistemática da Lei nº 4.591/64).** São Paulo: Saraiva, 1988.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de, e ABRÃO, Carlos Henrique (coord.), **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo, Saraiva, 2005.

TUTIKIAN, Claudia Fonseca. **Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária.** Porto Alegre: Síntese/ Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil n.º 31 - v. 6, set/out 2004.

VALLIM, João Rebello de Aguiar. **Direito imobiliário brasileiro (doutrina e prática).** São Paulo: Revista do Tribunais, 2ª edição, 1984.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 14ª edição, 2000.

Sites visitados:

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral.patrimonio-de-afetacao-tambem-tem-riscos,20010917p14893>

<http://cja-imobiliario.blogspot.com.br/p/agenda-de-eventos.html>

<http://construcaomercado.pini.com.br>

<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav61/artigos/fa.pdf>

<https://endeavor.org.br/lucro-real-ou-presumido-qual-o-melhor/>

<http://jus.com.br/artigos/10756/sociedade-de-proposito-especifico>

ANEXOS

ANEXO A – Íntegra dos questionários e das respostas das incorporadoras

A)- Nome da empresa: Árbore Engenharia Ltda.
(questionário enviado e respondido por email)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Famílias com rendas entre 2 e 10 salários mínimos, com foco maior na faixa entre 2 e 6 salários.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Em 100% deles.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *Os dois principais aspectos foram o fiscal, em função da redução de custos e o societário, que traz mais segurança e conforto a investidores, fundos e bancos.*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *Os impactos positivos foram os listados na pergunta anterior. Como negativo citamos apenas o aumento da burocracia de se criar e operar tanto as SPEs como os PAs.*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que contribuísse para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivasse o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *No nosso mercado vislumbramos apenas um aumento dos valores limites para adoção do RET 1, que hoje é muito baixo e um dos maiores fatores que limitam a sua adoção.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *Não.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *Não é utilizado no marketing porque os clientes não são sensíveis a isso, e, em muitos casos, não entendem a sistemática, o que pode, curiosamente, dificultar a venda.*

B)- Nome da empresa: EZTEC
(questionário respondido durante entrevista pessoal)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Público de média renda. São desenvolvidos empreendimentos cujo ticket médio das unidades é de R\$ 500.000,00*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Após 2008, a constituição de SPE's e a opção pelo P.A e RET ocorrem em 100% dos empreendimentos.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE e porque: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *Primeiramente, o aspecto fiscal (devido à alíquota reduzida do RET). Com relação ao aspecto societário, levou-se em consideração a organização e, por fim, no aspecto contábil, a governança. O aspecto comercial não influenciou nessa opção.*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *Os impactos positivos são observados em decorrência dos aspectos mencionados na resposta da Questão 3, acima, ou seja, alíquota reduzida, pelo RET, organização contábil e transparência, proporcionadas pela SPE e P.A. Com relação aos negativos, foi mencionada a baixa qualidade da regulamentação das normas vigentes sobre o assunto.*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que possa contribuir para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivem o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *As normas vigentes carecem de maior detalhamento com relação: (i) à incidência ou não da alíquota reduzida sobre receitas provenientes da venda de unidades do estoque; (ii) aos critérios e limites para a retirada de recursos "livres" do caixa do empreendimento afetado, antes da conclusão das obras; e (iii) à Comissão de Representantes.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *Foi constituída a Comissão de Representantes, por iniciativa da própria empresa, mas sem aderência prática e efetiva por parte dos adquirentes.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *O efeito psicológico foi apontado como motivo para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing nos empreendimentos, tendo em vista que essa informação poderia funcionar como um marketing “contra intuitivo”, ao colocar em evidência, para o adquirente, o temor de não ver sua unidade entregue.*

C)- Nome da empresa: Gabbai Empreendimentos Imobiliários Ltda.
(questionário enviado e respondido por email)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Nossos empreendimentos são voltados para o público de baixa renda, mais especificamente famílias que possuem renda entre 3 e 10 salários mínimos. Neste segmento econômico, atuamos na cidade de São Paulo e nos municípios vizinhos.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Em 80% dos meus empreendimentos, considerando os passados e futuros, optamos pela utilização do PA e da RET dentro de uma SPE. Apenas não utilizamos esta estratégia em empreendimentos onde não utilizamos crédito associativo para o financiamento da construção.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *O principal aspecto para utilizarmos o PA/RET é o aspecto fiscal, tendo em vista a redução da alíquota de imposto. No caso da utilização da SPE, as maiores vantagens percebidas são: i) a questão “contábil”, segregando as contas do empreendimento das contas da Incorporadora/Construtora; e, conseqüentemente, ii) a questão societária, uma vez que, muitas vezes, possuímos parceiros distintos em cada empreendimento.*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *No caso da opção pelo PA/RET, os impactos da redução na alíquota de imposto teve um impacto bastante positivo nas avaliações da qualidade do investimento, e mais ainda por proporcionar ao incorporador uma margem adicional para cobrir momentos adversos de mercado (redução de demanda), e outros imprevistos, muito comuns dado o perfil de longo prazo dos investimentos em questão. Não notamos impactos negativos neste caso. No caso das SPEs, os impactos positivos são o melhor controle das contas do empreendimento, o maior acesso à crédito, por ser uma estrutura muito mais bem aceita pelos agentes financeiros, além de dar maior transparência e facilitar a apresentação dos números e resultados à investidores, parceiros etc.*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que contribuísse para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivasse o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *Ao contrário do que o mercado de incorporadores almeja, vejo como uma melhoria necessária destes “institutos” a maior participação dos adquirentes das unidades durante o processo de incorporação e construção do empreendimento. Isto evitaria problemas e surpresas no momento da entrega das unidades, diminuiria o*

volume de reclamações e processos para a incorporadora, além de ser menos oneroso para a mesma (problemas podem ser consertados ao longo da obra, e não apenas no final, de forma muito mais onerosa). Acredito que deveria haver uma maior divulgação dos benefícios aos compradores que estas estruturas proporcionam, e quão mais protegidos eles estão, se convertendo desta forma em um bom apelo comercial para a incorporadora que adotar estes métodos.

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *Não, a Comissão de Representantes acabou não sendo constituída.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *Pelo contrário, em nossa estratégia de marketing pretendemos aumentar constantemente o conhecimento dos compradores sobre esta ferramenta. Acreditamos que esta parceria (incorporadora e comitê de adquirentes) só traz benefícios a ambas as partes, uma vez que por um lado os clientes podem ter mais conhecimento do andamento da obra e por outro a incorporadora pode dividir com eles eventuais acontecimentos que possam dificultar a entrega no prazo, ou que gere alguma mudança de acabamentos etc do produto, mas que com o conhecimento destes clientes isso pode ser mais facilmente resolvido e entendido.*

D)- Nome da empresa: Projete Construtora Ltda.
(questionário enviado e respondido por email)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Famílias de média e alta renda.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Ja fizemos em 3 (entregues), estamos tocando outros 3 e pretendemos aplicar o PA em todos os demais empreendimentos devido a exigências feitas pelos bancos (ajuda na análise de risco do empreendimento) e também, principalmente, pelo benefício tributário gerado pela RET.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *PA - Fiscal e Contábil / SPE - Societário*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *Positivo - Redução impostos / Negativo - Aumento da fiscalização e falta de regras claras quanto ao recolhimento*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que contribuísse para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivasse o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: Podem ser levandos em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....

R.: *Simplificação dos procedimentos junto a receita federal para que a adesão seja feita de forma menos burocrática.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.:*Sim a comissão foi constituída até porque ela faz parte das obrigações para podermos nos enquadrar neste regime diferenciado. A iniciativa foi da própria incorporadora.*

Até o momento as Comissões não estão atuando de maneira ativa até porque muito dos participantes não entendem a fundo da contabilidade de um empreendimento, entretanto a transparência gera mais confiança e segurança para todos os envolvidos no empreendimento e em tratando de uma empresa idônea não há porque não acatá-la.

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *Acredito que essa questão não seja divulgada no material publicitário dos empreendimentos, pois a equipe de marketing não entende do assunto e muito menos o corretor (quem tem o contato com o comprador final). Por se tratar de uma questão contábil técnica fica difícil de passar a situação para equipe de vendas e essa por sua vez tem ainda mais dificuldade de passar a informação correta adiante. Vale também ressaltar que a entrega do empreendimento é uma obrigação básica de qualquer empreendedor e, portanto, não seria um "apelo de vendas" e sim uma obrigação.*

E)- Nome da empresa: Brookfield Incorporações
(questionário respondido durante entrevista pessoal)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Público de média e alta renda.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *A opção por tais institutos depende do momento da empresa (lucros/prejuízos), do sistema de tributação escolhido e da estruturação e estratégia fiscal da empresa.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE e porque: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *No caso da “holding”, seria o aspecto contábil, a existência ou não de parceiros, o aspecto fiscal e as dificuldades operacionais (documentação/ certidões).*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *O entrevistado colocou uma questão, decorrente da omissão na legislação: no caso do P.A., como seria feita a tributação das “receitas” resultantes de unidades permutadas?*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que possa contribuir para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivem o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *Promoção da conscientização do adquirente e padronização das informações, de forma a torná-las mais tangíveis ao consumidor.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *A iniciativa de constituição da Comissão é, sempre, da incorporadora. Atribuição à Comissão da problemática do dia-a-dia da obra.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *Ainda gera pouco impacto comercial sobre o público, motivo pelo qual o P.A. não é amplamente explorado como forma de marketing. Exemplo de empreendimento em que foi utilizado: Seridó (Empresa São José – 2009)*

F)- Nome da empresa: Tarjab Construtora
(questionário respondido durante entrevista pessoal)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Público de média e alta renda. São desenvolvidos empreendimentos residenciais, comerciais e hotéis.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Para cada empreendimento a ser desenvolvido, há a constituição da respectiva SPE. Já para a opção do P.A., são realizadas avaliações por parte dos departamentos financeiro e fiscal, sobre o momento mais pertinente para tal opção, ou seja, se no início ou durante a obra.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE e porque: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *No caso do P.A., predominantemente, o aspecto fiscal (devido à alíquota reduzida do RET).*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *Na visão do jurídico da empresa, o aspecto positivo do P.A. foi o fiscal. Não foram mencionados aspectos negativos.*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que possa contribuir para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivem o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *Diminuir a burocracia para a opção do RET, junto à Receita Federal.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *A constituição da Comissão de Representantes, após o início das obras, é uma prática usual da empresa, por iniciativa dela, oferecendo acompanhamento da obra pelo site e/ou “in house”. A empresa adota uma filosofia semelhante à dos restaurantes com a idéia do convite “visite nossa cozinha”. Com isso, todas as sextas-feiras, a empresa disponibiliza documentos e a contabilidade para consulta dos adquirentes.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há

algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *A empresa utiliza e orienta o pessoal do comercial a mencionarem o P.A. Mas acreditam que para o público não é relevante.*

G)- Nome da empresa: Venosa Empreendimentos e Participações Ltda.
(questionário enviado e respondido por email)

1)- Qual é o perfil de público que seus empreendimentos busca atingir?

R.: *Famílias com renda entre 4 e 16 SM.*

2)- Em quantos dos seus empreendimentos houve/ ou haverá a opção pelo patrimônio de afetação e pelo Regime Especial Tributário (RET) e/ou constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)?

R.: *Em 2 empreendimentos adotamos tanto a SPE quanto PA/RET.*

3)- Quais foram, dentre os a seguir apontados, os aspectos predominantes para que se optasse ou não pelo patrimônio de afetação e pelo RET e/ou pela constituição da SPE: aspecto fiscal, contábil, societário ou comercial? Algum outro aspecto empresarial vislumbrado?

R.: *Aspecto fiscal, na adoção do PA, e aspecto societário e contábil, na adoção da SPE.*

4)- Quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados em decorrência da opção ou não (se for o caso) pelo patrimônio de afetação e pelo RET? E, se foi constituída a SPE, quais foram os impactos positivos e/ou negativos notados?

R.: *O impacto positivo, na adoção do PA, é principalmente a utilização do RET e o negativo é a limitação que temos na movimentação do recurso pra outros empreendimentos do SGI. O impacto positivo da SPE é a organização societária e contábil, facilitando a entrada de sócios nos empreendimentos específicos, sem vínculo com a holding. O impacto negativo na SPE são os custos extras de manter outra pessoa jurídica.*

5)- O Sr. vislumbra alguma proposta ou sugestão que contribuísse para a melhoria desses institutos (patrimônio de afetação, RET e SPE) e que, como consequência, incentivasse o incorporador a optar por um deles ou por todos? Algum novo incentivo?

OBS.: **Podem ser levados em conta, nessa questão, todos os aspectos que envolvem a Incorporação Imobiliária, quais sejam: jurídicos, tributários/ fiscais, contábeis, comerciais, etc....**

R.: *Seria bom se pudéssemos continuar com a tributação do RET sobre a receita das vendas que ocorrem após o término das obras, de imóveis prontos que tiverem sido produzidos durante o PA.*

6)- Foi constituída a Comissão de Representantes nos empreendimentos afetados? Em caso positivo: (i) em quantos?; (ii) de quem foi a iniciativa de constituí-la? (iii) quais questões surgiram, na prática, que serviram de lição para que a Comissão continue a ser constituída ou não seja mais constituída?

R.: *Não foi constituída, nem a incorporadora nem os compradores tiveram a iniciativa.*

7)- A princípio, o P.A. surgiu como garantia para os adquirentes das unidades. Há algum motivo especial para que o P.A. não seja utilizado como forma de marketing ou não seja mencionado nos materiais de publicidade dos empreendimentos?

R.: *Sim. Como trabalho com público de baixa renda, existe o receio de trazer mais complexidade na mesa de negociação, no momento da venda, diante do pouco conhecimento que os adquirentes têm do tema. Portanto, acaba não sendo positiva essa estratégia de marketing.*

ANEXO B – Íntegra das normas mencionada no decorrer do trabalho