



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – MESTRADO

**INDUÇÃO TRIBUTÁRIA, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

José Fernandes do Nascimento

João Pessoa-PB
2015

JOSÉ FERNANDES DO NASCIMENTO

**INDUÇÃO TRIBUTÁRIA, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB como requisito à obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra

Área de Concentração: Direito Econômico

**João Pessoa-PB
2015**

N244i Nascimento, José Fernandes do.
Indução tributária, patrimônio de afetação da incorporação imobiliária e a efetivação do direito à moradia / José Fernandes do Nascimento.- João Pessoa, 2015.
181f.
Orientador: Gustavo Rabay Guerra
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ
1. Direito econômico. 2. Direito à moradia. 3. Incorporação imobiliária. 4. Patrimônio de afetação - incorporação imobiliária. 5. Regime especial de tributação.

UFPB/BC

CDU: 346(043)

JOSÉ FERNANDES DO NASCIMENTO

**INDUÇÃO TRIBUTÁRIA, PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

João Pessoa, 08 de abril de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra
Orientador - UFPB

Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito
Examinador Interno - UFPB

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita
Examinador Externo - UNIMAR

*Dedico este trabalho a minha esposa Waldetrudes Pereira Fernandes,
as minhas filhas Melina e Milena Pereira Fernandes, ao meu
neto Henrique Pereira Fernandes Paiva Maia e a
minha neta Ana Beatriz Valério Sousa,
fontes de amor, felicidade
e inspiração.*

AGRADECIMENTOS

À minha esposa Waldetrudes Pereira Fernandes, às minhas filhas Melina Pereira Fernandes e Milena Pereira Fernandes, pelo amor, carinho, amizade e compreensão nos momentos de ausência.

Ao meu pai, Geraldo Antônio do Nascimento, pela formação ética e pelo exemplo de honradez e de dedicação ao trabalho. A minha mãe, Tereza Fernandes do Nascimento, pelo apoio e incentivo aos estudos. Aos meus irmãos, Maria do Socorro Fernandes Ricarte, Ieda Maria Fernandes do Nascimento, Marcos Antônio Fernandes do Nascimento (*in memorian*), Manoel Guerra Dantas Neto, Marcos Rogério Fernandes do Nascimento e Maria de Fátima Fernandes do Nascimento, pela amizade, apoio e incentivo.

Aos Professores Doutores Gustavo Rabay Guerra, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito e Jonathan Barros Vita pelas profícuas orientações e pelos relevantes e profundos ensinamentos.

“A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las.”

Norberto Bobbio

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ac. – acórdão
AgRg - Agravo Regimental
art. – artigo
arts. – artigos
ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas
BNH - Banco Nacional de Habitação
CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção
CF/1988 – Constituição Federal de 1988
CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
Cofins - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC - Comitê de Pronunciamentos Contábeis
CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
Darf - Documento de Arrecadação de Receitas Federais
DJ – Diário da Justiça
DJe – Diário da Justiça eletrônico
DTE - Domicílio Tributário Eletrônico
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FNHIS - Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social
INCC - Índice Nacional dos Custos da Construção Civil
INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
IPTU - Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana
IRPJ - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica
ISS - Imposto sobre a Prestação de Serviços
j. – julgado
LCI - Lei dos Condomínios e Incorporações (Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964)
Min. - Ministro
ONU – Organização das Nações Unidas
p. – página
PGFN - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIB - Produto Interno Bruto
PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PlanHab - Plano Nacional de Habitação
PMCMV - Programa Minha Casa, Minha Vida
RE – Recurso Extraordinário
REsp - Recurso Especial
rel. – relator
RET - Regime Especial de Tributação
RFB – Secretaria da Receita Federal do Brasil
SBPE - Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo
SFH - Sistema Financeiro de Habitação
SFI - Sistema Financeiro de Imobiliário
Simples Nacional - Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte
SNHIS - Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O direito à moradia é considerado um direito humano, porque reconhecido pelo direito internacional, e um direito social fundamental, porque se encontra previsto na Constituição Federal. Ele exerce, simultaneamente, a função de direito de defesa e de direito a prestações, estas divididas em prestações materiais e normativas. Na esfera normativa, a atividade de incorporação imobiliária tem demonstrado ser um eficaz instrumento de acesso à moradia digna. Trata-se de atividade que se caracteriza pela construção e alienação, total ou parcial, de unidades imobiliárias autônomas a serem construídas ou em construção. E por envolver a alienação de coisa futura, o negócio incorporativo apresenta elevado risco de perdas para os adquirentes, que pode ser significativamente minorado com a adoção do regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, instrumento que se caracteriza pela segregação do acervo patrimonial de cada incorporação do patrimônio geral do incorporador. Ele protege o adquirente da unidade imobiliária contra eventual falência ou insolvência civil do incorporador, ou de atraso injustificado na execução da obra. Ocorrendo uma dessas situações, a assembleia geral dos adquirentes decidirá pelo prosseguimento da obra ou pela liquidação do acervo patrimonial. Em qualquer dos casos, o incorporador é afastado da direção do empreendimento e a comissão de representantes dos adquirentes assume a administração do empreendimento afetado para, se viável a construção, continuar a execução da obra, ou liquidar o acervo patrimonial da respectiva incorporação afetada. Entretanto, como o referido regime de afetação é de implantação opcional, ao alvedrio do incorporador, este necessita de estímulos para compensar as restrições decorrentes do regime de afetação. Para esse fim, foi instituído o regime especial de tributação para o referido patrimônio de afetação, com o objetivo de simplificar e reduzir a carga tributária da incorporação afetada, em relação aos tributos federais incidentes sobre a atividade incorporativa, quando comparada com as formas de tributação normal do incorporador pelo regimes de lucro real ou pelo regime de lucro presumido.

Palavras-chave: Direito à moradia. Incorporação imobiliária. Patrimônio de afetação da incorporação imobiliária. Regime especial de tributação.

ABSTRACT

The right to housing is a human right, as recognized by international law, and a fundamental social right, as is provided for in the Federal Constitution. It exercises both the role of law and defense of the right to benefits, divided into these materials and regulatory benefits. In a normative activity of real estate has proven to be an effective instrument of access to decent housing. It is an activity which is characterized by the construction and sale, total or partial, of real estate units autonomous being constructed or still under construction. And why involve the disposal of future thing, the incorporative business presents a high risk of loss to the purchasers, which can be alleviated significantly with the adoption of the appropriated assets of the real estate regime, instrument that is characterized by the segregation of the net assets of each incorporation of general assets of the developer. It protects the purchaser of the real estate unit against any bankruptcy or insolvency civil of the developer, or undue delay in execution of work. Occurring of these situations, the general meeting shall decide the buyer or the continuation of the work by the liquidation of net assets. In either case, the developer is away from the direction of the project and representatives commission of the purchasers assumes administration of the enterprise affected, if feasible the construction, continue execution of the work, or liquidate the net assets of their incorporation affected. However, as the regime of affectation is of optional implantation, the discretion of the developer, it needs stimulus to offset the restrictions arising from the regime of affectation. For this purpose, the special tax regime was instituted for such appropriated assets, with the aim of simplifying and reducing the tax burden of affected incorporation in relation to federal taxes levied on the incorporative activity, compared with the usual forms of taxation by the developer of real income regime or the presumed profit regime.

Keywords: Right to housing. Real estate incorporation. Appropriated assets of real estate. Special tax regime.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 -	Carga tributária RET x Lucro Presumido.....	157
Gráfico 2 -	Carga tributária RET x Lucro Real.....	165

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Valor Relativo Devido no Lucro Presumido Sem Adicional.....	155
Tabela 2 -	Valor Relativo Devido no Lucro Presumido Com Adicional.....	156
Tabela 3 -	Valor Relativo Devido no RET x Lucro Presumido.....	156
Tabela 4 -	Valor Absoluto Devido no RET x Lucro Presumido.....	157
Tabela 5 -	Valor Relativo Devido no RET x Lucro Real.....	162
Tabela 6 -	Valor Relativo Devido no RET x Lucro Real.....	162
Tabela 7 -	Valor Relativo Devido no RET x Lucro Real.....	163
Tabela 8 -	Valor Relativo Devido no RET x Lucro Real.....	163
Tabela 9 -	Valor Absoluto Devido no RET x Lucro Real.....	164

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	16
1 DO DIREITO À MORADIA.....	19
1.1 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	19
1.2 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.3 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.4 CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	23
1.5 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	27
1.6 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	30
1.7 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO.....	33
1.8 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL....	36
1.9 DIFERENÇA ENTRE DIREITO À MORADIA E DIREITO DE PROPRIEDADE.....	37
1.10 AS FORMAS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA.....	40
1.10.1 O direito à moradia como direito de defesa.....	41
1.10.2 O direito à moradia como direito a prestações material e normativa.....	42
1.11 DA POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO.....	44
1.12 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA POR INSTRUMENTOS DE MERCADO.....	47
2 DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	50
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	50
2.2 AS CARACTERÍSTICAS GERAIS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA..	52
2.3 AS VANTAGENS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	54
2.4 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA...	56
2.5 DAS FASES DE EXECUÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	59
2.6 DA CONSTITUIÇÃO DO EMPREENDIMENTO INCORPORATIVO.....	61
2.6.1 Do procedimento registral.....	61
2.6.2 Do memorial de incorporação.....	63
2.6.3 Da instituição do regime de propriedade horizontal.....	65

2.6.4	Aspectos negativos da falta do registro.....	67
2.6.5	Aspectos positivos do registro da incorporação imobiliária.....	68
2.7	DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	72
2.7.1	Das partes do contrato de incorporação imobiliária.....	75
2.7.1.1	<i>Do incorporador.....</i>	75
2.7.1.2	<i>Dos adquirentes.....</i>	79
2.7.2	Do contrato de incorporação por preço global.....	81
2.7.3	Do contrato de incorporação por preço não global.....	85
2.7.4	Do contrato de construção.....	87
2.7.4.1	<i>Do contrato de construção por empreitada.....</i>	88
2.7.4.2	<i>Do contrato de construção por administração.....</i>	90
2.8	OS ÓRGÃOS DE REPRESENTAÇÃO DOS ADQUIRENTES.....	94
2.9	DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA....	96
2.10	OS NOVOS INSTRUMENTOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	97
3	DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	100
3.1	BREVE HISTÓRICO.....	100
3.2	DAS CARACTERÍSTICAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO EM GERAL.....	102
3.3	DAS CARACTERÍSTICAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	105
3.4	DA CONSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	110
3.5	DOS EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA OU DA PARALISAÇÃO DAS OBRAS.....	114
3.5.1	Providências relativas à continuação da obra.....	116
3.5.2	Providências relativas à liquidação do patrimônio de afetação.....	121
3.5.3	Providências comuns à continuação da obra e à liquidação.....	123
3.6	DA EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.....	126
4	DO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO.....	130
4.1	ASPECTO TRIBUTÁRIO DA ATIVIDADE DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	130
4.1.1	Da tributação na esfera federal.....	130

4.1.2	Da tributação na esfera estadual.....	131
4.1.3	Da tributação na esfera municipal.....	134
<i>4.1.3.1</i>	<i>Da incidência do ITBI.....</i>	<i>134</i>
<i>4.1.3.2</i>	<i>Da incidência do IPTU.....</i>	<i>135</i>
<i>4.1.3.3</i>	<i>Da incidência do ISS.....</i>	<i>137</i>
4.2	FUNÇÃO INDUTORA DO RET.....	140
4.3	DO RET DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	143
4.3.1	Definição do RET.....	144
4.3.2	Da adesão ao RET.....	145
4.3.3	Das obrigações acessórias do RET.....	147
4.4	EFEITOS DA APLICAÇÃO DO RET.....	148
4.5	DA BASE DE CÁLCULO DO RET.....	150
4.6	DA ALÍQUOTA DO RET.....	151
4.7	DA CARGA TRIBUTÁRIA DO RET X LUCRO PRESUMIDO.....	153
4.8	DA CARGA TRIBUTÁRIA DO RET X LUCRO REAL.....	158
4.9	PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO RET.....	166
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	168
	REFERÊNCIAS.....	178

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o efeito indutor do regime especial de tributação das incorporações imobiliárias em relação ao exercício da opção pelo regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, bem como se o referido regime de patrimônio de afetação constitui um instrumento eficaz de proteção patrimonial dos adquirentes de imóveis em construção e, indiretamente, de efetivação do direito à moradia.

O direito à moradia é um direito social fundamental. Em face dessa condição, a atuação do Estado deve ser orientada no sentido de fornecer meios que contribuam para a sua efetivação, seja por meio de política habitacional de interesse social, que favoreça a aquisição de moradia digna pelas pessoas sem renda ou com baixa renda, seja por meio de política habitacional de mercado, que promova a criação de instrumentos jurídicos de proteção dos adquirentes de imóvel de renda média e alta.

A justificativa para implementação desse segundo tipo de política está amparada na constatação de que os escassos recursos públicos e institucionais que o Estado dispõe mal atende a demanda por moradia das pessoas sem condições de adquirir o seu imóvel com meios próprios. Diante dessa deficiência, o instituto da incorporação imobiliária tem se revelado um eficaz instrumento de implementação do acesso à moradia digna e de qualidade para parte considerável da população que tem condições de comprar o seu imóvel residencial com recursos próprios ou mediante financiamento ofertados por agentes financeiros privados, que operam no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

Em consonância com essa diretriz, as normas de direito infraconstitucional reguladoras da atividade de incorporação imobiliária devem conter instrumentos eficazes de efetivação do direito à moradia digna e de qualidade. Para esse fim, elas devem conter instrumentos jurídicos eficazes de proteção contratual e patrimonial dos adquirentes de imóvel submetido ao regime incorporativo. Nesse contexto, o regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária cumpre papel fundamental na proteção jurídica do adquirente de imóvel ainda não construído.

No entanto, apesar de vantajoso para os adquirentes de unidades imobiliárias em construção, o fato de a adoção do referido patrimônio de afetação ser opcional, a critério do incorporador, deixou a sua eficácia demasiadamente fragilizada. Assim, para compensar essa deficiência e tornar atrativa a adesão ao referenciado regime de afetação, o incorporador precisava de incentivos financeiros. E eles vieram por meio do regime especial de tributação,

instituído com o objetivo de simplificar a tributação e reduzir a carga tributária concernente ao empreendimento afetado.

Em razão dessa característica, o referido regime especial de tributação cumpre a função de estimular o incorporador a exercer a opção pelo regime de patrimônio de afetação da incorporadora imobiliária, assim contribuindo, indiretamente, para a realização do direito social fundamental à moradia. Assim, fica evidenciada a função indutora incentivadora do regime especial em referência, mediante a redução dos tributos federais incidentes sobre a atividade de incorporação imobiliária.

Na realização do presente trabalho, foram utilizados procedimentos metodológicos adequados ao desenvolvimento de uma pesquisa científica concernente a um tema jurídico que envolve vários ramos do direito público e privado, tais como direito constitucional, tributário, econômica, civil, imobiliário, empresarial, direito civil, do consumidor etc. Assim, para atingir o objetivo proposto, o ponto de partida e a principal referência foi o direito posto, complementado pela consulta à doutrina, à jurisprudência dos tribunais superiores e às publicações técnicas de entidades privadas e órgãos públicos sobre assunto. Dada essa característica, utilizou-se do método dogmático e do procedimento técnico da pesquisa bibliográfica. E na busca do verdadeiro sentido e alcance dos institutos, regimes e instrumentos jurídicos estudados, fez-se uso do método exegético, utilizando-se da interpretação gramatical (ponto de partida) e da interpretação lógico-sistemática.

Enfim, foi com base nessa metodologia que o estudo foi realizado com a finalidade de apresentar um trabalho dissertativo, cujo conteúdo encontra-se distribuído em 4 (quatro) capítulos. No primeiro capítulo, apresenta-se um breve estudo do direito à moradia. Inicia-se com a definição e a classificação funcional dos direitos fundamentais. Em seguida aborda-se os direitos fundamentais sociais na Constituição de Federal de 1988, com destaque para os instrumentos de aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, tendo como referência os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Enfim, são analisadas as formas de concretização do direito à moradia, como direito de defesa e direito a prestações.

No segundo capítulo, aborda-se o instituto da incorporação imobiliária. Nele é apresentado o contexto histórico, a função social, os aspectos gerais da incorporação imobiliária; descrita as fases de constituição do empreendimento incorporativo, com destaque para o procedimento registral, o memorial de incorporação e a instituição do regime de propriedade horizontal e os aspectos negativos da falta de registro e o aspectos positivos do registro da incorporação imobiliária; analisadas as partes e as modalidades do contrato de

incorporação imobiliária e do contrato de construção; e apresentados os procedimento de extinção e os novos instrumentos da atividade incorporativa.

No terceiro capítulo, o objeto de estudo é o regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária. Neste capítulo, apresenta-se um breve histórico do surgimento do patrimônio de afetação da incorporação; analisa-se os requisitos do patrimônio de afetação em geral e do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária em particular; aborda-se os procedimentos de constituição e extinção do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, bem como os efeitos da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador e da paralisação injustificada da obra em relação aos empreendimentos incorporativos afetados, com destaque para os instrumentos de tutela dos direitos dos adquirentes.

Enfim, no quarto e último capítulo, o objeto de estudo é o regime especial de tributação (RET). Neste capítulo, inicialmente, analisa-se os principais tributos incidentes sobre a atividade de incorporação imobiliária nas esferas federal, estadual e municipal; em seguida, apresenta-se os requisitos para adesão ao RET, em especial, o RET aplicado aos empreendimentos incorporativos afetados; aborda-se o efeito indutor do RET sobre opção pela utilização do regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária; analisa-se os efeitos tributários decorrentes da opção pelo RET, incluindo a base de cálculo e alíquotas do regime; compara-se a carga tributária do RET com o regime de lucro presumido e real; e, ao final, apresenta-se as vantagens e desvantagens da adoção do citado regime especial de tributação.

1 DO DIREITO À MORADIA

1.1 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais sociais são os instrumentos jurídicos que o Estado dispõe para a realização da justiça distributiva, que se efetiva mediante o fornecimento de instituições (como hospitais, escolas, creches etc.), bens (como renda mínima, auxílio desemprego, bolsa de estudo, moradia etc.) ou serviços (como serviços médicos, de assistência social etc.), que são demandados pelas pessoas carentes ou sem recursos suficientes para viver com dignidade.

Em face dessa característica, tais direitos visam, principalmente, à proteção dos hipossuficientes e se efetivam mediante a distribuição ou redistribuição dos bens materiais para os que necessitam da ajuda do Estado, para que possam ter uma vida digna. Para José Afonso da Silva, os direitos sociais são “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”¹.

Com efeito, em razão das desigualdades materiais existentes na sociedade, os direitos fundamentais sociais asseguram uma compensação às pessoas carentes, mediante o fornecimento de determinadas prestações por parte do Estado. Em razão dessa característica, os citados direitos são considerados meios jurídicos que viabilizam a passagem das liberdades formais abstratas, conquistadas na fase do liberalismo, para as liberdades materiais concretas, que caracterizam o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Além disso, os direitos fundamentais sociais encontram-se diretamente vinculados às medidas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes na sociedade, com a interveniência do Estado. Assim, eles cumprem uma função importante de reforço à efetiva implementação da igualdade e liberdade materiais².

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285-286.

² Nesse sentido, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem: “Os direitos sociais, designadamente os de cunho prestacional, foram objeto de gradativo reconhecimento pela ordem jurídica justamente para viabilizar a implementação da igualdade e liberdade material (em suma, para assegurar a efetiva fruição das liberdades fundamentais e de uma vida com dignidade para todos), assumindo a feição – tal qual consignou Jorge Miranda – de direitos à libertação da opressão social e da necessidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./set. 2003, p. 78).

Nesse sentido, tem-se que o objeto precípua dos direitos fundamentais sociais consiste numa prestação positiva do Estado em favor do indivíduo, com vistas a assegurar-lhe o mínimo existencial, tornando possível a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. No que tange à função prestacional dos direitos sociais, de acordo com o ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, o indivíduo goza do poder de exigir a prestação não só diretamente amparado na Constituição, observado os limites fixados pela reserva do possível, como também uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucional-sociais, na hipótese de omissão inconstitucional dos órgãos de direção política, dentro da perspectiva mais “*ampla do direito fundamental à efetivação da Constituição*, que legitima, segundo pensamos, uma atuação mais ativa do Judiciário, ante os perniciosos efeitos da censurada omissão inconstitucional”³. (grifos do original)

A Carta Magna brasileira, no seu art. 6º, contempla um extenso catálogo de direitos fundamentais sociais, dentre os quais destaca-se o direito à moradia, o objeto de estudo neste tópico.

1.2 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão direitos humanos é utilizada para designar o conjunto de direitos da pessoa humana positivados nos documentos de direito internacional público, enquanto a expressão direitos fundamentais é empregada para nomear os direitos assegurados no direito positivo interno, especialmente, no texto constitucional. Esse é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, conforme se verifica no excerto que segue transcrito:

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra⁴. (grifos do original)

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 533.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Saraiva, 2014, p. 147.

No mesmo sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet que, embora sejam comumente utilizados como sinônimos, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos têm significados distintos. A primeira expressão “se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, ao passo que a segunda expressão é utilizada para designar àquelas posições jurídicas reconhecidas em prol do “ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com a ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”⁵.

Estabelecida a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, resta perscrutar se o direito à moradia encontra-se ou não presente em ambas as esferas normativas. Com esse objetivo, verifica-se que, no âmbito do direito internacional público, o direito à moradia foi, inicialmente, reconhecido como direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e, posteriormente, reafirmado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966⁶, ambos documentos editados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Por sua vez, no plano do direito constitucional interno, o direito à moradia foi inscrito como direito fundamental social na nova redação do art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Assim, o direito à moradia passou, explicitamente, a ser considerado um direito fundamental social.

Em suma, o direito à moradia é considerado tanto direito humano, porque inscrito nos documentos de direito internacional público, quanto direito fundamental social, uma vez que integra o catálogo de direitos fundamentais estatuído na Carta Magna do País.

1.3 DEFINIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sob o aspecto formal, os direitos fundamentais compreendem os direitos humanos positivados no texto constitucional dos Estados, ou seja, direitos pertencentes à ordem jurídica

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35-36.

⁶ Segundo Flávia Piovesan, o PIDESC, que até 2007 contemplava a adesão de 157 Estados-partes, enuncia um “extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, etc.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 67-80, out. 2009, p. 73.)

constitucional interna. A doutrina majoritária tem reservado a expressão direitos fundamentais para designar os direitos humanos positivados somente em nível interno, enquanto que a expressão direitos humanos é utilizada para representar os direitos assentes nas declarações e tratados internacionais, que integram o direito internacional público.

Com ênfase no aspecto formal, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins lecionam que os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), “contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”⁷

O texto constitucional brasileiro sobreleva a fundamentalidade formal em relação à material, ao estabelecer que (i) as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) e (ii) são protegidas não apenas contra o legislador ordinário, mas também contra a ação do poder constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV, da CF/1988), especialmente, no que tange aos direitos individuais.

Entretanto, não se pode deixar de ressaltar a importância do sentido material dos direitos fundamentais, que têm a dignidade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade como parâmetros norteadores, conforme ressaltado por Dirley da Cunha Júnior, ao definir os direitos fundamentais como “aquelas *posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.*”⁸ (grifos do original). Esse também é o ensinamento de José Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais humanos “são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.”⁹

E no que concerne ao direito constitucional positivo brasileiro, ensina Ingo Wolfgang Sarlet, que uma conceituação meramente formal revela-se insuficiente, uma vez que a Carta Magna do País, expressamente, admite a existência de outros direitos fundamentais fora do denominado catálogo dos direitos fundamentais, inscritos no Título II da CF/1988, seja com assento em disposições insertas em outras partes da Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação, por ser estritamente formal, nada revela sobre o conteúdo dos direitos fundamentais. Para o citado autor, a fundamentalidade material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição

⁷ DEMOLIUS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 522.

⁹ SILVA, José Afonso da, op. cit., 2002, p. 179.

material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”¹⁰.

Dadas essas características, uma definição que contemple tanto o aspecto formal quanto o aspecto material representa a forma mais abrangente de expor o real significado dos direitos de fundamentais. Nesse sentido, conjugando ambos os aspectos, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta a seguinte definição de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material do Catálogo).¹¹

Em suma, chega-se a conclusão que, sob o aspecto estritamente formal, os direitos fundamentais representa aquelas posições jurídicas asseguradas às pessoas (físicas e jurídicas) no texto constitucional, ao passo que, sob o aspecto material, os direitos fundamentais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e sob esta perspectiva, na sua dimensão subjetiva, proporcionam às pessoas os bens e as posições jurídicas que podem ser reivindicadas do Estado ou de terceiros, enquanto que, na sua dimensão objetiva, constituem as limitações impostas aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes a forma de organização e modo de atuação.

1.4 CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais cumprem um leque diversificado de funções na ordem jurídica e apresentam uma distinta e complexa estrutura normativa. Sob o aspecto funcional, os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grandes grupos: os direitos de defesa (ou direito de resistência)¹² e os direitos a prestações (de natureza fática e jurídica).

O espectro dos direitos de defesa compreende o *status negativus* ou *status libertatis* definido pelo constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851-1911). Tais direitos

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2007, p. 89.

¹¹ Ibid, p. 91.

¹² Alguns autores preferem utilizar a expressão “direito de resistência”, por entender que a expressão “direito de defesa” pode ser confundida com o direito de se defender em processo (e.g., direito à ampla defesa), com vistas à contestação de pretensão jurídico-material de terceiro. Embora se reconheça a ambiguidade da expressão, aqui será adota a primeira expressão, por ser a congrada na doutrina e jurisprudência nacionais.

caracterizam-se pela proteção de certas posições jurídicas das pessoas contra ingerências indevidas do Estado e dos particulares, seja pelo não impedimento da prática de determinado ato, seja pela não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. No mesmo sentido, leciona Dirley da Cunha Júnior, que a função de defesa ou liberdade dos direitos fundamentais corresponde a um direito: a) ao não impedimento às ações do titular do direito fundamental; b) à não-afetação dos bens protegidos; e c) à não-eliminação de posições jurídicas¹³.

Com base nessas características, infere-se que os direitos de defesa têm por finalidade assegurar a esfera de liberdade do indivíduo contra interferências indevidas do Estado e também dos particulares. No que tange ao dever de abstenção ou não interferência do Estado na esfera dos direitos do cidadão, conhecida como eficácia vertical dos direitos fundamentais, inexistente controvérsia no seio da doutrina e da jurisprudência. Porém, o mesmo não pode ser dito em relação ao dever de abstenção ou não interferência dos particulares na seara dos direitos de defesa dos outros particulares, em que grassa controvérsia.

Aqui, adota-se o entendimento de que, no âmbito das relações privadas, também ocorre a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais de defesa, conforme o escólio de Daniel Sarmento, para quem “a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro”¹⁴. E nessa linha de entendimento tem se manifestado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁵.

Os direitos de defesa abrangem os chamados direitos de primeira geração (direito de liberdade, à igualdade formal, de propriedade etc.), bem como as garantias fundamentais, os direitos políticos, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos, conforme ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem o espectro dos direitos de defesa abrange também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e “até mesmo os novos direitos contra

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 529.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. SARLET, Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

¹⁵ A título de exemplo, veja parte do excerto do enunciado da ementa do julgado a seguir transcrito: [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (BRASIL. STF. 2ª Turma. RE 201819, rel. Min. Ellen Gracie, rel p/ ac. Min. Gilmar Mendes. j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006.)

manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa”¹⁶.

Por sua vez, os direitos a prestações exigem uma conduta positiva do Estado, que se obriga a colocar à disposição das pessoas prestações de natureza jurídica (normativa) ou material (fática), conforme o objeto da prestação seja, respectivamente, uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens ou serviços) a ser prestada pelo Poder Público. Na classificação de Jellinek, os direitos a prestações enquadram-se no denominado *status positivus* e, de acordo com o contexto histórico em que foram gestados, os referidos direitos são enquadrados como direitos de segunda geração¹⁷ (ou dimensão).

Para Dirley da Cunha Júnior, o que distingue os direitos sociais dos direitos de defesa é o objeto, conforme explicitado a seguir:

[...] enquanto objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material ou fática* em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o *mínimo existencial*, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado de Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.¹⁸ (grifos do original)

Assim, tendo em conta o objeto, os direitos fundamentais a prestações dividem-se em (i) direitos a prestações materiais ou fáticas e (ii) direitos a prestações normativas ou jurídicas. Os primeiros têm por objeto uma utilidade concreta ou benefício material e se concretizam mediante o oferecimento pelo Estado de bens ou serviços (alimentação, moradia, educação, saúde etc.) às pessoas que não têm condições de adquirir, com seus próprios meios, ou na oferta a todas as pessoas de serviços monopolizados pelo Poder Público (segurança pública, justiça etc.)¹⁹.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 1, 2001, p. 14.

¹⁷ Os direitos de segunda geração compreendem os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as denominadas liberdades positivas, reais ou concretas e realçam o princípio da igualdade.

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 696.

¹⁹ Segundo Dirley da Cunha Júnior, os direitos sociais a prestações materiais correspondem “aos típicos direitos sociais, que pressupõem, não propriamente um regulação legislativa, embora alguns demandem uma normatização prévia, mas uma atuação positiva material do Estado, criando serviços, instituições ou fornecendo bens, o que leva uma considerável parte da doutrina a negar a sua condição de verdadeiros direitos.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 531.)

Já os direitos a prestações normativas são aqueles que dependem somente da atuação legislativa do Estado, com vistas a conferir conteúdo jurídico suficiente para que eles possam ser exercidos. Por essa característica, tais direitos somente podem ser pleiteados a partir da edição das correspondentes normas jurídicas.

Assim, no que concerne aos direitos à prestação positiva de índole normativa, a falta de lei impossibilita que as pessoas possam exercê-los. Logo, caracterizada a omissão legislativa, o indivíduo deve exigir do Estado a edição das normas regulamentares necessárias ao exercício de tais direitos.

A título de exemplo, cita-se o direito dos trabalhadores à participação nos lucros das empresas, previsto no art. 7º, XI, da CF/1988, cujo exercício dependia da edição de norma legal, o que ocorreu com a edição da Lei nº 10.101, de 10 de dezembro de 2000.

Os direitos fundamentais exercem, simultaneamente, função defensiva e função prestacional, consoante o magistério de Flávia Piovesan, para quem:

[...] tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo²⁰.

O direito à saúde é um típico exemplo de direito social que apresenta as duas funções, pois ele é considerado, simultaneamente, direito negativo (direito de defesa), quando trata da proteção de condutas que violam a saúde das pessoas, e direito positivo (direito à prestação), quando assegura às pessoas carentes o acesso a bens e serviços de saúde, tais como o fornecimento medicamento e a realização de cirurgia de forma gratuita.

Em síntese, os direitos de defesa (negativos) apresentam uma dimensão prestacional (positiva), uma vez que a sua concretização também reclama uma prestação do Poder Público, ao passo que os direitos a prestações (positivos) também apresentam uma dimensão negativa, especialmente quando tratam da proteção contra ingerências indevidas do Poder Público e dos particulares, na esfera dos direitos sociais das pessoas.

²⁰ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 74.

1.5 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No plano da eficácia²¹, os direitos fundamentais sociais, especialmente os que demandam uma conduta positiva por parte do Estado, são os que mais têm suscitado controvérsia no meio jurídico, especialmente em relação à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para possibilitar-lhes plena concretização.

Todo e qualquer preceito constitucional é dotado de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Entretanto, ainda que todos eles irradiem efeitos, seja inovando a ordem jurídica preexistente, seja estabelecendo uma nova ordenação jurídica, existe uma certa graduação no que concerne a carga eficaz de cada um deles, haja vista que certas normas constitucionais manifestam efeitos jurídicos, plena e imediatamente, logo após a sua vigência, ao passo que outras normas somente manifestam a plenitude de sua eficácia, quando editada uma norma jurídica ordinária ou complementar, implícita ou explicitamente, exigida no texto constitucional.

Assim, no plano da efetivação, o que diferencia tais normas é o grau de eficácia dos seus efeitos jurídicos. E no plano da aplicabilidade, há preceito constitucional específico que define aplicação dos direitos fundamentais no tempo. Trata-se do art. 5º, § 1º, da CF/1988, que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Entretanto, em face da localização topográfica do referido dispositivo, a questão que precisa ser esclarecida diz respeito a abrangência dessa norma, ou seja, ela se aplica a todos os direitos fundamentais do catálogo (Título II), inclusive aqueles inscritos nos arts. 6º a 17, ou se limita apenas aos direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º do texto constitucional.

Por força da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, consagrada no art. 5º, § 2º, da CF/1988, parte relevante da doutrina entende que a aplicação da referida norma se estende a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na Constituição, inclusive aqueles direitos que se encontram fora do catálogo.

Assim, definida a extensão da aplicação da norma veiculada pelo art. 5º, § 1º, da CF/1988, resta ainda enfrentar a questão atinente à amplitude da sua eficácia²² em relação às

²¹ Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia “dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.)

²² Por eficácia, entenda-se tanto a eficácia jurídica, consistente na aptidão de a norma vigente ser aplicada aos casos concretos e acarretar efeito jurídicos, como eficácia social (ou efetividade), que compreende tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma, bem como o resultado concreto da sua aplicação.

diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que concerne aos direitos sociais. Sobre o assunto, há registros doutrinários demasiadamente tímidos que sustentam que a norma em comento não pode contrariar a natureza das coisas. Para esta corrente, parte relevante dos direitos fundamentais, especialmente os direitos a prestações, somente alcançaria a sua eficácia nos termos e na medida da lei. Noutro extremo, há os que defendem que até mesmo as normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude da sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.

Mas não se pode olvidar que a eficácia dos direitos sociais varia conforme a natureza do seu objeto. Já foi dito alhures que os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, cumprem, na ordem constitucional brasileira, a função tanto de direitos de defesa quanto de direitos a prestações (material e jurídica). Essa distinção evidencia algumas diferenças marcantes entre tais categorias de direitos fundamentais que têm implicação direta no grau de eficácia e aplicabilidade.

Tendo em conta as distinções traçadas entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, o problema da eficácia e aplicabilidade suscita questionamentos distintos na seara destas categorias de direitos fundamentais, principalmente, dos direitos sociais.

No que tange aos direitos sociais de natureza defensiva (ou negativos), não existem questionamentos relevantes quanto a sua aplicabilidade imediata e plenitude eficaz, haja vista que esses tipos de direitos demandam um comportamento omissivo por parte do Poder Público ou de outros particulares. Em regra, não existe exigência de prestações fáticas ou normativas por parte do destinatário, pois tais direitos, de modo geral, recebem diretamente da Constituição a suficiente normatividade e a sua concretização independe da edição de ato legislativo de natureza ordinária ou complementar.

Por sua vez, no que concerne aos direitos sociais de cunho prestacional, cujo objeto depende da existência de recursos financeiros e de instrumentos jurídicos necessários e adequados para sua implementação, há forte controvérsia no que tange à possibilidade de se reconhecer ao seu titular um direito subjetivo de fruição, inclusive por meio da via judicial.

Nesse contexto, é pertinente diferenciar os direitos a prestações já implementados por lei, daqueles direitos a prestações que ainda não dispõem de disciplinamento legal, mas que podem ser exercidos independentemente da mediação de ato normativo infraconstitucional. Os primeiros são denominados de direitos derivados a prestações e compreendem tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições

dispensam à comunidade. Tais direitos constituem posições jurídicas subjetivas que podem ser deduzidas diretamente dos atos legislativos editados pelo legislador infraconstitucional.

Os segundos são os denominados direitos originários a prestações, cujo exercício independe de integração legislativa. No que concerne a esses tipos de direitos, em face da norma constitucional, o Estado assume, de imediato, o dever de criação dos pressupostos materiais necessários à fruição deles e, simultaneamente, assegura ao indivíduo as prerrogativas de exigir do Estado os respectivos objetos prestacionais, independentemente de qualquer mediação legislativa.

Em relação aos direitos derivados a prestações, a maior parte da doutrina tem admitido um direito subjetivo individual, com base e na medida concretizadora da lei, e um direito de igual acesso de todos às prestações (bens, instituições e serviços) já existentes, com evidentes características de um direito de natureza defensiva, propiciando o acesso de todos indivíduos às prestações ofertadas pelo Estado sem qualquer discriminação.

Por outro lado, há forte discordância na doutrina no que tange ao reconhecimento de um direito subjetivo de natureza prestacional, pleiteado com base diretamente na norma constitucional e independentemente da existência de qualquer ato legislativo de intermediação entre a pretensão à fruição da prestação concreta e o texto constitucional²³. Além dessa circunstância, tais direitos têm uma peculiaridade que não pode ser desconsiderada: a sua concretização depende da disponibilidade e da capacidade do Poder Público de dispor de recursos econômico-financeiros suficientes à implementação da prestação requerida, bem como da existência de previsão orçamentária (princípio da reserva do possível).

Para Ingo Wolfgang Sarlet, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia ser admitida nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana. O referido autor cita como exemplo o direito à saúde, em que ao Estado não é imposto apenas o direito de respeitar a vida humana, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o

²³ Sobre o assunto, leciona Dirley da Cunha Júnior, que os direitos sociais “também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem o seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível de Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley, op. cit., 697).

pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Acerca do assunto conclui o citado autor:

Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e condições materiais mínimas para uma existência digna²⁴.

Em consonância com a referida doutrina, chega-se a conclusão que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (direitos originários) não pode ficar restrito apenas às hipóteses em que a vida humana esteja sob o risco de ser sacrificada, mas também nos casos em que o princípio da dignidade da pessoa humana possa vir a ser violado²⁵, porque este deve servir de parâmetro para fixação de um padrão mínimo para os direitos sociais prestacionais, incluindo os direitos subjetivos individuais, que podem ser reconhecidos à luz das circunstâncias do caso concreto, mediante a ponderação dos bens e valores em conflito.

1.6 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos sociais caracterizam-se por serem direitos que tem como objeto prestações a serem fornecidas pelo Poder Público e que, para sua concretização, exigem uma atuação positiva por parte do Estado, que resulta, no caso dos direitos a prestações materiais, em custo financeiro. Não se pode olvidar que a concretização dos direitos civis e políticos (direito de defesa), embora em escala menor, também demandam aporte de recursos financeiros por parte do Estado, conforme lição de Ana Paula de Barcellos, para quem “os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro. Também os direitos civis e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público”²⁶.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001, p. 36.

²⁵ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, importa grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana a negação do direito de acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, na medida em que este “implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância”. (SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2001, p. 36-37)

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264.

A reserva do possível é a expressão jurídica que retrata o conflito envolvendo as necessidades públicas infinitas *versus* os recursos públicos limitados. Para Ana Paula de Barcellos, a referida expressão “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”²⁷.

Por força dessa característica, a reserva do possível constitui espécie de limite fático e jurídico à concretização dos direitos fundamentais sociais a prestação material²⁸. A reserva do possível fática está relacionada à escassez ou ausência de disponibilidade de recursos para efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (inexistência fática de recursos), enquanto a reserva do possível jurídica está vinculada a indisponibilidade de autorização orçamentária para realização de determinado gasto (inexistência jurídica de recursos)²⁹. Nesta última modalidade, a questão guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas.

A chamada reserva do possível trata-se de conceito jurídico que foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade brasileira. Em face dessa circunstância, Dirley da Cunha Júnior critica a transposição do referido conceito das jurisprudência e doutrina alemãs para a realidade constitucional brasileira, no excerto a seguir transcrito:

Deveras, trasladar para o direito brasileiro essa limitação da reserva do possível criada pelo direito alemão, cuja realidade socioeconômica e política do país difere radicalmente da realidade brasileira, é negar esperança àquele contingente de pessoas que depositou todas as suas expectativas e entregou todos os seus sonhos à fiel guarda do Estado Social do Bem-Estar. Obstáculos como esses, transplantados de ordens jurídicas de paradigmas diversos, só vêm robustecer a flagrante contradição entre a pretensão normativa dos direitos sociais e o fracasso do Estado brasileiro como provedor dos serviços públicos essenciais à efetivação desses direitos, garantidores de padrões mínimos de existência para a maioria da população. Assim, as discussões travadas nos chamados países centrais sobre os limites do Estado Social e redução de suas prestações, e a contenção dos respectivos direitos subjetivos a prestações não podem, em absoluto, ser carreadas para a realidade brasileira, onde o Estado Providência ainda não foi efetivamente implantado.

²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 261.

²⁸ Da mesma forma entende Dirley da Cunha Júnior, que a efetividade de tais direitos depende “da existência de condições econômicas favoráveis. Daí dizer-se que os direitos sociais são efetivados na medida do possível, ou seja, dentro de uma *reserva do possível*, para significar a sua dependência à existência de *recursos econômicos*.” Grifos do original (CUNHA JÚNIOR, Dirley da, op. cit., p. 531.)

²⁹ Sobre a questão orçamentária, existe preceito legal exposto no direito positivo brasileiro, que subordina a concessão de subvenção econômica ao beneficiário pessoa física, na contratação de financiamento habitacional, a disponibilidade orçamentária e financeira. Trata-se do art. 2º da Lei nº 11.977, de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV).

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988.³⁰

Em relação ao contexto jurídico brasileiro, embora se reconheça que, no âmbito de cada ente federado, a competência para deliberar sobre a destinação e aplicação dos recursos orçamentários é atribuída aos órgãos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, esta competência não tem caráter absoluto, haja vista que se encontra limitada pelas normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais que, implicitamente, exigem prioridade na distribuição dos recursos orçamentários, para fim de efetivação das prestações materiais objeto dos referidos direitos.

De todo modo, ainda que se reconheça que a limitação de recursos financeiros constitua limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, a liberdade de conformação do legislador, em matéria de assuntos orçamentários, encontra limites e está vinculada à observância do padrão mínimo ou mínimo existencial, que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, assegura a todos as condições materiais necessárias a uma existência digna.

O mínimo existencial compreende o conjunto de bens e utilidades básicas necessários à subsistência física do ser humano. Trata-se de requisito indispensável ao desfrute dos direitos em geral e se encontra inserido no cerne do princípio da dignidade humana e, portanto, pertencente à esfera jurídica individual. Corresponde ao núcleo mínimo obrigatório que serve de referência para a avaliação do comportamento estatal com vistas ao cumprimento das prestações objeto dos direitos sociais. Para Dhenize Maria Franco Dias, o Estado deverá demonstrar que “empenhou todos os esforços necessários ao utilizar os recursos disponíveis, tendo em vista, no mínimo, a satisfação daquilo que foi eleito como prioritário, ou seja, suas obrigações mínimas essenciais”³¹. No mesmo sentido, leciona Ricardo Lobo Torres, que:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...] é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social. [...] o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley, op. cit., p. 718.

³¹ DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. In: **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 10, p. 19-31, jun. 2011, p. 24.

administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional³².

Enfim, como forma de concretizar o princípio da dignidade humana, é dever do Estado Social de Direito assegurar a concretização do mínimo existencial, garantindo as condições materiais mínimas às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social³³. Dessa forma, ao garantir a efetivação do mínimo existencial, o Estado protege o núcleo essencial dos direitos sociais e assegura a efetividade mínima exigida pelos direitos fundamentais sociais.

1.7 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO

O direito à moradia é considerado direito humano, porque se encontra previsto nos documentos de direito internacional público, especialmente, na DUDH de 1948³⁴, cujo art. XXV, item 1³⁵, proclama o direito à moradia (ou habitação) digna e adequada como direito humano universal.

Em 1966, quase 20 (vinte) anos depois da proclamação da citada Declaração, a ONU editou o PIDESC³⁶, que reconheceu o direito a moradia como direito de toda pessoa a um nível de vida digno e adequado e recomendou a todos Estados-partes que adotassem medidas eficazes, para fim de assegurar a efetividade e eficácia do mencionado direito.

Após a edição da DUDH, em 1948, no âmbito ONU, instaurou-se uma longa discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz de assegurar a observância universal dos direitos previstos na referida Declaração. No final, prevaleceu o entendimento de que a citada

³² TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, p. 32-33.

³³ De acordo com Dhenize Maria Franco Dias, ao “Estado não é possível a simples abstenção de seu dever constitucional de concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, sob o argumento da falta ou insuficiência de recursos públicos. Deve o Poder Público implementar os direitos sociais ao máximo dentro de suas possibilidades finitas e escassas ao proteger o mínimo essencial de cada direito fundamental.” (DIAS, Dhenize Maria Franco, op. cit, p. 26) - grifos do original

³⁴ A referida Declaração foi adotada e proclamada pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil na mesma data. A Conferência Internacional de Direitos Humanos da ONU de 1968 anunciou que a dita Declaração “constitui obrigação para os membros da comunidade internacional” em relação a todas as pessoas.

³⁵ O citado item 1 tem a seguinte redação, *in verbis*: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

³⁶ Proclamado e adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992.

Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, juridicamente obrigatória e vinculante no âmbito do direito internacional, conforme noticia Flávia Piovesan, no excerto a seguir transcrito:

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes³⁷.

A medida era necessária, pois se os direitos civis e políticos, geralmente, são dotados de autoaplicabilidade e devem ser assegurados imediatamente pelo Estado, o mesmo não ocorre em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, que, conforme estabelecido pelo PIDESC (artigo 2º, parágrafo 1º), devem ser implementados de forma progressiva, por se tratar de direitos que estão condicionados à disponibilidades de recursos e atuação do Estado, que, no entanto, deve adotar todas as medidas possíveis com vistas a alcançar, paulatinamente, a completa realização desses direitos, seja mediante esforço próprio, seja por meio da utilização da assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos.

Segundo Flávia Piovesan, a jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um “núcleo mínimo de obrigações” (*minimum core obligation*) no tocante aos direitos sociais. E no que concerne a esses direitos, incluindo o direito à moradia, leciona a citada autora que o dever de observância do mínimo essencial “tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade”³⁸.

Nesse sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet que, no que concerne à concretização do direito à moradia, caberá aos órgãos estatais, notadamente ao Poder Legislativo, a tarefa de estabelecer os contornos normativos precisos do referido direito, bem como os meios para a sua implementação, tendo em conta o disposto nos “tratados internacionais sobre o tema, e,

³⁷ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 73.

³⁸ Ibid, p. 76.

acima de tudo (e sem que se possa questionar seriamente tal ponto) aos demais preceitos da nossa Constituição, especialmente no que diz com o direito a uma vida com dignidade.”³⁹

Assim, por força do PIDESC, o Brasil assumiu o compromisso de envidar todos os esforços possíveis com vistas a assegurar o direito à moradia digna para todas as pessoas residentes no País ainda sem um imóvel digno e adequado para morar, mediante a edição de legislação específica, destinada à criação de instrumentos, programas e planos de ação dirigidos à implementação de política habitacional que assegure, de forma paulatina e progressiva, a efetivação do direito à moradia.

No Brasil, após 26 (vinte e seis) anos, por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, o PIDESC foi promulgado e entrou em vigor em 24 de janeiro de 1992. A partir de então, no País, a moradia passou a ser direito de todos e o Estado passou a ter o dever protegê-lo e lhe assegurar plena efetividade.

Em decorrência desse novo contexto normativo, a atuação do Estado deve ser orientada no sentido de implementar medidas que visem à concretização do direito à moradia, seja por meio de política pública habitacional que favoreça o fornecimento ou aquisição de moradia digna às pessoas sem ou de baixa renda (prestação material), seja por intermédio de medidas legislativas, que instituam um marco regulatório, contendo regras claras para as atividades de construção, comercialização e financiamento de imóveis residenciais, que proporcionem estabilidade ao mercado imobiliário e segurança jurídica aos agentes nele intervenientes (incorporador, construtor, financiador, comprador etc.), bem como medidas legislativas protetivas, que facilitem a aquisição do imóvel residencial pelas pessoas que necessitam de moradias dignas (prestação normativa). As duas ações são indispensáveis e complementares, com vistas à plena concretização do direito à moradia digna no País.

Nesse sentido, com vistas a definição de um conteúdo mínimo para o direito à moradia, a Comissão da ONU para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu os seguintes elementos básicos para que a moradia seja considerada digna, a saber:

- a) segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem;
- b) disponibilidade de infraestrutura básica, que garanta saúde, segurança e conforto, incluindo acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico etc.;
- c) as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 13.

- d) a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência;
- e) localização que permita o acesso a emprego, serviços de saúde, educação e outras serviços sociais essenciais; e
- f) a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e a diversidade cultural da população.

Trata-se de parâmetros qualitativos mínimos, que devem orientar os órgãos estatais brasileiros, especialmente, os incumbidos de legislar sobre o direito à moradia e de executar a política habitacional no País, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da CF/1988.

1.8 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Desde o momento em que o ser humano deixou de ser nômade e se fixou em determinado lugar, a moradia passou a ser um bem imprescindível para uma vida digna em sociedade. Este fenômeno proporcionou um melhor desenvolvimento sócio-cultural e econômico para as pessoas e deu origem as cidades.

No Brasil, a elevada e rápida aglomeração urbana resultou na formação desordenada das grandes cidades, cuja consequência imediata foi o aparecimento do grave problema do déficit habitacional, especialmente, para as pessoas de baixa renda. Noticia Sérgio Iglésias Nunes de Souza, que, na atualidade, cerca de 2,3 milhões de famílias moram em casas inadequadas, o que “inclui habitações em situação de risco, sem instalações sanitárias, sem nenhuma condição de infraestrutura urbana. Vivenciamos graves problemas de regularização fundiária, com hiperconcentração nos centros urbanos”⁴⁰.

O direito à moradia tem por objeto a ocupação de um determinado lugar para fim de residência, tal como uma casa, apartamento etc. Ele deve garantir um teto que abrigue a todos de modo adequado e digno. Para Sérgio Iglésias Nunes de Souza, “o direito à moradia é concebido como inerente ao ser humano, que faz jus à sua moradia, ao seu local, à sua pousada, enfim, ao seu *habitat*”⁴¹.

⁴⁰ SOUZA, Sérgio Iglésias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

⁴¹ Ibid, p. 130.

No âmbito constitucional, o direito à moradia foi expressamente elevado a categoria de direito fundamental social pela nova redação do *caput* art. 6º⁴² da CF/1988, atribuída pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000. Entretanto, antes da referida Emenda, já havia, no texto constitucional, menção expressa ao bem moradia no art. 24, IX, que trata da competência dos entes federados “para promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais”, e no art. 7º, IV, que inclui a moradia como bem de necessidade vital básica do trabalhador, a ser atendida com o salário mínimo. Da mesma forma, a previsão do usucapião especial urbano e rural, respectivamente, nos arts. 183 e 191 da Carta Magna, condicionada a declaração de domínio à utilização do imóvel para fim de moradia. Tais preceitos constitucionais já evidenciavam, ao menos implicitamente, a existência de um direito fundamental à moradia.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, sempre houve como ser reconhecido um direito fundamental à moradia que, na sua dimensão positiva, reclama a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, “podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade.”⁴³

Em face da condição de direito fundamental social, as normas infraconstitucionais que tratam do direito à moradia devem introduzir instrumentos jurídicos e veicular políticas públicas que ampliem, protejam e facilitem a concretização do direito à moradia digna. Por força dessa condição, toda e qualquer legislação infraconstitucional que suprima, dificulte ou inviabilize o exercício do direito à moradia, ainda que validamente introduzida no ordenamento jurídico, será tida como violadora do citado direito. Assim, a atuação do Estado deve garantir a efetividade do mencionado direito, sob pena de não só descumprir norma de natureza constitucional, como também as normas veiculadas nos tratados de direitos humanos ratificados pelo País, especialmente, a DUDH e o PIDESC.

1.9 DIFERENÇA ENTRE DIREITO À MORADIA E DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito à moradia é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios. No que tange ao conteúdo, o direito à moradia não se confunde com o direito de

⁴² Atualmente, o referido preceito constitucional tem o seguinte teor, *in verbis*: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 8-9.

propriedade. Deveras, ainda que a propriedade possa servir também de moradia ao detentor do domínio do imóvel residencial, por previsão constitucional expressa, no caso do usucapião especial constitucional, a moradia acaba assumindo a condição de pressuposto para fim de aquisição do domínio e elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade.

Embora o direito à moradia e o direito de propriedade, eventualmente, possam coexistirem em relação ao mesmo objeto, o que ocorre quando o proprietário é também o morador do imóvel residencial, o direito à moradia não se limita ao direito de propriedade sobre imóvel residencial, embora seja evidente que a obtenção da propriedade do citado imóvel constitua a condição mais apropriada, para fim de concretização do direito à moradia, que ainda pode ser viabilizado mediante a locação de imóvel residencial, o que também exige uma legislação protetiva do locatário, aspecto que foi ressaltado por Ingo Wolfgang Sarlet, no excerto que transcreto:

Assim, por exemplo, registra-se (inclusive no âmbito do direito internacional) a necessidade de uma legislação versando sobre o regime das locações residenciais que, sem desguarnecer os direitos do proprietário, impeça, de outra parte, abusos praticados em relação ao locatário, especialmente em situação de necessidade e manifesta hipossuficiência, seja pela previsão da impossibilidade de uma retomada imotivada, seja pelo controle dos preços dos alugueres e de seus reajustes, ou mesmo pela imposição de prazos razoáveis para a desocupação, dentre outros aspectos que poderiam ser mencionados e sem que se vá aqui adentrar o mérito da correção das opções legislativas atualmente vigentes entre nós nesta seara⁴⁴.

Dessa forma, tomando-se como referencial o critério da fundamentalidade substancial e a vinculação com o direito a uma existência digna, em havendo colisão entre o direito de propriedade e o direito à moradia, mediante adequado sopesamento, este assumirá posição preferencial em relação ao direito de propriedade, haja vista que o direito de propriedade é um direito fundamental condicionado pelo princípio da função social, inscrito no art. 5º, XXIII, da CF/1988. E em cotejo com o direito à moradia, existem preceitos constitucionais que, de modo expresso, manifesta a primazia do direito à moradia em relação ao direito de propriedade, a exemplo do art. 183 da CF/1988, que assegura o domínio àquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (usucapião urbano).

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 24.

No mesmo sentido, dispõe o art. 191 da CF/1988, que adquirirá a propriedade aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia (usucapião rural).

No plano infraconstitucional, em consonância com o disposto no art. 183 da CF/1988, nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), adquirirá o domínio aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. E são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente as áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (usucapião especial de imóvel urbano).

Com base nos referidos preceitos normativos, fica evidenciado que o exercício do direito de propriedade é condicionado pela função social da propriedade. Ademais, no que concerne às referidas modalidades de usucapião, verifica-se que o direito à moradia consiste no fundamento de ordem material apto à concretização do direito de propriedade. Nesses casos, a função social da moradia constitui o instrumento indutor do direito de propriedade e, por força dessa circunstância, o direito à moradia se sobrepõe ao direito de propriedade, sendo aquele determinante e este determinado. Nessa linha, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, que:

No caso brasileiro, a facilitação da aquisição da propriedade pelo usucapião, especialmente a partir da Constituição de 1988, mediante a prova da posse exercida de forma mansa e pacífica, por um período de cinco anos, desde que demonstrada a utilização (dentre outros requisitos) do imóvel para moradia própria e da família, revela – como já lembrado alhures – que a moradia atua como fundamento da aquisição da propriedade em face de outros particulares (no caso, aquele em nome de quem está registrado o imóvel), revelando que, de certo modo, poder-se-á até mesmo (e nos parece razoável este ponto de vista) sustentar uma eficácia nas relações entre particulares da dimensão prestacional do direito à moradia⁴⁵.

Portanto, além da proteção da função social da propriedade, ao condicionar que o possuidor não tenha outro imóvel urbano ou rural para a sua moradia, os referidos

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 25.

dispositivos constitucionais buscam, por meio do instituto da usucapião, proteger e facilitar a concretização do direito à moradia para as classes menos favorecidas economicamente. Também no âmbito do Estatuto da Cidade existem outras formas de proteção do direito à moradia, pois o objetivo deste direito, segundo Sérgio Iglésias Nunes de Souza “não foi garantir a propriedade, mas encontrar, por intermédio de um instituto jurídico (a usucapião), modos de proteção e facilitação do direito à moradia.”⁴⁶

Enfim, o direito à moradia digna e adequada é uma conquista da modernidade, que caracteriza o Estado de Bem-Estar Social. Na CF/1988, este direito integra o catálogo dos direitos sociais fundamentais (Título II), cujo fundamento principal encontra-se alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura indistintamente a todos às condições materiais mínimas para uma existência digna.

1.10 AS FORMAS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Na condição de direito fundamental social, o direito à moradia pode ser concretizado por meio da função negativa (direito de defesa) ou por meio da função positiva (direito a prestações), ou, simultaneamente, por intermédio das duas funções, consoante ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

[...] o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e de deveres que, seguindo a prestigiada fórmula de Alexy, assumem a condição negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Em outras palavras, sustentaremos aqui o ponto de vista de que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito [...].⁴⁷

Portanto, o direito à moradia também apresenta, simultaneamente, a função defensiva e a função prestacional. Os primeiros, normalmente, são os que se concretizam mediante abstenção na atuação do Estado, um não fazer estatal, ao passo que os segundos são aqueles que, diversamente, exigem uma atuação estatal para sua implementação, ou seja, prescindem de uma atuação do Estado para sua eficácia, exige um fazer estatal.

⁴⁶ SOUZA, Sérgio Iglésias Nunes de, op. cit., p. 106.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 13-14.

1.10.1 O direito à moradia como direito de defesa

No âmbito da função defensiva (ou esfera negativa), o direito à moradia encontra-se, em princípio, protegido contra as agressões por parte do Estado e também dos particulares, que têm o dever jurídico de respeitar e, portanto, não lesar o direito à moradia das pessoas, sob pena de impugnação judicial do ato violador, por meio dos instrumentos processuais adequados, previsto na ordem jurídica.⁴⁸

Em face do princípio da proibição de retrocesso⁴⁹, o direito à moradia encontra-se protegido contra ato de supressão ou esvaziamento por parte do constituinte derivado, que afete o núcleo essencial (ou mínimo existencial) do direito à moradia, assim como pelo legislador infraconstitucional, que possa comprometer o grau de concretização que as normas infraconstitucionais tenham conferido às normas constitucionais, em especial, às normas constitucionais dependentes da edição de lei infraconstitucional, para alcançar a plena eficácia e efetividade.

Em tais casos, haverá violação ao direito à moradia sempre que for editada lei ou qualquer ato administrativo que restrinja ou dificulte o exercício do referido direito, conforme lição de Sérgio Iglésias Nunes de Souza (2013, p. 99), para quem:

Há violação do direito à moradia sempre que for implantado um sistema infranconstitucional ou qualquer ato advindo de autoridade pública que importe em lesão a esse direito, em retrocesso, vulnerabilidade ou atos que inviabilizem o seu exercício, porque o direito à moradia goza de proteção fundamental, tratando-se de um dever inerente ao Estado (por intermédio dos três poderes) de respeitar, proteger, ampliar e facilitar esse direito fundamental⁵⁰.

⁴⁸ Leciona Daniel Sarmento, que “a adoção da ideia de que o Estado tem de assegurar a fruição efetiva dos direitos fundamentais diante das ameaças representadas por terceiros – postulada pela teoria dos deveres de proteção, acima exposta – não exclui a vinculação direta dos particulares a tais direitos. Pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande como o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais pelos mais fracos.” (SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 169)

⁴⁹ Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais “contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional, quando em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes, mas também proteção em face da atuação da administração pública.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. In: **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. SARLET, Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64)

⁵⁰ SOUZA, Sérgio Iglésias Nunes de, op. cit., p. 99.

Assim, em consonância com o princípio da proibição do retrocesso, a título de exemplo, pode-se afirmar que o legislador ordinário não poderá revogar integralmente ou em aspectos essenciais, sem oferecer qualquer alternativa compensatória equivalente ou mais benéfica às pessoas beneficiadas, os preceitos da Lei nº 10.257, de 2001 (Estatuto da Cidade), que, direta ou indiretamente, contribuem para viabilizar a eficácia e efetividade do direito à moradia, hipótese em que estaria configurada a inconstitucionalidade do ato legislativo revogador.

1.10.2 O direito à moradia como direito a prestações material e normativa

No âmbito da dimensão prestacional (esfera positiva), o direito à moradia efetiva-se de duas formas distintas: mediante a entrega efetiva das prestações (prestação material) e por meio da função legislativa do Estado (prestação normativa). Ressaltando que, por força do princípio da estrita legalidade, a concretização do direito à moradia mediante prestações materiais também necessita da prévia edição de norma legal que estabeleça os meios materiais (recursos financeiros) e as formas de sua implementação pelo Poder Público, ao passo que, no âmbito das prestações normativas, a simples edição da norma legal é considerada suficiente para a concretização do direito à moradia, sem necessidade de qualquer providência adicional por parte do Estado.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, as duas formas de prestações (material e normativa) aplicam-se ao direito à moradia, conforme relatado no excerto que segue transcrito:

Retomando aqui a noção de que existe todo um leque de possibilidades, também no que diz com a eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, bem como em se partindo da premissa de que objeto dos direitos a prestações pode assumir a feição tanto de prestações fáticas (materiais) quanto normativas e que uma das principais – se não a principal – manifestações do dever de proteção do Estado (que, ao menos segundo expressiva doutrina, resulta num correspondente direito à proteção que tem como titular o particular) para com os direitos fundamentais consiste na edição de medidas legislativas com o objetivo de salvaguardar, de forma efetiva, o direito fundamental ou viabilizar a sua implementação, em se cuidando de um direito a prestações materiais, verifica-se que também no concernente ao direito à moradia tais premissas encontram possível aplicação⁵¹.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2003, p. 24.

No País, diante da escassez de recursos financeiros públicos *versus* a grande necessidade de moradias dignas e de qualidade, o Estado deve fazer as escolhas adequadas no que tange a onde e como aplicar os escassos recursos orçamentários e institucionais que dispõe, de modo que seja proporcionado a maior eficácia e efetividade possível ao direito à moradia. Em um Estado Social Democrático de Direito, como o brasileiro, esta escolha não pode ser feita com base em critérios estritamente econômicos, mas combinando, de forma equilibrada, aspectos de natureza ético-social (justiça social) com os de natureza econômico-social (eficiência econômica).

Assim, na aplicação dos insuficientes recursos financeiros, a opção do Estado deve ser feita de forma ponderada e sensata, de modo que resulte na máxima eficácia e efetividade do direito à moradia para todas as pessoas que necessitam de um imóvel residencial, independentemente da classe de renda a que pertença. Nesse contexto, a escolha entre prestações materiais ou prestações normativas não pode ser feita com base na opção do tudo ou nada, mas sob prisma da complementaridade. Da mesma forma, entende Cláudia Fonseca Tutikian, que:

[...] o Estado não pode exclusivamente utilizar esta segunda opção, do plano normativo, e simplesmente abandonar a primeira alternativa, do plano material. Pois é apenas uma das alternativas, não a única. Evidentemente, é preciso utilizar as duas opções de forma simultânea. Mas, por razões óbvias, o Estado precisa ser perspicaz e utilizar primordialmente o plano normativo para fomentar e implementar os direitos sociais, diante do atual contexto⁵².

Com efeito, em face do elevado preço do aluguel e da unidade habitacional *versus* escassez de recursos financeiros públicos ou institucionais, sabidamente, universalizar o acesso à moradia digna representa um desafio gigantesco para o Estado brasileiro. Para viabilizar esse objetivo, especialmente, na esfera das prestações materiais, a concretização do direito à moradia demanda um leque amplo de medidas, dentre as principais destaca-se:

- a) fornecimento de unidades habitacionais a pessoas de baixa renda;
- b) a criação de linhas de financiamento público subsidiado, específico para aquisição ou construção de residências destinadas à pessoas sem ou de baixa renda; e
- c) o estabelecimento de um sistema de mutirões, ou mesmo a criação de uma rubrica específica na esfera da assistência social destinada a cobrir, em caráter temporário e em valor compatível com as circunstâncias do caso concreto, despesas com

⁵² TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da incorporação imobiliária: implementação do direito fundamental à moradia**. São Paulo. Quartier Latin, 2008, p. 40.

pagamento de alugueres, para aquelas pessoas despejadas ou desabrigadas, principalmente quando vítimas de catástrofes climáticas.

1.11 DA POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO

No ano de 2004, o Governo Federal, por intermédio do Ministério das Cidades, instituiu a Política Nacional de Habitação (PNH), com o objetivo de promover as condições de acesso à moradia digna a todos os segmentos da população, em especial, a pessoas sem ou de baixa renda.

Dentre os instrumentos utilizados pela PNH, destaca-se o Sistema Nacional de Habitação (SNH) e o Plano Nacional de Habitação (PlanHab). O SNH compõe-se de dois sistemas: o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e o Sistema Nacional de Habitação de Mercado (SNHM).

O SNHM visa atender a demanda por moradia da população de renda média e alta, por meio de instrumentos jurídicos protetivos dos investimentos dos adquirentes e que facilitem a compra do imóvel mediante financiamento imobiliário de fonte privada, composto de recursos do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI). Esse sistema visa incentivar a ampliação da oferta de unidades habitacionais por parte da iniciativa privada, sem a participação de recursos públicos.

Por sua vez, o SNHIS, instituído pela Lei 11.124⁵³, de 16 de junho de 2005, compõe-se de fundos públicos (FGTS, FNHIS etc.) e visa atender a demanda, por habitação de qualidade, da população sem ou de baixa renda e tem dois grandes eixos de atuação: (i) urbanização de assentamentos precários e (ii) produção e aquisição de unidade habitacional.

Dentre os programas voltados à produção e aquisição de unidades habitacionais, incluem-se: os programas de financiamento destinados ao beneficiário final, como o Carta de Crédito (Individual e Associativo), que passou a absorver a maior parte dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), operado com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR); o Programa Crédito Solidário, operado com recursos do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS); e

⁵³ A mencionada Lei dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Esta lei foi resultado do projeto de lei apresentado no Congresso Nacional, no dia 19 de novembro de 1991, por organizações e movimentos populares urbanos filiados ao Fórum Nacional de Reforma Urbana, tendo sido assinado por mais de um milhão de pessoas e que tramitou por mais de 13 anos no Congresso Nacional.

Programa de Subsídio à Habitação (PSH), operado com recursos do Orçamento Geral da União (OGU).

O objetivo do SNHIS é a implementação políticas e programas que promovam o acesso à moradia digna para a população sem ou de baixa renda, com a finalidade de:

- a) viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;
- b) implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e
- c) universalizar o acesso à moradia digna para todo cidadão brasileiro, especialmente aquele sem ou de baixa renda.

Os principais princípios que regem a estruturação, organização e atuação do SNHIS são (i) a compatibilidade e integração das políticas habitacionais de todos entes federados e (ii) a moradia digna como direito e vetor de inclusão social.

Com vista à implementação da política habitacional de interesse social, foi criado o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), de natureza contábil, com o objetivo de centralizar e gerenciar os recursos orçamentários para custeio dos programas estruturados no âmbito do SNHIS. As aplicações dos recursos do FNHIS serão destinadas a ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem:

- a) aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais;
- b) produção de lotes urbanizados para fins habitacionais;
- c) urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social;
- d) implantação de saneamento básico, infra-estrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social;
- e) aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias;
- f) recuperação ou produção de imóveis em áreas encortiçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais de interesse social.

Segundo o Plano Nacional de Habitação⁵⁴ (PlanHab), o Brasil apresenta um quadro de profunda desigualdade econômica e social e um déficit habitacional que, em 2008, era

⁵⁴ BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília, DF, 2009, p. 35-36.

estimado em cerca de 5,8 milhões de domicílios, concentrado 92% nas famílias que auferiam renda de até R\$ 1.200,00 e os 8% restantes encontravam-se na faixa de renda acima de R\$ 1.200,00 até R\$ 4.900,00. O que conduz a conclusão de que 100% (cem por cento) do déficit habitacional encontra-se nas famílias de renda até R\$ 4.900,00.

Na definição de prioridade na aplicação dos escassos recursos financeiros públicos e institucionais, em consonância com as diretrizes da PNH, no ano de 2009, o Governo Federal instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), por meio da Lei nº 11.977, de 7 de junho de 2009⁵⁵, destinados a famílias com renda mensal de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cujas linhas centrais de atuação compreende: (i) a urbanização de assentamentos precários, (ii) a construção de novas unidades habitacionais; e (iii) o financiamento habitacional, total ou parcialmente, subvencionado, inclusive com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e pelo Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), de acordo com a faixa de renda mensal familiar.

O referido Programa foi regulamentada pelo Decreto nº 7.499, de 16 de junho de 2011, que, com base no valor da renda mensal⁵⁶, dividiu as famílias beneficiárias em três faixas de renda a contempladas com as seguintes modalidades de financiamento:

- a) a primeira faixa (até R\$ 1.600,00): total ou parcialmente subvencionada com recursos públicos ou institucionais a fundo perdido;
- b) a segunda faixa (acima R\$ 1.600,00 até R\$ 3.100,00): parcialmente subsidiada com recursos públicos ou institucionais e o saldo remanescente financiado com recursos do FGTS; e
- c) a terceira faixa (acima de R\$ 3.100,00 até R\$ 5.000,00): financiada com recursos do FGTS e SBPE, segundo as regras do Sistema Financeiro de Habitação⁵⁷ (SFH).

As pessoas com renda acima R\$ 5.000,00 estão excluídas do SNHIS. Para elas, os financiamentos seguem as regras de mercado, previstas no Sistema Financeiro de Imobiliário (SFI), instituído pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997⁵⁸, ou mediante financiamento

⁵⁵ A referida Lei dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; [...] e dá outras providências.

⁵⁶ O PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais, à requalificação de imóveis urbanos e à produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e compreende os seguintes subprogramas: a) Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU; e b) Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR.

⁵⁷ As regras do SFH encontram-se estabelecidas na Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964.

⁵⁸ A referida Lei dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

direto com as incorporadoras ou construtoras ou com recursos próprios (aquisição sem financiamento).

Dessa forma, diante da escassez de recursos financeiros públicos e institucionais, a opção do Estado brasileiro por priorizar o fornecimento de moradia digna às pessoas sem ou de baixa renda, por meio do SNHIS, está em perfeita consonância com o princípio da dignidade pessoa humana, insculpido na Carta Magna.

1.12 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA POR INSTRUMENTOS DE MERCADO

Como o Poder Público não dispõe recursos orçamentários e institucionais suficientes para atender a demanda por financiamento habitacional das pessoas da classe média e alta, resta a alternativa de facilitar a concretização do direito à moradia por intermédio dos instrumentos de mercado, que têm a característica de prescindir do aporte de recursos financeiros do Estado e de fundos institucionais. Com efeito, nesta seara cabe a iniciativa privada (o mercado imobiliário) o papel de fomentar a construção moradia digna e de qualidade e de ofertar os meios financeiros para aquisição do imóvel, por meio de financiamento realizado no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI).

Essa característica dos instrumentos de mercado, viabilizados por meio das denominadas prestações normativas, foi também destacada por Cláudia Fonseca Tutikian, ao ressaltar que, diante da insuficiente condições fáticas e financeiras do Poder Público, é muito mais adequado e oportuno para o Estado implementar os direitos sociais, especialmente o direito à moradia, “através da esfera positiva pela função legislativa do Estado, no plano normativo/jurídico. Além, é claro, por meio do Poder Judiciário, quando o caso concreto for oferecido à decisão judicial.”⁵⁹

Com efeito, no âmbito da atividade de habitação de mercado (ou das prestações normativas) o aporte de recursos financeiros por parte do Estado é prescindível. Nesta seara, o Poder Público deve atuar, principalmente, como órgão regulador do mercado, fornecendo os instrumentos jurídicos destinados a facilitar a concretização do direito à moradia, para aquelas pessoas que têm condições econômico-financeiras de adquirir o seu imóvel. Nesta setor, regido pelas regras de mercado, os instrumentos jurídicos devem exercer uma função complementar aos instrumentos da política habitacional de interesse social do Governo.

⁵⁹ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2008, p. 39.

Entretanto, é conveniente que ambas as alternativas (prestações materiais e prestações normativas) sejam utilizadas de forma harmônica, com o objetivo de fomentar o direito à moradia de forma indistinta para todas as pessoas, independentemente da faixa de renda.

Sob a égide do plano normativo, existem relevantes mecanismos de concretização do direito à moradia, sendo o mais importante deles o instituto da incorporação imobiliária, que tem a característica, como os demais instrumentos normativos, de não necessitar de recurso financeiros do Poder Público, posto que é integralmente financiado por recursos financeiros originários do setor privado, isto é, dos próprios adquirentes dos imóveis ou captados junto ao SFI, por meio de financiamento inteiramente privado.

Outra vantagem relevante da utilização da incorporação imobiliária decorre do fato de o financiamento da construção da edificação, normalmente, ser realizado integral e diretamente pelo próprio adquirente, sem a intermediação financeira, medida que, certamente, resultará na redução do preço final da unidade habitacional, uma vez que este conterá os elevados custos financeiros do financiamento da construção. Além disso, essa redução de custos também contribuirá para eficiência do setor imobiliário como um todo, pois com menos recursos financeiros serão construídas mais moradias dignas e de qualidade. Esse entendimento está em consonância com a doutrina de Cláudia Fonseca Tutikian, para quem a eficiência da atividade de incorporação dar-se-á por dois motivos, *in verbis*:

- (i) a classe mais privilegiada, média e alta, financiará a sua própria moradia, visto que o financiamento direto, nesta hipótese, e aplicando a Lei nº 4.591/64 em sentido estrito, será menos custoso e, portanto, mais acessível;
- (ii) com a classe elevada custeando sua própria moradia, o Estado poderá destinar a totalidade da dotação orçamentária destinada à moradia ao estrato social mais baixo, que não tem condições de custear sua moradia, senão de forma reduzida⁶⁰.

Além disso, quanto mais for utilizado o instituto da incorporação imobiliária, certamente, mais recursos serão aportados à atividade da construção civil, que, em face da sua relevância econômica, contribuirá de forma significativa para o desenvolvimento da economia nacional e geração de muitos empregos, uma vez que se trata de atividade intensiva em mão de obra. Nesse contexto, a participação da iniciativa privada é de vital importância, para suprir a demanda por moradias dignas e de qualidade para as pessoas das classes média e alta, que

⁶⁰ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2008, p. 65.

têm condições financeiras para adquirir a unidade habitacional ofertada pelo mercado imobiliário.

Enfim, por todas essas vantagens, a utilização adequada e eficiente do instituto da incorporação imobiliária, certamente, contribuirá para o amplo acesso à moradia digna e de qualidade, especialmente, para as pessoas de renda média e alta, detentoras de condições econômico-financeiras para financiar a compra do seu imóvel com recursos próprios ou mediante financiamento bancário ofertado pelo setor privado, por intermédio do SFI.

2 DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A partir da década de 1930, em decorrência do processo de concentração populacional e do grave déficit habitacional nas grandes cidades brasileiras, a opção que se revelou mais eficaz, para resolver a crescente demanda por unidades imobiliárias passou a ser a construção de edificações coletivas com mais de um pavimento, em substituição a construção de única unidade imobiliária em um lote terreno, como alternativa para melhor aproveitamento do uso do solo e assim viabilizar a produção em escala de unidades habitacionais dignas e de qualidade no País.

Desde a referida década até meados da década de 1960, nos grandes centros urbanos brasileiros, a procura por imóveis aumentou de forma vertiginosa e, acompanhando essa demanda, a atividade de construção e comercialização de unidades imobiliárias em prédios coletivos também se expandiu na mesma proporção, sem que fosse acompanhada da edição de legislação adequada à regulação da nova e pujante atividade econômica⁶¹.

Com efeito, nesse período as regras legais existentes limitavam-se a disciplinar a atividade de comercialização de unidades imobiliárias de prédios coletivos já construídos, porém, não havia qualquer regramento sobre a atividade de construção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas ainda não construídos. E na ausência de disciplina legal, os empreendedores atuavam livremente e, geralmente, sem assumir os riscos da referida atividade econômica.

Nesse contexto de total liberdade e aliada a condição de ser um negócio lucrativo, a atividade de construção e alienação de unidades de imobiliárias em construção logo atraiu o interesse de um grande número de “empreendedores”. Noticia Caio Mário da Silva Pereira que, no início, as empresas construtoras fizeram destes tipos de empreendimentos o lado melhor de seus negócios. Em seguida, outros profissionais foram se integrando e, posteriormente, qualquer pessoa era incorporador, com ou sem habilitação técnica, com ou sem idoneidade financeira e moral, e encontrando “campo fértil, estimulado pela fome

⁶¹ Até a edição do citado diploma legal, encontrava-se vigente o Decreto-lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928, com as alterações do Decreto-lei nº 5.243, de 1943, e da Lei nº 285, de 1945, que disciplinava apenas a atividade de alienação de parcelas de edifícios coletivos de dois ou mais pavimentos já construídos.

aquisitiva de unidades residenciais e comerciais, o incorporador nadou livremente neste mar sem controle. Muitos fizeram fortuna”⁶².

Depois do período de bonança veio a época de crise. E, neste ambiente, as entidades públicas, juntamente como os estabelecimentos bancários, desinteressaram-se por financiar a construção de prédios coletivos em construção. Porém, o incorporador continuou firme no negócio e adotou novos meios e modos de reduzir os seus riscos. Enquanto isso, relata Caio Mário da Silva Pereira que, o incorporador honesto, cada vez maiores dificuldades enfrentava, uma vez que era obrigado a vender as unidades imobiliária sem reajustamento e suportava as elevações periódicas de mão de obra e de materiais. Por sua vez, o mau incorporador, irresponsável e inconsequente, tratou de imprimir feição própria ao negócio e passou a projetar a edificação, anunciar a venda com farta publicidade, colocar as unidades, “contratando a construção não em seu próprio nome, porém no dos adquirentes, e saindo às pressas, antes que a espiral inflacionária se agravasse, encurtando os recursos e suscitando os desentendimentos”⁶³.

Assim, na ausência de disciplinamento legal, os exploradores da atividade em referência atuavam com total liberdade e para não assumir os riscos inerentes ao empreendimento de incorporação imobiliária, não raro, eles não figuravam como parte dos respectivos contratos incorporativos, agindo mais como uma espécie de corretor do que propriamente como um verdadeiro empreendedor e explorador da citada atividade econômica. Nesse cenário de desordem, geralmente, após a conclusão das vendas, o vendedor passava a obrigação de realizar a obra a um construtor e se ausentava do empreendimento, transferindo ao construtor toda a responsabilidade pela conclusão da edificação, que, com frequência, sofria paralisações indefinidas na execução, causando enormes prejuízos aos compradores.

Para impor disciplina aos referidos negócios, o Prof. Caio Mário da Silva Pereira elaborou o Projeto de Lei nº 19, de 1964, que se converteu na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964⁶⁴, denominada de Lei dos Condomínios e Incorporações (LCI), doravante

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 205.

⁶³ Ibid., p. 205.

⁶⁴ O citado diploma legal divide-se em duas partes. A primeira (Título I) compreende os arts. 1º a 27, parcialmente derogados a partir da vigência dos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002, que dispõem sobre a formação e a administração do condomínio e direitos e sobre os deveres dos condôminos, assuntos que não serão aqui analisados. A segunda parte (Título II) compreende os arts. 28 a 70, que tratam do disciplinamento da atividade de incorporação imobiliária, assunto que não foi disciplinado no Código Civil de 2002 e que será aqui abordado.

denominada simplesmente de LCI⁶⁵. A citada lei contempla ampla regulação da atividade de incorporação imobiliária e fixa ainda as obrigações e os direitos do incorporador e dos adquirentes. Trata-se de microssistema normativo de natureza cogente, que tem como principal diretriz a proteção dos direitos dos adquirentes.

Essa característica coloca o regime incorporativo como o primeiro microssistema normativo de proteção e defesa do consumidor vigente no País, com trinta anos de antecedência ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) e orientado pelos mesmos princípios que regem este último, que são os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato⁶⁶. Ademais, o referido diploma legal veio pôr ordem ao caos da especulação então reinante, restabelecer a confiança de compradores e investidores e criar um ambiente favorável à ampliação dos negócios incorporativos.

Até o advento da LCI, havia regulação apenas dos negócios atinentes à alienação de parcelas de edifícios coletivos, com dois ou mais pavimentos, já construídos. Mas, essa regulação era, sabidamente, insuficiente e inadequada para a disciplina da nova e pujante atividade econômica, principalmente, para fim de proteger os adquirentes, considerada a parte vulnerável do contrato de incorporação imobiliária, submetidos a elevados riscos, por se tratar de aquisição de “coisa futura”, normalmente, submetida a longo ciclo de produção.

2.2 AS CARACTERÍSTICAS GERAIS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A característica essencial da atividade de incorporação imobiliária consiste na comercialização de frações ideais do terreno e unidades imobiliárias autônomas pertencentes a uma edificação coletiva, submetida a regime de propriedade horizontal⁶⁷, ainda por construir ou em fase de construção. Se a alienação das unidades ocorrer após a conclusão da construção

⁶⁵ Segundo o Humberto Theodoro Júnior, o novel diploma legal pôs fim à desordem reinante, “instituinto a disciplina da atividade de incorporação imobiliária de modo a fixar com clareza os caracteres jurídicos do respectivo contrato, definir adequadamente as responsabilidades do incorporador.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária – Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 376, p. 81-94, nov.-dez. 2004, p. 82.)

⁶⁶ Segundo Humberto Theodoro Júnior, muitos anos antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, “a Lei da Incorporação imobiliária (Lei nº 4.591, de 1964) implantou um sistema avançado de tutela do adquirente de imóveis em construção e de responsabilidade do incorporador e demais profissionais envolvidos na atividade de negociação sobre imóveis em construção. Os mesmos princípios que vieram a inspirar em 1990 o Código do Consumidor – isto é, a boa-fé objetiva e a função social do contrato de consumo – já fundamentavam a Lei das incorporações, nos idos de 1964”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 82)

⁶⁷ Segundo Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, o instituto da propriedade horizontal, no Brasil, aparece com várias denominações, assim, “tem-se: propriedade em planos horizontais, condomínio relativo, condomínio por andares, condomínio em edifícios, condomínio horizontal, condomínio edilício, este inserido entre nós pelo novo Código Civil.” (BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148).

do prédio⁶⁸, o negócio caracteriza-se como sendo de compra e venda de coisa atual e se submete às regras do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda relativas ao imóvel pronto, previstas no direito comum.

Os recursos captados na alienação das frações ideais do terreno ou das unidades imobiliárias constituem uma relevante fonte de financiamento da construção do edifício, uma vez que, no ato da compra, normalmente, é exigido o pagamento de uma parcela significativa do preço ou até o pagamento integral antecipado da unidade imobiliária, o que não é tão incomum.

Além disso, no que tange às vendas parceladas, certamente, o incorporador contará com um previsível e estável fluxo de ingresso de recursos financeiros e, com base nessa previsão, ele poderá elaborar um cronograma financeiro que compatibilize os desembolsos com os ingressos, evitando ou amenizando o uso, na fase de execução da obra, de capital proveniente de financiamento bancário, geralmente muito oneroso.

Dada essa particularidade, o incorporador utilizará na construção da edificação recursos financeiros menos onerosos do que aqueles ofertados pelo mercado financeiro privado, provenientes do SFH ou do SFI⁶⁹. Dessa forma, será evitado o elevado custo do dinheiro, embutido na operação de intermediação financeira, o que contribuirá para uma maior eficiência econômica e produtividade da atividade incorporativa e da indústria da construção civil como um todo. E a redução dos custos de construção dos imóveis negociados poderá resultar ainda na redução do preço final da unidade imobiliária e aumentar a lucratividade do incorporador.

Aliada à redução do custo da intermediação financeira, a existência de um ambiente favorável aos negócios incorporativos é outro fator que contribuirá para a redução de custos de construção e dos preços dos imóveis construídos sob regime de incorporação imobiliária. Também contribuirá para um ambiente favorável aos negócios incorporativos, a existência de segurança jurídica, para incorporador e os adquirentes, de modo que o primeiro tenha a

⁶⁸ Sob o ponto de vista formal, a conclusão da construção do prédio efetiva-se com a averbação da construção da edificação no competente Cartório de Registro Imóveis, após apreensão de requerimento do incorporador, instruído com o documento de individualização e discriminação das unidades e a licença de habitação ou “habite-se” (LCI, art. 44). Após a averbação, o registro imobiliária procederá a abertura de matrícula individual para cada uma das unidades imobiliárias.

⁶⁹ Há diferenças marcantes entre o SFH e o SFI. O primeiro, criado pela Lei nº 4.380, de 1964, opera com recursos do Fundo Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e dos Programas Habitacionais do Governo, e realiza financiamento somente de imóvel residencial avaliado até R\$ 500.000, 00 (quinhentos mil reais). O segundo, instituído pela Lei nº 9.514, de 1997, opera com recursos captado no mercado financeiro e pode ser utilizado em qualquer tipo de imóvel (residencial, comercial ou misto) sem limite de valor.

garantia que receberá o preço das unidades vendidas e o segundo que receberá o sonhado imóvel.

Segundo Cláudia Fonseca Tutikian, também contribuirá para a eficiência do setor e o consequente barateamento das unidades imobiliárias uma previsível e adequada interpretação e aplicação da LCI, que terá como resultado o alargamento do acesso à moradia. Para a citada autora, é na fase da contratação e dos pagamentos, que se inicia o ciclo envolvendo os “adquirentes e por consequência o seu capital privado a ser aplicado no setor, o que faz engrenar o sistema para motivar a concretização da norma constitucional de acesso à moradia.”⁷⁰

Por não atender tais características, não se consideram atividade de incorporação imobiliária as seguintes atividades:

- a) a construção de edificação coletiva, para alienação de unidades autônomas, após o término da obra e a averbação da edificação no Registro de Imóveis;
- b) a construção de edificação coletiva, para locação das unidades imobiliárias autônomas; e
- c) a alienação prévia ao início da construção ou durante a fase de construção (i) de edificação singular (uma casa, por exemplo) ou (ii) de totalidade da edificação coletiva (a venda de um prédio para instalação do setor administrativo de uma empresa, por exemplo).

2.3 AS VANTAGENS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Na sociedade brasileira atual, a atividade de incorporação imobiliária cumpre um papel importante com vistas à concretização do direito fundamental social à moradia. A necessidade da utilização desse valioso instrumento de implementação do direito à moradia apresenta várias vantagens.

A primeira delas está relacionada com o elevado crescimento urbano no País, fato que tem ocasionado o aumento da demanda por unidades habitacionais bem acima do que vem sendo ofertado pelo mercado imobiliário, contribuindo para o aumento do déficit habitacional. Esse crescimento desordenado, associado ao surgimento de habitações precárias (palafitas, casebres etc.), pode ser significativamente minorada com o adequado uso do instrumento da incorporação imobiliária, pois a atividade incorporativa tem grande potencial de produção de

⁷⁰ ⁷⁰ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2008, p. 114.

novas unidades imobiliárias, especialmente, aquelas demandadas pelo segmento da população de renda média e alta, que têm poder aquisitivo suficiente para adquirir o seu imóvel com recursos próprios ou por meio de financiamento de mercado.

A segunda vantagem consiste no fato de a incorporação imobiliária ser o único instrumento legítimo de alienação de unidades imobiliárias não construídas e de captação de recursos financeiros diretamente dos adquirentes para utilização na construção da edificação. Portanto, recursos financeiros sem os custos elevados decorrentes da intermediação financeira, o que contribui para a redução do custo de construção da unidade imobiliária e, por conseguinte, do preço de venda final do imóvel.

A terceira vantagem relaciona-se ao fato de a totalidade dos recursos financeiros utilizados na referida atividade ser proveniente de fontes privadas, geralmente, recursos financeiros obtidos de comercialização das unidades imobiliárias e de financiamento bancário privado, circunstância que permite a liberação dos escassos recursos públicos, orçamentários e institucionais, para aplicação exclusiva no setor de habitação de interesse social, onde se localiza grande carência de moradias dignas e se encontra presente a totalidade do déficit habitacional brasileiro.

Enfim, a quarta e última vantagem está no fato de o incremento da atividade de incorporação imobiliária ainda contribuir, de forma substancial, para o desenvolvimento da indústria da construção civil, que se expandiu de forma expressiva nos últimos anos, contribuindo para o desenvolvimento nacional⁷¹ e a geração de empregos⁷², especialmente, para a parcela da mão de obra de baixa qualificação profissional, em que presente o maior índice de desemprego do País.

Por todas essas vantagens, fica evidenciado que o instituto da incorporação imobiliária é considerado um instrumento de vital importância para fim de implementação do direito fundamental social à moradia, com benefícios evidentes para toda a sociedade, dentre os quais merece destaque, a redução do preço do imóvel e a não utilização dos escassos recursos públicos, que poderão ser direcionados para o setor de habitação de interesse social, onde existe maior carência por moradias dignas.

⁷¹ A indústria da construção civil vem contribuindo de forma significativa para aumento do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. No ano 2013, segundo dados da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), a participação do PIB da indústria da construção civil no PIB nacional foi 5,4% e no PIB da indústria de 21,6%. (BRASIL. Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC. Banco de Dados. PIB e Investimentos. **PIB Brasil e Construção Civil**. Belo Horizonte, BH, 2014).

⁷² A indústria da construção civil, sabidamente, é um setor de grande absorção de mão de obra. No ano 2009, a sua participação relativa na população ocupada era de 7,12%, conforme dados da CBIC (Op. cit., 2014).

Assim, o instituto da incorporação imobiliária contribui, diretamente, para realização do direito à moradia, mediante a oferta de imóveis residenciais com preços menores, e de forma indireta, libera os escassos recursos públicos para o financiamento de construção de moradias para as pessoas sem ou de baixa renda.

2.4 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

No âmbito do direito imobiliário⁷³, a expressão incorporação imobiliária tem o significado de atividade econômica que emprega fatores de produção com o intuito de promover e realizar a construção de edificação coletiva⁷⁴, constituída por unidades imobiliárias autônomas a serem comercializadas antes ou durante a fase de construção.

A referida atividade encontra-se definida no parágrafo único do art. 28 da LCI, como sendo “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a definição legal de incorporação imobiliária, apresenta deficiências e imprecisões, uma vez que valoriza o concretismo jurídico, realçando a atividade ao invés do contrato, que representa o fenômeno jurídico subjacente. Dando destaque o aspecto jurídico, o citado autor define incorporação imobiliária como sendo o “contrato por via do qual uma pessoa física ou jurídica se obriga a promover a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, para alienação total ou parcial”⁷⁵.

Um aspecto relevante, para fim de caracterização da atividade de incorporação imobiliária, diz respeito ao momento da alienação da unidade imobiliária, conforme anteriormente mencionado. Esse aspecto foi ressaltado por Melhim Namem Chalhub, ao definir incorporação imobiliária como sendo a atividade de coordenação e consecução de “empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em

⁷³ No âmbito do direito societário, a expressão incorporação societária encontra-se definida no artigo 227 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) como sendo “a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. No Código Civil de 2002, a definição de incorporação societária encontra-se prevista no artigo 1.116.

⁷⁴ Por edificação coletiva, objeto da atividade de incorporação imobiliária, deve ser entendida toda edificação, inclusive casas térreas ou assobradadas, posta a alienação ou comercializadas antes ou na fase de construção, sob regime de propriedade horizontal ou condomínio especial (LCI, art. 8º, combinado com os arts. 29 a 31).

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 17-22, jan.-mar. 1979, p. 18-19.

construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44)⁷⁶.

Assim, verifica-se que a atividade de incorporação imobiliária compreende, basicamente, duas atividades simultâneas e inseparáveis, a saber: (i) a alienação, parcial ou total, de frações ideais do terreno, ou de unidades imobiliárias autônomas⁷⁷ como coisa futura; e (ii) a promoção e a realização da construção de edificação, sob regime de propriedade horizontal ou condomínio especial.

Em decorrência da instituição do regime de propriedade horizontal, a fração ideal do terreno e a correspondente unidade imobiliária tornam-se inseparáveis. Para esse fim, o terreno é desmembrado em tantas partes ideais quantas forem as unidades imobiliárias a serem construídas, que resultará na formação de tantas novas propriedades exclusivas quantas forem as unidades imobiliárias vinculadas às respectivas frações ideais do terreno.

Além disso, o objeto de comercializado e a forma de contratação da construção da edificação definem o tipo de incorporação imobiliária, que se divide em: (i) incorporação por preço não global ou incorporação indireta (LCI, art. 48); e (ii) incorporação por preço global ou incorporação direta⁷⁸ (LCI, art. 41).

A primeira caracteriza-se pela alienação da fração ideal de terreno, sem incluir a contratação da construção da unidade imobiliária no mesmo instrumento contratual, que será celebrado a parte, por meio de outro contrato, firmado entre o condomínio dos adquirentes e o próprio incorporador ou diretamente com terceiro construtor. Neste caso, a contratação da construção realizar-se-á sob regime de empreitada (LCI, arts. 55 a 57) ou de administração (LCI, arts. 58 a 62) e o contrato de construção será autônomo⁷⁹ em relação ao contrato de alienação da fração ideal do terreno.

A segunda modalidade de incorporação caracteriza-se pela alienação da unidade imobiliária como coisa futura, que compreende o preço da quota do terreno e o preço da construção da unidade imobiliária. Neste caso, o incorporador firma o compromisso de venda

⁷⁶ CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 11.

⁷⁷ Para Orlando Gomes, as unidades autônomas “são um pavimento, uma loja, um apartamento residencial, um conjunto de salas, uma garagem, um terraço de cobertura, um box, enfim, tudo o que possa ser, no condomínio, propriedade exclusiva.” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 383)

⁷⁸ A incorporação direta é a forma de negócio preferida pelo mercado e a que melhor reflete a essência da atividade incorporativa, pois, nesta modalidade o incorporador assume a obrigação de promover e realizar a construção, com a utilização dos recursos provenientes das vendas das unidades imobiliárias.

⁷⁹ Assim também entende Orlando Gomes, para quem, se houver contratação de terceiro construtor, empreiteiro ou administrador da obra, “o contrato, de empreitada ou de administração, não é absorvido pelo de incorporação, conservando, pois, sua autonomia.” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 382.)

de unidade imobiliária a ser construída (coisa futura⁸⁰), obrigando-se a entregá-la pronta (acabada), em troca do preço avençado. Assim, o adquirente não contrata a prestação de serviço de construção da unidade, mas a aquisição de uma unidade imobiliária em construção e a ser recebida pronta. Logo, o serviço de construção realizado pelo incorporador, incluído no preço da unidade, configura-se uma atividade meio, para o cumprimento da atividade fim, que é a entrega da unidade imobiliária construída ao adquirente. Ademais, o fato de ser uma operação de compra e venda de um imóvel futuro não desnatura a natureza meramente comercial da referida operação⁸¹.

Em suma, na primeira modalidade de incorporação há um contrato comercial (de alienação da fração do terreno) e um contrato de prestação de serviço (de construção por empreitada ou por administração), enquanto que na segunda modalidade há apenas um contrato comercial (alienação da unidade imobiliária como coisa futura). Logo, para cada tipo de incorporação há uma forma distinta de contratação do objeto final da operação, que é a unidade imobiliária pronta.

Assim, fica demonstrado que a atividade de incorporação imobiliária não se confunde com a atividade de construção, pois, conforme o tipo de incorporação, aquela pode conter esta, situação que ocorre no regime de incorporação indireta, em que único contrato (o contrato de compromisso de compra e venda da unidade imobiliária) inclui a contratação da alienação da quota do terreno e da unidade imobiliária. Nesta hipótese, o incorporador assume a obrigação de construir o edifício, que pode ser cumprida por ele próprio (incorporador-construtor), ou por intermédio de terceiro construtor contratado pelo próprio incorporador (LCI, art. 43, II)⁸².

Nesse sentido, é oportuno trazer a lume a lição de Melhim Namem Chalhub, para quem “atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, mas incorporação e construção não se confundem, nem são noções equivalentes.” Para o citado autor, a atividade da construção só integrará o conceito de incorporação “se estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões [unidades imobiliárias] que a elas

⁸⁰ A previsão de compra e venda de coisa futura encontra-se expressamente contemplada no art. 483 do Código Civil de 2002, que tem a seguinte redação: “Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.”

⁸¹ A operação de compra e venda de unidade imobiliária a ser construída tem a mesma natureza da operação de compra e venda de um imóvel já construído. Neste caso, a única diferença encontra-se no estado do objeto transacionado, o que não altera a natureza puramente comercial de ambas as operações.

⁸² Na incorporação por preço global, embora a contratação da construção da edificação possa ser terceirizada pelo incorporador, o contrato de construção é um elemento natural do contrato de alienação da unidade imobiliária, ou seja, implicitamente, ele está incluído no contrato de alienação da unidade imobiliária como coisa futura.

haverão de se vincular”, mas, alternativamente, “a atividade de incorporação pode ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias.” E conclui o citado autor, que “a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção”⁸³.

Portanto, infere-se que a realização da construção da edificação pelo próprio incorporador não é requisito necessário à caracterização da atividade de incorporação imobiliária, pois, na incorporação por preço global, a construção da edificação poderá ser executada por um construtor contratado pelo próprio incorporador (terceirização do serviço de construção), enquanto que na incorporação por preço não global, o condomínio dos adquirentes poderá contratar diretamente um terceiro construtor, sob regime de empreitada ou de administração. Em qualquer das hipóteses, o incorporador não realiza a construção da edificação.

2.5 DAS FASES DE EXECUÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A atividade de incorporação imobiliária não se resume a comercialização das frações ideais de terreno ou das unidades imobiliárias autônomas e a construção da edificação, embora estas sejam as suas atividades principais. Além dessas atividades, ela envolve a articulação e a coordenação de diversos e variados negócios e fatores de produção, que, em conjunto, contribuem, direta ou indiretamente, para a construção da edificação e entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes. Entretanto, ainda que não apresente uma modelagem única, é possível visualizar algumas características gerais das fases de execução da atividade incorporativa, que caracterizam a sua estrutura e o seu desenvolvimento.

Ela tem início com as tratativas negociais entre o empreendedor (incorporador) e o proprietário do terreno, se o primeiro ainda tiver a propriedade do terreno. Nesta fase, incorporador e proprietário do terreno estão imbuídos de um interesse comum, que é a construção da edificação dividida em unidades autônomas, mas, geralmente, com objetivos distintos, pois o primeiro almeja a construção da edificação, para comercialização das unidades imobiliárias com lucro, ao passo que segundo deseja a construção para fim de utilização das futuras unidades para moradia ou investimento (locação ou futura comercialização).

⁸³ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 11.

Em seguida, acertado os detalhes da negociação entre incorporador e proprietário do terreno, aquele procura um arquiteto para fazer o projeto arquitetônico da edificação, um engenheiro para elaborar o projeto estrutural, uma construtora para realizar a construção da obra (se o incorporador não for também construtor), arquivar e registra o memorial de incorporação e demais documentos no competente Registro de Imóveis.

Com o arquivamento e o registro, o incorporador está legitimado a proceder o lançamento do empreendimento no mercado imobiliário e a colocar à venda as unidades imobiliárias autônomas, com vista à obtenção do capital a ser aplicado na construção da edificação⁸⁴.

Enfim, finalizada a construção da edificação e de posse da licença de habitação (“habite-se”), expedida pelo Poder Público municipal, o incorporador averbará a construção e discriminará e individualizará cada unidade imobiliária no competente registro imobiliário, que expedirá a matrícula para cada uma das unidades imobiliárias. Somente a partir da averbação da construção, individualização e expedição de matrícula para cada unidade autônoma é que se tem por concluída a fase de incorporação do empreendimento⁸⁵. A partir desse momento, as alienações das unidades imobiliárias remanescentes não se sujeitam às normas da LCI, mas às regras do contrato de compra e venda de imóvel pronto, previstas no Código Civil de 2002.

Com base nas referidas fases, em consonância com a doutrina de Everaldo Augusto Cambler, é possível visualizar um sentido amplo e um sentido estrito para incorporação imobiliária. De acordo com o citado autor, na primeira acepção, a incorporação imobiliária compreende um negócio jurídico, denominado contrato de incorporação imobiliária, por meio do qual “alguém (o incorporador) obriga-se a promover a construção do edifício e a transferir a propriedade das unidades autônomas em que o mesmo foi dividido, cabendo à outra parte (o candidato a proprietário ou adquirente) pagar o preço previamente ajustado”.

Na segunda acepção, a incorporação imobiliária pressupõe a presença de diversos relacionamentos entre pessoas físicas e jurídicas, envolvendo, além do incorporador, diferentes sujeitos que “compartilham o universo do empreendimento imobiliário, v.g., o

⁸⁴ Em face da característica de captação de recursos financeiros do público, mediante antecipação de parte do pagamento do preço de aquisição do futuro imóvel, a atividade de incorporação imobiliária é considerada atividade de interesse da economia popular.

⁸⁵ Da mesma forma entende Cláudia Fonseca Tutikian, que após a averbação da construção, de posse do habite-se e outros documentos exigidos por lei, o incorporador apresentará “o requerimento de individuação no Registro de Imóveis, que estando correto fará o desmembramento da matrícula ‘mãe’, originando as novas matrículas, em tantas quanto forem o número de unidades autônomas discriminadas, nas quais estará registrada a individuação e a convenção do condomínio.” (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação. In: **Revista da Escola Superior de Advocacia – OAB/RS**, nº 02, 2005, p. 221.)

proprietário do terreno (quando o próprio incorporador não é o titular do domínio), o projetista, o construtor, o agente financeiro, o corretor de imóveis, o adquirente.”⁸⁶

2.6 DA CONSTITUIÇÃO DO EMPREENDIMENTO INCORPORATIVO

Sob o aspecto formal, o arquivamento e o registro do memorial de incorporação, instruído com os documentos relacionado nas alíneas “a” a “p” do art. 32 da LCI, é o ato que constitui a incorporação imobiliária, conferindo-lhe existência jurídica. Trata-se de exigência legal com o objetivo de prestar informação aos interessados acerca da idoneidade do incorporador e do próprio empreendimento.

O registro do empreendimento tem enorme relevância para os negócios incorporativos, pois, reveste-se de requisito obrigatório⁸⁷, que deve preceder a realização do lançamento do empreendimento, bem como a oferta pública e alienação das unidades imobiliárias autônomas que integrarão a edificação a ser construída. A realização desse procedimento deve obedecer os mandamentos estabelecidos no art. 32 da LCI, que exige o cumprimento de requisitos específicos e apresentação de determinados documentos.

2.6.1 Do procedimento registral

Para fim de cumprimento de exigência legal, independentemente da modalidade de incorporação imobiliária, o memorial incorporativo deve ser arquivado e registrado no registro imobiliário, previamente ao lançamento do empreendimento, da oferta pública e da comercialização das respectivas unidades imobiliárias autônomas.

Não é necessário o registro do empreendimento perante o Cartório de Registro de Imóveis, se as unidades imobiliárias pertencentes a edificação coletiva forem alienadas somente após a conclusão da obra. Neste caso, é necessário apenas a averbação da construção, para individualização e discriminação das unidades imobiliárias, após a conclusão da construção, caso o proprietário deseje aliená-las separadamente, como propriedade exclusiva. Também é dispensável de prévio registro se o capital empregado na construção do prédio for, exclusivamente, do incorporador ou captado perante instituição financiadora.

⁸⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

⁸⁷ A comercialização de unidades imobiliárias sem o prévio registro do correspondente empreendimento incorporativo constitui contravenção relativa à economia popular, punível com multa de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos vigentes no País (LCI, art. 66, I).

Após a elaboração do memorial de incorporação, o procedimento registral tem início com a apresentação do citado documento perante o Oficial do competente Cartório de Registro de Imóveis, solicitando o seu arquivamento e registro, acompanhado dos documentos discriminados nas alíneas “a” a “p” do art. 32 da LCI.

Além do cumprimento da referida exigência legal, o arquivamento de tais documentos é de suma importância, para que os pretensos adquirentes possam conhecer a situação do terreno, o projeto de construção aprovado pelo Poder Público, a situação tributária do incorporador e do terreno, o memorial descritivo da obra, incluindo os quadros com a discriminação das áreas privativas e comuns da edificação etc.

Com a entrega dos referidos documentos, inicia-se a fase de conferência e, se for o caso, de impugnação do arquivamento e registro, procedimento da atribuição do Oficial do Cartório de Registro de Imóveis. Nessa etapa, será verificado se estão presentes todos os documentos exigidos e se eles atendem os requisitos legais. Para tal verificação, o Oficial dispõe do prazo de 15 (quinze) dias, findo do qual deverá se pronunciar sobre o pleito. Porém, se apurada alguma irregularidade, no mesmo prazo, o Oficial deverá apresentar impugnação, por escrito, em que deverá apontar todas as exigências necessárias ao saneamento das pendências detectadas (LCI, art. 32, § 6º).

Se inexistente qualquer irregularidade, ou se cumpridas as exigências formuladas, com a correção das informações e/ou complementação da documentação faltosa ou irregular, tem-se por superada a fase de conferência e impugnação, devendo o Oficial, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, autorizar o arquivamento da documentação e proceder o registro do correspondente empreendimento incorporativo à margem da matrícula do terreno onde será construída a edificação⁸⁸.

Com a realização do registro do empreendimento, o incorporador está legitimado a realizar o seu lançamento e a oferta pública das unidades no mercado imobiliário, dando início a comercialização das unidades autônomas, com vistas à obtenção dos recursos necessários à construção da edificação⁸⁹. De outro modo, sem o registro da incorporação

⁸⁸Em conformidade com o disposto no artigo 167, I, 17, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, após a apresentação e arquivamento dos referidos documentos será aberto, no competente Registro de Imóveis, o registro da incorporação, junto à matrícula do terreno, e a anotação de que no imóvel será feita a incorporação. Já o art. 169 do mesmo diploma legal determina que todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e serão efetuados no cartório de Registro de Imóveis da situação do imóvel.

⁸⁹No mesmo sentido, leciona Cláudia Fonseca Tutikian, que somente após satisfeito o procedimento registral é que “o incorporador estará apto a iniciar a comercialização das unidades, angariando recursos privados para a construção da edificação para, posteriormente, aplicar a técnica, construir e entregar as unidades aos respectivos adquirentes. Com isso, paulatinamente, concretizando o direito à moradia.” (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2008, p. 114)

imobiliária, é proibida a realização da venda ou promessa de venda, assim como a reserva de venda de qualquer unidade imobiliária autônoma, pertencente a edificação coletiva por construir ou em fase de construção. A legitimidade dessa exigência é reconhecida de forma uníssona pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁹⁰.

2.6.2 Do memorial de incorporação

O memorial de incorporação é o documento básico, emitido pelo incorporador, para fim de registro do empreendimento incorporativo. Ele deve ser elaborado em duas vias, assinado pelo incorporador ou por procurador com poderes especiais e firma reconhecida. Ele contém as informações relevantes, para que os interessados possam avaliar os riscos da operação de aquisição da futura unidade imobiliária, tais como as informações sobre o incorporador, o terreno, o empreendimento etc. E com a identificação do incorporador, como responsável pela incorporação, o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis poderá cumprir a obrigação de mencionar o nome do incorporador em todas as certidões que expedir e em todas as informações que vier a prestar sobre a incorporação.

Em relação ao memorial de incorporação, ensina Melhim Namem Chalhuh, que o referido documento enuncia a identificação da fração ideal do terreno e a descrição da unidade autônoma que a ela se vinculará, bem como o conteúdo das obrigações essenciais do incorporador no correspondente contrato, “notadamente o projeto que deverá ser executado, a especificação dos materiais que deverão ser aplicados na obra e o valor da obra expresso em orçamento”⁹¹.

Em razão da quantidade de documentos que o integra e da abrangência das informações que contempla, pode-se afirmar que o memorial de incorporação reúne os dados necessários para que os interessados na aquisição das unidades autônomas possam conhecer, em pormenor, o empreendimento incorporativo e a situação empresarial do incorporador. Integram o memorial de incorporação documentos de natureza jurídica, técnica, financeira e de regularidade empresarial e tributária.

⁹⁰ A título de exemplo, pode ser citada a decisão prolatada no julgamento do Agravo Regimental (AgRg) no Recurso Especial (REsp) nº 334.838/AM, cujos trechos relevantes do enunciado da ementa seguem transcritos: “[...] 1. O incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas do empreendimento imobiliário quando registrados, no Cartório de Registro Imobiliário competente, os documentos previstos no artigo 32 da Lei n. 4.591/1964. Descumprida a exigência legal, impõe-se a aplicação da multa do art. 35, § 5º, da mesma lei. Precedentes.

2. Agravo regimental provido em parte para dar parcial provimento ao recurso especial.” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 334.838/AM, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 18.5.2010, DJe 27.5.2010)

⁹¹ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 156.

O documento jurídico que integra o memorial de incorporação é o título de propriedade do terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do terreno. Esse documento é imprescindível para fim de constituição do empreendimento incorporativo, pois é necessário que o incorporador disponha de total disponibilidade sobre o terreno onde será construída a edificação coletiva, pois, do contrário, ficará impossibilitado de, após a consecução do empreendimento, transmitir aos adquirentes a propriedade das unidades imobiliárias alienadas.

Dentre os documentos de natureza técnica que acompanham o memorial de incorporação estão a cópia do projeto de construção, aprovado pelas autoridades competentes municipais, e os demonstrativos com os cálculos das áreas privativas e comuns da edificação, indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem da área a ser construída (memorial descritivo). Esses documentos possibilitam o conhecimento da futura unidade autônoma e das áreas comuns da edificação coletiva a ser construída.

Os documentos de natureza financeira que compõem o memorial são o orçamento da obra e o demonstrativo dos coeficientes de construção. Tais documentos possibilitam o conhecimento do custo global da obra e de cada unidade autônoma, incluindo a parcela de cada condômino no custeio das áreas comuns da edificação.

Por fim, os documentos relativos a regularidades empresarial e tributária que compõem o memorial de incorporação são o atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito, e as certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais, de protestos de títulos, de ações cíveis e criminais, relativas ao incorporador, e de ônus reais, relativas ao terreno. Trata-se de documentos que evidenciam a regularidade tributária, financeira e empresarial do incorporador, bem como a situação jurídica e tributária do terreno.

Em conjunto, todas essas informações são imprescindíveis para que o interessado na aquisição da futura unidade imobiliária possa avaliar os riscos do negócio incorporativo⁹². Além disso, realizado o arquivamento e efetivado o registro do empreendimento, toda a documentação apresentada fica acessível para consulta por qualquer pessoa interessada na compra das unidades imobiliárias, podendo verificar a regularidade de todos os documentos e a consistência das informações neles consignadas.

⁹² Segundo Cláudia Fonseca Tutikian a exigência do registro da incorporação imobiliária é de vital importância, “pois além de garantir a obrigação do incorporador de terminar a edificação, estritamente de acordo com as plantas, cálculos e descrições, inclusive acerca da qualidade do empreendimento, ainda trará a certeza ao adquirente da situação técnica e financeira da empresa.” (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2005, p. 222.)

Por força de exigência legal, o incorporador é obrigado a indicar o número de registro e do respectivo cartório em todos os meios de divulgação da oferta pública do empreendimento, tais como anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos preliminares ou definitivos etc., inclusive os veiculados por meio digital (LCI, art. 32, § 3º).

Enfim, a existência jurídica da incorporação imobiliária e a permissão para a comercialização das futuras unidades imobiliárias autônomas somente se efetiva após o arquivamento e o registro da mencionada documentação no competente Cartório de Registro de Imóveis. O descumprimento desse requisito implicará imposição de sanções de natureza civil e penal ao incorporador, conforme a seguir explicitado.

2.6.3 Da instituição do regime de propriedade horizontal

Além da formalização do empreendimento incorporativo, o registro do memorial de incorporação institui o regime de propriedade horizontal (condomínio especial ou edilício⁹³) sobre a edificação a ser construída⁹⁴.

O memorial descritivo da edificação⁹⁵, devidamente registrado, é o documento que cumpre a função de instituir o regime de condomínio especial ou propriedade horizontal sobre a edificação⁹⁶, pois é ele que apresenta (i) a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, (ii) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns, e (iii) o fim a que as unidades imobiliárias se destinam.

⁹³ O condomínio pode ser comum (ou tradicional) ou especial (ou edilício). O Código Civil de 2002 atribui ao primeiro tipo a denominação de “condomínio geral” (arts. 1.314 e seguintes), dividindo-o em dois tipos: o “condomínio voluntário” e o “condomínio necessário”, e ao segundo tipo a denominação de “condomínio edilício” (arts. 1.331 e seguintes).

⁹⁴ Esse é também o entendimento de Everaldo Augusto Cambler, para quem havendo “incorporação, estamos necessariamente afirmando existir uma instituição de condomínio.” (CAMBLER, Everaldo Augusto, **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.)

⁹⁵ O memorial descritivo da edificação não se confunde com a convenção do condomínio, prevista no art. 1.333 do Código Civil de 2002, documento que se subscrito pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais do terreno, cumpre a finalidade de constituição do condomínio edilício ou especial e a função de norma interna de conteúdo obrigatório, destinada a regulamentar o funcionamento do condomínio e as relações entre os condôminos.

⁹⁶ Da mesma forma, entende Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, que “tem-se por instituição de condomínio a manifestação de vontade que contém a identificação das unidades consideradas isoladamente e que deve, por fim, ser levada ao Registro Imobiliário.” (BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 168).

Dadas essas características, o memorial descritivo atende todos os requisitos do documento que instrumentaliza o ato entre vivos de instituição do regime de propriedade horizontal, previsto no art. 1.332 do Código Civil de 2002⁹⁷.

Com a instituição do regime de propriedade horizontal, o terreno passa a ter destinação específica, ou seja, nele será construída a futura edificação coletiva, formada pelas áreas privativas e áreas de uso comum. As primeiras, destinadas à venda e de livre utilização, integrarão propriedade exclusiva dos futuros adquirentes, enquanto que as segundas, destinadas ao uso comum, serão de propriedade do condomínio dos proprietários das unidades imobiliárias.

No regime de propriedade horizontal, a propriedade exclusiva é representada pelas partes suscetíveis de utilização independente pelos condôminos, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns. Enquanto que a propriedade comum compreende o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação, elevadores e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público.

As primeiras podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos (garagens), que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio, ao passo que as segundas são de utilização comum dos condôminos, não podendo ser alienadas separadamente, ou divididas.

Por fim, cabe ainda ressaltar que o registro da incorporação imobiliária, especialmente, do memorial descritivo da edificação, é a forma mais comum de instituição do regime de propriedade horizontal. Entretanto, esta não é a única forma de instituição dessa modalidade de regime de propriedade, que poderá ser instituído também por testamento e por outros atos ou acordos de vontade firmados entre vivos, inclusive por determinação judicial.⁹⁸

⁹⁷ No âmbito da LCI, o assunto encontra-se disciplinado no art. 7º, que tem o seguinte teor: “Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dêle constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.”

⁹⁸ No mesmo sentido, leciona Rodrigo Azevedo Toscano de Brito que a incorporação imobiliária aparece como a forma mais usual de instituição da propriedade horizontal, mas não a única, podendo o dito regime de propriedade ser instituído ainda “por via testamentária, por ato unilateral, por acordo de vontades, em decorrência de decisão judicial”. (BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 168)

2.6.4 Aspectos negativos da falta do registro

A realização de alienação de unidades imobiliárias autônomas sem o prévio arquivamento e registro do empreendimento incorporativo, sujeita o incorporador a diversas consequências jurídicas de natureza cível e penal.

Na esfera cível, dependendo da gravidade da irregularidade cometida, a falta do registro poderá resultar na decretação da nulidade ou anulabilidade do contrato de alienação da unidade imobiliária autônoma ou da quota do terreno. Deveras, se o vício for sanável, tem entendido a firme jurisprudência do STJ que tal irregularidade não implica nulidade ou anulabilidade do contrato de alienação, desde que sanado o vício antes da propositura da correspondente ação anulatória. Assim foi o entendimento externado na decisão prolatada no julgamento do REsp 192.315/MG⁹⁹.

Entretanto, se o vício for insanável, de sorte a inviabilizar a plena consecução do negócio incorporativo, ou se não sanado em tempo hábil, o STJ tem reiteradamente decidido pela nulidade ou rescisão contratual, o que ocorre, especialmente, nos casos de ausência de regularidade no título de propriedade ou de direitos aquisitivos sobre o terreno onde será erguida a edificação¹⁰⁰.

Ainda no âmbito cível, o incorporador fica também sujeito à multa de 50% (cinquenta por cento), calculada sobre a quantia efetivamente recebida do adquirente, se negociar unidades autônomas antes de proceder o arquivamento dos documentos legalmente exigidos no competente cartório de Registro de Imóveis e da expedição do registro da incorporação

⁹⁹ Os excertos relevantes do enunciado da ementa do referido julgado seguem transcritos:

“[...] I - A jurisprudência desta Corte afasta a nulidade ou a anulabilidade (nulidade relativa) do contrato de promessa de compra e venda por descumprimento do art. 32 da Lei n. 4.591/64, que exige o registro do memorial da incorporação no Cartório de Imóveis.

II - Todavia, se não sanada a irregularidade, pode o promissário comprador postular a resolução do contrato de promessa de compra e venda, em face do inadimplemento da obrigação por parte da incorporadora.” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp 192315/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.11.2001, DJ 18.02.2002, p. 448)

¹⁰⁰ A título de exemplo, cita-se a decisão proferida no julgamento do REsp nº 334838/AM, cujo trecho expressivo do enunciado da ementa segue reproduzido:

“[...] - Diante das peculiaridades do caso concreto, em que se constatou irregularidades decorrentes da ausência de contrato de promessa de venda ou de permuta das frações ideais do terreno, permitindo à incorporadora promover a incorporação, o que ensejou a rescisão dos contratos de promessa de compra e venda de unidades autônomas, salientando-se que a incorporadora é proprietária de parte do terreno, é possível a aplicação por analogia do art. 40, § 3º, da Lei das Incorporações, para impossibilitar a alienação pela incorporadora das unidades autônomas até que esta restitua aos respectivos ex-titulares os valores das parcelas de construção que adicionaram à unidade.

Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 535438/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.5.2004, DJ 14.6.2004, p. 217).

imobiliária (LCI, art. 35, § 5º). No mesmo sentido, tem se manifesta a jurisprudência do STJ¹⁰¹.

Além disso, configura contravenção relativa à economia popular, punível na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (Lei dos crimes contra a economia popular), a negociação, pelo incorporador, de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias, sem cumprimento prévio das exigências legais, especialmente o atendimento do requisito concernente ao prévio arquivamento e registro do memorial de incorporação, acompanhado dos demais documentos legalmente exigidos, no Cartório de Registro de Imóveis (LCI, art. 66, I).

2.6.5 Aspectos positivos do registro da incorporação imobiliária

A decisão de comprar um imóvel em projeto ou em fase de construção exige do comprador cuidados redobrados antes de realizar a correspondente transação imobiliária, pois trata-se de bem de elevado valor e fisicamente inexistente (“coisa futura”). O primeiro cuidado diz respeito a verificação da capacidade econômica, financeira e técnica do incorporador.

Em relação à capacidade técnica, o adquirente deve se informar se o incorporador já realizou outros empreendimentos e, caso positivo, verificar se as edificações são de boa qualidade, se foi prestada adequada assistência aos adquirentes após a entrega do imóvel, especialmente, se houve reparo de eventuais vícios ou defeitos construtivos apresentados nos imóveis anteriormente construídos e entregues.

Após análise do perfil empresarial do incorporador e confirmado que ele apresenta idoneidade empresarial e tem condições técnicas e financeiras de realizar a obra, o passo seguinte, consiste em verificar se o empreendimento encontra-se regularmente registrado no competente Cartório de Registro de Imóveis. Essa informação tem grande importância, para fim de confirmação da regularidade formal do empreendimento.

A efetivação desse registro representa elemento de vital importância, pois, com base na documentação arquivada no correspondente registro imobiliário, os interessados podem avaliar a situação econômica, financeira e técnica do incorporador e as características e

¹⁰¹ Dentre outros julgados, o referido entendimento foi externado no julgamento do AgRg no REsp 334838/AM, cuja parte pertinente do enunciado da ementa segue transcrita:

“[...] 1. O incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas do empreendimento imobiliário quando registrados, no Cartório de Registro Imobiliário competente, os documentos previstos no artigo 32 da Lei n. 4.591/1964. Descumprida a exigência legal, impõe-se a aplicação da multa do art. 35, § 5º, da mesma lei. Precedentes.

2. Agravo regimental provido em parte para dar parcial provimento ao recurso especial.” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 334838/AM, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 18.5.2010, DJe 27.5.2010)

qualidades do empreendimento incorporativo, podendo assim decidir pela realização do negócio, respaldado em dados e informações contidos em documentos públicos ou aprovados pelo Poder Público e cancelados pelo Oficial do registro imobiliário.

Tais informações podem ser colhidas por meio de consulta direta ou obtenção de cópias dos documentos arquivados no Cartório de Registro de Imóveis, pois o Oficial tem a obrigação de fornecer certidão sobre a regularidade registral do empreendimento, inclusive cópias dos documentos arquivados, bem como autenticar as cópias apresentadas pela parte interessada (LCI, art. 32, § 4º).

Enfim, com base no memorial de incorporação e demais documentos arquivados no registro imobiliário, as pessoas interessadas podem obter informações relevantes sobre a situação jurídica e patrimonial do incorporador, a forma de aquisição do terreno e a existência de eventual ônus existente sobre este, os projetos de construção aprovados pelas autoridades competentes etc. De posse dessas informações, o incorporador terá condições de avaliar o perfil empresarial e a idoneidade do incorporador, a consistência econômico-financeira do empreendimento, as especificações técnicas do projeto, o risco da compra da futura unidade imobiliária etc¹⁰².

Nesse sentido, leciona Cláudia Fonseca Tutikian, que após o incorporador cumprir todas as exigências legais atinentes ao registro da incorporação imobiliária, aos futuros adquirentes das unidades abre-se a possibilidade de tomar conhecimento de “todos os dados relativos ao empreendimento e às unidades, além de ter um panorama da situação técnica, fiscal, financeira, jurídica e etc da empresa, através da documentação obrigatória anexada”¹⁰³.

O registro da incorporação representa o compromisso público assumido pelo incorporador de construir a edificação de acordo com o projeto, plantas e as descrições técnicas, padrão de qualidade, material especificado, que foram discriminados no memorial de incorporação e nos documentos que o acompanha. Além disso, a publicidade dos dados do empreendimento ainda possibilita ao adquirente conferir e certificar ou não, após a conclusão da construção da edificação e recebimento da unidade imobiliária, se foram fielmente executados os projetos de construção, bem como cumpridas as demais obrigações de natureza técnica assumidas pelo incorporador. E essa verificação só é possível, se houve o prévio registro da incorporação, providência que impede o incorporador ou construtor de alterar o

¹⁰² Segundo Arnaldo Rizzardo, com base no exame do registro da incorporação e dos documentos arquivados, o adquirente “toma conhecimento do negócio que vai contrair, da pessoa ou empresa com a qual contratará e que dirigirá o empreendimento, e identifica-se do imóvel que efetivamente comprará, das dimensões da unidade de que será titular, de sua participação nas áreas comuns e na área do terreno.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 320-321.)

¹⁰³ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2005, p. 221.

projeto, especialmente no que tange às especificações das partes privativa e comuns, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos adquirentes ou por exigência legal (LCI, art. 43, IV).¹⁰⁴

Uma outra vantagem, decorrente do registro do empreendimento incorporativo, consiste na possibilidade conferida ao comprador de registrar o contrato particular de compra e venda ou promessa de compra e venda à margem da matrícula do empreendimento incorporativo. Essa providência, além conferir o direito real oponível a terceiros, assegura ao adquirente o direito de interpor medida judicial de adjudicação compulsória da unidade imobiliária perante o incorporador ou quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra (LCI, art. 32, § 2º).

Trata-se, portanto, de providência de suma importância, para fim de proteção do direito aquisitivo do comprador, pois impossibilita que haja transferência da propriedade do imóvel para terceiros, sem a prévia aquiescência do adquirente. Ademais, se o imóvel for alienado sem o consentimento do adquirente, o novo comprador não conseguirá registrar o contrato de compra e venda e, por decorrência, obter a propriedade do imóvel, arcando com o prejuízo da transação por não ter se acautelado previamente à realização do negócio e verificado a existência de gravame perante a matrícula do empreendimento.

Não se pode olvidar que, na ausência de registro da incorporação, o adquirente fica impossibilitado de proceder o registro do referido contrato, pondo em risco a consolidação da sua titularidade sobre o domínio da futura unidade imobiliária. Dada essa circunstância, entende Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, que não resta outra alternativa ao adquirente senão “ajuizar ação cominatória para compelir o incorporador ou proprietário do terreno a fazer o registro da incorporação, de forma que possibilite o acesso do contrato ao Registro de Imóveis.”¹⁰⁵

Outra relevante vantagem conferida aos adquirentes está relacionada à vedação imposta ao incorporador de, após a realização da alienação da primeira unidade imobiliária, não mais oferecer o terreno e as futuras unidades autônomas em garantia real, sem a prévia anuência de todos os compradores e promitentes compradores. Aliás, esse foi o entendimento

¹⁰⁴ Da mesma forma, o entendimento externado por Cláudia Fonseca Tutikian, para quem o registro da incorporação imobiliária trata-se procedimento de “vital importância, pois além de garantir a obrigação do incorporador de terminar a edificação, estritamente de acordo com as plantas, cálculos e descrições, inclusive acerca da qualidade do empreendimento, ainda trará a certeza ao adquirente da situação técnica e financeira da empresa.” (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, op. cit., 2008, p. 179.)

¹⁰⁵ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 244.

que se firmou no âmbito da jurisprudência do STJ, a exemplo do acórdão proferido no julgamento do REsp 329968/DF¹⁰⁶.

Outro benefício, decorrente do registro do empreendimento incorporativo, consiste na prerrogativa conferida ao adquirente de poder averbar, no Registro de Imóveis, a carta-proposta ou qualquer documento de ajuste preliminar de promessa de compra e venda da unidade, caso o incorporador descumpra o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da data da assinatura de qualquer documento de ajuste preliminar, ou do termo final do prazo de carência da incorporação, se houver, para a celebração (i) do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda da unidade imobiliária como “coisa futura”, ou (ii) do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda da fração ideal do terreno conjugado com o contrato de construção, firmado com o construtor ou com o próprio incorporador. Neste caso, se não cumprida tal providência, no prazo estabelecido, o incorporador fica ainda sujeito à cominação de multa de 50% (cinquenta por cento), calculada sobre a quantia que, efetivamente, tiver recebido do adquirente, a ser cobrada pelo adquirente ou candidato à aquisição, inclusive por intermédio da via executiva (LCI, art. 35, §§ 1º, 4º e 5º¹⁰⁷).

Por todos esses efeitos, o registro da incorporação imobiliária representa ato indispensável para a segurança jurídica do investimento do adquirente da unidade imobiliária ainda não construída, medida que contribuirá para a efetivação do empreendimento imobiliário e o fomento, em larga escala, do direito fundamental social à moradia digna e de qualidade¹⁰⁸.

¹⁰⁶Os trechos relevantes do referido julgado têm o seguinte teor, *in verbis*: “[...] I - Os arts. 677 e 755 do Código Civil aplicam-se à hipoteca constituída validamente e não à que padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel.

II - É negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos, principalmente se a hipoteca se deu dois meses antes da concessão do habite-se, quando já era razoável supor que o prédio estivesse concluído, não sendo igualmente razoável que a obra se tenha edificado nesse reduzido período de tempo.

III - É da jurisprudência desta Corte que, ‘ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa fé.’” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp 329968/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 09.10.2001, DJ 04.02.2002, p. 394)

¹⁰⁷ O prazo inicialmente fixado no citado artigo foi alterado pelo art. 13 Lei nº 4.864, de 1965, que tem a seguinte redação: “Art. 13. É de 60 (sessenta) dias o prazo máximo concedido ao incorporador, no art. 35 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964”.

¹⁰⁸ Embora a unidade imobiliária residencial tenha amplo predomínio em relação aos demais tipos, o objeto da atividade de incorporação imobiliária não se restringe à comercialização e construção de unidades imobiliárias do tipo residencial, tais como casa, apartamento, terraço de cobertura etc., pois, a referida atividade envolve a construção de todo tipo de unidade imobiliária que possa ser, na edificação, propriedade exclusiva, inclusive as de natureza comercial (loja comercial, salas de escritórios, boxe etc.) e as destinadas a guarda de veículos (garagem).

2.7 DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O conteúdo e os requisitos de formação, execução e extinção contrato de incorporação imobiliária encontram-se estabelecidos na LCI¹⁰⁹, o que o caracteriza com um contrato típico ou nominado. Nesse sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem o contrato de incorporação ganhou tipicidade a partir da vigência da LCI, pois foi a partir da vigência deste diploma legal que, em termos gerais, encontram-se estatuídos os direitos e os deveres dos contratantes. Para o citado autor, “basta, então, celebrar um contrato de incorporação para desde logo reportarem-se as partes às disposições legais respectivas, sem a necessidade de uma invocação específica”¹¹⁰.

Em consonância com o critério de classificação de Everaldo Augusto Cambler, anteriormente abordado, a atividade de incorporação imobiliária apresenta um sentido amplo e outro estrito. Para o referido autor, a incorporação imobiliária *lato sensu* corresponde a uma “pluralidade de negócios interligados, com efeitos jurídicos próprios e independentes, mas todos agrupados em torno de uma realidade jurídica única: a atividade incorporativa normatizada pela LCI”, enquanto que, formando o centro nuclear da incorporação imobiliária *lato sensu* encontra-se “um negócio jurídico unitário, composto de diversas outras declarações reunidas, complementares uma das outras: é o negócio jurídico incorporativo, ou incorporação imobiliária *stricto sensu*”¹¹¹.

Em outra obra, o citado autor afirma que o núcleo da atividade incorporativa resume-se em um negócio jurídico, denominado “contrato de incorporação imobiliária”, por meio do qual “alguém (o incorporador) obriga-se a promover a construção do edifício e a transferir a propriedade das unidades autônomas em que o mesmo foi dividido, cabendo à outra parte (o candidato a proprietário ou adquirente) pagar o preço previamente ajustado”¹¹².

Neste tópico, será abordado o contrato de incorporação imobiliária *stricto sensu* ou negócio jurídico incorporativo (“núcleo da atividade incorporativa”), que compreende a atividade de alienação de frações ideais do terreno ou de unidades imobiliárias autônomas

¹⁰⁹ Para Melhim Namem Chalhoub, a Lei nº 4.591, de 1964 (LCI) “conferiu tipicidade ao contrato de incorporação imobiliária, fixando sua estrutura e seus contornos, definindo as condições de sua contratação, enunciando seus efeitos, identificando a figura central (o incorporador) em torno da qual gravitam os atos concernentes ao negócio e tratando das obrigações das partes.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 149.)

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., 1979, p. 18.

¹¹¹ CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 180.

¹¹² Id, op. cit., 1997, p. 30.

(obrigação de dar) e a atividade de construção (obrigação de fazer)¹¹³. E o incorporador, independentemente da modalidade de incorporação, tem a responsabilidade de promover e realizar a construção da edificação diretamente, quando assume a obrigação de construir o edifício (incorporação direta), ou indiretamente, quando assume a responsabilidade de promover a construção, mas a obrigação de realizá-la cabe ao construtor contratado diretamente pelo condomínio dos adquirentes pelo regime de empreitada ou de administração (incorporação indireta).

Em qualquer das formas de alienação, a contratação da construção é um elemento intrínseco ao contrato de incorporação, seja integrando, implicitamente, o contrato de alienação da unidade imobiliária, no regime de incorporação por preço global ou incorporação direta (LCI, art. 41), seja conjugada com o contrato de alienação da fração ideal do terreno, no regime de incorporação por preço não global ou incorporação indireta¹¹⁴ (LCI, art. 48).

Em face dessas características, tem-se que as partes principais que integram o contrato de incorporação imobiliária *stricto sensu*¹¹⁵ são, de um lado, a pessoa do incorporador e, do outro, as pessoas dos adquirentes (incorporação direta). Eventualmente, de um lado, o condomínio dos adquirentes, e do outro, o construtor (incorporação indireta). E o acordo firmado no âmbito do contrato de incorporação abrange os seguintes ajustes¹¹⁶:

- a) de alienação de fração ideal de terreno ou de futura unidade imobiliária; e
- b) de construção da edificação.

Se houver alienação, pelo incorporador, de unidade imobiliária como coisa futura, ressalta-se novamente, este assume, implicitamente, a obrigação de construção da edificação, que, em razão dessa característica, necessariamente, faz parte do referido contrato de alienação. Essa forma de contratação, a seguir analisada, denomina-se contrato de incorporação por preço global, porque congrega único contrato e, simultaneamente, dois

¹¹³ Esse também é o magistério de Melhim Namem Chalhub, para quem a construção “será sempre um elemento essencial do contrato de incorporação, pouco inportando que o objeto do contrato seja a venda de unidade como coisa futura, a preço certo, por conta e risco do incorporador, ou, diferentemente, a venda de fração ideal do terreno e a execução da obra a risco do adquirente.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 142.)

¹¹⁴ No regime de incorporação por preço não global, há dois tipos de contratos autônomos, mas interdependentes, o contrato de alienação da fração ideal do terreno, celebrado entre o incorporador e os adquirentes (individualmente), e o contrato de construção da edificação, celebrado entre o condomínio dos adquirentes e o construtor ou entre o incorporador e o construtor.

¹¹⁵ No contrato de incorporação imobiliária *lato sensu* participa um grande número de pessoas, físicas ou jurídicas, dentre as quais o arquiteto, o proprietário do terreno, o construtor, o agente financeiro do empreendimento, o corretor etc.

¹¹⁶ Para Orlando Gomes, o “contrato de incorporação abrange os seguintes ajustes: a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; b) de construção do edifício; c) do condomínio a ser constituído.” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 382.). Aqui defende-se que a instituição do condomínio especial ou regime de propriedade horizontal trata-se de ato unilateral do incorporador, que integra o contrato de incorporação *lato sensu*, haja vista que ele é formalizado pelo incorporador com o registro do memorial descritivo da edificação, que integra o memorial de incorporação, conforme anteriormente demonstrado.

ajustes: (i) de alienação da unidade imobiliária autônoma como coisa futura e (ii) de construção da edificação, sob inteira responsabilidade do incorporador.

Além dos aspectos gerais anteriormente explicitados, algumas particulares do contrato de incorporação imobiliária merecem ser ressaltadas. A primeira delas diz respeito à vinculação inseparável entre a fração ideal do terreno e a unidade imobiliária autônoma do edifício, que é uma característica inerente ao regime de propriedade horizontal. Em face dessa condição, a aquisição da fração ideal do terreno, ou a constituição de direito real de promitente comprador sobre ela, representa condição necessária para a aquisição da propriedade exclusiva da unidade imobiliária.

E por força dessa característica, a transmissão da propriedade da fração ideal, ou o compromisso irretratável de transferi-la ao adquirente da unidade autônoma, constitui obrigação indeclinável do incorporador, pois, no âmbito da atividade de incorporação imobiliária, não é admissível o domínio da unidade autônoma desvinculado da respectiva quota-parte do terreno. Logo, para que tenha plena eficácia, é imprescindível que a promessa de venda da fração ideal seja sempre realizada em caráter irretratável¹¹⁷. Aliás, é nulo o contrato de incorporação imobiliária no qual não se constitua um dos dois direitos reais (compra ou promessa de compra) sobre a fração ideal do terreno.

A segunda particularidade está relacionada com a responsabilidade pelo custo da construção da edificação, que poderá ser assumida com exclusividade pelo incorporador ou dividido entre os adquirentes da fração ideal do terreno, na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades imobiliárias. Se o incorporador assumir, com exclusividade, o custo total de construção da edificação, o contrato de alienação da unidade imobiliária inclui o preço da quota do terreno e o custo da construção da unidade imobiliária (LCI, art. 41)¹¹⁸.

Em face da relevância que representam para o perfeito conhecimento do contrato de incorporação imobiliária (em sentido estrito), as partes e os ajustes que o integram serão a seguir analisados em pormenor.

¹¹⁷ Leciona Orlando Gomes, que somente a promessa irretratável de venda da fração ideal, averbada à margem do registro da incorporação, “confere incontestável e plena eficácia ao contrato de incorporação imobiliária. Embora a venda ou a promessa irrevogável de venda da fração ideal do terreno não sejam contratos autônomos em relação ao de incorporação imobiliária, mas simples elementos do conteúdo da relação jurídica a que dá vida, aplicam-se-lhe as regras desses dois contratos que não se choquem com as que regem prestações típicas de outros contratos presentes também no seu contexto, ou lhe não desvirtuem a causa.” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 382.)

¹¹⁸ Por essa razão, o contrato de incorporação por preço global é popularmente conhecido como operação de “venda a preço fechado”.

2.7.1 Das partes do contrato de incorporação imobiliária

No âmbito do contrato de incorporação imobiliária uma pessoa obriga-se a promover e realizar a construção do edificação sob regime de propriedade horizontal e, ao final da construção, entregar as referidas unidades imobiliárias aos adquirentes. Essa pessoa, física ou jurídica, é o incorporador. Do outro lado da relação contratual estão os adquirentes da fração ideal do terreno ou da unidade imobiliária autônoma, que têm a obrigação de pagar o preço acordado.

Assim, sob o aspecto subjetivo, o contrato de incorporação imobiliária exige, necessariamente, a participação de duas partes, no mínimo, que são o incorporador, de um lado, e o adquirente ou promitente adquirente, do outro. O construtor somente participará do contrato de incorporação, na hipótese de alienação da fração ideal do terreno e se condomínio dos adquirentes firmar com ele o contrato de construção da edificação.

2.7.1.1 Do incorporador

O incorporador é a pessoa, física ou jurídica, que concebe, promove e executa o empreendimento de incorporação imobiliária. E na condição de principal beneficiário do resultado econômico do negócio incorporativo, independentemente do tipo de incorporação, assume a responsabilidade pelas obrigações decorrentes da incorporação imobiliária que promover, inclusive em regime de solidariedade, se houver mais de um incorporador para o mesmo empreendimento incorporativo (LCI, art. 31, § 3º).

No mesmo sentido, a doutrina de Melhim Namem Chalhub, para quem qualquer que seja a roupagem de que se revista, a atividade de incorporação imobiliária tem como elemento central a figura de um incorporador, que é “o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas, bem como pela sua regularização no Registro de Imóveis”¹¹⁹.

A definição de incorporador consta do *caput* do art. 29 da LCI, que, em essência, define-o como a pessoa, física ou jurídica, que embora não efetuando “a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais

¹¹⁹ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 12.

frações a unidades autônomas, [...] em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial”.

Com base na referida definição, extrai-se que, no âmbito do negócio incorporativo, as duas principais obrigações assumidas pelo incorporador consistem em (i) promover e realizar a construção do edifício e, ao término, (ii) entregar a unidade imobiliária ao seu adquirente. Logo, a obrigação do incorporador tem natureza mista, pois compreende obrigação de fazer (característica do contrato de construção) e obrigação de dar (típica do contrato de comercialização). E a obrigação de, ao final, entregar a unidade imobiliária ao adquirente, caracteriza a obrigação do incorporador como obrigação de resultado.¹²⁰

Assim, a atividade do incorporador compreende a atividade de construtor e de comerciante¹²¹. Entretanto, a realização da construção da edificação não é condição necessária para caracterizar o incorporador, uma vez que ela pode ser realizada por terceiro, mas a alienação da quota do terreno ou da futura unidade imobiliária, necessariamente, deve ser realizada pelo incorporador e efetivada antes ou durante a construção da edificação¹²². Portanto, a atividade de comerciante é inerente à atividade de incorporação imobiliária, mas não é a atividade de construtor¹²³.

A vinculação do incorporador ao empreendimento incorporativo trata-se de exigência que deve ser observada durante a fase de comercialização, haja vista que é vedada a realização de qualquer proposta de venda de quota de terreno ou de unidade imobiliária autônoma sem a indicação expressa do incorporador, assim como a obrigatória indicação ostensiva do seu nome no local da construção até a conclusão do negócio incorporativo¹²⁴ (LCI, art. 31, § 2º).

¹²⁰ Da mesma forma, leciona Orlando Gomes que o objeto da obrigação do incorporador é complexo por envolver diversas prestações, pois, não lhe incumbe o cumprimento de prestação única, mas de obrigações distintas, de dar e de fazer. Para o citado autor o incorporador obriga-se “a transferir um direito real, dando, e promover uma construção, fazendo. Considerado conforme seus efeitos, a obrigação do incorporador é de resultado, eis que se compromete a entregar à outra parte a sala, o apartamento, a loja ou qualquer outra unidade autônoma que se obrigou a construir”. (GOMES, Orlando, op. cit., p. 383.)

¹²¹ Segundo Everaldo Augusto Cambler, “o incorporador, pessoa física ou jurídica, sempre será considerado comerciante, mesmo que não exerça essa função com habitualidade ou seja pessoa física”. (CAMBLER, Everaldo Augusto, op. cit., 1997, p. 41.)

¹²² Em razão de tais características, não se considera incorporador a pessoa que constrói para uso próprio ou para comercializar edificação não dividida ou, se dividida em unidades autônomas, a alienação das unidades imobiliárias ocorra somente após o término da construção da edificação.

¹²³ No mesmo sentido, entende Orlando Gomes que “o incorporador não tem de acumular inevitavelmente a condição de construtor. A construção tanto pode ser promovida e realizada pelo incorporador, sob regime de empreitada ou administração, como pode ser contratada diretamente entre adquirentes e a companhia construtora. A construção da edificação pelo incorporador não é, desse modo, um elemento natural do contrato de incorporação.” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 381.)

¹²⁴ A conclusão do negócio incorporativo ocorre, sob aspecto material, com o término da obra e, sob o aspecto formal, com a expedição da licença de habitação (habite-se) e averbação da construção no registro imobiliário.

Por presunção legal, equipara-se a incorporador toda pessoa que promova a alienação de frações ideais do terreno, antes do arquivamento e registro do memorial de incorporação do empreendimento, independentemente de já se encontrar aprovado ou pendente de aprovação, por autoridade administrativa municipal, no momento da contratação da venda ou da cessão das frações ideais, o respectivo projeto de construção (LCI, art. 29, parágrafo único).

A condição de incorporador também se estende aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos de frações ideais de terreno, que contratarem a construção de edificação sob regime de propriedade horizontal e iniciarem as alienações das respectivas unidades imobiliárias antes da conclusão das obras (LCI, art. 30). Esta equiparação a incorporador somente se aplica aos adquirentes que firmarem contrato de incorporação sob a modalidade de preço não global (LCI, art. 48), em que o incorporador realiza a alienação somente da fração ideal do terreno, vinculada à futura unidade imobiliária, e a contratação da construção da edificação, sob regime de empreitada ou administração, é realizada a parte pelo condomínio dos adquirentes, com o próprio incorporador ou diretamente com o construtor.

Também é frequente, o proprietário do terreno firmar compromisso de compra e venda com o incorporador com o pagamento do preço, no todo ou em parte, realizado com unidades imobiliárias do próprio empreendimento incorporativo a ser construído. Neste caso, o incorporador deve discriminar em todos os documentos de ajuste, separadamente, (i) a parcela que, se houver, será paga em dinheiro, (ii) a quota-parte da área das unidades, expressa em metros quadrados, a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades e (iii) se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo adicional (LCI, art. 39).

Nesse tipo de transação, denominada de “permuta no local”, o proprietário do terreno não se equipara a incorporador. Ele assume o *status* jurídico de adquirente, em igualdade de condições com os demais adquirentes de unidades da incorporação e sua condição só difere dos outros adquirentes relativamente à forma de pagamento, pois ele efetiva o pagamento da ou das unidades imobiliárias com o próprio terreno, no qual será erguido a edificação. Porém, tal circunstância não tem o condão de descaracterizar a sua condição de adquirente nem a natureza de relação de consumo existente entre ele e o incorporador.

No entanto, se perante o incorporador o proprietário do terreno equipara-se a consumidor, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a sua relação com os demais adquirentes não será de consumo, mas civil, tanto no que se refere à conclusão regular do empreendimento (quando assumirá a condição de condômino juntamente com o

demais adquirentes), quanto no caso de rescisão do contrato de alienação (permuta) do terreno. Esse entendimento está de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ¹²⁵.

Na hipótese de rescisão do contrato de alienação do terreno, visando a evitar o enriquecimento sem causa do terreno, nos termos do art. 40 da LCI, o proprietário-permutante assume a condição de responsável pelo ressarcimento aos demais adquirentes de tudo quanto foi por estes pagos pelos outros apartamentos vendidos pelo incorporador, quando o primitivo negócio ainda estava vigente. Neste caso, com relação aos demais adquirentes das unidades imobiliárias, será considerada ineficaz qualquer cláusula exoneratória de responsabilidade do proprietário-permutante do terreno, haja vista que a mesma só poderia vincular as partes que a tivessem estabelecido (incorporador e proprietário-permutante). Esse entendimento também se encontra pacificado no âmbito da jurisprudência do STJ¹²⁶.

Pode ser incorporador toda pessoa, física ou jurídica, comerciante ou não, construtor ou não, desde que seja:

- a) o proprietário do terreno ou quem exerça a condição de proprietário de terreno;
- b) o construtor e o corretor de imóveis, devidamente habilitados e investidos de mandato conferido por instrumento público, pelo proprietário do terreno ou quem exerça esta condição, com poderes especiais para promover todos os atos atinentes à incorporação e ainda contendo cláusula expressa assecuratória do direito de o adquirente averbar, no registro imobiliário, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar da compra da quota do terreno; e
- c) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste (LCI, arts. 29 e 31)¹²⁷.

Além disso, para ser incorporador, qualquer das pessoas legitimadas deve ser proprietária ou exercer a condição de proprietária de um terreno de livre disponibilidade, incluindo o pleno exercício da posse e possa promover no terreno, sem qualquer impedimento, a construção da edificação sob regime propriedade horizontal e a alienação das respectivas frações ideais do terreno, vinculadas às unidades imobiliárias, antes de concluída a

¹²⁵ A título de exemplo, cita-se o acórdão proferido no julgamento do REsp 686.198/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, j. em 23/10/2007, DJ 01/02/2008, p. 1.

¹²⁶ A título de exemplo, cita-se o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no REsp 1107117/SC, rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, j. em 22/02/2011, DJe 28/02/2011.

¹²⁷ A referida previsão dos ente federados como incorporador foi instituída pela Lei nº 12.424, de 16 novembro de 2011, que deu nova redação ao art. 31 da LCI, acrescentando-lhe a alínea “c”.

construção, de modo que, ao final da consecução do empreendimento, possa ser atribuído aos adquirentes o título de propriedade das respectivas unidades imobiliárias.

Para ser incorporador não é necessário que a pessoa legitimada seja um profissional que atua com habitualidade no ramo de incorporação imobiliária. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, pode ser incorporador a pessoa que, num dado momento, promove uma incorporação, isto é, que “realiza um empreendimento que consiste em dispor de um terreno dividido em frações ideais alienando as unidades em fase de construção vinculadas às frações ideais, sob regime condominial.” Para o referido autor, não é o fato de vender unidades autônomas que qualifica a pessoa como incorporador, mas a circunstância dela promover a construção e alienar, em fase de construção, as frações ideais vinculadas as unidades autônomas da edificação. Assim, conclui que se um “médico, um advogado, um juiz, proprietário ou promitente comprador de um terreno, num dado momento, realizar uma edificação alienando frações ideais vinculadas a unidades autônomas, é incorporador”.¹²⁸

Também não há necessária relação de interdependência entre a atividade de incorporador e de construtor, pois, embora aquele possa exercer, cumulativamente, a atividade de incorporador e construtor (incorporador-construtor), não descaracteriza a condição de incorporador o fato de ele contratar com o construtor a realização da obra, ou os próprios adquirentes contratarem diretamente com o construtor a construção da edificação, no regime de incorporação indireta.

2.7.1.2 *Dos adquirentes*

A outra parte que integra o contrato de incorporação imobiliária é o adquirente, ou promitente adquirente, da fração ideal do terreno ou da unidade imobiliária autônoma pertencente à edificação coletiva, submetida a regime de condomínio especial ou de propriedade horizontal. Com a ressalva de que a compra, ou promessa de compra, somente configurará contrato de incorporação imobiliária se a transação for realizada antes ou durante a fase de construção do edifício.

No âmbito do contrato de incorporação imobiliária, o adquirente, ou promitente adquirente, assume a obrigação de pagar o preço da unidade imobiliária. Dada essa condição, tem-se que o objeto da obrigação do adquirente representa uma prestação pecuniária representativa do preço da unidade imobiliária adquirida. A referida prestação pecuniária

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 17-22, jan.-mar. 1979, p. 19-20.

pode ser quitada em parcela única ou em parcelas mensais, sendo que a forma de pagamento parcelado é a mais utilizada na atividade de incorporação imobiliária. Se o parcelamento for estipulado em prazo mínimo de 36 (trinta e seis) meses, nos termos do art. 46 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, é admitida cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por “índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança”.

A utilização do índice setorial de preços somente é admitida na fase de construção, até a data de expedição da licença de habitação (“habite-se”). O índice setorial normalmente utilizado pelo mercado é o Índice Nacional da Construção Civil (INCC), calculado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). E após a conclusão da construção, o índice de correção que poderá ser utilizado é o índice geral preços ou índice de remuneração básica dos depósitos de poupança. Neste caso, a preferência do mercado tem sido pela emprego do Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M), calculado mensalmente pela FGV¹²⁹.

Ainda no caso de parcelamento do preço, o adquirente tem o dever de pagar, pontualmente, as prestações estipuladas no contrato. Em relação aos efeitos da mora, regra especial aplica-se ao contrato de incorporação por preço global, que inclui o preço da quota do terreno mais o preço da construção da respectiva unidade imobiliária, que devem estar destacado um do outro no instrumento contratual. Neste tipo de contrato, é lícita inclusão de cláusula que estabeleça que, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento de parcela relativa ao preço da construção, os efeitos da mora se estenderão não apenas sobre a aquisição da parte construída, mas também sobre a fração ideal de terreno, ainda que esta tenha sido totalmente paga. Da mesma forma, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento da parcela relativa à fração ideal de terreno, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição da fração ideal, mas também sobre a parte construída, ainda que totalmente paga (LCI, art. 41).

¹²⁹ Com base no mesmo entendimento tem decidido a jurisprudência, conforme se infere do trecho do enunciado da ementa do relevante julgado a seguir transcrito: [...] 7. A cláusula contratual que prevê a adoção do INCC como índice de reajuste das prestações até a expedição do Habite-se e, após esse ato, do IGPM acrescido de 1%, não apresenta qualquer irregularidade. Tais índices foram contratualmente avençados e, ainda o Autor não logrou êxito em demonstrar a onerosidade excessiva ocasionada pela utilização do IGPM. O INCC é um índice de aplicação limitada ao período de construção do imóvel, porquanto se destina a manter o equilíbrio do contrato ao vincular as prestações à variação do custo da construção civil.11. Recursos conhecidos e improvidos. (BRASÍLIA. TJ-DF. Ac. n. 790000, 20130310015387 APC, Rel. Gislene Pinheiro, Rev João Egmont, DJE: 23/05/2014, p. 205).

2.7.2 Do contrato de incorporação por preço global

O contrato de incorporação por preço global é aquele em que há alienação das unidades imobiliárias por preço integral, neste incluído o preço da quota do terreno e o preço de construção da respectiva unidade imobiliária, os quais devem constar discriminados, separadamente, no respectivo instrumento contratual celebrado entre o incorporador e os adquirentes (individualmente).

Essa é a modalidade de contrato de incorporação majoritariamente preferida pelo mercado. Ele representa a essência do regime de incorporação imobiliária, que se caracteriza pela captação, direta dos adquirentes, dos recursos a serem aplicados na obra¹³⁰.

No âmbito dessa modalidade contratual, o incorporador obriga-se a construir a edificação (obrigação de fazer) e a transferir ao adquirente, ao término da construção, a propriedade plena da unidade imobiliária (obrigação de dar), enquanto que o adquirente compromete-se a pagar o preço combinado (obrigação de dar), que pode ser à vista ou parcelado. Normalmente, o adquirente financia o preço de aquisição diretamente com o incorporador, inclusive podendo parte do valor ser pago após a entrega da unidade imobiliária ao adquirente.

Além disso, em razão da vinculação inseparável entre fração ideal do terreno e unidade imobiliária a ser construída, havendo rescisão do contrato relativo à fração ideal do terreno e partes comuns (propriedade comum), a pessoa favorecida com a resolução sub-rogar-se-á nos direitos e obrigações contratualmente atribuídos ao inadimplente, com relação a construção da unidade imobiliária (propriedade exclusiva). No referido contrato, conforme já ressaltado, ainda poderá ser convencionado, que havendo inadimplemento no pagamento de parcela relativa ao preço da construção, os efeitos da mora também recairão sobre a aquisição da parte construída e da fração ideal do terreno, ainda que este tenha sido integralmente pago; de outro modo, poderá ser acordado que se o atraso for em relação ao pagamento da parcela relativa à fração ideal de terreno, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição deste, mas também sobre a parte construída, ainda que totalmente paga.

Nos termos do *caput* do art. 43 da LCI, o contrato de incorporação por preço global caracteriza-se pela contratação da entrega da unidade imobiliária a preço certo, determinado ou determinável, o que pressupõe, necessariamente, a existência de uma operação de alienação de unidade imobiliária como coisa futura, firmada entre adquirente e

¹³⁰ Na incorporação por preço global, normalmente, o incorporador realiza a construção com os recursos provenientes das vendas antecipadas das unidades imobiliárias que integrarão a edificação a ser construída.

incorporador¹³¹. Assim, em consonância com a doutrina de Sílvio de Salvo Venosa, tem-se que o contrato firmado pelo incorporador com os adquirentes sob regime de preço global não se subordina “nem ao contrato de empreitada nem ao de administração” e “será um compromisso de venda e compra de imóvel em construção, cujas responsabilidades do incorporador encontram-se discriminadas no art. 43”¹³² da LCI.

Da mesma forma, leciona Melhim Namem Chalhub, que, na incorporação por preço global, o tipo de contrato que predomina é o contrato de promessa de compra e venda de coisa futura, “tendo como objeto a unidade imobiliária que ainda será construída”.¹³³ No mesmo sentido, o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, para quem é prática consagrada no mercado a contratação da promessa de venda da unidade imobiliária como coisa futura, pela qual o incorporador, sendo proprietário do terreno e das acessões, “promete vender a unidade e entregá-la ‘pronta’ por preço certo, reajustável ou não, acrescido de juros ou não, assumindo o risco da construção, custe quanto custar, e podendo executá-la por si ou por terceiros”.¹³⁴

Na modalidade contratual em apreço, o incorporador assume, com exclusividade, todos os custos da construção da edificação e ainda responde civilmente pela inexecução, parcial ou total, da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários compradores por eventuais prejuízos que lhes causar em razão da não conclusão, ou da conclusão extemporânea da construção da edificação. Neste caso, se houver contratação de construtor e este for considerado culpado pelo atraso ou não conclusão das obras, caberá ação regressiva do incorporador contra o construtor (LCI, art. 43, II).

No âmbito do referido contrato, o incorporador não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda que haja elevação dos custos dos materiais e da mão de obra, salvo se tiver sido expressamente estabelecida a faculdade de reajustamento do preço, o que será realizado segundo as condições pactuadas no contrato, que deverão atender os critérios fixados no art. 46 da Lei nº 10.931, de 2004, anteriormente comentado (LCI, art. 43, V)¹³⁵. Também é vedado ao incorporador alterar o projeto e

¹³¹ Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a venda “pressupõe necessariamente um preço. Sem estipulação de preço, inexistente venda. O preço é a contrapartida da entrega da coisa na compra e venda. [...] O preço deve ser determinado ou determinável. Se não vier determinado, é necessário que sejam fixados parâmetros para essa determinação.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3. p. 15.)

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., 2014, p. 522.

¹³³ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 185.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., 2014, p. 232.

¹³⁵ Esse também é o entendimento Humberto Thedoro Júnior, para quem o preço consignado no contrato é sempre certo, “podendo ser fixo ou reajustável, na forma do contrato. A variação se houver não será de composição do custo, mas de correção, segundo índices contratualmente previstos. O incorporador se obriga a

modificar as especificações, especialmente, da unidade do adquirente e das partes comuns da edificação e desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos adquirentes ou exigência legal.

De modo geral, o contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel é um contrato preliminar por meio do qual as partes obrigam-se a celebrar, sob certo prazo e após atendidas as condições fixadas no citado contrato, a escritura definitiva de compra e venda do bem imóvel¹³⁶. A característica principal desse tipo de contrato está nos tipos de direitos sobre o imóvel que são, imediatamente, transferidos após a sua celebração.

Nessa modalidade contratual, o promitente vendedor transmite ao promitente comprador os poderes inerentes ao *jus utendi* (direito de usar) e ao *jus fruendi* (direito fruir), ficando reservado ao promitente vendedor a manutenção dos poderes inerentes ao *jus disponendi* (direito de dispor), até que o promitente comprador efetive o pagamento integral do preço acertado, que, após efetivado, o promitente vendedor se obriga a lhe outorgar a escritura de compra e venda, consolidando-se assim a propriedade plena do imóvel na pessoa do promitente comprador.

A doutrina e a jurisprudência tem firmado entendimento de que a manutenção do domínio na pessoa do promitente vendedor, na prática, funciona como uma forma de garantia do pagamento do preço em favor promitente vendedor¹³⁷. Por força dessa circunstância, na medida que o promitente vendedor avança na liquidação das parcelas do preço avençado, na mesma proporção, também se expande os seus poderes em relação ao direito de propriedade do bem imóvel, consolidando-se os poderes inerentes ao *jus disponendi* com o pagamento da última parcela da dívida¹³⁸, remanescendo apenas a obrigação do promitente vendedor de outorgar a escritura definitiva de compra e venda do bem imóvel¹³⁹, ou, se houver recusa

entregar o imóvel objeto do contrato (apartamento, loja, sala etc.) ao adquirente, no prazo convencionado, pelo preço inicialmente estipulado entre as partes.” (THEDORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 86.)

¹³⁶ Segundo Sílvio de Salvo Venosa, no “compromisso de compra e venda imobiliário, o objeto claro das partes não é precipuamente a conclusão de outro contrato, mas a compra definitiva de um imóvel.” (VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., 2014, p. 538.)

¹³⁷ Esse é o entendimento de Arnaldo Rizzardo, para quem serve “a promessa de garantia ao promitente vendedor, que reserva para si o domínio como meio de garantia do cumprimento do pactuado em sede contratual, ofertando para o promitente comprador o direito de usar e fruir.” (RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 458.)

¹³⁸ Para Melhim Namem Chalhub, a construção doutrinária e jurisprudencial “já consagrou o entendimento de que o imóvel objeto de promessa de compra integra o patrimônio do promitente comprador, ficando o promitente vendedor só com o crédito, numa construção jurisprudencial que vai aproximando a promessa cada vez mais da compra e venda, aproximação que se torna inequívoca e definitiva uma vez pago o preço: a partir daí, os poderes do *dominus* se exaurem por completo, só lhe restando a obrigação de outorgar o contrato definitivo.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 184.)

¹³⁹ Em face do efeito de direito real decorrente do registro do contrato de promessa de compra e venda, Sílvio de Salvo Venosa faz dura crítica a necessidade de emissão posterior da escrituração definitiva. Para ele “quando pago o preço do contrato, razão nenhuma existe para que uma nova escritura seja lavrada, a chamada escritura definitiva. Há que se procurar simplificar a vida do cidadão, mormente na aquisição de sua casa própria.

daquele, o direito do promitente comprador de requerer em juízo a adjudicação do referido bem, nos termos do art. 1.418 do Código Civil de 2002.

Como o contrato de promessa de compra e venda da unidade imobiliária, na esfera do negócio incorporativo, é firmado antes ou durante a construção da edificação, no ato da celebração do contrato, concretamente, só existe a fração ideal do terreno, que fica indissolúvelmente vinculada à construção da correspondente unidade imobiliária. E o referido vínculo, que tem natureza real, vai se ampliando na proporção em que a construção avança e, uma vez concluída a edificação, o direito real sobre a dita unidade imobiliária também ganha concretude.

Entretanto, se emitido sem cláusula de arrependimento e registrado no competente Registro de Imóveis, o contrato de promessa de compra e venda em comento tem eficácia real, conforme expressamente estabelecido no art. 69 da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que atribui ao promitente comprador ou cessionário direito real oponível a terceiro e lhe confere “direito a obtenção compulsória da escritura definitiva de cessão, aplicando-se, neste caso, no que couber, o disposto no art. 16¹⁴⁰ do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e no art. 346¹⁴¹ do Código do Processo Civil [de 1939].”

O registro do referido contrato no registro imobiliário também atribui ao promitente comprador o direito de sequela, conferindo-lhe o direito de reivindicar a imediata transferência da propriedade da unidade imobiliária autônoma, após cumprir integralmente o pagamento do preço compromissado, e exigir a outorga da escritura, inclusive, mediante adjudicação compulsória. Porém, o adquirente somente poderá ser imitado na posse da sua unidade imobiliária se estiver em dia com as obrigações assumidas perante o incorporador, inclusive as relativas à construção, exercendo o incorporador o direito de retenção enquanto não adimplida a obrigação em mora (LCI, art. 52).

Uma situação que gerou e continua gerando controvérsia no seio da doutrina e da jurisprudência consiste na hipoteca do terreno e das acessões em favor de instituição

Somente um interesse exclusivamente cartorial faz persistir no direito brasileiro a necessidade de mais um documento, a famigerada e inútil escritura definitiva, mormente quando o compromisso de compra e venda se apresenta pago e já registrado no registro de imóveis. Basta o legislador permitir que, apresentada a prova do pagamento no registro imobiliário, transforme-se o compromisso em propriedade plena. Não se esqueça que, com o registro do compromisso, direito real já existe.” (VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., 2014, p. 543.)

¹⁴⁰ Determinam os arts. 15 e 16 do Decreto-lei nº 58, de 1937, que uma vez antecipado ou ultimado o pagamento integral do preço, o promitente comprador têm o direito de, estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda, porém, havendo recusa do promitente vendedor em outorgar a respectiva escritura definitiva, o promitente comprador poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo.

¹⁴¹ Por força do disposto no art. 1.218, I, do CPC atual, o referido art. 346 do CPC antigo continua vigente, com exceção dos seus §§ 3º e 4º, porque conflitantes com procedimento sumário preconizado para matéria no novo diploma legal.

financiadora do empreendimento, como forma de garantia de pagamento do valor do financiamento contraído para aplicação no empreendimento incorporativo¹⁴². Neste caso, se a hipoteca foi realizada em momento posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda, com ou sem averbação à margem do registro da correspondente incorporação imobiliária, a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de prestigiar o direito do promitente comprador e, nestes casos, tem decidido por determinar a nulidade da hipoteca outorgada pela construtora em favor do agente financiador¹⁴³.

Mas, se a hipoteca foi realizada em momento anterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda, independentemente do registro ou não do referido gravame à margem do registro da incorporação, embora a jurisprudência do STJ, inicialmente, tenha proferido algumas decisões favoráveis ao agente financiador, posteriormente, firmou-se no sentido de prestigiar o direito do promitente comprador¹⁴⁴, conforme se infere dos termos do enunciado do verbete da Súmula STJ nº 308, que tem o seguinte teor: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” Assim, do sopesamento entre o direito à garantia hipotecária do financiador e o direito fundamental social à moradia do adquirente, na jurisprudência do STJ, este último foi o que prevaleceu.

2.7.3 Do contrato de incorporação por preço não global

O contrato de incorporação por preço não global (LCI, art. 48) caracteriza-se pela presença de dois contratos distintos e autônomos, a saber: (i) o contrato de alienação da fração ideal do terreno e (ii) o contrato de construção da edificação. Neste caso, embora não realize a construção, o incorporador compromissa ou efetiva a venda de frações ideais de terreno, vinculando-as às respectivas unidades imobiliárias pertencentes a edificação a ser construída ou em construção sob regime de propriedade horizontal.

¹⁴² Não se pode olvidar que essa modalidade de hipoteca não pode ser confundida com aquela que o comprador constitui em favor do agente financeiro, como garantia do contrato de mútuo financeiro contraído para a compra do imóvel gravado com o ônus hipotecário.

¹⁴³ Nesse sentido, parte do enunciado da ementa do julgado a seguir transcrito: “[...] - É nula a hipoteca outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.

- Recurso especial a que não se conhece.” (BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp 409076/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.11.2002, DJ 09.12.2002, p. 340)

¹⁴⁴ Para Arnaldo Rizzardo, “tal interpretação, que seduziu os pretórios inferiores, provoca um completo tumulto em relação a certos princípios jurídicos que disciplinam a prevalência dos efeitos da hipoteca.” (RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 459.)

Quando essa opção de contratação é exercida, ao contrato de alienação da fração ideal do terreno, necessariamente, agregar-se-á o contrato de construção da edificação, que pode ser realizada sob dois regimes de construção diferentes: a construção por empreitada (LCI, arts. 55 a 57) e a construção por administração (LCI, arts. 58 a 62). Em qualquer desses regimes, o contrato de construção não integra o contrato de alienação da fração ideal do terreno celebrado entre o incorporador e o adquirente, conservando a sua própria autonomia¹⁴⁵.

Cabe ressaltar ainda que, embora os dois contratos (de alienação da fração ideal do terreno e de construção da edificação) tenham partes¹⁴⁶ e objeto distintos, eles operam de forma interdependente, de modo que o alcance do escopo de um, necessariamente, depende da concretização do objetivo do outro, para que, ao final, o objeto da incorporação, consistente na construção da edificação e na entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, seja plenamente realizado.

Além da diferença quanto às partes e ao objeto, outra diferença relevante entre as duas modalidades contratuais em cotejo diz respeito a responsabilidade pelo custo de construção da edificação. Com efeito, se no contrato de incorporação por preço global o custo total da construção da edificação é atribuído, exclusivamente, ao incorporador, independentemente do valor do custo final da obra¹⁴⁷, no contrato de incorporação por preço não global, aqui analisado, o custo de construção da edificação é dividido entre todos os adquirentes da fração ideal do terreno, na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades imobiliárias, se outro critério de rateio foi fixado no correspondente contrato¹⁴⁸. Neste caso, o contrato de construção deverá, expressamente, mencionar os adquirentes responsáveis pelo pagamento da construção de cada uma das unidades imobiliárias, inclusive

¹⁴⁵ Da mesma forma entende Orlando Gomes, que quando o incorporador “constrói por intermédio de terceiro, empreiteiro ou administrador da obra, o contrato, de empreitada ou de administração, não é absorvido pelo de incorporação, conservando, pois, sua autonomia.” (GOMES, Orlando, op. cit., p. 382.). Porém, o que o referido autor denomina de contrato de incorporação, corresponde ao contrato de alienação da fração ideal do terreno que juntamente com o contrato de construção formam o contrato de incorporação por preço não global, abordado neste tópico.

¹⁴⁶ No contrato de alienação da fração ideal do terreno as partes são, de um lado, o incorporador, e do outro, o adquirente, enquanto que no contrato de construção as partes são, de um lado, os adquirentes (condomínio dos adquirentes) e do outro o construtor ou o incorporador (incorporador-construtor).

¹⁴⁷ No contrato de construção por preço global, o custo da construção deverá estar incluído no contrato de alienação da unidade imobiliária celebrado entre o adquirente e o incorporador (LCI, art. 41).

¹⁴⁸ No mesmo sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira que uma diferença importante entre a promessa a preço fechado e a promessa de venda da fração conjugada com contrato de construção é quanto a responsabilidade pelo custo da unidade. Para o referido autor, “enquanto no primeiro caso o custo da construção é atribuído exclusivamente ao incorporador, custe quanto custar, na venda da fração ideal conjugada com contrato da construção esse custo é atribuído ao adquirente.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., 2014, p. 233.)

o incorporador, em relação às frações ideais ainda não alienadas ou em “estoque” e até que ocorra a alienação destas últimas¹⁴⁹ (LCI, art. 35, § 6º).

Assim, no regime de incorporação por preço não global, o condomínio dos adquirentes (incluindo o incorporador, eventualmente¹⁵⁰) firma o contrato de construção da edificação diretamente com o construtor ou por intermédio do incorporador. Excepcionalmente, o condomínio dos adquirentes pode ainda firmar o contrato de construção com o próprio incorporador, se este também for construtor (incorporador-construtor).

2.7.4 Do contrato de construção

Na atividade de incorporação imobiliária, a obrigação de construção da edificação poderá estar, implicitamente, incluída no contrato de alienação da unidade imobiliária como coisa futura, celebrado por cada adquirente e o incorporador, no âmbito do contrato de incorporação por preço global (LCI, arts. 41 e 43), ou ser celebrada a parte pelo condomínio dos adquirentes de fração ideal de terreno diretamente com o construtor ou com o próprio incorporador, no âmbito do contrato de incorporação por preço não global (LCI, art. 48, parte final)¹⁵¹.

No âmbito deste último tipo de incorporação, a contratação da construção poderá ser feita sob regime de empreitada ou de administração, conforme já mencionado. Em qualquer dos regimes, se os condôminos (os adquirentes das frações ideais de terreno) iniciarem as alienações das unidades imobiliárias antes da conclusão das obras, eles se equiparam ao incorporador, assumindo, juntamente com este, a responsabilidade solidária pela obra, bem como pelos demais riscos do empreendimento, inclusive os decorrentes do descumprimento

¹⁴⁹ Se após a celebração do contrato de construção, ocorrer a alienação da fração ideal do terreno e das acessões (em “estoque”) pelo incorporador, no contrato de construção, o adquirente substituirá o incorporador em todos os direitos e obrigações, relativos à respectiva unidade imobiliária adquirida.

¹⁵⁰ O incorporador firmará o contrato de construção juntamente com os demais adquirentes quando, no ato da celebração do citado contrato, existir frações ideais do terreno ainda não alienadas (em “estoque”).

¹⁵¹ O entendimento de Melhim Namem Chalhoub, não discrepa do aqui explicitado, senão veja: “Na contratação da construção, verificam-se algumas situações distintas, a saber: a) o incorporador pode ser, ele mesmo, o construtor; nesse caso, ele mesmo celebrará com o adquirente o contrato de construção; b) o incorporador pode ser pessoa distinta da pessoa do construtor, neste caso, o contrato de construção pode ser firmado pelo incorporador com esse construtor e, à medida que forem sendo vendidas as frações ideais do terreno, o adquirente vai se sub-rogando nos direitos e obrigações do contrato de construção; c) ainda na hipótese de o incorporador ser pessoa distinta da pessoa do construtor, o contrato de construção pode ser firmado separadamente, diretamente entre o construtor e o adquirente.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 189.). Cabe esclarecer que a hipótese referida na alínea “b”, ocorre quando, no ato de celebração do contrato de construção, o incorporador ainda não alienou todas as frações ideais do terreno.

do prazo de conclusão da construção do edifício (LCI, art. 30)¹⁵².

Na incorporação indireta, a decisão quanto ao regime de construção a ser utilizado caberá ao incorporador e deverá ser adotada até a data da efetivação do ato de registro do memorial de incorporação. Neste documento, o incorporador deverá informar ainda se a construção será feita por ele próprio ou por intermédio de construtor contratado diretamente pelo condomínio dos adquirentes ou pelo próprio incorporador, em nome do condomínio dos adquirentes.

Em qualquer dos regimes, o projeto de construção, devidamente aprovado pelas autoridades competentes, e o memorial descritivo da edificação farão parte do contrato de construção, que deverá conter: (i) o prazo de entrega da edificação; (ii) as condições e as formas de sua eventual prorrogação; (iii) a quem caberá as despesas com as ligações de serviços públicos, inclusive os da incumbência de concessionárias; e (iv) as despesas indispensáveis à instalação, ao funcionamento e à regulamentação do condomínio.

2.7.4.1 Do contrato de construção por empreitada

O contrato por empreitada é o ajuste em que o construtor-empregado obriga-se a executar, com autonomia, determinada obra, assumindo os riscos técnicos e econômicos pela execução da obra, enquanto que o proprietário ou comitente-empregador se compromete a pagar o preço fixo ou reajustável acordado.

No regime de construção por empreitada, a contratação da execução da obra pode ser restrita à mão de obra ou incluir mão de obra e material. A primeira é denominada empreitada de mão de obra ou de labor e a segunda é chamada de empreitada mista ou global. Em qualquer das modalidades, o empregado é o responsável pela direção e a supervisão técnica da obra.

Na atividade de incorporação imobiliária, a empreitada será sempre por prazo e preço certos, podendo a contratação da construção ser feita de duas formas distintas: a preço fixo ou a preço reajustável. Na empreitada a preço fixo, é vedado o reajuste do preço de construção,

¹⁵² Esse entendimento está em sintonia com a firme jurisprudência do STJ, a exemplo do entendimento explicitado nos excertos do enunciado da ementa a seguir transcritos: “[...] III - Tendo o condomínio se constituído com vista a construir o edifício e alienar as unidades, assumem os condôminos a condição de incorporadores, nos termos dos arts. 28 a 30 da Lei 4.591/64, sendo solidária a sua responsabilidade, a teor do art. 31, § 3º, da mesma Lei. IV - Na qualidade de incorporadores, os condôminos não se submetem à disciplina própria do condomínio, como o rateio de despesas proporcional ao quinhão, mas têm aplicação as normas atinentes à incorporação imobiliária, dentre as quais consta a responsabilidade solidária dos incorporadores. [...]” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. REsp 182.750/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23.5.2000, DJ 7.8.2000, p. 110)

ainda que haja aumento nos custos efetivos de realização da obra, independentemente das causas da majoração.

Por sua vez, se a empreitada for contratada a preço variável, o preço fixado no contrato será reajustado na forma e segundo os prazos expressamente estabelecidos no contrato de construção, em função da variação do índice de atualização, obrigatoriamente mencionado no contrato de construção¹⁵³. Porém, se omitida a cláusula de reajuste, presume-se que a contratação da empreitada foi efetivada a preço fixo (LCI, art. 55, § 6º).

E se a contratação da empreitada for realizada por preço reajustável, em toda a publicidade ou propaganda escrita, destinada a divulgar a oferta pública do empreendimento, em que conste menção ao preço, deverão ser discriminados, explicitamente, o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção da unidade imobiliária, com indicação expressa do índice, forma e prazo de reajuste. As mesmas informações deverão constar dos papéis utilizados na formalização do negócio incorporativo, tais como cartas, propostas, escrituras, contratos e documentos semelhantes.

Em qualquer das modalidades (preço fixo ou reajustável), no contrato de empreitada deverá constar o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acordo com as normas fixadas na LCI, e o pagamento ao construtor-empreiteiro será efetivado por etapa da obra realizada, normalmente, em parcelas mensais pré-fixadas, com base no cronograma físico e financeiro de execução da obra, previamente estabelecido no contrato de construção. E a responsabilidade pelo pagamento da construção será de cada adquirente (contratante) e valor a ser pago por cada um deles será determinado na proporção do coeficiente de construção atribuível à respectiva unidade imobiliária (na parte privativa e comum), se outro critério de rateio não for estabelecido no contrato de construção.

Nessa modalidade de construção, conta em favor dos adquirentes o fato de eventual majoração no custo de construção não ter qualquer influência no preço de construção da obra contratada. Em face dessa característica, esse regime de construção é denominado, popularmente, de construção a “preço fechado”. Por outro lado, pesa em desfavor dos adquirentes, a possível inclusão de sobrepreço no orçamento da obra, como forma de o construtor-empreiteiro prevenir-se dos riscos inerentes à atividade de construção civil e de eventos previsíveis, mas incertos, que majoram o custo da obra.

¹⁵³ Notícia Aldo Dórea Mattos, que o “Índice Nacional dos Custos da Construção Civil (INCC) é o mais comum dos indexadores de prestações de contratos imobiliários. O INCC é aferido mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Sua grande vantagem reside em ser um índice próprio da construção civil, abrangendo em sua aferição preços de materiais, equipamentos, serviços e mão de obra”. (MATTOS, Aldo Dórea. **O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. São Paulo: Pini, 2011, p. 31)

Na empreitada a preço fixo, ao construtor aplicar-se-á, no que couber, as mesmas normas aplicáveis ao incorporador no contrato de incorporação por preço global, a saber: (i) responsabilidade civil pelo atraso ou inexecução da construção, (ii) atribuição de privilégio aos créditos dos adquirentes habilitados em eventual falência, (iii) vedação de alterar o projeto de construção da edificação e (iv) destituição do encargo de construtor, pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, em razão de atraso ou retardamento excessivo das obras (LCI, art. 57, combinado com o art. 43, II, III, IV e VI).

Por fim, cabe ainda destacar que no regime de construção por empreitada, cabe à Comissão de Representantes a missão de fiscalizar o andamento da obra, a execução do projeto de construção e, especificamente em relação ao contrato de empreitada a preço reajustável, o cálculo do valor do reajuste do preço da construção, assim como exercer as demais atribuições estabelecidas no contrato de construção.

2.7.4.2 *Do contrato de construção por administração*

O contrato de construção por administração, segundo Hely Lopes Meireles, é aquele em que o “o construtor se encarrega da execução de um projeto, mediante remuneração fixa ou percentual sobre o custo da obra, correndo por conta do proprietário todos os encargos econômicos do empreendimento”¹⁵⁴.

No âmbito do negócio incorporativo, o regime de construção por administração, popularmente conhecido como construção “a preço de custo”, o construtor assume a responsabilidade técnica pelos serviços de construção da edificação, enquanto que os adquirentes das frações ideais do terreno são os responsáveis pelo custo integral da obra¹⁵⁵, abrangendo o material, a mão de obra, a remuneração do construtor, os tributos, emolumentos e despesas gerais necessárias à execução da obra. Nesta modalidade contratual, cada adquirente responsabiliza-se pelo pagamento da parcela do preço da construção atribuído a unidade imobiliária adquirida, que é determinado proporcionalmente ao coeficiente de construção da respectiva unidade imobiliária, se outro critério de rateio não foi estabelecido no correspondente contrato de construção.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 215.

¹⁵⁵ Leciona Arnaldo Rizzardo, que a “nota diferenciadora, em relação à construção por empreitada, está no fator preço, sempre assumido pelos adquirentes, ou entre eles rateado, que se ajusta ao real custo da obra, e variando segundo as alterações de preços de custo que acontecerem, sem o acréscimo do lucro que poderia engendrar o empreendimento.” (RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 522.)

Em face dessa característica, ainda que a estimativa de custo total da obra conste do contrato construção, no regime de construção por administração, ela será meramente informativa, pois o exato valor dos custos totais de construção do empreendimento somente será conhecido ao término da obra. No mesmo sentido, leciona Caio Mário da Silva Pereira, que, neste construção, “o incorporador oferece a unidade e a estimativa de seu custo, o qual variará na medida das oscilações de mercado, obrigando-se o adquirente a cobrir os gastos na medida em que se fizerem, mediante a atualização periódica das prestações”¹⁵⁶.

No âmbito do regime de construção por administração, para racionalizar o controle dos gastos e evitar os desvios de recursos aportados ao empreendimento, todas as transações relacionadas com a construção são centralizadas no condomínio dos contratantes, de sorte que todos os documentos de compra e pagamento de despesas (faturas, duplicatas, recibos etc.), relacionados com a construção, serão emitidos em nome do condomínio. Pela mesma razão, todas as contribuições dos condôminos, para qualquer fim relacionado com a construção, serão depositadas em contas bancárias, abertas em estabelecimentos bancários no condomínio, as quais serão movimentadas da forma fixada no contrato de construção (LCI, art. 58).

Nessa modalidade contratual, o condomínio dos contratantes é o responsável tanto pela arrecadação das contribuições dos condôminos, quanto pela aplicação e fiscalização desses recursos no pagamento dos diversos serviços tomados, dos materiais adquiridos, da mão de obra empregada, dos impostos, das taxas, dos emolumentos e das demais despesas necessárias à conclusão da edificação. Para cumprimento desse mister, os recursos financeiros captados para construção do empreendimento ficam separados e sob a gestão exclusiva do condomínio dos adquirentes, integrando o seu próprio patrimônio. E por força dessa autonomia, os recursos do empreendimento não se comunicam com o patrimônio do construtor e não podem ser utilizados para outra finalidade, que não a construção da edificação, nem desviados para outras obras do construtor, conferindo, assim, maior segurança patrimonial aos investimentos dos adquirentes.

Embora o contrato de construção por administração não tenha preço e prazo de construção definidos, nele deve constar, inclusive nas transferências e subrogações posteriores, a data de início da obra e o custo estimado de construção, elaborado com estrita observância dos critérios e das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., 2014, p. 287-288.

sobre a execução de orçamento de custo de construção, fixados para cada tipo de prédio (LCI, art. 59).

As revisões do custo estimado da obra serão feitas, pelo menos, a cada 6 (seis) meses. Neste caso, se houver alteração na quantidade, no prazo, no valor e na distribuição das prestações, com a majoração destas, o novo esquema de contribuição deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, em relação às datas em que serão feitos os recolhimentos das prestações alteradas (LCI, art. 60).

Nesse regime de construção, o construtor exerce função de mero gestor técnico dos serviços de construção prestados ao condomínio dos contratantes, pelos quais recebe remuneração variável, sob a forma de taxa de administração¹⁵⁷, geralmente, calculada por um percentual aplicado sobre os custos totais da obra, nos termos estabelecidos no respectivo contrato de construção.

Por essa característica, a contratação da construção por administração proporciona relevantes vantagens para o construtor, pois, além de ser remunerado com base nos custos da construção, dele não será exigido aporte de recursos financeiros ou, na falta de capital de giro, obtenção de financiamento bancário, para custeio do empreendimento, uma vez que os recursos a serem aplicados na construção da edificação advirão, integralmente, das contribuições dos próprios condôminos, que serão estabelecidas, sob a forma de rateio, na proporção das frações ideais do terreno ou na forma que for estabelecida no contrato de construção. Ademais, o construtor não se expõe aos riscos inerentes à atividade de construção civil (insegurança jurídica, incertezas do mercado, serviços de reparação e manutenção etc.), bem como aos riscos imprevisíveis, que, excepcionalmente, surgem no âmbito da referida atividade (aumento de preço de insumos e mão de obra acima da expectativa de inflação, paralisações por greves ou eventos extraordinários da natureza etc.)¹⁵⁸.

Já para os adquirentes, a grande vantagem do regime de construção por administração está na possibilidade de redução do preço de custo de aquisição da unidade imobiliária, haja vista que o controle dos custos de construção da edificação pode ser eficazmente exercido por meio de (i) cotações de preço dos insumos e seleção da mão de obra, (ii) elaboração do cronograma financeiro de recebimentos e pagamentos, inclusive alterando os esquemas de

¹⁵⁷ Informa Aldo Dórea Mattos, que a taxa de administração, em geral, “fica na faixa de 10 a 15%, a depender do porte da obra, da complexidade do projeto e do risco envolvido.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 33-34)

¹⁵⁸ De acordo com Aldo Dórea Mattos, a construção por administração “presumivelmente custa o preço justo, sem gorduras embutidas, sem coeficientes de segurança majoradores do preço do imóvel e sem a inserção de margens de risco pela construtora, uma vez que todo e qualquer evento será arcado pelo condomínio – quando surgir e se surgir – como um custo inerente à própria obra. O regime de administração tende a depurar o preço do imóvel de todas as incertezas do mercado, as quais invariavelmente serão inseridas no preço de venda do imóvel quando se adota o regime de construção por empreitada”. (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 35)

contribuições dos condôminos, quanto ao valor total, ao número, ao valor da parcela e à distribuição no tempo das prestações, (iii) revisão de estimativa de custo da obra, pelo menos a cada 6 (seis) meses, e (iv) periódica exame da prestação de contas do construtor (LCI, art. 60).

Mas, o regime de construção por administração também apresenta algumas desvantagens, em relação ao regime de construção por empreitada e de incorporação por preço global. Uma delas é que o custo total da obra não é conhecido, com precisão, pelos adquirentes antes de concluída a construção da edificação, haja vista que, durante a fase de construção, os valores de custo orçado representam apenas uma estimativa, suscetível de alteração, principalmente, em face de possível variação no preço dos insumos, dos serviços e da mão de obra. Outra desvantagem é que a evolução da obra fica na dependência direta do fluxo de recursos financeiros aportados pelos condôminos, ou seja, atrasos no pagamento das contribuições por parte relevante dos condôminos, certamente, acarretarão, além do aumento nos custos indiretos de construção, o descumprimento do prazo de conclusão da obra¹⁵⁹.

Nesse regime de construção, a função de controle e fiscalização da construção é exercida pela Comissão de Representantes, que, em nome do condomínio dos adquirentes e na forma fixada no contrato de construção, é investida de poderes para:

- a) examinar os balancetes dos recebimentos e pagamentos;
- b) fiscalizar as compras de materiais, a contratação de serviços necessários à execução da obra e a arrecadação das contribuições dos condôminos;
- c) contratar, com qualquer condômino, as modificações solicitadas na sua unidade; e
- d) exercer as demais obrigações inerentes a sua função, incluindo a contratação de profissional especializado para lhe auxiliar no exercício das referidas atribuições e, em especial, as atribuições previstas no art. 63 da LCI (LCI, art. 61).

Também no âmbito desta modalidade contratual, em toda publicidade do empreendimento deve ser discriminado o preço da fração ideal do terreno e o montante do orçamento atualizado do custo da edificação a ser construída, com a referência precisa do mês a que o orçamento se reporta, em conformidade com os critérios de padronização determinados nas normas orçamentárias de construção civil determinadas pela ABNT.

¹⁵⁹ Para Aldo Dórea Mattos, se não houver “maneira rápida e concreta de se resgatar a inadimplência no contrato por administração, a data de conclusão da obra pode ficar até mesmo indeterminada, trazendo enorme descontentamento aos condôminos adimplentes e desejosos de fruir do imóvel. Nas obras a preço de custo, a solução é o condomínio tentar resgatar a unidade devedora e repassá-la a terceiros, ou leiloá-la, mas essas medidas invariavelmente demandam tempo e consomem muita energia.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 35).

2.8 OS ÓRGÃOS DE REPRESENTAÇÃO DOS ADQUIRENTES

A incorporação imobiliária é uma atividade que envolve interesses individuais e coletivos. Para defesa dos interesses coletivos dos adquirentes, fiscalização e controle dos atos de gestão do incorporador, a LCI prevê a criação de dois órgãos de representação dos interesse comuns do condomínio dos adquirentes, que são a Assembleia Geral dos Contratantes e a Comissão de Representantes.

A lei atribui a esses dois órgãos papel relevante de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato de incorporação, especialmente, a partir da instituição do regime de afetação patrimonial¹⁶⁰, que agregou novas atribuições aos referidos órgãos, conferindo-lhes maior poder de controle e fiscalização em relação à execução da obra e à execução orçamentária e financeira do empreendimento, na medida em que impôs ao incorporador a obrigação de apresentar, no mínimo, a cada três meses (i) demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros recebidos no período, e (ii) balancetes trimestrais da escrituração contábil do empreendimento (LCI, art. 31-D, IV e VI).

A Assembleia Geral, formada por todos os adquirentes, é considerado o órgão máximo de representação dos adquirentes e, se convocada e instalada na forma da lei, as suas deliberações, tomadas por maioria simples dos votos dos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos os adquirentes, salvo no que afetar o direito de propriedade (LCI, art. 49). A atuação deste órgão é prevista para as duas modalidades de incorporação, sendo que a sua atuação é indispensável e mais presente na incorporação indireta, em que a contratação da construção é realizada pelo condomínio dos adquirentes, sob regime de empreitada e de administração.

Por sua vez, a Comissão de Representantes, designada no contrato de construção ou eleita pela Assembleia Geral, é composta, no mínimo, por três adquirentes. Ela tem a representação legal¹⁶¹ dos adquirentes, geralmente, perante o incorporador e o construtor e perante terceiros, se houver afetação patrimonial do empreendimento; e tem atuação em

¹⁶⁰ No entendimento de Melhim Namem Chalhub, a Comissão de Representantes “atua como elemento catalisador da realização do programa contratual, visando atender as expectativas não só dos adquirentes, mas, igualmente, do incorporador e de terceiros envolvidos na incorporação, sobretudo a partir da caracterização da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 176-177.)

¹⁶¹ Segundo Melhim Namem Chalhub, uma vez estabelecida e delimitada pela lei, “a representação dos adquirentes pela Comissão constitui elemento natural do conteúdo do contrato de incorporação”. (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 173.)

qualquer das modalidades de incorporação, sendo imprescindível a sua participação no regime de incorporação indireta.

Dentre outras fixadas em contrato, a referida Comissão tem a atribuição de acompanhar a execução de todas as fases da construção, fiscalizar a arrecadação das contribuições dos adquirentes e aplicação dos recursos aportados ao empreendimento, promover a venda de unidade pertencente à adquirente inadimplente e à incorporador insolvente.

E havendo afastamento do incorporador de empreendimento sujeito ao regime de afetação, mediante procedimento extrajudicial simples e célere, assumir a administração do empreendimento incorporativo e a direção da construção da edificação, se a continuidade da obra for decidida pela Assembleia Geral; ou, se deliberada a liquidação patrimonial de afetação, (i) efetivar a alienação do terreno e das acessões, transmitindo posse, direito, domínio e ação aos adquirentes, (ii) manifestar a responsabilidade pela evicção, (iii) imitar os futuros adquirentes na posse do terreno e das acessões.

Para o desempenho das referidas atribuições, a referida Comissão, de pleno direito, investir-se-á dos poderes necessários ao exercício de suas prerrogativas e à prática de todos os atos que a LCI e o contrato de construção lhe atribuírem, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, em especial, para praticar, perante terceiros, os atos resultantes da aplicação do regime da incorporação, sem necessidade de instrumento especial outorgado pelos contratantes, ou, se for caso, pelos contratantes que se sub-rogarem nos direitos e obrigações dos contratantes substituídos.

O adquirente contratante da construção só será imitado na posse de sua unidade imobiliária se estiver inadimplente com todas as obrigações assumidas com a incorporação, inclusive as relativas à construção, exercendo o construtor e o condomínio dos adquirentes o direito de retenção sobre a respectiva unidade imobiliária, até que o adquirente inadimplente regularize as pendências existentes. Neste caso, se o contrato de incorporação foi firmado por preço global, o direito de retenção sobre a unidade imobiliária será exercido pelo incorporador.

Enfim, cabe ainda consignar que é lícita a estipulação, no contrato de construção por empreitada ou administração, que a falta de pagamento de 3 (três) prestações do preço de construção da unidade, implica rescisão do contrato, depois de prévia notificação ao adquirente inadimplente, com o prazo de 10 (dez) dias, para purgação da mora. Neste caso, se o débito não for liquidado no referido prazo, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará autorizada a efetuar, em leilão público, a venda da quota de terreno e da

correspondente parte construída e direitos, a sub-rogação, no contrato de construção, do adquirente inadimplente pelo novo adquirente, bem como adotar as demais providências previstas no art. 63 da LCI.

2.9 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A extinção do contrato de incorporação imobiliária, tal como os demais contratos, efetiva-se por diversos motivos, dentre os quais, podem ser destacados (i) a extinção em razão da existência de vícios de nulidade ou anulidade, (ii) mediante rescisão bilateral (ou distrato) ou unilateral (nos casos de denúncia da incorporação), (iii) por meio de resolução contratual por culpa do incorporador na inexecução da incorporação, pelo inadimplemento do adquirente ou por decisão judicial etc. e (iv) pela execução normal do contrato. Por ser esta última a forma mais comum de extinção do contrato em apreço, ela será a única a ser aqui abordada.

A conclusão normal do contrato de incorporação imobiliária realiza-se com a execução voluntária das obrigações assumidas pelas partes contratantes, ou seja, de um lado, por parte do incorporador ou do incorporador e do construtor (conforme a modalidade contratual), e do outro, por parte do adquirente.

No contrato de incorporação imobiliária, enfatiza-se novamente, as obrigações do incorporador envolve obrigações de fazer e de dar, ao passo que o adquirente tem apenas obrigação de dar, o que, certamente, torna o cumprimento da obrigação deste bem mais simples. A obrigação principal do adquirente é o pagamento do preço avençado da fração do terreno e da construção da respectiva unidade imobiliária, seja esta contratada diretamente com o construtor ou com a interveniência do incorporador, o que, normalmente, é realizado em parcelas mensais, fixas ou reajustáveis. De qualquer forma, a extinção da referida obrigação ocorre com pagamento integral do preço contratado.

Por sua vez, as obrigações do incorporador ou do incorporador em conjunto com o construtor, conforme o caso, são bem mais amplas. Elas abrangem desde a promoção da incorporação passando pela construção da edificação, obtenção da licença de habitação (o “habite-se”) e averbação da construção no Registro de Imóveis, para efeito de individualização e discriminação das unidades imobiliárias, até a entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes. Assim, o adimplemento integral do referido contrato somente ocorrerá se o incorporador ou o incorporador e o construtor, conforme o tipo de incorporação, cumprir as seguintes obrigações:

- a) concluir a construção da edificação, em conformidade com o projeto de construção;
- b) obter a licença de habitação (ou “habite-se”) do Poder Público municipal;
- c) averbar a construção, para efeito de individualização e discriminação das unidades imobiliárias no registro imobiliário; e
- d) outorgar aos adquirentes a escritura de compra e venda das unidades imobiliárias ou da escritura de compra e venda das frações ideal do terreno acompanhada do termo de quitação do contrato de construção, conforme o caso.

Cabe ressaltar ainda que, embora formalmente, a extinção do empreendimento incorporativo ocorra com a averbação da construção do edifício, a extinção do contrato de incorporação somente ocorrerá com o integral cumprimento dos correspondentes objetos avençados pelas partes no âmbito do referido contrato.

Enfim, não se pode olvidar que o ato de averbação confere existência jurídica à edificação¹⁶² e possibilita ao adquirente regularizar a propriedade da unidade imobiliária adquirida, mediante o registro da escritura pública de compra e venda na matrícula da respectiva unidade, ato que lhe confere, formalmente, a condição de proprietário do imóvel e a plena realização do direito fundamental social à moradia.

2.10 OS NOVOS INSTRUMENTOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A concretização do direito à moradia, com o máximo de eficácia e efetividade, pode ser implementada por meio da atividade de incorporação imobiliária, se os tradicionais e os novos instrumentos normativos forem integralmente utilizados de forma adequada pelos incorporadores e adquirentes. Para esse fim, deve haver eficaz fiscalização por parte do Poder Público e, se constatado desrespeito aos requisitos legais, estabelecidos para o exercício regular da atividade incorporativa, os desvios devem ser coibidos com todo rigor.

Entretanto, apesar de a lei prevê sanções de natureza civil e criminal, no caso de descumprimento dos requisitos da incorporação imobiliária, na prática, por falta de uma fiscalização eficaz, providências básica, como o simples registro do empreendimento

¹⁶² Segundo Pedro Guilherme Kreling Vanzella, a “averbação é imprescindível para que o empreendimento exista para o mundo jurídico. Sem a averbação da edificação é impossível a qualquer adquirente registrar sua propriedade futuramente.” (VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. *In: Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar. MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 71.)

incorporativo no Registro de Imóveis, vêm sendo amplamente desrespeitadas. Essa grave omissão, foi relatada por Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, ao asseverar “que diante de tantas regras obrigando ao registro da incorporação, o que se verifica, muitas vezes, é sua inobservância.” Em seguida, sugere o referido autor que por se tratar de contravenção penal relativa à economia popular, o próprio Registrador de Imóveis “pode oficiar ao representante do Ministério Público, por exemplo, dando-lhe conhecimento do fato de existir uma incorporação imobiliária ofertada ao público sem que esteja registrada.”¹⁶³

Além do cumprimento dos atuais instrumentos jurídicos, a existência de um marco regulatório estável e previsível para o setor imobiliário também contribuirá para o fortalecimento do instituto da incorporação imobiliário, com repercussão na diminuição dos custos de transação e, por conseguinte, dos preços dos imóveis, propiciando um acesso maior das pessoas a moradias dignas e de qualidade.

Em reação a crise do setor habitacional que se iniciou nos anos 80, que culminou com a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH) no ano de 1986, foram implementadas várias medidas de incentivos à atividade de construção civil, em geral, e a atividade de incorporação imobiliária, em especial. No âmbito jurídico, por meio da Lei nº 9.514, de 1997, foi criado o SFI e instituído dois importantes instrumentos de proteção do incorporador/construtor:

- a) o regime de alienação fiduciária de coisa imóvel¹⁶⁴, facilitando a retomada do imóvel em caso de inadimplência no pagamento do valor do empréstimo concedido ao adquirente; e
- b) o instituto do valor incontroverso, instrumento jurídico que prevê a continuidade do pagamento da parcela da prestação incontroversa e o depósito, em instituição oficial ou perante o próprio credor, da parcela da dívida controvertida, nos casos em que o credor é questionado judicialmente em relação à cobrança de parte da dívida.

Em outra vertente favorável aos adquirentes, para corrigir as deficiências dos instrumentos tradicionais de proteção patrimonial previstos na LCI, especialmente, nos casos de crise financeira ou insolvência do incorporador, por intermédio da Lei nº 10.931, de 2004, foi instituído o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, que será objeto de estudo no próximo capítulo.

¹⁶³ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 244-245.

¹⁶⁴ O regime de alienação fiduciária, previsto nos arts. 22 a 32 da Lei nº 9.514, de 1997, foi aperfeiçoado pelas Leis nº 10.931, de 2004 e 11.076, de 2004.

A instituição desse novo marco regulatório contribuiu, efetivamente, para o dinamismo, no País, do setor da construção civil em geral e em especial dos negócios incorporativos, que tem ampliado de forma significativa a sua participação no PIB nacional e no PIB da indústria da construção civil, em particular, bem como aumentado a sua participação relativa no total da mão de obra empregada no setor de construção civil.

3 DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

3.1 BREVE HISTÓRICO

Em relação à proteção dos interesses dos adquirentes das unidades imobiliárias autônomas, conforme visto no capítulo precedente, os instrumentos jurídicos tradicionais da atividade de incorporação imobiliária, previstos na LCI, limitavam-se, basicamente, às garantias contratuais e à prestação de informações jurídico-patrimoniais e econômico-financeiras sobre o empreendimento, relevantes apenas para o adquirente avaliar os riscos da operação de compra do futuro imóvel.

Com a evolução da atividade de incorporação imobiliária, tais instrumentos de protetivos revelaram-se eficazes somente nos casos em que o incorporador era detentor de saúde econômico-financeira suficiente para concluir a construção da edificação e entregar as respectivas unidades imobiliárias aos adquirentes. De outro modo, se o incorporador entrasse em situação de crise econômico-financeira ou até mesmo enfrentasse um processo falimentar ou de insolvência civil, geralmente, os instrumentos jurídicos tradicionais do regime incorporativo revelavam-se ineficazes para proteger os recursos financeiros investidos pelos compradores e financiadores do empreendimento de incorporação imobiliária.

O rumoroso caso da falência da Construtora e Incorporadora Encol, ocorrido no final dos anos 1990, ilustra bem o problema. Notícia Rodrigo Azevedo Toscano de Brito que, em decorrência da insolvência da citada Incorporadora foram paralisadas “quase 700 obras, prejudicando mais de 40 mil famílias, em todo o Brasil.”¹⁶⁵ Esse fato e outros de menor dimensão e repercussão acarretaram grave crise de credibilidade ao setor de incorporação imobiliária, exigindo novos instrumentos jurídicos que assegurassem maior proteção patrimonial aos compradores de imóveis por construir ou em construção, bem como mais garantias aos financiadores do empreendimento.

Nesse ambiente de crise de credibilidade, uma das deficiências percebida pelos estudiosos do mercado foi a completa ausência de instrumento jurídico que impedisse ou limitasse os desvios ou a transferência de recursos entre os empreendimentos do próprio incorporador. Deveras, na ausência de qualquer restrição, o incorporador tinha total liberdade para transferir recursos do patrimônio de empreendimentos superavitários para suprir a

¹⁶⁵ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 333-334.

demanda de recursos por outros empreendimentos deficitários e, na eventual insolvência do incorporador, essa estratégia empresarial, geralmente, inviabilizava a conclusão de todos empreendimentos incorporativos, com elevadas perdas para os adquirentes de todos empreendimentos¹⁶⁶.

Diante desse cenário de insegurança jurídica e de ausência de meios legais que assegurassem a efetiva proteção patrimonial dos adquirentes era evidente a necessidade de novos instrumentos jurídicos adequados à nova realidade da atividade incorporativa. Em resposta a esse problema, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), aprovou anteprojeto de lei da lavra do Prof. Melhim Namem Chalhub, contendo proposta no sentido de que a incorporação imobiliária fosse caracterizada como patrimônio de afetação. Essa ideia foi acolhida pela Câmara dos Deputados, onde ainda foram apresentados os quatro Projetos de Lei, com a mesma estrutura e concepção do anteprojeto do IAB.

Porém, enquanto tramitava os citados Projetos, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, que, embora tivesse adotado, em linhas gerais, a concepção dos referidos Projetos, introduziu disposições adicionais que contrariavam os fins da afetação do empreendimento incorporativo. Um delas alterou a forma de instituição do patrimônio de afetação de obrigatória para opcional, a critério do incorporador. Segundo Melhim Namem Chalhub, autor do projeto originário, se os dispositivos acrescidos viessem a ser aplicados, o sentido do sistema de proteção dos adquirentes seria invertido, porque eles “(a) tornavam ilimitados os riscos dos adquirentes, ao invés de delimitá-los, (b) beneficiavam credores estranhos à obra, mediante usurpação de bens e direitos dos adquirentes, e (c) aumentavam a desigualdade contratual entre o incorporador e os adquirentes.”¹⁶⁷

Em decorrência dessas graves distorções e diante da completa ineficácia do referido regime de afetação, o próprio Poder Executivo propôs a revogação da citada Medida Provisória, por meio do Projeto de Lei nº 3.065, de 2004, que, anexado ao Projeto Lei nº 2.109, de 1999, que já tramitava na Câmara dos Deputados, converteu-se na Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Este diploma legal, além revogar o ineficaz regime de afetação anterior, por meio do art. 53, introduziu novo regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, que se encontra disciplinado nos arts. 31-A e 31-F, acrescentados ao texto original da LCI.

¹⁶⁶ Há registros doutrinários informando que, na grande maioria dos casos, a inviabilidade econômico-financeira de alguns empreendimentos incorporativos tinha como causa principal o ciclo vicioso, denominado pelo mercado de efeito “bicicleta”, que se caracterizava pelo fato de o incorporador canalizar recursos de determinado empreendimento superavitário para cobrir prejuízo de outros deficitários, culminando com a insolvibilidade de todos os empreendimentos e, ao final, com a decretação da falência ou insolvência civil do incorporador.

¹⁶⁷ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 92-93.

No entanto, embora tenha havido correção de parte das deficiências do regime anterior, o novo regime de afetação manteve a inadequada opção pelo regime de afetação a critério do incorporador. E a permanência dessa distorção, certamente, ainda deixou a eficácia do novel regime demasiadamente enfraquecida.

Assim, para contornar essa deficiência, o incorporador precisava de estímulos que compensassem o ônus decorrente da restrição da implantação do referido regime de segregação patrimonial. E tais estímulos vieram no bojo da própria Lei nº 10.931, de 2004, com a instituição do Regime Especial de Tributação (RET) (arts. 1º a 10), restrito aos empreendimentos incorporativos aderentes ao regime de patrimônio de afetação.

3.2 DAS CARACTERÍSTICAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO EM GERAL

Em termos gerais, o patrimônio de afetação compreende um conjunto autônomo de bens, direitos e obrigações, para os quais foram reservados função específica dentro patrimônio geral do seu titular, a que permanece vinculado. Porém, embora dotado de autonomia funcional, para o cumprimento da sua finalidade, o patrimônio de afetação mantém-se vinculado ao patrimônio geral do respectivo titular.

Nos dizeres de Melhim Namem Chalhub, dentro do patrimônio geral do titular coexistem duas ou mais massas patrimoniais que, embora incomunicáveis, podem estar relacionadas “por laços de interdependência cujos limites e intensidade hão de ser determinados pela natureza da função a que estiver destinada a massa patrimonial especial, preservando-se sempre as condições necessárias à consecução do objetivo da afetação.”¹⁶⁸

Antes de apresentar as características gerais do patrimônio de afetação, cabe fazer uma brevíssima análise sobre a definição de patrimônio no âmbito contábil e jurídico. Começando pela esfera contábil¹⁶⁹, onde o patrimônio é definido como o conjunto de elementos diretamente relacionados com a mensuração da posição patrimonial e financeira da entidade e compreende os elementos ativos, passivos e do patrimônio líquido.

Sob o aspecto contábil, o ativo é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à entidade, como resultado de eventos passados e dos quais se espera a obtenção de futuros benefícios econômicos. O passivo compreende as obrigações da entidade para com terceiros

¹⁶⁸ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 82.

¹⁶⁹ As definições aqui apresentadas estão baseadas nas definições apresentada na Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro editada pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis por meio do CPC 00, disponível em: <static.cmediagroup.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdfpc>. Acesso em 03 fev. 2015.

(não proprietários) como resultado de eventos passados e do qual se espera a saída de recursos da entidade capazes de gerar benefícios econômicos. Enfim, o patrimônio líquido é o valor residual dos ativos da entidade depois de deduzidos todos os seus passivos. O patrimônio líquido compreende os recursos pertencentes aos proprietários da entidade empresarial.

No âmbito jurídico, segundo Sílvio de Salvo Venosa, o patrimônio “é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão-só os direitos pecuniários”¹⁷⁰. Já para Sílvio Rodrigues, o patrimônio é formado pelo “conjunto de relações ativas e passivas, e esse vínculo entre os direitos e as obrigações do titular, constituído por força de lei, infunde ao patrimônio o caráter de universalidade de direito”¹⁷¹.

Como todos os bens e direitos (o ativo) de determinado patrimônio respondem pelo conjunto de dívidas ou obrigações (o passivo) do seu titular, pode-se inferir que o patrimônio do devedor representa a garantia das dívidas dos seus credores. Assim, havendo recusa do devedor em adimplir suas dívidas, os credores podem pleitear, em Juízo, pela via processual adequada, a execução e liquidação dos bens e direitos do patrimônio do devedor suficientes para quitação dos valores dos créditos inadimplentes.

Por força dessa característica de unicidade e indivisibilidade do patrimônio, o seu titular é impedido de, por conveniência ou vontade própria, separar parcela do acervo patrimonial e declará-la imune ao pagamento de seus débitos. Se não houvesse essa restrição geral no ordenamento jurídico, certamente, os instrumentos jurídicos de combate a fraudes contra credores e de execução patrimonial seriam facilmente burlados por devedores inescrupulosos.

Assim, como a pluralidade de patrimônios para único titular, em regra, não é permitida pelo ordenamento jurídico, a instituição do patrimônio de afetação somente pode ser feita em caráter excepcional e por expressa autorização legal¹⁷². Em relação a esse entendimento, não discrepa a lição de Melhim Namem Chalhub, para quem a constituição de patrimônios especiais deve ser “autorizada por lei, devendo o regime legal estabelecer as condições da afetação, os limites e a forma de consecução das finalidades da segregação para as quais há de se operar a segregação”¹⁷³.

¹⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.1, p. 301

¹⁷¹ RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 117.

¹⁷² A título de exemplo, cita-se o art. 7º da Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, que dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos Fundos de Investimento Imobiliário, cujos bens e direitos, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio da referida instituição.

¹⁷³ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 85.

A instituição de patrimônio de afetação por expressa previsão legal é ainda necessária, porque a separação do acervo patrimonial relativiza o princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores e o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular. No primeiro caso, a disciplina legal é indispensável, porque se tal faculdade não for adequadamente regulada por norma legal específica, certamente, a segregação patrimonial poderia propiciar o cometimento de fraude contra credores e burla ao processo de execução, conforme já ressaltado. No segundo caso, a previsão legal específica justifica-se porque há necessidade do estabelecimento de limites aos poderes do titular do patrimônio afetado, de modo que os seus atos e ações sejam direcionados, estritamente, para o cumprimento do fim para o qual foi realizada a separação patrimonial.

Assim, por ser um regime especial, a afetação patrimonial somente se justifica se o tratamento privilegiado for atribuído a bens relevantes e a atividades sociais ou econômicas que tenha a função de concretizar direitos fundamentais, a exemplo do direito social fundamental à moradia. Portanto, somente determinados valores e bens, que gozam de uma tutela jurídica estabelecida pela Constituição Federal, juridicamente, merecem o tratamento especial conferido pelo regime de patrimônio de afetação.

Dada essa característica, o regime de afetação se materializa mediante reserva de parcela do patrimônio estritamente necessária e suficiente para o cumprimento da sua função ou atribuição de garantia a determinados credores, excluídos os demais. Porém, a afetação não implica disposição do patrimônio afetado, perda da sua propriedade ou exclusão do patrimônio geral do titular, mas apenas a vinculação temporária ao fim determinado pelo respectivo regime de afetação¹⁷⁴. Também a afetação não resulta na formação de uma nova personalidade jurídica, mas mero desmembramento de parte do acervo patrimonial até o cumprimento da finalidade da sua instituição.

A incomunicabilidade com o patrimônio geral do titular é a característica essencial do patrimônio de afetação, mas ela é temporária e perdura até o completo cumprimento da finalidade da separação¹⁷⁵. Outra característica do patrimônio de afetação é a externalidade, que se materializa com a publicização do instrumento de sua constituição. Nesse sentido, leciona Melhim Namem Chalhub, que a formação do patrimônio de afetação só se torna

¹⁷⁴ De acordo com Aldo Dórea Mattos, mesmo que determinado bem, de propriedade exclusiva de uma pessoa, seja afetado, “esse bem não sairá da esfera de sua propriedade. Ele jamais deixará de ser seu, apenas será destinado à consecução de uma finalidade em particular que, depois de atingido esse objetivo, voltará a integrar o patrimônio geral de seu proprietário, sem restrições. Até que o objetivo seja atingido, o bem afetado permanecerá segregado do patrimônio geral.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 121.)

¹⁷⁵ No entendimento de Melhim Namem Chalhub, não obstante a incomunicabilidade, “a constituição desses patrimônios especiais não resulta em desmembramento do patrimônio geral: este permanece uno, abrangendo todo o conjunto de direitos e obrigações do sujeito”. (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 81.)

efetiva “se o tratamento especial atribuído à massa patrimonial segregada for oponível a terceiros, daí por que é essencial sejam esses atos dados à publicidade, através do sistema de registro”¹⁷⁶.

Em suma, a afetação patrimonial não significa retirada de parcela dos bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do seu titular, mas apenas na sua vinculação temporária até que ocorra o cumprimento integral da finalidade específica prevista no correspondente regime de afetação, que, uma vez cumprida, o patrimônio afetado retorna ao acervo patrimonial geral do seu titular, sem qualquer restrição.

3.3 DAS CARACTERÍSTICAS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Toda incorporação imobiliária, conforme exposto alhures, é formalmente constituída mediante o arquivamento e o registro do memorial de incorporação, documento que reúne os elementos que conferem identidade própria e relativa autonomia funcional, material e financeira¹⁷⁷ ao correspondente empreendimento imobiliário. Dentre outros, os principais elementos que integram o citado documento são (i) o projeto de construção, (ii) a descrição da edificação e a individualização das unidades autônomas vinculadas às respectivas frações ideais do terreno, (iii) o orçamento do custo global da obra e do custo de cada unidade imobiliária etc.

Assim, a consecução da incorporação imobiliária pode ser realizada com total ou parcial autonomia financeira. Porém, essa total autonomia financeira somente ocorrerá se a incorporação se autofinanciar integralmente com os recursos captados dos adquirentes, geralmente, decorrentes das receitas de venda das unidades imobiliárias do correspondente empreendimento. A autonomia financeira será parcial se a incorporação necessitar de aportes de recursos do incorporador ou de financiamento bancário, para concluir a construção da edificação. Aliás, no âmbito da atividade incorporativa, essa modalidade de financiamento é uma fonte relevante de oferta de recursos financeiros. E se houver afetação da incorporação, certamente, haverá mais facilidade e menor custo na captação desses tipos de recursos, porque a instituição financiadora terá assegurada maior garantia de pagamento, pois os bens e direitos

¹⁷⁶ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 86.

¹⁷⁷ Em face das citadas relativas autonomias, afirma Melhim Namem Chalhup, que a incorporação imobiliária ajusta-se “com perfeição à ideia da afetação patrimonial, sendo até lícito admitir que, ao configurar esse negócio, na Lei nº 4.591/1964, o legislador tenha se orientado pelas linhas mestras da teoria da afetação.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 79.)

do próprio acervo patrimonial afetado também garantem tal tipo de dívida. Ademais, numa eventual liquidação do patrimônio de afetação, a instituição financiadora terá preferência no reembolso do valor débito referente ao financiamento da construção¹⁷⁸.

Assim, por apresentar relativa autonomia, a atividade de incorporação imobiliária revela-se apropriada à implantação do regime de afetação patrimonial, consoante magistério de Melhim Namem Chalhub, para quem “o negócio da incorporação se ajusta com perfeição à ideia da afetação por causa de sua natural segregação e da densidade do seu conteúdo”¹⁷⁹.

Entretanto, apesar do negócio incorporativo apresentar estrutura adequada e compatível com regime de afetação patrimonial, a utilização desse regime no âmbito da atividade incorporativa dependia de expressa previsão legal. Por força dessa condição, no País, o exercício pelo incorporador da opção pelo regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária somente passou a ser permitida a partir da vigência dos arts. 31-A a 31-F da LCI, introduzidos pelo art. 53 da Lei nº 10.931, de 2004¹⁸⁰.

Em termos gerais, ressalta-se novamente, a característica inerente a todo patrimônio de afetação consiste na sua separação ou incomunicabilidade temporária com patrimônio geral do seu titular, até o cumprimento da finalidade ou função específica determinada no diploma legal instituidor ou outra forma de extinção, quando então os bens, direitos e obrigações remanescentes retornam ao acervo patrimonial geral do titular, sem qualquer limitação ou restrição de uso e disponibilidade.

No âmbito da atividade de incorporação imobiliária, o patrimônio de afetação tem por finalidade à consecução da incorporação imobiliária, que se concretiza com a construção da edificação e a entrega das respectivas unidades imobiliárias autônomas aos adquirentes. Para cumprimento dessa finalidade, o terreno e as respectivas acessões (construções), bem como os demais bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação afetada¹⁸¹, serão mantidos separados do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e serão destinados, com exclusividade, à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

¹⁷⁸ O crédito de financiamento bancário da construção só não prefere os créditos trabalhistas, previdenciários e tributários, que estão no topo da preferência (LCI, 31-F, § 18, III).

¹⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 87.

¹⁸⁰ Oportuno ressaltar que, embora o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária tenha sido instituído, inicialmente, pela Medida Provisória nº 2.221, de 2001, em face das graves deficiências do regime previsto neste diploma legal, ele somente teve aplicação prática a partir da vigência da citada Lei.

¹⁸¹ O patrimônio de afetação da incorporação imobiliária é constituído pelo terreno, acessões, receitas e direitos creditórios provenientes das vendas das respectivas unidades imobiliárias, obrigações e encargos fiscais, trabalhistas, previdenciários etc.

Assim como os demais tipos patrimônio de afetação, o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações da respectiva incorporação afetada, incluindo as dívidas tributárias, previdenciárias e trabalhistas¹⁸², as quais, ressalta-se, gozam de preferência no pagamento.

Ainda em decorrência da referida segregação patrimonial, os bens e direitos do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária somente poderão ser executados por credores vinculados à correspondente incorporação, sendo vedado aos demais credores do incorporador, inclusive os credores de outros patrimônios de afetação, praticar qualquer ato de execução em relação aos ativos de determinado acervo patrimonial afetado.

E para resguardar a integridade do patrimônio de afetação, os bens e direitos integrantes da incorporação afetada somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à construção da edificação e à entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes. E o incorporador ainda responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

Com a instituição do regime de patrimônio de afetação, mediante averbação, no Registro de Imóveis, do termo de afetação firmado pelo incorporador, o empreendimento afetado passa a ter relativa autonomia funcional e o pleno direito de propriedade do incorporador será mitigado. De certo, no âmbito da atividade de incorporação imobiliária, em reconhecimento ao prestígio da função social da incorporação imobiliária, a afetação patrimonial relativiza o direito de propriedade do incorporador sobre o terreno, as acessões e os demais bens e direitos vinculados à correspondente incorporação afetada, com vista ao cumprimento da finalidade precípua do regime¹⁸³.

Assim, os investimentos dos adquirentes no empreendimento terão a proteção e garantia fortalecidas, posto que os recursos financeiros que ingressarem no empreendimento incorporativo afetado, seja proveniente das vendas das quotas do terreno ou das unidades

¹⁸² De acordo com o art. 9º da Lei nº 10.931, de 2004, nos casos de falência ou insolvência civil do incorporador, perde eficácia a deliberação da Assembleia Geral dos adquirentes pela continuação da obra, bem como os efeitos do correspondente regime de afetação, caso o condomínio dos adquirentes não realize o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, até um ano referida deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior.

¹⁸³ No que tange autonomia funcional, ressalta Aldo Dórea Mattos, que com a afetação não “se dá uma cisão para constituição de novo patrimônio distinto do patrimônio do titular, mas a atribuição de uma autonomia funcional, em que os bens afetados ficam destinados à função precípua de garantir aos adquirentes que os recursos aportados para o empreendimento serão efetivamente nele aplicados.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 57.)

imobiliárias como coisa futura, seja decorrente de operações de cessão, plena ou fiduciária, de créditos oriundos da comercialização dos referidos bens componentes da incorporação, seja obtido por meio de financiamento da obra, todos eles serão utilizados, preferencial e exclusivamente, para o pagamento e reembolso das despesas inerentes à incorporação¹⁸⁴, incluindo o reembolso ao incorporador do preço de aquisição do terreno¹⁸⁵.

No que tange ao reembolso do preço do terreno, este somente poderá ser feito ao patrimônio geral do incorporador após a alienação das unidades imobiliárias autônomas, na proporção das respectivas frações ideais do terreno, devendo o valor do reembolso ser calculado com base tão-somente nos valores efetivamente recebidos pelo incorporador (LCI, art. 31-A, § 7º).

Mas, nem todos os bens vinculados ao empreendimento incorporativo integram o acervo patrimonial afetado. A lei expressamente exclui do patrimônio de afetação (i) os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, considerando-se os valores a receber até a data da conclusão obra e os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e (ii) o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação por preço não global em que a construção da edificação seja contratada sob o regime de construção por empreitada (LCI, art. 55) ou por administração (LCI, art. 58)¹⁸⁶.

Essa exclusão está em consonância com a finalidade do regime de afetação, consistente em manter segregado apenas os recursos da incorporação necessários à conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes. Assim, os recursos financeiros, incluindo os direitos creditórios, excedentes a importância necessária à conclusão da obra devem ser transferidos para o patrimônio geral do incorporador e, nesta condição, ficam livres para

¹⁸⁴ No mesmo sentido, o magistério de Melhim Namem Chalhub, para quem “os adquirentes das unidades imobiliárias de determinada obra e os credores daquela obra devem obter a satisfação dos seus direitos com as receitas do empreendimento e, por outro lado, não sofrem os efeitos dos desequilíbrios do patrimônio geral do incorporador, nem são contaminados por eventual insucesso de outros empreendimentos do mesmo incorporador, porque os compromissos de cada empreendimento afetado devem ser atendidos pelas suas receitas próprias.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 90.)

¹⁸⁵ O reembolso do preço do terreno somente ocorre na modalidade de incorporação por preço global (LCI, art. 41), em que, no valor da alienação da unidade imobiliária, está incluso o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção da respectiva unidade imobiliária. Se o regime for de incorporação por preço não global, não há reembolso, mas exclusão integral do valor da fração ideal do terreno do acervo patrimonial afetado, uma vez que este pertence ao condomínio dos adquirentes e não ao incorporador.

¹⁸⁶ Essa determinação está em perfeita consonância com a natureza do regime de incorporação por preço não global (LCI, art. 48), em que a construção é contratada, separadamente, sob o regime por empreitada ou por administração, pois, nesse tipo de incorporação, o valor da fração ideal do terreno de cada unidade vendida pertence, exclusivamente, ao incorporador e não será aplicado na construção da edificação, que será objeto de contrato de construção firmado a parte entre o condomínio dos adquirentes (titulares de direitos aquisitivos sobre o terreno) e o construtor, que poderá ser o próprio incorporador, se este for construtor (LCI, art. 31-A, § 8º, II).

serem utilizados pelo incorporador da forma que considerar mais conveniente à sua atividade empresarial.

Em relação ao passivo, o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária fica isento das dívidas e obrigações relativas aos demais negócios realizados pelo incorporador, de sorte que, havendo insucesso nos demais empreendimentos, afetados ou não, o correspondente empreendimento afetado poderá prosseguir na consecução da obra até a conclusão da incorporação. Assim, os adquirentes e demais credores do patrimônio afetado ficam imunes aos efeitos negativos da insolvência ou incapacidade financeira do incorporador, o que, normalmente, inviabiliza a consecução normal do empreendimento.

Em face dessas características, fica evidente que o patrimônio de afetação confere ampla e relevante garantia patrimonial aos adquirentes, no sentido de lhes assegurar o recebimento do sonhado imóvel, uma vez que os protege de eventuais desequilíbrios econômico-financeiros do incorporador em outros negócios, inclusive dos efeitos da insolvência, pois, com a afetação dos empreendimentos, o acervo patrimonial destes não integrará a massa concursal do incorporador insolvente. Por essa razão, a implantação do patrimônio de afetação no âmbito dos empreendimentos incorporativos confere tutela especial e, por conseguinte, maior segurança patrimonial aos adquirentes¹⁸⁷.

Entretanto, não se pode olvidar que a afetação do empreendimento incorporativo não tem o condão de proteger os adquirentes de todo e qualquer prejuízo econômico-financeiro, mas apenas circunscrever e limitá-lo ao âmbito do correspondente empreendimento afetado. Deveras, sob o regime de afetação, se o incorporador vier à falência ou insolvência civil, os adquirentes podem assumir a direção do empreendimento, por meio da Comissão de Representantes, e dar início ou prosseguir na execução da obra, ou, alternativamente, se inviável a consecução da incorporação, proceder a liquidação do acervo patrimonial afetado. E, nesta última hipótese inclusive, certamente, os prejuízos dos adquirentes serão bem menores do que os decorrentes de uma eventual participação no resultado final da liquidação

¹⁸⁷ O aspecto da segurança patrimonial dos adquirentes foi ressaltado por Melhim Namem Chalhub, no excerto a seguir transcrito: “Com efeito, a afetação pode constituir importante mecanismo de segurança dos adquirentes de unidades imobiliárias integrantes de incorporação imobiliária, na medida em que, representando um patrimônio com autonomia funcional em relação ao patrimônio geral do incorporador, protege as unidades imobiliárias dele integrantes contra efeitos patrimoniais negativos decorrentes de eventuais desequilíbrios econômico-financeiros do incorporador, notadamente contra os efeitos da sua insolvência.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 89.)

do acervo da massa concursal, ainda que ostentando a condição de credores privilegiados¹⁸⁸.

Em suma, chega-se a conclusão que o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária constitui eficaz instrumento de proteção dos adquirentes das unidades imobiliárias, dos financiadores e demais credores do empreendimento afetado, especialmente o financiador da construção da edificação, uma vez que assegura que todas as receitas vinculadas ao empreendimento afetado sejam nele, exclusivamente, aplicadas e utilizadas no pagamento das respectivas obrigações, assim impedindo que haja indevidos desvios de recursos para outros empreendimentos do incorporador e assim delimitando os riscos ao âmbito do próprio empreendimento afetado.

Porém, ressalta-se novamente, tal proteção não é suficiente para evitar todo e qualquer prejuízo aos adquirentes, especialmente, aqueles atinentes à própria incapacidade econômico-financeiras do empreendimento afetado de autofinanciar-se ou de obter financiamento externo suficiente para conclusão da incorporação.

3.4 DA CONSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A despeito da relevante função social da atividade de incorporação imobiliária, a implantação do regime de patrimônio de afetação a cada empreendimento incorporativo ficou a critério do incorporador. Também ao alvedrio do incorporador ficou a opção de afetar parte ou todos os empreendimentos de incorporação da sua titularidade.

Se o incorporador é a parte da relação incorporativa que assume as restrições e os ônus decorrentes da referida afetação patrimonial, conforme ressaltado alhures, não se mostra razoável que este instrumento de proteção dos adquirentes seja adotado de acordo com a sua conveniência e interesse¹⁸⁹. Aliás, ao assim estabelecer, o citado diploma legal concedeu exagerada prerrogativa ao incorporador, em detrimento da concessão de maiores garantias aos

¹⁸⁸ O art. 43, III, da LCI, estabelece que, em caso de falência do incorporador, os adquirentes serão considerados credores privilegiados da massa. Porém, na prática, esse privilégio não tem produzido qualquer efeito positivo para os adquirentes, porque, em razão das preferências especiais atribuída aos créditos trabalhistas, previdenciários e tributários, entre outros, os créditos dos adquirentes (de privilégio geral) são colocados nas últimas posições na ordem da preferência legal.

¹⁸⁹ Essa mesma incongruência foi manifestada por Melhim Namem Chalhub, com os seguintes dizeres, *in verbis*: “Ao deixar a afetação a critério do incorporador, a Lei nº 10.931/2004 concede vantagem exagerada ao incorporador, agravando ainda mais a vulnerabilidade dos adquirentes e contrapondo-se ao fundamento axiológico da norma, expresso na concepção original do anteprojeto do Instituto dos Advogados Brasileiros e em todos os Projetos de Lei da Câmara, que unissonamente, caracterizavam o acervo da incorporação imobiliária como um patrimônio afetado à destinação específica de garantir os direitos patrimoniais dos adquirentes.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 95.)

adquirentes, sabidamente, a parte vulnerável da relação, assim contrariando o fundamento axiológico das normas que protegem os interesses dos adquirentes.

Essa evidente distorção recebeu duras críticas por parte da doutrina. Para Melhim Namem Chalhub, trata-se de “caso estranhíssimo em que o devedor (incorporador) é quem decide se constituirá ou não garantia patrimonial ao seu credor (adquirente).”¹⁹⁰ Enquanto que Aldo Dórea Mattos afirma que “relegar a adesão ao novo regime ao livre arbítrio do incorporador, a referida lei deixou um flanco aberto que pode enfraquecer seu poder de proteção ao consumidor”¹⁹¹. Em outra passagem, o motivo para tal incongruência da norma foi apontada por Aldo Dórea Mattos, ao asseverar que a “razão para que a adesão ao regime de afetação seja voluntária se deve mais a *lobby* das empresas incorporadoras do que propriamente a incúria legiferante”¹⁹².

Apesar dessa deficiência, a afetação do patrimônio das incorporações imobiliárias representa um instrumento positivo em prol da garantia, transparência e segurança do negócio incorporativo, beneficiando de forma direta e imediata os adquirentes das unidades autônomas em construção, na medida em que confere maior proteção à preservação dos seus aportes financeiros e, na eventual decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, outorga-lhes o direito de assumir a administração do empreendimento e prosseguir na execução da obra; ou, se inviável a continuidade da execução da obra, proceder a liquidação do acervo patrimonial do empreendimento.

No entanto, por ser opcional a adesão do incorporador, a eficácia do regime de afetação ficou dependente de exclusiva decisão do incorporador, colocando em segundo plano os direitos dos adquirentes, a parte hipossuficiente e principal destinatária e beneficiária do regime de afetação em apreço, contrariando evidente fundamento axiológico de proteção do patrimônio dos adquirentes de unidades imobiliárias sob regime de incorporação imobiliária.

Em decorrência dessa distorção, a adoção do regime de afetação em comento passou a depender da concessão de estímulos e incentivos econômico-financeiros ao incorporador (instrumento de extrafiscalidade). Essa função indutora, certamente, caberá ao regime especial de tributação, a seguir analisado.

No âmbito da atividade incorporação imobiliária, a constituição do regime de patrimônio de afetação efetiva-se com o ato de averbação do termo de afetação no registro imobiliário. Embora prescindida de formalidade especial, o referido termo deve ser escrito e

¹⁹⁰ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 95.

¹⁹¹ MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 44.

¹⁹² Ibid, p. 56.

firmado pelo incorporador e, quando for o caso¹⁹³, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.

Com efeito, a lei não estabelece nenhuma formalidade especial para o termo de afetação, deixando a critério do incorporador a forma e o conteúdo do referido documento. Assim, segundo Melhim Namem Chalhub, incorporador poderá formular uma declaração numa folha à parte contendo, por exemplo, “nos seguintes termos: ‘declara o incorporador que a presente incorporação está submetida o regime da afetação, nos termos e para os efeitos dos arts. 31A e seguintes da Lei nº 4.591/1964, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 10.931/2004’”¹⁹⁴.

Porém, por se tratar de regime de afetação que repercute sobre direito real de propriedade imobiliária, o regime de patrimônio de afetação somente se considera formalmente constituído a partir do momento em que o referido termo for averbado no Cartório de Registro de Imóveis, onde arquivado e registrado o correspondente memorial de incorporação do empreendimento.

O normal é que a averbação do termo de afetação seja feita por ocasião do arquivamento e registro do memorial de incorporação. No entanto, como a lei permite que o referido termo possa ser averbado a qualquer tempo, em tese, as incorporações já registradas poderão ser submetidas ao regime de afetação até a data da extinção da incorporação imobiliária, que ocorre, formalmente, com a averbação da construção da edificação, individualização e discriminação das respectivas unidades imobiliárias e a expedição de matrícula, pelo registro imobiliário, para cada uma das unidades.

Neste passo, é oportuno ressaltar que, embora a lei permita a averbação da afetação a qualquer tempo, sob o aspecto procedimental, tendo em conta, principalmente, os registros contábeis, realizar a afetação patrimonial de um empreendimento já iniciado e em fase de execução é muito trabalhoso e complicado, senão impossível, principalmente, se o empreendimento já estiver em estágio avançado de desenvolvimento¹⁹⁵. Dada essa circunstância, o recomendável é que a opção pela afetação seja formalizada, senão juntamente

¹⁹³ Os titulares de direitos aquisitivos sobre o terreno firmarão o termo de afetação com o incorporador somente na modalidade de incorporação indireta, hipótese em que, por força do disposto no art. 30 da LCI, os titulares de direitos aquisitivos sobre o terreno são equiparados a incorporador se iniciarem as alienações das respectivas unidades imobiliárias antes da conclusão das obras.

¹⁹⁴ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 101.

¹⁹⁵ Essa limitação de natureza procedimental também foi manifestada por Aldo Dórea Mattos, com os termos a seguir transcritos: “A flexibilidade de se optar pelo regime de PA a qualquer tempo fica limitada na prática pela dificuldade de se converter em PA uma construção já em curso e até então gerida com eventual comunicação de valores e bens entre os negócios da empresa e com a contabilidade do empreendimento mesclada com a da empresa como um todo.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 59.)

com o arquivamento e registro da incorporação, pelo menos na fase de comercialização das unidades, mas antes do início da execução da obra.

De fato, uma vez formalizada a opção pela afetação, obrigatoriamente, o acervo patrimonial do empreendimento afetado deverá ser segregado do patrimônio geral do incorporador, passando a constituir um núcleo patrimonial formado apenas pelos bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação afetada. Se tal providência for adotada no início, é de fácil segregação o acervo patrimonial inicial, constituído previamente ao procedimento de afetação, haja vista que formado, basicamente, apenas das frações ideais do terreno, onde será construído o edifício, e das dívidas decorrentes da legalização da incorporação, da elaboração dos projetos de construção, da preparação do terreno, do canteiro de obra etc.

Diferentemente acontecerá se a opção for exercida em estágio avançado de execução do empreendimento, pois, além do referido acervo patrimonial inicial, deverá ser isolado do patrimônio geral do incorporador os bens, direitos e obrigações que foram acrescidos durante a execução da construção da edificação e a comercialização das unidades imobiliárias, principalmente as acessões construídas, os equipamentos adquiridos, os estoques de materiais de construção, os direitos de crédito provenientes das vendas das unidades imobiliárias, as dívidas decorrentes da compra de material e da folha de pagamento da mão de obra, os encargos trabalhistas, previdenciários e tributários etc., o que implica grande dificuldade de ordem procedimental.

Além disso, para cumprimento da exigência de segregação patrimonial, a escrituração contábil do incorporador deverá proceder os registros contábeis dos fatos relativos a cada patrimônio afetado de forma destacada da contabilidade geral do incorporador, de modo que possa ser identificado, com precisão, o acervo patrimonial afetado, bem como as receitas obtidas com a alienação das unidades e as despesas realizadas com a construção do empreendimento¹⁹⁶. Para atender a essa exigência, o incorporador deve manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigada perante a legislação tributária. E se houver opção pelo regime especial de tributação, o incorporador ainda fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida a este regime especial de tributação, conforme determina o art. 7º da Lei nº 10.931, de 2004.

¹⁹⁶ Também para Aldo Dórea Mattos, o patrimônio de afetação “não possui personalidade jurídica distinta da personalidade do incorporador. O fato de a contabilidade da incorporação afetada ser feita em separado não significa que o patrimônio do incorporador tenha sido desmembrado ou cindido. Não obstante a segregação, o Patrimônio de Afetação continua constando dos balanços patrimoniais da empresa incorporadora, porém, numa conta própria.” (MATTOS, Aldo Dórea, op. cit., p. 56.)

Entretanto, ressalta-se que, embora momentaneamente isolado e escriturado destacadamente na contabilidade do incorporador, o acervo patrimonial afetado continua integrado ao patrimônio geral do incorporador, mantendo apenas a sua autonomia funcional até que seja concluída da obra, averbada a construção e discriminadas e entregue as unidades aos adquirentes, ou ainda, se houver financiamento da obra, resgatada a dívida com a instituição financeira financiadora.

3.5 DOS EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA OU DA PARALISAÇÃO DAS OBRAS

Para os adquirentes das unidades imobiliárias autônomas, uma das vantagens mais relevantes do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária consiste na blindagem do acervo patrimonial do empreendimento afetado contra os efeitos nefastos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador.

Deveras, uma vez decretada a falência ou a insolvência civil do incorporador os seus efeitos não alcançarão os patrimônios de afetação constituídos até a data da prolação da correspondente decisão judicial, sendo excluídos da massa concursal todos os acervos patrimoniais afetados, formados pelo terreno, pelas acessões, pelos demais bens e direitos creditórios e pelas encargos, obrigações e dívidas integrantes de cada empreendimento incorporativo afetado.

O tratamento especial conferido ao acervo patrimonial, encontra-se excepcionado, inclusive, pelo art. 119, IX, da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresa), ao prescrever que “os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva”. Ainda estabelece o referido comando legal que os bens, direitos e obrigações do patrimônio de afetação permanecerão separados do patrimônio geral do falido até o cumprimento de sua finalidade, que, no caso do patrimônio de afetação em comento, consiste na conclusão da construção da edificação e entrega das unidades imobiliária aos adquirentes e, se houver, liquidação do financiamento da instituição financiadora.

Assim, somente após a extinção do patrimônio de afetação, com o cumprimento ou não da sua finalidade, é que o administrador judicial poderá arrecadar o saldo positivo a favor da massa falida ou inscreverá o saldo negativo que contra a massa remanescer em favor dos adquirentes, o financiador da obra e os demais credores. Sendo que, em relação às quantias

que houverem pagos ao incorporador, os adquirentes de unidades imobiliárias serão tratados como credores privilegiados, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

E para resguardar os interesses dos adquirentes, nos sessenta dias seguintes à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, por convocação da Comissão de Representantes ou da instituição financiadora¹⁹⁷ ou, na falta destas, de 1/6 (um sexto) dos titulares de frações ideais do terreno, ou, ainda, por determinação do Juiz que decretou a falência, o condomínio dos adquirentes realizará Assembleia Geral, para deliberar sobre os seguintes assuntos:

- a) ratificar o mandato da Comissão de Representantes ou eleger novos membros;
- b) instituir o condomínio da construção, por instrumento público ou particular; e
- c) deliberar sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação.

As mencionadas deliberações serão tomadas pelos votos dos adquirentes presentes na Assembleia Geral¹⁹⁸, sendo que, no caso da alínea “a”, a decisão será por maioria simples, enquanto que nos casos das alíneas “b” e “c”, a decisão será por quórum qualificado de 2/3 (dois terços), na primeira convocação, ou por maioria absoluta, na segunda convocação.

Em relação ao empreendimento submetido ao regime de incorporação por preço global (LCI, arts. 41 e 43, VI), independentemente de notificação judicial, se o incorporador, sem justa causa, devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 (trinta) dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, a Assembleia Geral poderá adotar as mesmas deliberações anteriormente citadas.

Em qualquer das hipóteses (falência do incorporador ou paralisação das obras), o incorporador (ou a massa falida) será destituído da administração do empreendimento e substituído pelo condomínio dos adquirentes, que, representado pela Comissão de Representantes, assumirá a administração da incorporação, com a missão de concluir a construção da edificação e entregar as correspondentes unidades imobiliárias aos adquirentes, ou de proceder a liquidação do acervo patrimonial afetado, se inviável o prosseguimento da construção do edifício.

¹⁹⁷ Para Pedro Guilherme Kreling Vanzella, percebe-se “o privilégio que a nova lei oferece às instituições financeiras, pois a convocação da Assembleia Geral poderá ser feita por estas instituições (art. 31-F, § 1º, parte final) credoras, sendo que aos demais credores a lei não conferiu tal poder.” (VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling, op. cit., p. 78.)

¹⁹⁸ Na Assembleia Geral, os votos dos adquirentes serão proporcionais às respectivas frações ideais de terreno (LCI, art. 49, § 4º).

Para cumprimento do encargo de representar o condomínio dos adquirentes, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável para firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo a que estaria obrigado o incorporador, o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação, em decorrência de contratos ou ajustes preliminares firmados no ato de realização do negócio. Os contratos definitivos de compra e venda da fração ideal do terreno ou da unidade imobiliária, conforme o tipo de contrato de incorporação, serão celebrados mesmo com os adquirentes que tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financiadora, desde que estejam comprovadamente adimplentes, situação em que a outorga do referido contrato fica condicionada à constituição de garantia real sobre a unidade imobiliária, para assegurar o pagamento do débito remanescente.

O mandato legal¹⁹⁹ outorgado à Comissão de Representantes conferir-lhe-á poderes para (i) transmitir domínio, direito, posse e ação, (ii) manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e (iii) imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas. Trata-se de poderes de vital importância, para que a referida Comissão cumpra, de forma eficaz e em toda plenitude, os encargos de administração do empreendimento incorporativo afetado. E o citado contrato continuará válido mesmo depois de concluída a obra e até que se ultimem os procedimentos de extinção da correspondente incorporação afetada.

3.5.1 Providências relativas à continuação da obra

Nos casos de falência do incorporador ou paralisação injustificada da obra, se viável e benéfica aos interesses dos adquirentes, a Assembleia Geral poderá deliberar pela continuidade da construção da edificação. Se esta for a decisão, de imediato e sem formalidades especiais, a Comissão de Representantes, em nome do condomínio da construção, substituirá o incorporador e assumirá a administração do empreendimento afetado, com a incumbência de implementar todas as medidas necessárias à conclusão da construção da edificação e entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, inclusive,

¹⁹⁹ Para Melhim Namem Chalhoub, o “mandato legal que a lei confere à comissão de representantes é medida de extraordinário alcance social, pois assegura aos adquirentes a obtenção da sua escritura independente de intervenção judicial; como se sabe, anteriormente era o juiz da falência que autorizava a assinatura de cada contrato, fazendo-o mediante deferimento de requerimento de alvará para cada adquirente; além disso, afasta a eventual necessidade de proposição de ações de adjudicação compulsória.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 134.)

podendo contratar, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para realizar e acompanhar a execução da obra²⁰⁰.

Uma vez adotada a decisão de continuar as obras, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação afetada, inclusive, se houver, aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra. Porém, ficam expressamente excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações, diretas ou indiretas, relativas ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação (LCI, art. 31-F, § 20).

Para angariar os recursos financeiros necessários à conclusão da incorporação, incluindo o custeio da parcela da obra inacabada e a averbação da construção, a Comissão de Representantes contará com:

- a) os recursos disponíveis afetados, especialmente os valores depositados na conta-corrente bancária aberta em nome da respectiva incorporação; e
- b) os valores das parcelas dos créditos a receber, vencidas e vincendas, mas ainda não pagas, relativas ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção.

Para esse fim, os adquirentes deverão dar continuidade aos pagamentos, nos mesmos prazos e formas estabelecidos nos respectivos contratos de aquisição ou de construção, celebrados com o incorporador ou diretamente com o construtor.

Com o mesmo objetivo, os saldos dos preços das frações ideais do terreno e acessões integrantes da incorporação que não tenham sido pagos ao incorporador até a data da decretação da sua falência ou insolvência civil passarão, imediatamente, a ser pagos à Comissão de Representantes, permanecendo o somatório dos valores dos créditos recebidos submetido à afetação até o limite dos recursos necessários à conclusão da incorporação. Neste caso, o incorporador deve assegurar à pessoa nomeada pela Comissão de Representantes livre acesso aos documentos e informações necessários à verificação e apuração do montante dos

²⁰⁰ Ainda segundo Melhim Namem Chalhub, na tarefa de continuar a construção da edificação, “a Comissão de Representantes atuará como substituta do incorporador, agindo por seus membros ou por prepostos, sendo admissível que venham a ser contratados engenheiros, administradores ou outros profissionais habilitados a promover a execução dos atos relacionados ao prosseguimento da incorporação.” (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 129.)

débitos a pagar dos adquirentes relativos aos saldos dos preços, vinculados ao respectivo patrimônio de afetação, provenientes da alienação das frações ideais do terreno ou das unidades imobiliárias autônomas.

Para cumprimento do encargo de administradora da incorporação afetada, a Comissão de Representantes fica investida de mandato legal, em caráter irrevogável, para, em nome do incorporador ou do condomínio de construção, conforme a modalidade de incorporação, receber as parcelas vencidas e vincendas do preço de aquisição das unidades imobiliárias vendidas, dar quitação aos adquirentes dos valores recebidos, bem como promover as medidas extrajudiciais ou judiciais necessárias ao recebimento dos créditos pendentes de pagamento. No exercício dessa função de cobrança dos créditos, a Comissão terá atribuição para praticar todos os atos relativos à venda das unidades imobiliárias dos adquirentes inadimplentes, por meio de leilão público extrajudicial, previsto no art. 63 da LCI, bem como praticar os atos relativos à consolidação da propriedade fiduciária e ao público leilão das unidades imobiliárias alienadas fiduciariamente²⁰¹. Neste caso, a Comissão deve realizar a garantia e aplicar no empreendimento afetado todo o produto do recebimento do saldo do preço e do leilão realizado (LCI, art. 31-F, § 12, II).

Embora a obrigação de cada adquirente esteja limitada ao valor total do preço de aquisição da unidade imobiliária (incorporação por preço global) ou do preço de custeio da construção (incorporação por preço não global) da respectiva unidade imobiliárias, caso o valor total do saldo do preço da unidade ou do custeio da construção a pagar pelos adquirentes somado ao total dos recursos afetados disponíveis seja insuficiente para cobrir o custo da conclusão da incorporação, os adquirentes terão que fazer aporte adicionais de recursos financeiros até o valor suficiente para a conclusão da incorporação afetada.

Assim, se apurado saldo negativo entre as receitas da incorporação²⁰² e o custo da conclusão da incorporação, cada adquirente responderá, individualmente, pelo valor que lhe for atribuído no referido saldo, que será determinado de acordo com a proporção dos coeficientes de construção das respectivas unidades imobiliárias, se outro critério de rateio não for deliberado pela Assembleia Geral, por decisão que exige quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos votos dos adquirentes presentes.

²⁰¹ A disciplina legal da consolidação da propriedade do imóvel em nome do fiduciário e a realização do público leilão para a alienação do imóvel dado em garantia pelo fiduciante encontra-se prevista, respectivamente, nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel.

²⁰² Consideram-se receitas do empreendimento os recursos disponíveis afetados e os valores das parcelas a receber, vincendas e vencidas e ainda não pagas, de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção, conforme o tipo de incorporação (LCI, art. 31-F, § 12, III).

Por outro lado, se apurado saldo positivo entre as receitas da incorporação e o custo da conclusão da incorporação, o valor correspondente a este saldo deverá ser entregue à massa falida pela Comissão de Representantes, o que deverá ser feito durante a execução da incorporação e não apenas ao término da extinção do patrimônio de afetação. Sob pena de grave prejuízo à consecução da incorporação e prejuízo aos adquirentes, a decisão de entregar à massa falida a parcela da receita excedente ao custo de conclusão da incorporação deve estar amparada em dados e informações corretas, consignadas no orçamento do fluxo financeiro de recebimentos e pagamentos futuros.

Enfim, é pertinente mencionar que, contrariando o espírito de proteção dos adquirentes das unidades imobiliárias, que norteia a instituição do patrimônio afetação, perde eficácia a deliberação da Assembleia Geral pela continuação da obra, caso a Comissão de Representantes não realize o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, em até um ano contado da referida deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior (art. 9º²⁰³ da Lei nº 10.931, de 2004).

Em relação aos débitos tributários, previdenciários e trabalhistas, cabe ressaltar que, por força do disposto no art. 10 da Lei nº 10.931, de 2004, o acervo patrimonial afetado só responde pelos citados débitos que forem a ele vinculados e cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência ou insolvência do incorporador, não se lhe aplicando o disposto no art. 76 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001²⁰⁴. A contrário senso, o patrimônio de afetação não responde pelos débitos tributários, previdenciários e trabalhistas do incorporador vinculados a outros empreendimentos incorporativos, afetados ou não, e às demais atividades do incorporador, bem como pelos débitos que surgirem no curso do processo de falência do incorporador.

²⁰³ O citado dispositivo legal tem o seguinte teor, *in verbis*: “Art. 9º Perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1º do art. 31-F da Lei nº 4.591, de 1964, bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta Lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior”.

²⁰⁴ O referido preceito legal tem redação que segue transcrita: “Art. 76. As normas que estabeleçam a afetação ou a separação, a qualquer título, de patrimônio de pessoa física ou jurídica não produzem efeitos em relação aos débitos de natureza fiscal, previdenciária ou trabalhista, em especial quanto às garantias e aos privilégios que lhes são atribuídos. Parágrafo único. Para os fins do disposto no **caput**, permanecem respondendo pelos débitos ali referidos a totalidade dos bens e das rendas do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os que tenham sido objeto de separação ou afetação”.

A perda da eficácia da deliberação pela continuação da obra, além de contrariar o fundamento axiológico do patrimônio de afetação, revela-se desnecessária para fim de garantia de recebimento, uma vez que, além da preferência nos pagamentos, assegurada na legislação, em especial no art. 186 do CTN, os mencionados débitos estão garantidos pelo próprio acervo patrimonial afetado, que inclui o terreno e as acessões, bem como os demais bens e direitos vinculados à incorporação imobiliária afetada. Além disso, caso decidam pela continuação da obra, os adquirentes ficam automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação, o que inclui, especialmente, as obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas.

Com vista a assegurar a garantia de pagamento, a título de *lege ferenda*, admite-se como razoável que a comprovação do pagamento dos citados débitos fosse exigida antes do ato de averbação da construção ou dos atos de registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes, mas, jamais a imposição de um prazo tão exíguo como o que foi estabelecido na norma em comento.

Ao analisar o teor da referida norma, afirmou Melhim Namem Chalhub, que ela “viola, a um só tempo, os princípios da isonomia, da defesa do consumidor e do devido processo legal.”²⁰⁵ Com efeito, em consonância com a lição do citado autor, verifica-se que, ao invés de buscar o equilíbrio entre as partes, de acordo com o princípio da proporcionalidade, atribuindo aos adquirentes das unidades imobiliárias, a parte sabidamente vulnerável, no mínimo, as mesmas condições de pagamento concedidas ao incorporador e às demais pessoas jurídicas, diversamente, a referida norma impõe aos adquirentes uma condição de pagamento bem mais gravosa.

Além disso, em razão da falência do incorporador, na fase inicial de assunção do empreendimento pelo condomínio dos adquirentes, geralmente, a situação orçamentária da incorporação encontra-se em situação deficitária, portanto, não dispondo de recursos para fazer grandes desembolsos de recursos financeiros, sob pena de prejudicar o desejável prosseguimento da execução da obra. Assim, em situação desse jaez, o princípio da isonomia recomendaria que aos adquirentes fosse assegurado prazo e forma de pagamento mais brandas, desigualando o tratamento em favor do condomínio dos adquirentes, pois, neste caso, o valor mais relevante a ser tutelado é o da continuidade da obra, com todos os benefícios sociais e econômicos daí decorrentes, ao invés da sua definitiva paralisação, como determina essa malsinada norma.

²⁰⁵ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 126.

Além disso, a assunção da administração da incorporação pela Comissão de Representantes será um encargo excessivamente pesado para os adquirentes das unidades imobiliárias, que estarão se empenhando pessoalmente para salvar suas economias e receber o seu sonhado imóvel, mas não para obtenção de lucro. Assim, a despeito de constituir uma tutela especial que visa proteger a vulnerabilidade dos adquirentes, a continuidade da obra também protege os demais credores do empreendimento, dentre eles, certamente, estão os trabalhadores, a previdência e o fisco. Logo, embora danosa aos interesses de todos os credores do empreendimento afetado, a paralisação da obra é particularmente desastrosa para os trabalhadores, uma vez que estes perdem o emprego e o direito de receber seus eventuais créditos diretamente do acervo patrimonial afetado, sendo obrigados a habilitá-los no processo de falência. Por fim, para o citado autor, “a pendência de débito não priva a pessoa do uso e da fruição de seus bens ou direitos, mesmo que estes estejam submetidos a constrição judicial”²⁰⁶.

Dessa forma, a norma restritiva em comento suprime direitos anteriormente assegurados aos adquirentes das unidades imobiliárias de prosseguir na execução da obra sem a obrigatoriedade de realizar o prévio pagamento dos débitos tributários, previdenciários e trabalhistas, conforme se verifica nas disposições do art. 43, III e VI, da LCI.

3.5.2 Providências relativas à liquidação do patrimônio de afetação

Com a decretação da falência ou insolvência civil do incorporador ou atraso injustificado da obra, a decisão de liquidar o patrimônio de afetação será adotada somente se ficar demonstrada a impossibilidade de a maioria dos adquirentes prosseguir na construção da edificação afetada.

Assim, comprovada a inviabilidade da continuidade da construção, se a Assembleia Geral dos adquirentes, por maioria absoluta ou qualificada²⁰⁷, decidir pela liquidação do acervo patrimonial afetado, à Comissão de Representantes será atribuído mandato irrevogável para, em nome dos adquirentes, efetivar a alienação do terreno e das acessões (construções).

Para o desempenho das atribuições inerentes ao mencionado procedimento de liquidação, a Comissão de Representantes será investida de poderes para, em nome dos

²⁰⁶ CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 127.

²⁰⁷ Há vários tipos de quórum para que se forme a maioria, a saber: a) maioria absoluta, que corresponde a mais de metade dos membros colegiado, contando-se os presentes e os ausentes; b) maioria simples, formada por mais da metade dos votantes presentes à sessão; e c) maioria qualificada, que é a que atinge ou ultrapassa o limite aritmético ou a proporção, sempre superior à maioria absoluta, estabelecida em relação ao total dos membros do colegiado.

adquirentes, (i) transmitir domínio, posse, direito e ação, (ii) manifestar a responsabilidade pela evicção e (iii) imitar os futuros adquirentes na posse do terreno e das acessões. Para esse fim, será atribuída à citada Comissão competência para firmar com os adquirentes contrato de venda, promessa de venda, escritura definitiva, ou outra modalidade de contrato compatível com os direitos objeto da transmissão.

No exercício das suas atribuições, a Comissão de Representantes cumprirá o mandato legal nos termos e limites estabelecidos pela Assembléia Geral. Nesse mister, além da obrigação de receber o preço e dar-lhe quitação, a mencionada Comissão deverá prestar contas ao condomínio dos adquirentes, entregando-lhes o produto líquido da alienação do terreno e das acessões, no prazo de 5 (cinco) dias, contado da data do recebimento do preço ou de cada parcela do preço. E em relação aos adquirentes não localizados, os valores que lhes pertencer serão depositados em Juízo pela referida Comissão à disposição dos citados adquirentes.

Outra forma de liquidação do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, bastante vantajosa para os adquirentes, encontra-se prevista no art. 43, VII, da LCI. Essa forma especial de liquidação, que se aplica apenas às incorporações por preço global, tem algumas particularidades que a diferencia do procedimento de liquidação anteriormente aborda, relativos aos casos de decretação da falência ou insolvência civil do incorporador ou atraso injustificado da obra.

De acordo com o referido preceito legal, em caso de insolvência do incorporador e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a Assembléia Geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado ao empreendimento, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40 da LCI.

Além da limitação apenas às incorporações por preço global, há diferenças marcantes entre este procedimento de liquidação especial e o procedimento de liquidação geral, a saber:

- a) em relação ao motivo: a liquidação especial é motivada pela simples insolvência do incorporador, enquanto que a liquidação geral é motivada pela decretação da falência ou insolvência civil do incorporador ou atraso injustificado da obra;
- b) em relação ao quórum da decisão: a liquidação especial exige quórum único de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, ao passo que a liquidação geral exige quórum de

2/3 (dois terços) dos votos dos adquirentes, na primeira convocação, e maioria absoluta dos votos, na segunda convocação;

c) em relação aos ativos do patrimônio de afetação a serem alienados: na liquidação especial podem ser alienados o terreno, as acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, ao passo que na liquidação geral podem ser alienados apenas o terreno e as acessões;

d) em relação ao procedimento de alienação: na liquidação especial a alienação poderá ser feita mediante leilão ou outra forma que a Assembleia Geral estabelecer, enquanto que na liquidação geral a alienação somente poderá ser feita por meio de leilão público, na forma prevista no art. 63 da LCI; e

e) em relação ao valor da venda a ser distribuído (reembolsado) aos adquirentes: o valor a ser distribuído entre os adquirentes, na proporção dos recursos aportados ao empreendimento, na liquidação especial, será o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, e na liquidação geral será o produto líquido da alienação.

Ainda no âmbito do procedimento de liquidação especial em apreço, se não obtido, na venda do terreno, das acessões e dos demais bens e direitos, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

3.5.3 Providências comuns à continuação da obra e à liquidação

Uma vez decretada a falência ou insolvência civil do incorporador ou caracterizado o atraso injustificado da obra, independentemente do tipo de decisão da Assembleia Geral dos adquirentes em relação ao desfecho do empreendimento incorporativo, havendo unidades imobiliárias ainda não alienadas pelo incorporador (unidades “em estoque”), a Comissão de Representantes, desde que autorizada, poderá aliená-las em leilão público, para assegurar as

medidas necessárias ao prosseguimento das obras ou à liquidação do patrimônio de afetação²⁰⁸.

Para esse fim, a Comissão de Representantes, no prazo de 60 (sessenta dias), a contar da data de realização da Assembleia Geral que deliberou pela continuação da obra ou liquidação do patrimônio de afetação, promoverá, em leilão público, a venda das unidades imobiliárias “em estoque”, compreendendo as frações ideais do terreno e respectivas acessões, que, até a data da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, não foram alienadas pelo incorporador²⁰⁹.

O leilão deverá ser realizado por leiloeiro contratado pela Comissão de Representantes e o procedimento deverá ser realizado de acordo com os requisitos estabelecidos no art. 63 da LCI. E nos anúncios do referido leilão público, deverão constar dos documentos de sua divulgação o valor das acessões não pagas ao incorporador (LCI, art. 36, § 6º) e o preço da fração ideal do terreno e das acessões (LCI, arts. 40 e 41).

Nesse caso, concretizada a venda, o arrematante sub-rogar-se-á, na proporção atribuível à fração ideal do terreno e acessões adquiridas, nos direitos e nas obrigações relativas ao empreendimento, inclusive nas obrigações de eventual financiamento, assim como, em se tratando de aquisição do terreno por permuta de unidades prontas, nas obrigações perante o proprietário do terreno.

Nos correspondentes processos de arrematação, em igualdade de condições com terceiros, será assegurada preferência, sucessivamente, na seguinte ordem: em primeiro, ao proprietário do terreno, e em segundo, ao condomínio dos adquirentes. No primeiro caso, a preferência será assegurada ao proprietário do terreno, se este for pessoa distinta da pessoa do incorporador, devendo a preferência ser manifestada nas 24 (vinte e quatro horas) seguintes à data designada para a venda no respectivo leilão. A primazia dessa preferência justifica-se em razão da vinculação inseparável entre as acessões (futuras unidades imobiliárias) e a fração ideal do terreno.

²⁰⁸ Há uma nítida diferença entre a venda em leilão público das frações do terreno e acessões que, até a decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, não foram ainda alienadas pelo incorporador (unidades imobiliárias “em estoque”), ativo pertencente à massa falida, e a venda em leilão público da fração do terreno e das acessões (unidades imobiliárias) já alienadas pelo incorporador e, portanto, pertencentes ao patrimônio dos adquirentes.

²⁰⁹ Para Melhim Namem Chalhub, a medida “assegura os efeitos práticos da afetação patrimonial, facilitando o ingresso de novos participantes com capacidade financeira para suportar os custos da obra, pois, caso o incorporador falido mantivesse sua titularidade sobre essas unidades, ele é que deveria pagar as quotas partes de construção correspondentes ao seu custo, nos termos do § 6º do art. 36” da LCI. (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 130).

No segundo caso, se o proprietário do terreno não exercer a preferência que lhe foi oportunizada ou se não houver licitantes (pregão deserto), a preferência para aquisição da fração ideal ou fração ideal e respectivas acessões passará a ser do condomínio dos adquirentes, que somente poderá exercê-la se houver autorização da Assembléia Geral, pelo voto da maioria simples dos adquirentes presentes, após a prévia anuência da Comissão de Representantes, que deverá ser apresentada ao condomínio dos adquirentes dentro do prazo de 48 (quarenta e oito horas), a contar da data designada para a venda em pregão público.

Concluída a venda das unidades imobiliárias “em estoque” (frações ideais e respectivas acessões), a distribuição do produto líquido da venda incumbirá a Comissão de Representantes, nos 5 (cinco) dias que sucederem o recebimento do preço. Para esse fim, a Comissão deverá adotar, sucessivamente, na ordem a seguir estabelecida, as seguintes providências:

- a) em primeiro: pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observada a ordem de preferência prevista na legislação, em especial, o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional (CTN), e se ainda remanescente recursos;
- b) em segundo: reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, e se ainda remanescente recursos;
- c) em terceiro: reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas, e se ainda remanescente recursos;
- d) em quarto: entregar ao condomínio da construção o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador, na proporção do valor obtido na venda, e se ainda remanescente recursos;
- e) em quinto: entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal do terreno, e se ainda remanescente recursos; e
- f) entregar à massa falida o saldo positivo que porventura remanescer.

Da análise da ordem de preferência explicitada, observa-se clara opção da norma por atribuir primazia aos créditos trabalhistas, previdenciários e tributários e, logo em seguida, aos créditos dos financiadores da obra.

Ainda se extrai da referida distribuição, que, além de atender ao nobre propósito de assegurar o prosseguimento da obra e o reembolso dos referidos pagamentos feitos pelos adquirentes, a venda antecipada das unidades “em estoque” atende os interesses de todos os envolvidos com o empreendimento incorporativo, senão veja: os trabalhadores, a previdência e o fisco terão preferência no recebimento dos seus créditos; com o reembolso das citadas quantias adiantadas, o condomínio dos adquirentes será beneficiado com o ingresso de novos recursos financeiros, necessários à continuação da obra ou reposição do capital despendido; com a entrega à massa falida do valor remanescente do preço da venda, o direito dos demais credores também estará assegurado; e, enfim, com a assunção pelo arrematante do encargo de pagar as quotas da construção da unidade imobiliária leiloadas, o incorporador falido livra-se deste encargo, a que estava obrigado nos termos do art. 35, § 6º, da LCI.

3.6 DA EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

A extinção do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária ocorre em decorrência da consecução da sua finalidade, liquidação do acervo patrimonial afetado, revogação da incorporação por denúncia e outras hipóteses previstas em lei (LCI, art. 31-E).

A forma normal de extinção do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária efetiva-se com averbação da construção²¹⁰, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes das unidades imobiliárias e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. Nesta hipótese, a extinção do patrimônio efetiva-se com o cumprimento da sua finalidade e se concretiza mediante atuação do próprio incorporador ou do condomínio dos adquirentes, representado pela Comissão de Representantes.

Na primeira hipótese, sob a liderança e a administração do incorporador, o empreendimento afetado cumpre o seu curso normal, desde o início até a conclusão da obra, averbação da construção e registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes das unidades imobiliárias. Na segunda hipótese, o empreendimento afetado não cumpre o seu curso normal. Neste caso, em razão da decretação da falência do incorporador ou da paralisação injustificada da obra, o incorporador é substituído durante a execução da obra pelo condomínio dos adquirentes, que representado

²¹⁰ A averbação da construção do edifício é uma obrigação do incorporador, que, se não a requerer logo após a expedição do habite-se, o construtor, se houver, deverá requerê-la sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes. Na omissão dos dois, a averbação da construção poderá ser requerida por qualquer dos adquirentes de unidades imobiliárias (LCI, art. 44, §§ 1º e 2º).

pela Comissão de Representantes, é quem conclui a obra, averba a construção e registra os títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes das unidades imobiliárias.

Nessas duas hipóteses, a extinção da afetação ocorre mediante o cumprimento da sua função precípua, que consiste na consecução da incorporação e entrega das unidades aos adquirentes e, se for o caso, extinção das dívidas contraídas com o financiador da obra. A implementação dessa medida implica imediata desafetação dos demais bens, direitos e obrigações integrantes do acervo patrimonial afetado, especialmente, das unidades imobiliárias remanescentes “em estoque”, que ainda não tenham sido vendidas pelo incorporador ou pela Comissão dos Representantes, assim como dos demais bens e direitos creditórios, vencidos ou vincendos, decorrentes da comercialização das respectivas unidades imobiliárias. Em suma, em consequência do ato de desafetação, todo o acervo patrimonial remanescente retorna ao patrimônio geral do incorporador, sem qualquer restrição de uso ou limitação de destinação.

No requerimento de desafetação, dirigido ao oficial do Registro de Imóveis, o incorporador ou a Comissão de Representantes, conforme o caso, deverá comprovar a averbação da construção e o registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes, o que poderá ser feito mediante a indicação, no requerimento, do ato da averbação da construção e dos números das matrículas e dos registros das unidades imobiliárias entregues aos adquirentes.

Além disso, caso tenha havido financiamento da construção, também deverá ser comprovada a extinção das obrigações perante a instituição financiadora. Essa medida visa proteger a instituição financiadora da construção, conferindo-lhe o direito de receber os créditos, prioritariamente, do acervo patrimonial afetado²¹¹, que, com a extinção da afetação, terão os suas demais obrigações, dívidas e encargos transferidas ao acervo patrimonial geral do incorporador ou, se for o caso, ao acervo patrimonial da massa concursal, sem qualquer privilégio. Na hipótese de transferência do referido financiamento aos adquirentes, para fim de pagamento do preço de aquisição das unidades, a desafetação deverá ser feita de forma

²¹¹ No mesmo sentido, leciona Pedro Guilherme Kreling Vanzella, que “as instituições financeiras passaram a ter maior privilégio no recebimento de seus créditos em relação aos demais credores, pois o patrimônio de afetação não poderá deixar de existir enquanto as unidades autônomas não forem entregues aos respectivos adquirentes e após a quitação ao financiamento.” (VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling, op. cit., p. 72.)

individualizada, unidade por unidade, na medida em que for registrado o respectivo contrato no registro imobiliário²¹².

A extinção do patrimônio de afetação por revogação, ou resilição unilateral do contrato, ocorre nos casos em que há denúncia da incorporação por parte do incorporador, que só ocorre depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas. A denúncia da incorporação consiste no ato de desistência da realização do empreendimento pelo incorporador, que deve ser formalizada perante o registro imobiliário, por escrito, dentro do prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias ou do igual prazo de revalidação do registro da incorporação, e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição das unidades imobiliárias, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador. Neste caso, o requerimento de desafetação deverá estar acompanhado do termo de denúncia da incorporação e dos documentos comprobatórios da restituição das eventuais quantias pagas pelos adquirentes.

A extinção do patrimônio de afetação também se efetiva com o término do procedimento de liquidação do acervo patrimonial afetado, em cumprimento à deliberação da Assembleia Geral dos adquirentes, em razão da falência do incorporador ou paralisação injustificada da obra, nos casos em que inviável a continuidade da construção da edificação pelo condomínio dos adquirentes. Nesta hipótese, o requerimento de desafetação, assinado pela Comissão de Representantes, deverá ser instruído com os comprovantes de pagamento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, bem como dos comprovantes (i) de reembolso das quantias adiantadas pelos adquirentes e das entregues pela instituição financiadora, (ii) de entrega ao condomínio do valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador, (iii) de entrega ao proprietário do terreno do valor da fração ideal do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, e (iv) entrega à massa falida do acervo patrimonial remanescente (LCI, art. 31-F, § 18, I a VI).

Outra forma de extinção do patrimônio de afetação é por meio do distrato dos contratos preliminares de aquisição das unidades ou dos contratos de incorporação, o que se efetiva mediante acordo entre o incorporador e todos os adquirentes, com vistas a extinção dos efeitos dos contratos anteriormente celebrados. Trata-se de hipótese excepcionalíssima de

²¹² Para Melhim Namem Chalhub, com o registro do contrato de financiamento “estarão sendo atendidos todos os requisitos do art. 31E, I, ou seja, estará sendo registrado a propriedade ou o direito real de aquisição em nome do adquirente e estará sendo resgatado o financiamento da incorporação, na proporção da unidade vendida, permanecendo afetadas as demais unidades, que serão sucessivamente desafetadas na medida em que, individualmente, forem sendo atendidos esses requisitos”. (CHALHUB, Melhim Namem, op. cit., p. 119.)

extinção do patrimônio de afetação²¹³, haja vista as evidentes dificuldade de obtenção de consenso de todos os adquirentes das unidades. Neste caso, o requerimento de desafetação do incorporador deverá ser dirigido ao registro imobiliário instruído com as cópias de todos os instrumentos de distrato.

Enfim, cabe fazer algumas considerações acerca do modo de extinção do patrimônio de afetação considerado impróprio e, de forma uníssona, considerado pela doutrina nocivo aos interesses dos adquirentes, por contrariar o propósito da norma instituidora do regime de afetação e por violar os princípio da isonomia e da defesa da parte vulnerável da relação incorporativa. Trata-se da forma extintiva de natureza sancionatória, determinada no art. 9º da Lei nº 10.931, de 2004, anteriormente comentado, que se materializa com a perda da eficácia da decisão de continuidade da obra.

De acordo com o referido preceito legal, ocorrerá a desafetação automática e imediata do patrimônio afetação se expirado o prazo de um ano ou menos, se o habite-se for concedido em prazo inferior, sem o pagamento integral das dívidas tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao patrimônio afetado, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador.

A norma em apreço, na “tentativa” de forçar o imediato pagamento das referidas dívidas e pretender atribuir, por meio transversal, uma certa preferência aos citados créditos, poderá produzir efeito inverso ao pretendido, porque, na impossibilidade de realização dos citados pagamentos, tais débitos serão habilitados no processo de falência, passando a concorrer com os demais créditos já habilitados na massa concursal, tendo ainda o inconveniente de serem pagos somente após a realização do ativo da massa falida, se remanescente recursos financeiros suficientes, o que é muito difícil nesse tipo de processo.

Assim, além do efeito imediato de inviabilizar a conclusão do empreendimento incorporativo, acarretando prejuízos incalculáveis aos adquirentes, tal medida ainda prejudicará todos os demais credores do acervo patrimonial afetado, incluindo as administrações tributárias e os trabalhadores, especialmente estes últimos que sofrerão os efeitos negativos imediatos da paralisação da obra, com a perda dos postos de trabalho, e ainda terão de aguardar o demorado procedimento de realização do ativo da massa falida, sem ter a certeza (senão, só dúvida) de que, ao final, receberão os seus créditos.

²¹³ No entendimento de Pedro Guilherme Kreling Vanzella, se, por consenso, “hoover o distrato dos contratos de incorporação, não haverá motivo para que o patrimônio de afetação continue a existir. Entretanto, cumpre dizer que o distrato deverá obedecer ao princípio da boa-fé que rege os contratos, a fim de que neste pacto não sejam estipuladas cláusulas abusivas que coloquem os adquirentes em situação de inferioridade.” (VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling, op. cit., p. 74.)

4 DO REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO

4.1 ASPECTO TRIBUTÁRIO DA ATIVIDADE DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Sob o ponto de vista tributário, a atividade de incorporação imobiliária apresenta algumas especificidades que a diferencia das demais atividades econômicas, tanto no que tange aos tipos de tributos a que está sujeita, quanto a forma de tributação que lhe pode ser aplicada, no âmbito federal, estadual ou municipal.

De modo geral, a atividade de incorporação imobiliária está sujeita à cobrança dos seguintes tributos federais: Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e Contribuição para o PIS/Pasep. Na esfera estadual, a referida atividade, em regra, não está sujeita ao pagamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), por não ser o incorporador, na condição de consumidor final, contribuinte do imposto. Finalmente, no âmbito municipal, a citada atividade está sujeita à cobrança dos seguintes impostos: o Imposto sobre a Prestação de Serviços (ISS), Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU).

4.1.1 Da tributação na esfera federal

No âmbito da legislação tributária federal, as pessoas jurídicas ou equiparadas são submetidas, por obrigação ou opção, a uma das seguintes formas de tributação: lucro real, lucro presumido, lucro arbitrado e simples nacional²¹⁴. As pessoas jurídicas que exercem a atividade de incorporação imobiliária, além das referidas formas de tributação, ainda podem optar pelo Regime Especial de Tributação (RET)²¹⁵.

Em regra, toda pessoa jurídica está autorizada a adotar a forma de tributação do IRPJ pelo regime de lucro real, inclusive, para algumas pessoas jurídicas, essa forma de tributação é obrigatória. O lucro real, base de cálculo do IRPJ, é o lucro líquido contábil do período de

²¹⁴ Por serem muito pouco utilizadas no âmbito da atividade de incorporação imobiliária, as formas de tributação com base no lucro arbitrado e no simples nacional não serão aqui abordadas.

²¹⁵ O referido regime de tributação encontra-se disciplinado nos arts. 1º a 10 da Lei nº 10.931, de 2004, e nos arts. 1º a 12 e 22 a 25 da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 30 de dezembro de 2013.

apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido contábil de cada período de apuração com observância das leis comerciais e das regras de escrituração contábil estabelecidas pelo Comitê Pronunciamentos Contábeis (CPC).

A pessoa jurídica incorporadora ou equiparada²¹⁶ que, por opção ou obrigação, adotar o lucro real fica obrigada a apurar a base de cálculo da CSLL com base lucro líquido contábil do período de apuração antes da provisão para o IRPJ (base real), ajustado pela adições e exclusões prescritas ou autorizadas na legislação tributária, bem como fica sujeita ao regime não cumulativo de apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins.

De outro modo, se a pessoa jurídica incorporadora optar pela forma de tributação com base no lucro presumido, a base de cálculo do IRPJ e adicional será o montante determinado pela soma do valor resultante da aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta recebida no período de apuração acrescido, dentre outros, dos ganhos de capital, dos rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras (renda fixa e variável), das variações monetárias ativas, e todos demais resultados positivos obtidos pela pessoa jurídica, inclusive os juros recebidos como remuneração do capital próprio, descontos financeiros obtidos.

Se a incorporadora optar pelo regime de lucro presumido, ela fica obrigada apurar o base de cálculo da CSLL também de forma presumida e a Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins pelo regime cumulativo. Da mesma forma, se a incorporadora adotar o lucro arbitrado, ela fica obrigada apurar o base de cálculo da CSLL também de forma arbitrada e a Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins pelo regime cumulativo.

Enfim, independentemente da forma de tributação adotada (lucro real, presumido, arbitrado ou simples nacional), o incorporador ainda pode optar pelo RET, em relação aos empreendimentos submetidos ao regime de afetação, desde que atendidos os demais requisitos legais, a seguir analisados.

4.1.2 Da tributação na esfera estadual

A incorporadora pode exercer, cumulativamente, com a atividade de incorporação imobiliária a atividade de construção (incorporadora-construtora), conforme exposto alhures.

²¹⁶ Por força do disposto no art. 150, § 1º, III, do Regulamento do Imposto sobre a Renda de 1999 (RIR/1999), toda pessoa física que promover a incorporação de prédios em condomínio equipara-se a pessoa jurídica, na condição de empresas individuais.

Em relação à atividade de construção, em regra, a incorporadora não é contribuintes do ICMS, pois, em relação aos bens empregados na construção do edifício, ela é considerada consumidora final.

No meio jurídico, um tipo de operação realizada pelas incorporadoras-construtoras gerou muita controvérsia. Refere-se à cobrança da diferença de alíquota de ICMS pelos fiscos estaduais destinatários das mercadorias, prevista no art. 155, § 2º, VII, “a”, da CF/1988. De acordo com esse preceito constitucional, as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado ficam sujeitas a alíquota interestadual do ICMS de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), conforme o Estado de origem. Nesta hipótese, o fisco do Estado destinatário tem competência para cobrar a diferença de alíquota em relação à alíquota interna, normalmente, de 17% (dezessete por cento), desde que o comprador final seja contribuinte do imposto.

Com base na referida previsão normativa, as incorporadoras-construtoras, com inscrição estadual, que adquiriam, em outros Estados, materiais a serem empregados como insumos nas obras que executavam no Estado destinatário, este exigia, na entrada da mercadoria, o diferencial de alíquota maior do imposto incidente nas operações internas. As incorporadoras/construtoras se rebelaram contra essa cobrança e a controvérsia foi submetida a julgamento no STF, onde se firmou o entendimento de que a referida cobrança era indevida, porque as empresas de construção civil não eram contribuintes do imposto²¹⁷.

A mesma questão foi submetida ao crivo do STJ, que também entendeu que era indevida a referida cobrança, no julgamento do REsp 1135489/AL, da relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 9/12/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC. Aliás, nesta Corte, a matéria encontra-se sumulada no verbete da Súmula 432, que tem o seguinte enunciado, *in verbis*: “As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais”²¹⁸.

No entanto, se o Estado destinatário está impedido de cobrar o questionado diferencial de alíquota em relação aos insumos aplicados pelas incorporadoras-construtoras em suas obras, porém, essas mesmas operações, no Estado de origem, ficam sujeitas à alíquota interna (alíquota “cheia”). Neste caso, as incorporadoras-construtoras devem informar ao

²¹⁷ Dentre outros julgados, cita-se os seguintes precedentes do STF: AI 242.276 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, j. em 16.10.1999, DJ 17.03.2000; AI 456.722 AgR, Rel. Ministro Eros Grau, Primeira Turma, j. em 30.11.2004, DJ 17.12.2004; AI 505.364 AgR, Rel. Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 05.04.2005, DJ 22.04.2005; RE 527.820 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 01.04.2008, DJe-078; RE 579.084 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 26.05.2009, DJe-118; e RE 472.146 AgR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 13.05.2014, DJe-112.

²¹⁸ BRASIL. STJ. Primeira Seção. Súmula 432, j. em 24/03/2010, DJe 13/05/2010.

estabelecimento remetente sua condição de não contribuinte do imposto, conforme determina as legislações estaduais do imposto²¹⁹, sob pena de aplicação de multas previstas nas referidas legislações. A não prestação dessa informação ou prestação de informação inverídica sobre a sua condição de contribuinte afronta o Princípio da Boa Fé Objetiva, que deve orientar a relação entre o fisco e os contribuintes. Essa forma de cobrança do imposto, bem como a imposição de penalidades, está em consonância com a firme jurisprudência do STJ²²⁰.

Ainda em relação a cobrança do diferencial de alíquota, cabe esclarecer que, no Estado da Paraíba, existe um Regime Simplificado de Tributação (RST) do ICMS, restrito apenas a empresas que executarem obras de construção civil ou hidráulicas, promovendo a circulação de mercadorias em seu próprio nome ou de terceiros. Se incluída no RST, determina o art. 2º do Decreto Estadual nº 30.481, de 28 de julho de 2009, que a empresa de construção civil destinatária fica sujeita ao recolhimento do valor do ICMS com base na aplicação das seguintes alíquotas reduzidas: 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor da aquisição quando a alíquota de origem for de 12% (doze por cento) e 3% (três por cento) sobre o valor de aquisição quando alíquota de origem for de 7% (sete por cento).

Além de assegurar a redução de alíquota, a opção pelo RST é considerado requisito obrigatório para que a empresa de construção civil, que promova a referida atividade de circulação de mercadorias, possa ser inscrita ou mantenha a sua inscrição no Cadastro de

²¹⁹ No Estado da Paraíba, a referida determinação encontra-se estabelecida no art. 36, § 4º, do Regulamento do ICMS (RICMS), atualizado pelo Decreto nº 35.717, de 22 de janeiro de 2015.

²²⁰ A título ilustrativo, leia-se o elucidativo enunciado da ementa do julgado a seguir transcrito: “TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO DESTINADO A OBRAS DA ADQUIRENTE. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA.

1. Discute-se a cobrança do diferencial entre as alíquotas interestadual e interna de ICMS, na aquisição de material de construção por construtoras.

2. As alíquotas interestaduais somente aproveitam aos adquirentes que sejam contribuintes do ICMS, conforme o art. 155, § 2º, VII, "a", da CF. Nessas hipóteses, é pacífico o entendimento de que o Estado de destino pode cobrar o diferencial de alíquota na entrada da mercadoria em seu território.

3. No caso de compradores não-contribuintes do ICMS, como o das construtoras em relação aos insumos aplicados em suas obras, as aquisições interestaduais devem se sujeitar à alíquota interna (maior que a interestadual), nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Evidentemente, não haverá diferencial de alíquota a ser recolhido ao Estado de destino.

4. Ocorre que determinadas construtoras (caso da recorrida) identificam-se como contribuintes do ICMS no momento da aquisição das mercadorias em outros Estados, aproveitando, assim, a alíquota interestadual. Paradoxalmente, argumentam ao Fisco de destino que não são contribuintes do ICMS, para escaparem do diferencial de alíquota.

5. A Segunda Turma já teve a oportunidade de consignar que a atitude desses contribuintes agride o Princípio da Boa-Fé Objetiva que deve orientar as relações com o fisco. Admite-se, na hipótese, a aplicação de multas previstas na legislação estadual.

6. Inviável, no entanto, a cobrança do diferencial de alíquota, como pretende o recorrente.

7. Como a construtora não é contribuinte do ICMS, o tributo estadual deveria ter sido calculado pela alíquota interna sobre o preço da operação interestadual e recolhido integralmente pelo vendedor ao Estado de origem, nos termos do art. 155, § 2º, VII, "b", da CF. Não há crédito, portanto, em favor do Fisco de destino (recorrente).

8. Recurso Especial não provido.” (BRASIL. STJ. Segunda Turma. REsp 620.112/MT, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 07/05/2009, DJe 21/08/2009)

Contribuintes do Estado da Paraíba (CCICMS/PB). Em outras palavras, no Estado da Paraíba, somente obterão ou manterão a inscrição no CCICMS/PB as empresas de construção civil aderentes ao RST.

4.1.3 Da tributação na esfera municipal

No exercício das suas atividades operacionais, a empresa incorporadora, normalmente, fica sujeita à cobrança dos seguintes impostos municipais: ITBI, IPTU e ISS. Os dois primeiros são impostos incidentes sobre o patrimônio, enquanto o terceiro inclui-se no grupo dos impostos sobre a produção e circulação de bens e serviços.

4.1.3.1 Da incidência do ITBI

O ITBI tem como fato gerador a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como a cessão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais à transmissão de tais bens e direitos.

No que tange ao momento de ocorrência do fato gerador do ITBI, as legislações municipais têm fixado dois momentos distintos: (i) o do registro do título aquisitivo, nos casos de transmissão da propriedade ou de direitos reais sobre imóveis; e (ii) a lavratura do respectivo instrumento, nos casos de cessão de direitos relativos à transmissão da propriedade ou de direitos reais sobre imóveis. Diferentemente, a jurisprudência consolidada do STF e do STJ tem entendido, de forma reiterada e sem divergência, que o fato gerador do ITBI é apenas a transferência da propriedade imobiliária e este ocorre somente com o registro do respectivo título translativo no Cartório de Registro de Imóveis da localização do imóvel²²¹.

²²¹ A título de exemplo, transcreve-se a seguir excertos extraídos do enunciado das ementas de julgados reliaçados recentemente nas referidas cortes: [...] A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASI. STF. Primeira Turma. ARE 805859 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 10/02/2015, DJe-044.)

[...] 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante o registro do negócio jurídico junto ao órgão competente. Nesse sentido, acerca do ITBI, já decidiu o STJ: REsp 771.781/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/06/07; AgRg no AgRg no REsp 764.808/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 12/04/07. [...] 6. Recurso especial não provido. (BRASIL. STJ. Primeira Turma. REsp 1236816/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 15/03/2012, DJe 22/03/2012)

Com base no que já foi exposto, pode-se asseverar que a transmissão onerosa de bens imóveis ou a transmissão e a cessão onerosas de direitos reais à aquisição de tais bens são operações inerentes à atividade exercida pelo incorporador, que se efetiva, geralmente, por meio de contrato de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos reais à aquisição do terreno, e mediante a integralização do capital social com a transmissão de bens imóveis ou direitos reais à aquisição de tais bens, uma vez que não se aplica a referida atividade a imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF/1988. Nessas operações, em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, a exigência do ITBI do incorporador somente poderá ser feita após o efetivo registro do título translativo da propriedade do terreno.

Outras modalidades de operações muito comuns no âmbito da atividade de incorporação imobiliária são a promessa de compra e venda de unidades imobiliárias como coisa futura (incorporação por preço global) e a promessa de cessão de direitos de aquisição da fração ideal terreno (incorporação por preço não global). Nesses tipos de operações, ainda que celebradas em caráter irrevogável e irretratável, a cobrança do ITBI é indevida, haja vista que são amparadas em contratos preliminares de transferência de propriedade²²². Esse entendimento está em perfeita consonância com a firme jurisprudência do STF e do STJ, que tem decidido de forma reiterada e sem divergência, que tais contratos, por terem natureza preliminar, não constituem meios idôneos de transmissão da propriedade de bem imóvel, que se efetiva somente com o registro do contrato definitivo de transferência do domínio. Este sim sujeita-se a cobrança do aludido imposto²²³.

4.1.3.2 Da incidência do IPTU

Por sua vez, nos termos do artigo 34 do CTN, o contribuinte do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Sendo que o proprietário corresponde ao proprietário pleno, de domínio exclusivo ou na condição

²²² Segundo Sílvio de Salvo Venosa, no “compromisso de venda e compra, sob o aspecto contratual, há um acordo de vontades, de cunho preliminar, por meio do qual uma parte compromete-se a efetuar em favor de outra, em certo prazo, um contrato de venda definitivo, mediante o pagamento do preço e cumprimento das demais cláusulas. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v.5, p. 518.)

²²³ A título de exemplo, cita-se os seguintes julgados do STJ: AgRg no REsp 982625/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 03/06/2008, DJe de 16/06/2008; AgRg no AgRg no REsp 764808 / MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 15/03/2007, DJ de 16/06/2000, p. 217; e REsp 57641/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22/05/2000, p.91. Do STF: ARE 798241/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 11/03/2014, DJe-051 de 17/03/2014; e AI nº 764432 AgR/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 08/10/2013, DJe-231 de 22/11/2013.

coproprietário (no regime de condomínio comum). Enquanto o titular do domínio útil é o enfiteuta ou o usufrutuário. Enfim, a posse apta a gerar a obrigação tributária do IPTU é aquela qualificada pelo *animus domini*, ou seja, aquela decorrente de direito real (usufruto, uso e habitação) ou que efetivamente esteja em vias de ser transformada em domínio ou propriedade, seja por meio da promessa de compra e venda, seja pela posse *ad usucapionem*. De outro modo, a posse decorrente de relação de natureza obrigacional, tais como a referente à locação e ao comodato, não é apta a configurar fato gerador do IPTU, por conseguinte, o locatário e comodatário não são partes legítimas para integrar o polo passivo da obrigação tributária relativa ao IPTU²²⁴.

Em consonância com a jurisprudência do STJ, tem-se que a existência de possuidor apto a ser considerado contribuinte do IPTU não implica exclusão automática, da condição de contribuinte, do titular do domínio, assim entendido aquele que tem a propriedade registrada em seu nome no Cartório de Registro de Imóveis. Assim, existindo sobre o mesmo imóvel, a propriedade e a posse com ânimo de domínio exercida por pessoas distintas, ambas serão consideradas contribuintes, podendo a autoridade fiscal optar por exigir o imposto de qualquer uma delas, com base apenas em critérios de conveniência e facilidade de cobrança e arrecadação do imposto.

Assim, diante da existência de instrumento particular de promessa de compra e venda de unidade imobiliária, firmado em caráter irrevogável e irretratável, com a imissão na posse pelo adquirente, tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Cartório de Registro de Imóveis) são contribuintes do IPTU, consoante entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, que se encontra consignado, dentre outros, nos REsp 1.110.551/SP e 1.111.202/SP²²⁵, submetidos a julgamento pelo rito dos recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do CPC.

²²⁴ No mesmo sentido a jurisprudência do STJ, conforme explicitado, a título de exemplo, no trecho da ementa do seguinte julgado: “[...] 1. O IPTU é imposto que tem como contribuinte o proprietário ou o possuidor por direito real que exerce a posse com animus definitivo - art. 34 do CTN. 2. O comodatário é possuidor por relação de direito pessoal e, como tal, não é contribuinte do IPTU do imóvel que ocupa. [...] 4. Recurso especial improvido. (BRASIL. STJ. Segunda Turma, REsp 25.489/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 19/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 217)

²²⁵ Os trechos pertinentes dos enunciados das ementas dos referidos julgados têm o seguinte teor: “[...]1. Segundo o art. 34 do CTN, consideram-se contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU. [...] 4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (BRASIL. STJ. Primeira Seção. REsp 1.110.551/SP e 1111202/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/06/2009, DJe 18/06/2009)

No âmbito da atividade incorporativa, seja na condição de proprietário ou possuidor (promitente comprador ou cessionário de direito real de aquisição), o incorporador é o contribuinte do IPTU²²⁶ incidente sobre o terreno, até que ocorra a conclusão da construção do edifício, a emissão do habite-se e a averbação da construção, bem como a expedição de matrícula própria para as respectivas unidades imobiliárias pelo registro imobiliário.

Após tais atos, o IPTU passará a incidir sobre as unidades imobiliárias e respectivas frações ideais do terreno, tendo como contribuintes: (i) o incorporador, exclusivamente, até que seja efetivada a entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, (ii) o incorporador (proprietário/promitente vendedor) e o adquirente (possuidor/promitente comprador), após a entrega das unidades imobiliárias e até que seja registrado o título definitivo translativo da propriedade no registro imobiliário, e (iii) o adquirente, exclusivamente, após o registro translativo definitivo da propriedade da unidade imobiliária.

4.1.3.3 Da incidência do ISS

Por fim, cabe analisar a incidência do ISS (ou ISSQN) sobre a atividade de incorporação imobiliária. Nos termos do art. 156, III, da CF/1988, o citado imposto incide sobre serviços de qualquer natureza (exceto os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, da competência dos Estados) definidos em lei complementar. Por sua vez, a Lei Complementar nº 116, de 31 de junho de 2013, no seu art. 1º, define fato o gerador do ISS como sendo a prestação de serviços especificados na lista anexa²²⁷ ao referida diploma legal, que, no subitem 7.02, inclui os serviços de construção civil no campo de incidência do imposto, em especial, os serviços de construção “por administração, empreitada ou subempreitada”, que são os que interessa ao presente estudo.

Inicialmente, cabe ressaltar que, o fato de a atividade de incorporação imobiliária não estar relacionada na referida lista, em princípio, poderia levar ao equivocado entendimento de que, em qualquer circunstância, ela estaria excluída do campo de incidência do ISS. No

²²⁶ O proprietário do terreno também será contribuinte juntamente com o incorporador promitente comprador ou cessionário de direito real de aquisição, enquanto aquele conservar a titularidade do domínio perante o registro imobiliário.

²²⁷ Na doutrina e jurisprudência há forte controvérsia acerca da natureza jurídica da referida lista. Alguns entendem que ela é exemplificativa, outros que ela seria taxativa, mas admitia interpretação extensiva. Em decorrência dessa celeuma, o assunto foi submetido ao crivo do STF, porém ainda se encontra sob análise dessa Corte, em regime de repercussão geral, reconhecido no julgamento do RE 615.580/RJ, cujo enunciado da ementa segue transcrito: “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LISTA DE SERVIÇOS. DECRETO-LEI 406/1968 E LC 116/2003. TAXATIVIDADE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO. GERAL. (BRASIL. STF. RE 615580 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/08/2010, DJe-154 de 20-08-2010, v. 18, n. 94, 2010, p. 452-454).

entanto, sabe-se que a atividade incorporativa compreende, necessariamente, a atividade de construção civil. Logo, a incidência ou não do ISS no âmbito da referida atividade vai depender do tipo de incorporação realizada, o que é definido, conforme demonstrado alhures, em função do objeto de alienação ou comercialização (obrigação de dar) e da forma de contratação da construção da edificação (obrigação de fazer).

Com efeito, na incorporação por preço global ou incorporação direta (LCI, arts. 41 e 43), o incorporador firma com os adquirentes contratos de promessa de compra e venda das unidades imobiliárias autônomas por preço integral, incluindo o preço da cota do terreno e o preço da construção da unidade, comprometendo-se a entregar tais unidades prontas aos adquirentes (obrigação de dar). Nesta modalidade, o incorporador constrói o prédio em terreno próprio e, por sua conta e risco, assume o custeio integral da construção da edificação.

Enfatiza-se novamente, uma característica inerente e diferenciadora deste tipo de incorporação está na ausência de prestação de serviços de construção pelo incorporador a terceiros²²⁸, incluindo os próprios adquirentes. Deveras, neste caso, a execução da construção é da incumbência exclusiva do próprio incorporador, que ostenta, simultaneamente, as qualidades de prestador e tomador dos “serviços de construção” do edifício (prestação de serviços de construção a si próprio), circunstância que descaracteriza a dita prestação como apta a ingressar no campo de incidência do imposto, em face da ausência de sinalagma e de conteúdo econômico da prestação, requisitos imprescindíveis do aspecto material do imposto em comento²²⁹. Em outros termos, neste tipo de incorporação, a obrigação do incorporador apresenta-se como uma típica obrigação de dar, característica que, sob qualquer aspecto, retira do correspondente negócio jurídico os requisitos necessários à definição constitucional de serviço (obrigação de fazer), suporte material da incidência do ISS.

Diferentemente, na incorporação por preço não global ou incorporação indireta (LCI, art. 48), o incorporador firma com os adquirentes contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda apenas da cota do terreno e, em instrumento contratual a parte, o

²²⁸ No mesmo sentido, a doutrina de Leandro Paulsen, para quem o serviço apto a integrar a base econômica do ISS é “um fazer em favor de terceiros, específico, como objeto mesmo de um negócio jurídico, ou seja, um fazer como fim colimado, e não como simples meio para outra prestação. Ademais, deve ser prestado a título oneroso, mediante contraprestação.” (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**: completo. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 376.)

²²⁹ Esse também é o entendimento da reiterada jurisprudência do STJ, conforme se extrai do trecho da ementa do seguinte julgado: “[...] 1. Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é “a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis” (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em incidência de ISS. [...] 3. Embargos de divergência providos.” (EREsp 884.778/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 22/09/2010, DJe 05/10/2010)

condomínio dos adquirentes firma com o incorporador ou com o construtor, diretamente ou por intermédio do incorporador, o contrato de construção da edificação, que poderá ser feito sob regime de construção por empreitada (LCI, arts. 55 a 57) ou de construção por administração (LCI, arts. 58 a 62).

Dada essas características, tem-se que, na primeira modalidade de incorporação, não há incidência do ISS, porque a construção é feita diretamente pelo próprio incorporador e constitui simples meio para alcançar o objetivo final da incorporação, que é a entrega das unidades imobiliárias prontas aos adquirentes (obrigação de dar). Neste caso, o incorporador não presta serviço de construção civil para os adquirentes das unidades imobiliárias, mas para si próprio. Com efeito, a autoexecução do serviço de construção, conforme demonstrado, não integra o campo de incidência do imposto.

Esse entendimento está em consonância com a firme jurisprudência do STJ, respaldada no entendimento de que, na incorporação direta, não há prestação de serviços a terceiros e o imposto incide apenas sobre o serviço-fim, nunca sobre “o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade”²³⁰.

De outra forma, na incorporação indireta, há incidência do ISS sobre os serviços de construção civil prestados pelo construtor contratado pelo condomínio dos adquirentes, sob regime de construção por empreita ou administração, conforme expressamente previsto no subitem 7.02 da referida lista. Porém, em qualquer das modalidades de construção, o contribuinte do imposto será sempre o construtor, por ele ser o prestador do serviço ao condomínio dos adquirentes. Nesta hipótese, ainda que o incorporador seja o contratante indireto da construção (em nome do condomínio dos adquirentes), ele não será o contribuinte

²³⁰ A título de exemplo, reproduz-se a seguir os excertos do enunciado da ementa do seguinte julgado: “TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO, POR SUA CONTA E RISCO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO. [...]”

4. Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por “preço global”, compreensivo da cota de terreno e construção. Ele assume o risco da construção, obrigando-se a entregá-la pronta e averbada no Registro de Imóveis. Já o adquirente tem em vista a aquisição da propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada, e, para isso, paga o preço acordado em parcelas.

5. Como a sua finalidade é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador não presta serviço de “construção civil” ao adquirente, mas para si próprio.

6. Logo, não cabe a incidência de ISSQN na incorporação direta, já que o alvo desse imposto é atividade humana prestada em favor de terceiros como fim ou objeto; tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. As etapas intermediárias são realizadas em benefício do próprio prestador, para que atinja o objetivo final, não podendo, assim, serem tidas como fatos geradores da exação.

7. Recurso especial não provido.” (BRASIL. STJ. Segunda Turma. REsp 1166039/RN, Rel. Min. Castro Meira, j. em 01/06/2010, DJe 11/06/2010)

do imposto, por ser o tomador do serviço de construção. Dessa forma, tem se manifestado a pacífica jurisprudência do STJ, por meio de diversos julgados.²³¹

Ainda na incorporação indireta, o condomínio dos adquirentes das frações do terreno poderá firmar com o próprio incorporador (se este for construtor) o contrato de construção do prédio, sob regime de empreitada ou de administração. Nesta hipótese, como o incorporador presta serviços de construção ao condomínio dos adquirentes, em relação apenas aos serviços de construção, ele será contribuinte do ISS²³². Ainda em relação a este caso, cabe ressaltar que o incorporador constrói em terreno alheio, pertencente ao condomínio dos adquirentes, diferentemente do regime de incorporação direta, em que ele constrói em terreno próprio.

4.2 FUNÇÃO INDUTORA DO RET

Conforme já ressaltado, a natureza opcional do regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária foi apontada pela doutrina especializada como uma grave deficiência do citado regime. Com efeito, ao deixar a sua implantação ao alvedrio do incorporador, a parte que sofre as restrições e os ônus da implantação do regime, obviamente, a sua eficácia restou demasiadamente fragilizada e, em decorrência, severamente prejudicada a sua finalidade de proteger o comprador de unidade imobiliária sob regime de incorporação imobiliária.

Assim, para superar essa deficiência, o incorporador precisava de incentivos que compensassem os encargos e as limitações decorrentes da implantação do regime. Com esse objetivo, simultaneamente, com o regime de patrimônio de afetação foi instituído o RET, como instrumento de estímulo ao exercício da opção pelo referido regime de afetação.

Os benefícios do RET em favor do incorporador efetivam-se mediante a simplificação da tributação e a redução da carga tributária. A primeira função é de fácil constatação, uma

²³¹ A título ilustrativo, reproduz os trechos pertinentes do enunciado da ementa do seguinte julgado: “TRIBUTÁRIO. ISS SOBRE CONSTRUÇÃO. INCORPORADORA IMOBILIÁRIA. INEXIGIBILIDADE.

1. Conforme decidido no REsp 1166039/RN, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (Lei 4.591/64, art. 55); b) por administração ou “a preço de custo” (Lei 4.591/64, art. 58); ou c) por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (Lei 4.591/64, art. 41). 2. Nas duas primeiras hipóteses, o serviço é prestado por terceira empresa, contratada pela incorporadora ou pelos adquirentes, que se organizam em regime de condomínio. Contribuinte do ISS sobre o serviço de construção, naturalmente, será a respectiva prestadora, e não o tomador. [...] 4. Conclui-se que a incorporadora imobiliária não assume a condição de contribuinte da exação. 5. Recurso Especial provido. (BRASIL. STJ. Segunda Turma. REsp 1212888/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 12/04/2011, DJe 18/04/2011)

²³² Da mesma forma, o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, para quem, como o fato gerador do ISS “é, em regra, a prestação do serviço da construção do conjunto imobiliário, esse tributo incidirá nas operações em que o adquirente celebre contrato de construção, seja com a incorporadora (se também for construtora) ou com construtora diversa da incorporadora.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., 2014, p. 276.)

vez que o RET unifica e substitui a apuração e o pagamento de quatro tributos federais, o que reduz os custos administrativos e facilita o cumprimento das obrigações tributárias acessórias. De acordo com a doutrina de Luís Eduardo Schoueri, além da função arrecadadora e da função extrafiscal, as normas tributárias tem ainda a função simplificadora, “regida pelo princípio da praticabilidade, autorizando o aplicador da lei a adotar medidas globais, generalizantes, com a finalidade de simplificar o sistema tributário.”²³³ A título de exemplo, o referido autor cita a sistemática de tributação do IRPJ com base no lucro presumido, como sendo um tipo de norma simplificadora.

A segunda função, além de não ser de fácil constatação, por envolver redução de tributos, precisa está em consonância com os fundamentos do poder de tributar, previsto na Carta Magna, que é exercido com duas finalidades principais: (i) arrecadar recursos para cobrir as gastos do Estado e (ii) estimular ou desestimular o comportamento dos agentes econômicos, com vistas a atingir, direta ou indiretamente, determinados objetivos políticos, sociais e econômicos fundamentais ao interesse público, tutelados pelo Estado.

Na primeira finalidade, a tributação é realizada com objetivo arrecadatório e consubstancia o princípio da fiscalidade²³⁴. Na segunda finalidade, a tributação não tem como objetivo principal a arrecadação de recursos para o erário, mas a realização de outros fins políticos, sociais e econômicos almejados pelo Estado, sob a égide do princípio da extrafiscalidade²³⁵.

Com respaldo no princípio da extrafiscalidade, o legislador pode editar normas tributárias de estímulo ou desestímulo aos comportamentos do contribuinte, por meio de uma tributação regressiva ou progressiva, ou mediante a concessão de incentivos e benefícios fiscais. Vários dispositivos constitucionais ou legais têm inspiração no princípio da extrafiscalidade. No esfera constitucional, título de exemplo, cita-se os arts. 146, III, “d” e 182, § 4, da CF/1988, que prevêm, respectivamente, tratamento simplificado e favorecido a micros e pequenas empresas e progressividade na cobrança do IPTU sobre terreno urbano não edificado, incluído na área do plano diretor, para fim de cumprimento da sua função social.

²³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

²³⁴ Segundo Marcus de Freitas Gouvêa, pela fiscalidade, “o Estado é impelido à tributação a fim de suprir-se de meios necessários para financiar suas finalidades constitucionalmente estabelecidas”. (GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 39.)

²³⁵ Para Jonathan Barros Vita, as “formas de incentivar certos comportamentos ou certas necessidades do sistema são elaboradas através do mecanismo da chamada extrafiscalidade, que consistiria em maximizar a função indutora dos tributos em detrimento da sua função arrecadatória (fiscalidade).” (VITA, Jonathan Barros. Isonomia, capacidade contributiva e direitos humanos: nova chave de leitura para a tributação. In: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6843.)

No plano infraconstitucional, todas as normas instituidoras de benefícios e incentivos fiscais também consubstanciam o princípio da extrafiscalidade, na vertente de estímulo a prática de determinados comportamentos do contribuinte.

Segundo Luís Eduardo Schoueri, o gênero da extrafiscalidade inclui todos os casos não vinculados à função arrecadadora (ou regime da fiscalidade), nem à função simplificadora. Para o referido autor, além de normas com função indutora, que seria a extrafiscalidade em sentido estrito, “outras também se movem por razões não fiscais, mas desvinculadas da busca do impulsionamento econômico por parte do Estado.”²³⁶

Aqui interessa analisar as normas tributária com função indutora, ou seja, aquelas em que o Estado concede estímulos ou impõe desestímulos aos contribuintes. Especificamente, analisar-se-á a norma tributária indutora incentivadora, que estimula os contribuintes a adotar determinados comportamentos desejados pelo Estado, utilizando-se de incentivos fiscais²³⁷, que se efetiva, por exemplo, mediante a diminuição de alíquota e base cálculo, conforme estabelecido no RET. Por essa característica, este regime configura-se como uma norma tributária indutora incentivadora, por meio do qual o Estado reduz sua pretensão tributária como forma de induzir o contribuinte a adotar certo comportamento, por meio da redução das alíquotas dos tributos.

No caso específico do RET, o comportamento a ser incentivado é a adoção do regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, instrumento de proteção do adquirente de imóvel em construção e, indiretamente, meio de incentivo a efetivação do direito à moradia, que, conforme demonstrado alhures, é um direito social fundamental, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Além disso, a defesa do comprador de imóvel, na condição de consumidor²³⁸ e parte vulnerável da relação de incorporação imobiliária, foi erigida a princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, V, da Carta Magna, e direito individual fundamental, no art. 5º, XXXII, da CF/1988.

²³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo, op. cit., p. 32.

²³⁷ De acordo com a doutrina de Luís Eduardo Schoueri a “intervenção por indução dá-se por estímulos e desestímulos. Estímulos se compreendem no conceito comum de subvenções. Estas podem ser diretas ou indiretas. Normas tributárias indutoras, de caráter de benefício, enquadram-se entre os subvenções indiretas. Daí ser necessário uma comparação, também, entre as subvenções diretas e os incentivos fiscais, merecendo especial atenção o aspecto de que incentivos fiscais apenas estimulam aqueles que estão sujeitos a tributo; quanto mais alta a tributação, tanto mais alto o estímulo. Nos tributos progressivos, este efeito se torna mais relevante.” (SCHOUERI, Luís Eduardo, op. cit., p. 355).

²³⁸ Leciona Rodrigo Azevedo Toscano de Brito que “há relação de consumo na incorporação imobiliária. Dessa forma, não se pode negar que, diante da configuração do incorporador como fornecedor, do adquirente como consumidor e da unidade autônoma como produto, o contrato de incorporação imobiliária é de consumo.” (BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de, op. cit., p. 236)

Em face dessas características, qualquer medida tributária que vise incentivar a efetivação do direito social fundamental à moradia, obviamente, está em consonância com os objetivos constitucionais estabelecidos na ordem social e econômica do País. Nesse sentido, o entendimento perfilhado por Jonathan Barros Vita, para quem “a extrafiscalidade pode atuar como forma de induzir práticas compatíveis com a preservação dos direitos humanos fundamentais como o desenvolvimento do meio ambiente e garantia de direitos sociais.”²³⁹

Assim, a redução da carga tributária por meio da adoção do RET, certamente, estará em sintonia com a realização dos valores fundamentais, pois, na condição de instrumento de incentivo à adesão ao regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, indiretamente, ele estará contribuindo para a implementação do direito fundamental social à moradia, o que o credencia como instrumento extrafiscal legítimo e adequado aos ditames constitucionais de exoneração tributária, previstos na Carta Magna do País.

4.3 DO RET DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Além da previsão de aplicação às receitas do incorporador provenientes das vendas e unidades imobiliárias pertencentes ao empreendimento de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, o RET ainda se aplica às receitas do construtor provenientes das atividades (i) de construção de unidades habitacionais contratadas no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV)²⁴⁰ e de construção ou reforma de estabelecimentos de educação infantil, compreendendo os projetos de construção ou reforma de creches e pré-escolas²⁴¹. Os dois últimos regimes especiais de tributação têm prazo de validade até 31 de dezembro de 2018.

Porém, em face do propósito específico deste trabalho, aqui será abordado apenas o RET aplicável às receitas de incorporações imobiliárias afetadas, que se encontra disciplinado nos arts. 1º a 10 da Lei nº 10.931, de 2004, e regulamentado nos arts. 1º a 12 e 22 a 25 da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 30 de dezembro de 2013.

²³⁹ VITA, Jonathan Barros, op. cit., p. 6843.

²⁴⁰ O RET aplicável às construções de unidades habitacionais de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) contratadas no âmbito do PMCV foi instituído pelo art. 2º da Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009, e regulamentado nos arts. 13 a 16 e 23 e 25 da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 30 de dezembro de 2013.

²⁴¹ O RET das construções ou reformas de estabelecimento de educação infantil encontra-se previsto nos arts. 24 a 27 da Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012, e regulamentado nos arts. 17 a 25 da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 2013.

4.3.1 Definição do RET

O RET da incorporação imobiliária é um regime de tributação simplificado, que unifica e substitui a cobrança de 4 (quatro) tributos federais, a saber: o IRPJ, a CSLL, a Cofins e a Contribuição para PIS/Pasep. O regime tem caráter opcional, porque a sua implementação efetiva-se a critério do incorporador. Mas, uma vez exercida, a opção será considerada irretratável, perdurando enquanto existir direitos de crédito ou obrigações do incorporador perante os adquirentes das unidades imobiliárias que compõem a respectiva incorporação. O período de apuração do tributo é mensal e o cálculo do valor devido tem início a partir do mês em que formalizado o ato de adesão ao regime.

Dada essas características, pode-se afirmar que a opção pelo RET é uma decisão da alçada exclusiva do incorporador, mas, uma vez exercida, fica-lhe expressamente proibido utilizar qualquer outra modalidade de tributação (lucro real ou presumido, por exemplo), prevista para os tributos substituídos, em relação às receitas de venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação submetida ao RET, incluindo as receitas financeiras e as variações monetárias ativas decorrentes da respectiva operação de venda.

O RET tem início no mês em que formalizada a opção pelo regime e término no mês em que for concluído o recebimento de todos os direitos creditórios decorrentes das operações de venda das unidades imobiliárias ou extinta todas as obrigações do incorporador perante os adquirentes das unidades imobiliárias que compõem a incorporação.

Independentemente do momento em que auferidas, as receitas efetivamente recebidas (regime de caixa) pela incorporadora com a venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação submetida regime, acrescida das receitas financeiras e variações monetárias decorrentes da correspondente operação de venda, serão tributadas de acordo as regras do regime especial em comento.

A aplicação do RET embora se restrinja a cada empreendimento de incorporação afetado, a apuração do valor mensal devido abrange todas as receitas recebidas no mês provenientes das vendas de todas as unidades imobiliárias que integram o respectivo acervo patrimonial afetado, independentemente das receitas terem sido auferidas (unidades vendidas) antes ou depois de formalizada a opção pelo regime.

Sob o ponto de vista procedimental, a principal característica do RET consiste na simplificação do procedimento de apuração do valor do tributo devido, pois este substitui todas as difíceis e complicadas sistemáticas individuais de apuração dos quatro tributos substituídos. Essa característica ainda tem a vantagem de facilitar o trabalho de auditoria,

fiscalização e o controle do correto cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias do empreendimento, propiciando aos adquirentes, por intermédio da Comissão de Representantes, um acompanhamento eficaz do pagamento dos valores do tributo devido pelo empreendimento e assim evitando que haja a nociva formação de passivos tributários, o que poderá dificultar ou até inviabilizar, futuramente, a conclusão do empreendimento e a entrega das unidades imobiliárias, acarretando elevados prejuízos aos adquirentes.

4.3.2 Da adesão ao RET

Assim como ocorre com o regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a adesão ao RET da incorporação imobiliária é também opcional, a critério do incorporador, que poderá optar por submeter ao regime apenas um, alguns ou todos empreendimentos afetados. No entanto, uma vez efetuada, a adesão terá caráter irretratável e perdurará até a extinção dos “direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação”.

A legislação não fixou o termo inicial nem o termo final para o incorporador exercer a opção pela aplicação do RET às receitas da incorporação imobiliária, entretanto, como a adesão ao regime depende da prévia afetação da incorporação, chega-se a conclusão que aquela somente poderá ser feita a partir do ato de realização da afetação do acervo patrimonial da incorporação, o que ocorre com a averbação do termo de afetação da incorporação no registro imobiliário.

A opção prévia pela implementação da afetação do empreendimento constitui condição imprescindível, para fim de formalização da adesão ao RET. Por sua vez, o termo final para o exercício da opção pelo regime dar-se-á com a extinção do patrimônio de afetação, que se efetiva com a averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

Para cada empreendimento incorporativo, a opção pelo RET será considerada efetivada quando atendidos, na ordem estabelecida, os seguintes requisitos²⁴²: primeiro, afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária; segundo, inscrição da incorporação afetada no CNPJ, vinculada ao evento “109 - Inscrição de Incorporação Imobiliária - Patrimônio de Afetação”; terceiro, prévia adesão ao Domicílio Tributário

²⁴² Tais requisitos encontram-se estabelecidos no art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 2013.

Eletrônico (DTE); quarto, regularidade fiscal da matriz da pessoa jurídica incorporadora quanto aos tributos administrados pela RFB e à Dívida Ativa da União; quinto, regularidade do recolhimento ao FGTS²⁴³; e sexto, apresentação do formulário “Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação”.

Após o cumprimento de todos os requisitos mencionados, segundo a ordem estabelecida, a opção pelo RET considera-se formalizada com a solicitação de juntada ao dossiê digital de atendimento²⁴⁴ do termo de opção pelo RET, obrigatoriamente acompanhado do termo de constituição de patrimônio de afetação da respectiva incorporação, firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição, e averbado no Cartório de Registro de Imóveis²⁴⁵. Logo, a opção pelo RET considera-se efetuada na data da formalização da referida solicitação e representa o termo inicial do regime, que será extinto quando recebidos pelo incorporador todos os créditos dos adquirentes ou extintas todas obrigações do incorporador perante os adquirentes.

Do cotejo entre os requisitos estabelecidos na norma legal (art. 2º²⁴⁶ da Lei nº 10.931, de 2004) e os estabelecidos na norma regulamentar, verifica-se que há diferenças significativas. Em face dessa discrepância, cabe analisar se a norma regulamentar não extrapolou os parâmetros delineados pelo comando legal em destaque e se encontra em consonância com o princípio da hierarquia das normas.

Em relação à exigência de prévia inscrição no CNPJ e de adesão ao DTE, como se trata de atos meramente procedimentais, o primeiro com vista ao controle do recolhimento dos tributos por cada empreendimento afetado e o facilitar e agilizar o intercâmbio de informações e de comunicação com a Administração Tributária, não se vislumbra qualquer exorbitância do poder regulador atribuído à RFB pela norma legal regulamentada.

De outra parte, a mesma conclusão não se aplica às exigências de regularidade fiscal e do recolhimento do FGTS. É evidente que essas exigências extrapolam os limites atribuídos à

²⁴³ A comprovação da regularidade fiscal e do recolhimento do FGTS será feita mediante consulta, nos sistemas da RFB e da Caixa Econômica Federal, pela autoridade administrativa responsável pela análise do requerimento de opção pelo RET.

²⁴⁴ Os procedimentos de formação do dossiê digital de atendimento e de solicitação juntada de documentos no citado dossiê encontram-se estabelecidos nos arts. 4º e 5º da Instrução Normativa RFB nº 1.412, de 22 de novembro de 2013, e poderá ser obtido em qualquer unidade da RFB.

²⁴⁵ Os referidos termos deverão ser entregues à RFB em formato digital, em conformidade com o estatuído na Instrução Normativa RFB nº 1.412, de 22 de novembro de 2013.

²⁴⁶ O citado preceito legal tem a seguinte redação: “Art. 2º A opção pelo regime especial de tributação de que trata o art. 1º será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos: I - entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, conforme regulamentação a ser estabelecida; e II - afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.”

RFB para regulamentar a matéria. Deveras, em embora haja comandos legais específicos²⁴⁷ que condicionam o reconhecimento de incentivo ou benefício fiscal à comprovação da regularidade fiscal e do recolhimento do FGTS do beneficiário, tais normas não se aplica ao RET, uma vez que se trata de regime simplificado de tributação, com características similares às do Simples Nacional, instituído pelo art. 12 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Se em relação ao Simples Nacional, há determinação legal expressa vedando à adoção deste regime pelas pessoas jurídicas em débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal²⁴⁸, pela mesma razão, em relação ao RET, a exigência de tais requisitos também necessitam de expressa determinação legal. Como não há norma legal exigindo tais requisitos para aplicação do RET, são ilegais as referidas exigências de regularidade fiscal e de recolhimento estabelecidas na norma regulamentadora em comento.

Além disso, se tais exigências restringem a opção pelo RET, indiretamente, elas também restringem o exercício da opção pelo regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, eficaz instrumento de proteção jurídica dos adquirentes de unidades imobiliárias em construção e de efetivação do direito fundamental social à moradia, conforme demonstrado alhures.

4.3.3 Das obrigações acessórias do RET

Uma vez formalizada a opção pelo RET, o incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime, de modo que possibilite a apuração da receita mensal auferida e recebida, dos custos e despesas (diretos) e da base de cálculo de cada empreendimento submetido ao regime.

Para esse fim, a escrituração contábil poderá ser efetuada em livros próprios ou nos da incorporadora, sem prejuízo das normas comerciais e fiscais aplicáveis à incorporadora em relação às operações da incorporação. Porém, na hipótese de adoção de livros próprios para cada incorporação objeto de opção no RET, a escrituração contábil das operações da

²⁴⁷ A mencionada previsão legal encontra-se estabelecida no: a) art. 60 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995; b) no art. 47, I, “a”, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e c) no artigo 27, “c”, da Lei nº. 8.036, de 11 de maio de 1990, que se referem, respectivamente, aos tributos administrados pela RFB, às contribuições previdenciárias e ao FGTS.

²⁴⁸ O referido requisito consta do art. 17, V, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

incorporação poderá ser efetivada mensalmente na contabilidade da incorporadora, mediante registro dos saldos apurados nas contas relativas à incorporação.

Além disso, se a incorporadora estiver sujeita à tributação com base no lucro presumido, ela deverá manter registro destacado para a identificação da receita mensal recebida ou auferida no mês, conforme o caso, relativa a cada incorporação imobiliária objeto de patrimônio de afetação, inscrita no RET. Essa exigência visa segregar as receitas submetidas ao RET das demais receitas do incorporador sujeitas ao regime de apuração do IRPJ e das contribuições com base no regime de lucro presumido.

E para fim de comprovação da regularidade fiscal durante toda a fase de aplicação do regime, a incorporadora deverá emitir comprovante de regularidade quanto à quitação de tributos federais e demais créditos inscritos em Dívida Ativa da União, mediante Certidão Negativa de Débitos (CND) ou de Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa (CPD-EN) válida, referente aos 2 (dois) semestres do ano-calendário em que fizer uso dos benefícios.

Enfim, uma vez formalizada a opção pelo regime todas as intimações da incorporadora relativas ao empreendimento submetido ao RET serão formalizadas por escrito e dirigidas ao Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) ou caixa postal eletrônica a ser obrigatoriamente mantida pela incorporadora no Portal do Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC).

4.4 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO RET

O RET é um regime simplificado de tributação que substitui a cobrança dos tributos federais incidentes sobre a receita e o resultado da atividade de incorporação imobiliária. Em face dessa característica, os efeitos da aplicação do RET restringem-se aos impostos e contribuições federais substituídos pelo regime, a saber: o IRPJ, a CSLL, a Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep. Em decorrência dessa limitação, a opção pelo referido regime não acarreta qualquer alteração na sistemática de tributação e no regime de apuração dos impostos estaduais e municipais incidentes sobre a atividade incorporativa.

Assim, após a implementação da opção, independentemente do momento em que auferidas, serão tributadas pelo RET todas receitas efetivamente recebidas (regime de caixa) pela incorporadora com a venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação submetida ao regime, acrescidas das receitas financeiras e variações monetárias decorrentes das respectivas operações de venda.

Além disso, concluída a opção pelo RET, automaticamente, todo o acervo patrimonial afetado, incluindo o terreno, as acessões e demais bens e direitos a ele vinculados, responderá apenas pelos débitos referentes ao RET, apurados sobre o valor das receitas mensais recebidas no âmbito da respectiva incorporação. Porém, caso os recursos do empreendimento não sejam suficientes para quitação dos débitos do RET, o patrimônio geral do incorporador responde pelos débitos remanescentes da incorporação submetida ao regime.

Dessa forma, se a opção pelo regime de patrimônio de afetação exclui o acervo patrimonial afetado da responsabilidade pelas dívidas não tributárias relativas às demais atividades do incorporador, a opção pelo RET amplia essa exclusão e estende a blindagem do acervo patrimonial afetado também às dívidas tributárias do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep relativas às demais atividades do incorporador submetidas ao regime normal de tributação, ao impedir que os recursos vinculados ao empreendimento submetido ao RET sejam utilizados para pagamento das demais dívidas tributárias da incorporadora, incluindo aquelas vinculadas a outros empreendimentos de incorporação afetados sujeitos ou não ao RET.

Ainda com intuito de proteger o acervo patrimonial afetado, nas hipóteses de decretação de falência ou insolvência civil do incorporador, ou atraso injustificado das obras, se o condomínio dos adquirentes, por intermédio da Comissão de Representantes, assumir a direção do empreendimento e decidir pelo prosseguimento da construção ou liquidação do acervo patrimonial afetado, a responsabilidade tributária do condomínio dos adquirentes fica restrita apenas ao pagamento dos débitos do RET. Com a ressalva de que, no caso de liquidação do patrimônio afetado, a responsabilidade do condomínio fica limitada ao valor líquido apurado na alienação do acervo patrimonial afetado. Em consequência, os débitos do RET que exceder o valor apurado na liquidação serão habilitadas no processo falimentar ou serão transferidos ao patrimônio geral do incorporador.

O início da tributação pelo RET ocorre a partir do mês em que efetivada a opção pelo regime, enquanto que seu término, normalmente, ocorrerá no mês em que concluído o pagamento dos débitos do regime, haja vista que o regime perdura enquanto existir direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação.

As dívidas tributárias decorrentes da aplicação do RET não poderão ser objeto de parcelamento e os pagamentos realizados no âmbito do citado regime serão considerados definitivos, não gerando, em qualquer hipótese, o direito à restituição ou à compensação com que for apurado pelo incorporador.

A vedação da compensação está em consonância com disposto no art. 170 do CTN, mas a proibição da restituição afronta o princípio do enriquecimento sem causa e contraria o disposto no art. 165 do CTN, que, independentemente do regime de apuração, assegura o direito à restituição do indébito nos casos de pagamento de tributo indevido ou maior que o devido, nas hipóteses previstas nos incisos I a III do citado preceito legal.

4.5 DA BASE DE CÁLCULO DO RET

Assim como no regime normal de tributação pelo lucro real ou lucro presumido²⁴⁹, também no RET o reconhecimento das receitas é feito pelo regime de caixa (regime financeiro) e não pelo regime de competência (regime econômico).

Em face dessa característica, a base de cálculo do RET é o valor total das receitas recebidas no mês pelo incorporador com a venda das unidades imobiliárias que integram cada incorporação submetida ao regime, independentemente do momento em que auferidas (ganhas), acrescido das receitas financeiras e variações monetárias decorrentes da referida operação de venda.

Para fim de apuração do valor da base cálculo, do valor total das receitas (brutas) recebidas no mês, poderão ser deduzidas os valores das vendas canceladas, das devoluções de vendas e dos descontos incondicionais concedidos.

Assim, integram a base de cálculo do RET todas as receitas recebidas no mês relativas ao empreendimento, ainda que as unidades imobiliárias que o integram tenham sido alienadas (receitas auferidas) antes da realização da opção pelo regime ou depois de formalizada a opção, inclusive após o encerramento do regime de incorporação ou do respectivo regime de patrimônio de afetação. Em outras palavras, a partir do mês da opção e até extinção do regime, todas as citadas receitas recebidas no mês passarão a ser tributadas, exclusivamente, de acordo com as regras do RET. Logo, para fim de apuração do valor tributo devido, o que importa é valor total da receita do empreendimento recebida no mês, sendo irrelevante o momento em que auferidas (vendidas as unidades), se antes ou depois de formalizada a opção.

Por outro lado, as demais receitas recebidas no mês pelo incorporador, relacionadas às atividades da incorporação não computadas na base de cálculo do RET, incluindo as receitas financeiras provenientes de aplicação no mercado financeiro dos recursos da correspondente

²⁴⁹ De acordo com o disposto no art. 30 da Lei nº 8.981, de 1995, tanto no regime de lucro real quanto no de regime lucro presumido, o reconhecimento das receitas da incorporadora com a venda de unidades imobiliárias é feito com base no regime de caixa.

incorporação sujeita ao regime, deverão compor a base de cálculo do regime normal de tributação da incorporadora (regime de lucro real ou de lucro presumido).

Dessa forma, se a incorporadora estiver submetida ao regime de tributação com base no lucro presumido, as receitas próprias sujeitas à tributação pelo RET não serão computadas na apuração das bases de cálculo do IRPJ e das contribuições devidas pela incorporadora, relativas às demais receitas decorrentes das outras atividades empresariais, incluindo incorporações afetadas ou não.

Pelo mesmo motivo, em decorrência da aplicação do RET, se incorporadora estiver sujeita ao regime de lucro real, as receitas, custos e despesas próprios da incorporação sujeita a tributação pelo regime não deverão ser computados na apuração das bases de cálculo do IRPJ e das referidas contribuições, relativas às demais receitas das atividades tributadas pela incorporadora, incluindo as receitas provenientes das vendas das unidades imobiliárias das demais incorporações afetadas ou não.

Ainda no âmbito do regime de tributação pelo lucro real, os custos e despesas indiretos pagos pela incorporadora no mês serão apropriados a cada incorporação na mesma proporção representada pelos custos diretos próprios da incorporação submetida ao RET, em relação ao custo direto total da incorporadora, assim entendido como a soma de todos os custos diretos de todas as incorporações e o de outras atividades exercidas pela incorporadora. Em suma, o rateio dos custos e despesas indiretos do incorporador será feito entre os empreendimentos incorporativos com base na proporção determinada entre o valor dos custos diretos de cada empreendimento e o valor total dos custos diretos da incorporadora.

4.6 DA ALÍQUOTA DO RET

No que concerne à alíquota do RET, observa-se que, desde a instituição do regime, ela já sofreu duas alterações. A alíquota inicial, fixada na redação originária do art. 4º da Lei nº 10.931, de 2004, era de 7% (sete por cento). Essa alíquota vigeu no período de 3/8/2004 a 30/3/2009, quando foi reduzida para 6% (seis por cento) pelo art. 1º da Medida Provisória (MP) nº 460, de 2009, convertida na Lei nº 12.024, de 2009, que vigeu no período de 31/3/2009 a 27/12/2012.

A partir de 28 de dezembro de 2012, por meio do art. 4º da MP 601, de 2012, combinado com disposto no art. 26 da Lei nº 12.844, de 2013, a alíquota do RET foi reduzida para 4% (quatro por cento), percentual que ainda continua vigente. Esta alíquota aplica-se, inclusive, em relação às receitas de incorporação já submetida ao RET anteriormente. Para

fins de repartição de receita tributária, o percentual de 4% (quatro por cento) corresponde ao somatório dos seguintes percentuais:

- a) 1,71% (um inteiro e setenta e um centésimos por cento) de Cofins;
- b) 0,37% (trinta e sete centésimos por cento) de Contribuição para o PIS/Pasep;
- c) 1,26% (um inteiro e vinte e seis centésimos por cento) de IRPJ; e
- d) 0,66% (sessenta e seis centésimos por cento) de CSLL.

Do cotejo entre a alíquota inicial de 7% (sete por cento), um pouco acima da alíquota máxima do lucro presumido de 6,73% (seis inteiros e setenta e três centésimos por cento), e a alíquota atual de 4% (quatro por cento), observa-se uma redução de quase 43% (quarenta e três por cento) na alíquota do RET.

Além da alíquota de 4% (quatro por cento), aplicável a qualquer empreendimento de incorporação imobiliária afetado, até 31 dezembro de 2018, para os projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada a partir de 31 de março de 2009, a alíquota do RET será 1% (um por cento) das receitas mensais recebidas. Para esse fim, consideram-se projetos de incorporação de imóveis de interesse social os destinados à construção de unidades residenciais no âmbito do PMCMV, de valor comercial de até:

- a) R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), cuja construção tenha sido iniciada a partir de 31 de março de 2009 até 27 de julho de 2010;
- b) R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), cuja construção tenha sido iniciada a partir de 28 de julho de 2010 até 31 de novembro de 2011;
- c) R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), cuja construção tenha sido iniciada a partir de 1º de dezembro de 2011 até 27 de dezembro de 2012; e
- d) R\$ 100.000,00 (cem mil reais), cuja construção tenha sido iniciada a partir de 28 de dezembro de 2012.

Assim, tem-se que o valor devido do RET será determinado mediante aplicação da alíquota normal ou reduzida sobre a respectiva base cálculo. No pagamento do valor apurado, o incorporador deverá informar no Documento de Arrecadação de Receitas Federais (Darf) o número específico de inscrição no CNPJ da incorporação afetada objeto de opção pelo RET e o código de arrecadação 4095, se utilizada alíquota de 4% (quatro por cento), ou 1068, se utilizada alíquota de 1% (um por cento).

O pagamento do valor do tributo mensal devido deverá ser efetuado até o 20º (vigésimo) dia do mês subsequente àquele em que as receitas forem recebidas, se for dia útil, caso contrário, se o vencimento recair em dia considerado não útil, o pagamento deverá ser feito no 1º (primeiro) dia útil subsequente.

4.7 DA CARGA TRIBUTÁRIA DO RET X LUCRO PRESUMIDO

O regime de tributação com base no lucro presumido é o mais utilizada pelas pessoas jurídicas, inclusive por aquelas que exercem a atividade de incorporação imobiliária. Os atrativos desse regime são a redução da carga tributária, que geralmente ocorre, e a simplificação da apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Este último representa o principal atrativo do regime de lucro presumido, pois além de facilitar a apuração da base de cálculo ele ainda reduz, significativamente, os custos administrativos com o cumprimento de obrigações tributárias acessórias e escrituração contábil-fiscal, pois o regime em comento prescinde de escrituração contábil completa e levantamento das principais demonstrações financeiras.

A apuração do lucro presumido é mais fácil, porque a sua determinação é feita mediante aplicação de um percentual, variável em função do tipo de atividade da pessoa jurídica, sobre o valor da receita auferida/recebida²⁵⁰ no trimestre civil. Dada essa característica, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL independe do resultado contábil, por conseguinte, será apurado o lucro presumido ainda que a pessoa jurídica tenha tido prejuízo contábil no trimestre civil. Essa é a desvantagem mais relevante do regime de lucro presumido.

No entanto, apesar dos benefícios, há restrições à utilização do regime de lucro presumido, uma vez que nem todas as pessoas jurídicas podem optar pelo regime de tributação em comento. De fato, além das restrições concernentes aos tipos de atividade e de sociedade, existe ainda um limitador genérico baseado no valor total da receita bruta auferida pessoa jurídica. Em relação a essa limitação, a partir de 1º de janeiro de 2014, somente poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido, a pessoa jurídica, inclusive incorporadora, que tenha obtido receita bruta total, no ano-calendário anterior, igual ou

²⁵⁰ Em relação a atividade de incorporação imobiliárias, o reconhecimento das receitas tributáveis será feito pelo regime de competência ou de caixa, conforme opção do incorporador.

inferior a R\$ 78.000.000,00²⁵¹ (setenta e oito milhões de reais), ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses em atividade no ano-calendário anterior, se atividade da pessoa jurídica teve início após o mês janeiro do referido ano.

Além dessa restrição vinculada ao valor da receita, para as pessoas jurídicas incorporadoras, há ainda uma restrição específica, determinando que a incorporadora não poderá optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais haja registro de custo orçado²⁵².

Em termos gerais, a característica do regime de tributação com base no lucro presumido consiste na determinação do resultado tributável pelo IRPJ e CSLL, relativo a atividade ou objeto principal, mediante a aplicação sobre o valor da receita bruta²⁵³ auferida ou recebia, deduzida das devoluções, vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, do percentual de presunção fixado em função do tipo de atividade econômica exercida pelo contribuinte²⁵⁴.

Em relação à atividade de incorporação imobiliária, a parcela do valor presumido da base de cálculo do IRPJ e da CSLL é calculada mediante aplicação do percentual de 8% (oito por cento) e 12% (doze por cento), respectivamente, sobre o valor da receita bruta de venda de unidades imobiliárias recebida no trimestre civil, deduzida das devoluções e vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

A base de cálculo do IRPJ (lucro presumido) e da CSLL (base presumida) corresponde ao somatório do valor tributável presumido, acrescido das demais receitas auferidas no trimestre (regime de competência), provenientes das demais atividades exercidas pelo incorporador (ganhos de capital, receitas financeiras, variações monetárias etc.). E a base de cálculo da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep é a receita bruta mensal recebida no

²⁵¹ Esse novo limite de valor da receita bruta total foi fixado pelo art. 7º da Lei nº 12.814, de 16 de maio de 2013, que deu nova redação ao *caput* do art. 13 e ao inciso I do art. 14 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998.

²⁵² Tal restrição encontra-se determinada no art. 2º da Instrução Normativa SRF nº 25, de 25 de fevereiro de 1999, enquanto os procedimento de apuração do custo orçado estão estabelecidos na Instrução Normativa SRF nº 84, de 20 de dezembro de 1979, com as alterações das Instruções Normativas SRF nº 023, de 25 de março de 1983, e 067, de 21 de abril de 1988.

²⁵³ A definição de receita bruta, para fins de apuração do IRRJ e CSLL com base, repectivamente, no lucro presumido e na base presumida, encontra-se definida no art. 12 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a seguir transcrito: “Art. 12. A receita bruta compreende: I - o produto da venda de bens nas operações de conta própria; II - o preço da prestação de serviços em geral; III - o resultado auferido nas operações de conta alheia; e IV - as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.”

²⁵⁴ Os percentuais de presunção do IRPJ varia de 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) a 32% (trinta e dois por cento) e da CSLL são apenas dois percentuais: 12% (doze por cento) e 32% (trinta e dois por cento).

mês²⁵⁵, proveniente da venda das unidades imobiliárias, deduzida das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos. Portanto, no regime de lucro presumido, a base cálculo do IRPJ, CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins é determinada com base no valor da receita recebida nos respectivos períodos de apuração.

No âmbito do RET, para cada incorporação que optar por este regime de tributação simplificado, o incorporador fica sujeito ao pagamento mensal do valor equivalente a 4% (quatro por cento) da receita total mensal recebida no mês²⁵⁶. O valor mensal do RET substitui o pagamento do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins.

No regime de tributação com base no lucro presumido, a alíquota normal do IRPJ é de 15% (quinze por cento), acrescida do adicional de 10% (dez por cento), que incidirá sobre a parcela do lucro presumido que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo ano-calendário de apuração do imposto. No presente tópico, para fim de comparação com a carga de tributária do RET, utilizar-se-á a alíquota majorada de 25% (vinte e cinco por cento) do IRPJ, por ser mais utilizada pelas pessoas jurídicas incorporadoras submetidas ao regime lucro presumido, cujo lucro presumido mensal, geralmente, fica bem acima do valor mensal de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A alíquota da CSLL da atividade de incorporação imobiliária é de 9% (nove por cento). E, enfim, as alíquotas da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep são de 3% (três por cento) e 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), respectivamente.

Na tabela a seguir, estão consolidados os percentuais dos tributos devidos no lucro presumido sem o adicional do IRPJ, calculado em função do valor da receita da atividade incorporação recebida no mês.

Tabela 1 - Valor relativo devido no lucro presumido sem adicional

TRIBUTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	TRIBUTO DEVIDO
IRPJ	8% x receita recebida	15%	1,2%* x receita recebida
CSLL	12% x receita recebida	9%	1,08%** x receita recebida
COFINS	-	3%	3% x receita recebida
PIS/PASEP	-	0,65%	0,65% x receita recebida
TOTAL			5,93% x receita recebida

* 1,2% = 8% x 15% e ** 1,08% = 12% x 9%.

²⁵⁵ No regime de lucro presmido, as referidas contribuições estão sujeitas ao regime de tributação cumulativo, previsto no art. 2º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações posteriores.

²⁵⁶ Nos termos do art. 4º da Lei nº 10.931, de 2004, o reconhecimento da receita no RET é feito segundo o regime de caixa.

Na tabela a seguir, estão consolidados os percentuais dos tributos devidos no lucro presumido com o adicional do IRPJ, calculado em função do valor da receita da atividade incorporação recebida no mês.

Tabela 2 - Valor relativo devido no lucro presumido com adicional

TRIBUTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	TRIBUTO DEVIDO
IRPJ	8% x receita recebida	25%*	2%** x receita recebida
CSLL	12% x receita recebida	9%	1,08% x receita recebida
COFINS	-	3%	3% x receita recebida
PIS/PASEP	-	0,65%	0,65% x receita recebida
TOTAL			6,73% x receita recebida

*Alíquota de 15% (quinze por cento) mais o adicional de 10% (dez por cento); ** 2% = 8% x 25% e *** 1,08% = 12% x 9%.

Para fim de comparação da carga tributária do RET com a do lucro presumido, utilizar-se-á o valor devido do lucro presumido com adicional, por ser a forma mais comum de tributação no âmbito da referida atividade. Além disso, a receita da atividade de incorporação recebida no mês será considerada a variável independente comum aos dois regimes, enquanto que o valor do tributo único devido no RET e os valores dos 4 (quatro) tributos devidos no regime de lucro presumido representam as variáveis dependentes, cujo valor dependerá da receita mensal recebida.

Com base nesse critério, é possível comparar, em termos relativos, o efeito da carga tributária das duas sistemáticas de tributação, tendo como parâmetro o percentual do tributo devido em função da receita recebida, conforme exposto na tabela a seguir.

Tabela 3 - Valor relativo devido no RET x lucro presumido

TRIBUTO	RET	LUCRO PRESUMIDO	REDUÇÃO TRIBUTÁRIA
IRPJ	1,26% x receita recebida	2% receita recebida	0,74% x receita recebida
CSLL	0,66% x receita recebida	1,08% x receita recebida	0,42% x receita recebida
COFINS	1,71% x receita recebida	3% x receita recebida	1,29% x receita recebida
PIS/PASEP	0,37% x receita recebida	0,65% x receita recebida	0,28% x receita recebida
TOTAL	4% x receita recebida	6,73% x receita recebida	2,73% x receita recebida

Com base nos dados explicitados nessa tabela, verifica-se que, em termos relativos, a carga tributária do RET é menor do que a do lucro presumido em 2,73% (dois inteiros e setenta e três centésimos por cento) da receita recebida, o que equivale a uma redução de

carga tributária de 40,56% (quarenta inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento) do RET em relação aos tributos devidos no regime de lucro presumido.

Em termos absoluto, quanto maior for a receita auferida maior será a economia tributária para o empreendimento afetado submetido ao RET. Em valores monetários, para uma incorporadora com receita mensal na faixa de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) até R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), que é o valor máximo da receita mensal permite o exercício da opção pelo lucro presumido, os valores da economia tributária de um determinado empreendimento submetido ao RET, comparado aos tributos devidos no regime de lucro presumido, são os apresentados na tabela abaixo.

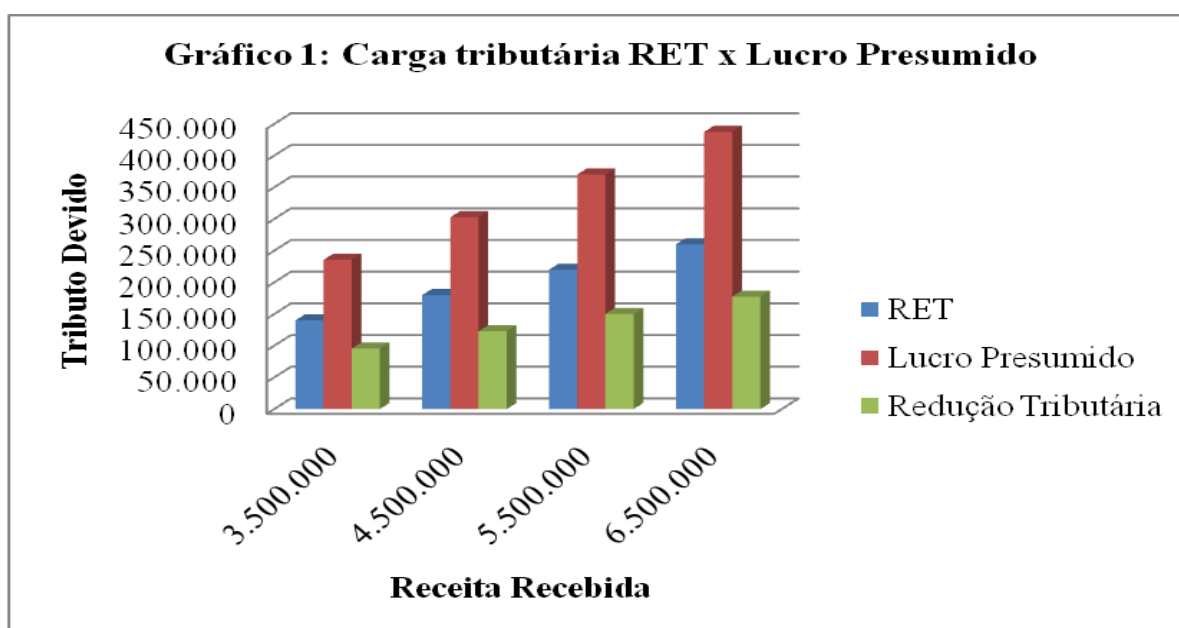
Tabela 4 - Valor absoluto devido no RET x lucro presumido

RECEITA RECEBIDA	3.500.000,00	4.500.000,00	5.500.000,00	6.500.000,00
RET	140.000,00	180.000,00	220.000,00	260.000,00
LUCRO PRESUMIDO	235.550,00	302.850,00	370.150,00	437.450,00
REDUÇÃO TRIBUTÁRIA	95.550,00	122.850,00	150.150,00	177.550,00

* Os valores do IRPJ foram calculados sobre o valor total da receita recebida, desconsiderando a parcela não sujeita ao adicional.

No gráfico a seguir, encontra-se evidenciada, em valores absolutos, a magnitude da redução da carga tributária do RET em relação ao regime de lucro presumido, tendo com referência um incorporador que opere na referida faixa de receita.

Gráfico 1 - Carga tributária RET x Lucro Presumido



Em termos anuais, comparado com o regime de lucro presumido, a redução de carga tributária de um empreendimento submetido ao RET poderá atingir o valor máximo de R\$ 2.129.400,00 (12 x 177.450,00), que representa uma redução significativa para uma atividade econômica que opera com margem líquida de lucratividade não elevada.

Com base nessas informações, é possível inferir que, em relação ao regime de lucro presumido, a opção pelo RET representa uma elevada redução de carga tributária, tornando o referido regime especial um importante instrumento de estímulo à efetivação da opção pelo regime do patrimônio de afetação e, dessa forma, contribuindo para implementação do direito fundamental social à moradia, de duas formas distintas, a saber:

- a) aumentando a segurança patrimonial dos adquirentes de unidades imobiliárias em construção, em decorrência da obrigatória afetação do empreendimento incorporativo; e
- b) reduzindo o custo tributário do incorporador na venda da unidade imobiliária, o que, normalmente, também implicará redução do preço final da unidade imobiliária, o que, indiretamente, contribuirá para efetivação do direito à moradia.

4.8 DA CARGA TRIBUTÁRIA DO RET X LUCRO REAL

Por ser a regra geral de tributação do IRPJ, todas as pessoas jurídicas podem adotar o regime de tributação com base no lucro real, seja de forma obrigatória, no caso das pessoas jurídicas não autorizadas a optar pelo lucro presumido, seja de forma opcional, no caso das demais pessoas jurídicas autorizadas a optar pelo regime de lucro presumido.

A característica intrínseca do regime de lucro real está na forma de apuração da base cálculo do IRPJ e da CSLL, que é calculada a partir do resultado líquido contábil do período de apuração²⁵⁷, extraído da escrituração contábil e apresentado na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE). O valor da base cálculo do IRPJ é o resultado obtido a partir do lucro (ou prejuízo) líquido antes da provisão para o IRPJ, ajustado pelas adições, exclusões e compensações determinadas/autorizadas na legislação. Em suma, a base de cálculo do IRPJ é resultado obtido da seguinte expressão algébrica: lucro (ou prejuízo) líquido antes da provisão para o IRPJ + Adições – Exclusões – Compensações = **lucro ou prejuízo real**.

²⁵⁷ No regime de lucro real, o período de apuração, regra geral, é o trimestre civil do ano-calendário, podendo o contribuinte optar pelo apuração mensal por estimativa ou mediante balanço ou balancete de redução ou suspensão.

Por sua vez, o valor da base de cálculo da CSLL é o resultado obtido a partir do lucro (ou prejuízo) líquido antes da provisão para o IRPJ, ajustado pelas adições, exclusões e compensações determinadas/autorizadas na legislação. Em suma, a base de cálculo da CSLL é resultado obtido da seguinte expressão algébrica: lucro (ou prejuízo) líquido antes da provisão para o IRPJ + Adições – Exclusões – Compensações = **base de cálculo positiva ou negativa**.

Portanto, no âmbito do regime de lucro real, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL depende do resultado líquido contábil obtido/ganho no período de apuração e dos ajustes realizados no referido lucro, que poderá resultar em lucro (ou prejuízo) real, ou base de cálculo positiva ou negativa. Essa é uma das diferenças em relação ao regime de lucro presumido, cujo valor, por não depender do resultado líquido contábil (lucro ou prejuízo), sempre resultará em lucro presumido (valor positivo) ou, no mínimo, resultado nulo (quando não auferido/recebido receita tributável no período de apuração)

As alíquotas do IRPJ e da CSLL referentes ao regime de lucro real da atividade de incorporação são as mesmas do regime de lucro presumido. Relebrando que a alíquota normal do IRPJ é de 15% (quinze por cento) e a majorada (normal mais o adicional) é de 25%²⁵⁸ (vinte de cinco por cento), ao passo que a alíquota da CSLL é a única de 9% (nove por cento).

A utilização do regime de lucro real resulta na obrigação de a pessoa jurídica incorporadora de apurar, em regra²⁵⁹, a Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins pelas regras do regime não cumulativo²⁶⁰. Essa é uma outra diferença em relação ao regime de lucro presumido, em que a apuração das referidas contribuições deve ser feita de acordo as normas do regime cumulativo.

E uma das distinções entre os dois regimes está nos percentuais das alíquotas, que, para compensar a dedução dos créditos, no regime não cumulativo, as alíquotas do regime cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins foram majoradas, respectivamente, de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) para 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e de 3% (três por cento) para 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento). Em compensação, a pessoa jurídica poderá descontar, do valor do débito das

²⁵⁸ A alíquota majorada será a única utilizada para fim de comparação com a carga de tributária do RET, por ser a mais utilizada pelas pessoas jurídicas incorporadoras submetidas ao regime de lucro real, que, geralmente, apresentam elevado valor de lucro real.

²⁵⁹ Em regra, porque a incorporadora que auferir receitas decorrentes da execução por administração e empreitada de obras de construção de edificação submetida ao regime de incorporação imobiliária, até 31/12/2019, tais receitas permanecem sujeitas às normas de apuração do regime cumulativo, conforme estabelecido nos arts. 10, XX, e 15, V, da Lei nº 10.833, de 2003, com redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014.

²⁶⁰ O regime não cumulativo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins encontra-se disciplinado, respectivamente, nos arts. 1º a 11 Lei nº 10.637, de 30 de setembro de 2002, e nos arts. 1º a 14 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

contribuições apurado no período, o valor dos créditos autorizados nas respectivas leis que disciplinam os citados regimes apuração das referidas contribuições.

No que concerne à atividade de incorporação imobiliária, a base de cálculo das referidas contribuições será a receita bruta de venda²⁶¹ das unidades imobiliárias recebida no mês (regime de caixa²⁶²). Por conseguinte, o valor do débito mensal da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins será resultado da aplicação, respectivamente, da alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) sobre o valor das receitas da venda de unidades imobiliárias auferidas/recebidas no mês.

Dos referidos débitos, o incorporador poderá descontar créditos básicos calculados sobre os custos vinculados às unidades imobiliárias construídas ou em construção, o que deverá ser feito somente a partir da efetivação da venda²⁶³. E em relação às vendas de unidades imobiliárias não concluídas, o incorporador poderá descontar crédito presumido²⁶⁴, calculado sobre o valor do custo orçado²⁶⁵ das respectivas unidades vendidas. Nas duas hipóteses, no que tange às vendas parceladas, os valores do crédito básico e do crédito presumido serão utilizados na proporção da receita de venda da unidade imobiliária e na medida do recebimento das parcelas.

Em hipótese alguma, não dará direito a crédito (i) o valor de mão de obra paga a pessoa física, bem assim dos encargos trabalhistas, sociais e previdenciários e (ii) o valor da aquisição de bens ou serviços de pessoas físicas ou não sujeitos ao pagamento das contribuições, exceto se a dispensa do pagamento das contribuições for decorrente de isenção (Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, § 2º).

²⁶¹ Considera-se efetivada ou realizada a venda de unidade imobiliária quando contratada a operação de compra e venda, ainda que mediante instrumento de promessa, carta de reserva com princípio de pagamento ou qualquer outro documento representativo de compromisso, ou quando implementada a condição suspensiva a que estiver sujeita essa venda.

²⁶² Em relação às referidas contribuições, o regime de apuração da receita bruta das vendas das unidades imobiliárias seguirá o mesmo regime de reconhecimento de receitas do IRPJ, que será somente pelo regime de caixa em relação às receitas forem decorrentes da atividade incorporação imobiliária. Da receita bruta mensal poderão ser excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

²⁶³ O incorporador ainda poderá descontar créditos, calculados em relação aos custos de bens e serviços vinculados às demais receitas auferidas, bem como sobre as despesas e os encargos gerais não incluídos nos custos das unidades imobiliárias, obedecidos os requisitos fixados no art. 3º das Leis nº 10.637, de 2002, e nº 10.833, de 2003.

²⁶⁴ O crédito presumido será calculado mediante a aplicação das alíquotas de 3% (três por cento) e 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), conforme o tipo de contribuição, sobre o valor do custo orçado para conclusão da obra, ajustado pela exclusão dos valores de mão de obra pagos a pessoa física, encargos trabalhistas, sociais e previdenciários.

²⁶⁵ Os procedimentos de apuração do crédito presumido com base no custo orçado encontram-se estabelecidos no arts. 8º a 10 da Instrução Normativa SRF nº 458, de 18 de outubro de 2004.

No cálculo dos créditos serão utilizadas as mesmas alíquotas utilizadas na apuração dos débitos das contribuições. Assim, o valor do crédito da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, referente à cada unidade imobiliária vendida, será o resultado da aplicação, respectivamente, da alíquota de 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) e de 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) sobre o valor dedutível dos custos incorridos no mês (crédito básico), ou dos custos orçados apropriados no mês (crédito presumido).

Assim, o valor das citadas contribuições devido no mês será o resultado positivo entre os débitos e os créditos do mês. Sendo que o valor da Contribuição para o PIS/Pasep devido no mês será o resultado positivo obtido partir da seguinte expressão algébrica: $1,65\% \times \text{total da receita mensal de venda das unidades imobiliárias recebida no mês (débito)} - 1,65\% \times \text{custo dedutível total das unidades vendidas (crédito)}$, ou **1,65% x lucro bruto ajustado**²⁶⁶. Enquanto o valor da Cofins devido (ou pagar) no mês será o resultado positivo obtido partir da seguinte expressão algébrica: $7,6\% \times \text{total da receita de venda das unidades imobiliárias recebida no mês (débito)} - 7,6\% \times \text{custo dedutível total das unidades vendidas (crédito)}$, ou **1,65% x lucro bruto ajustado**.

Assim, fica demonstrado que, em relação base cálculo, não existe uma variável comum ao RET e ao regime de lucro real, que possibilite uma comparação entre os valores devidos nos respectivos regimes de tributação. De fato, no RET a base de cálculo é a **receita recebida**, enquanto que no regime de lucro real a base de cálculo do IRPJ é o **lucro ou prejuízo real**, da CSLL a **base de cálculo positiva ou negativa** e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins o **lucro bruto ajustado**.

Dessa forma, por não haver uma variável comum, fica impossibilitada a comparação, em termos relativos, do percentual da carga tributária do RET com o percentual da carga tributária dos mesmos tributos devidos no regime do lucro real. No entanto, é possível comparar, com base em dados hipotéticos, a carga tributária do RET com a do regime de lucro real, estabelecendo valores fixos para as variáveis independentes representativas da base de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins. Para esse fim, serão apresentadas a seguir algumas simulações.

a) Primeira simulação.

- Prejuízo real e base real negativa.

- Lucro bruto ajustado de 30% (trinta por cento) da receita recebida.

²⁶⁶ Lucro bruto ajustado, porque o custo total das unidades vendidas, para fins de apuração do crédito das citadas contribuições, não inclui parte dos custos (mão de obra pago a pessoa física, encargos trabalhistas etc.) que integra o custo dos produtos vendidos, utilizado na apuração do lucro bruto contábil, que serve de referência para a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Tabela 5 - valor relativo devido no RET x lucro real

LUCRO REAL		RET	EFEITO TRIBUTÁRIO
IRPJ E CSLL	COFINS E PIS	TRIBUTO ÚNICO	AUMENTO
0% x receita recebida	2,78% x receita recebida	4% x receita recebida	1,22% x receita recebida

Neste caso, não há valores devidos de IRPJ e CSLL e o somatório dos valores devidos da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins equivale a 2,78% (dois inteiros e setenta cinco centésimos por cento) da receita recebida ($9,25\% \times 30\%$), onde o percentual de 9,25% (nove inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) equivale ao somatório das alíquotas das referidas contribuições ($7,6\% + 1,65\%$).

Se comparado com o valor devido do RET (4% x receita recebida), chega-se a conclusão que, se a incorporadora operar com prejuízo real, base real negativa e o lucro bruto ajustado de 30% (trinta por cento) da receita recebida, a carga tributária do RET é maior do que a do regime de lucro real em 1,22% (um inteiro e vinte dois centésimos por cento) da receita recebida, que é o resultado obtido da seguinte expressão algébrica: $4\% - 2,78\%$. Nesta hipótese, a adoção do RET é desvantajosa para a incorporadora, por resultar carga tributária mais elevada do que no regime de lucro real.

b) Segunda simulação.

- Prejuízo real e base real negativa da receita recebida.

- Lucro bruto ajustado de 43,2% (quarenta e três inteiros e dois décimos por cento) da receita recebida.

Tabela 6 - Valor relativo devido no RET x lucro real

LUCRO REAL		RET	EFEITO TRIBUTÁRIO
IRPJ E CSLL	COFINS E PIS	TRIBUTO ÚNICO	INDIFERENTE
0% x receita recebida	4% x receita recebida	4% x receita recebida	0% x receita recebida

Nesta hipótese, não há valores devidos de IRPJ e CSLL e o somatório dos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos equivale à 4% (quatro por cento) da receita recebida ($9,25\% \times 43,2\% = 4\%$).

Se comparado com o valor devido do RET, chega-se a conclusão que, nesta simulação, a carga tributária do RET é igual a do regime de lucro real. Logo, nessa situação, sob o ponto de vista exclusivamente da carga tributária, a opção pelo RET é indiferente.

c) Terceira simulação.

- Lucro real e base real de 3% (três por cento) da receita recebida.
- Lucro bruto ajustado de 32,22% (trinta e dois inteiros e vinte e dois centésimos por cento) da receita recebida.

Tabela 7 - Valor relativo devido no RET x lucro real

LUCRO REAL		RET	EFEITO TRIBUTÁRIO
IRPJ E CSLL	COFINS E PIS	TRIBUTO ÚNICO	INDIFERENTE
1,02% x receita recebida	2,98% x receita recebida	4% x receita recebida	0% x receita recebida

Nesta hipótese, o somatório dos valores do IRPJ e da CSLL devidos equivale a 1,02% (um inteiro e dois centésimos por cento) da receita recebida ($34\% \times 3\% = 1,02\%$). O percentual de 34% (trinta e quatro por cento) corresponde ao somatório das alíquotas do IRPJ e da CSLL. E o somatório dos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos equivale a 2,98% (dois inteiros e noventa oito centésimos por cento) da receita recebida ($9,25\% \times 32,22\% = 2,98\%$).

Se comparado com o valor relativo devido do RET, chega-se a conclusão que, nesta simulação, a carga tributária do RET é igual a do regime de lucro real ($2,98\% + 1,02\% = 4\%$). Portanto, sob o ponto de vista da carga tributária, numa situação desse tipo, a opção pelo RET é indiferente.

d) Quarta simulação

- Lucro real e base real de 5% (cinco por cento) da receita recebida.
- Lucro bruto ajustado de 50% (cinquenta por cento) da receita recebida.

Tabela 8 - Valor relativo devido no RET x lucro real

LUCRO REAL		RET	EFEITO TRIBUTÁRIO
IRPJ E CSLL	COFINS E PIS	TRIBUTO ÚNICO	REDUÇÃO
1,7% x receita recebida	4,63 % x receita recebida	4% x receita recebida	-2,33% x receita recebida

Nesta hipótese, o somatório dos valores do IRPJ e da CSLL devidos equivale a 1,7% (um inteiro e sete décimos por cento) da receita recebida ($34\% \times 5\% = 1,7\%$). E o somatório dos valores da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins devidos equivale a 4,63% (quatro inteiros e sessenta e três por cento) da receita recebida ($9,25\% \times 50\%$). Neste caso, o

somatório dos 4 (quatro) tributos equivale a 6,33% (seis inteiros e trinta e três centésimos por cento) da receita recebida ($1,7\% + 4,63\% = 6,33\%$).

Se comparada, a carga tributária do RET é menor do que a carga tributária do regime de lucro real ($6,33\% - 4,00\% = 2,33\%$). Sob ponto de vista exclusivamente da carga tributária, a adoção do RET, para uma incorporadora com esse perfil econômico-financeiro, representará uma economia tributária, em termos relativos, de mais de 36,81% (trinta e seis inteiros e oitenta e um centésimos por cento) em relação ao regime de lucro real.

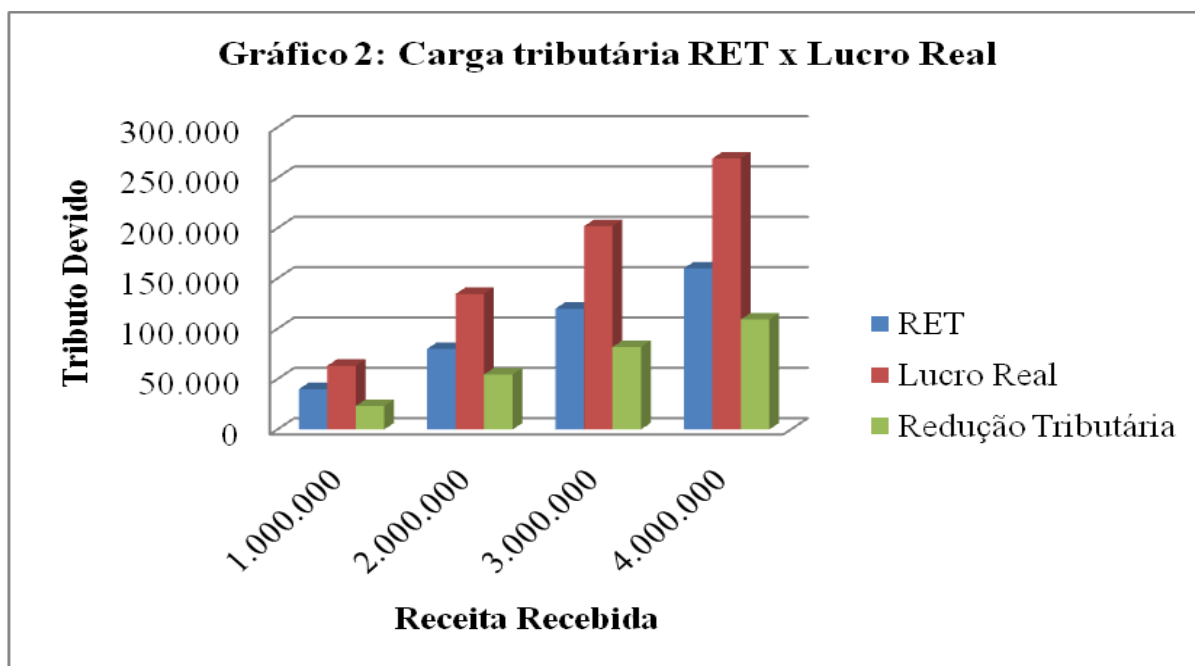
Em valores absolutos, para incorporador com esse perfil tributário e que operem na faixa de receita mensal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), a título ilustrativo, os valores em reais de economia tributária são os apresentados na tabela a seguir.

Tabela 9 - Valor absoluto devido no RET x lucro real

RECEITA RECEBIDA	1.000.000,00	2.000.000,00	3.000.000,00	4.000.000,00
RET	40.000,00	80.000,00	120.000,00	160.000,00
LUCRO REAL*	63.300,00	134.600,00	201.900,00	269.200,00
REDUÇÃO TRIBUTÁRIA	23.300,00	54.600,00	81.900,00	109.200,00

* Os valores do IRPJ foram calculados sobre o valor total da receita recebida, desconsiderando a parcela não sujeita ao adicional.

No gráfico a seguir, fica evidenciado que, mantido o perfil tributário da situação hipotética em apreço, quanto maior a receita mensal auferida pela incorporadora, maior será, em termos absolutos, valor da redução da carga tributária da incorporação optante do RET.

Gráfico 2 - Carga tributária RET x lucro real

Em termos anuais, comparado com o regime de lucro real, a redução da carga tributária obtida por um empreendimento submetido ao RET, com receita mensal de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) e perfil tributário similar ao da última hipótese, obterá uma redução anual dos citados tributos de R\$ 1.310.400,00 (12 x 109.200,00), o que representa uma redução significativa de despesa tributária com o citados 4 (quatro) tributos, levando em conta que se trata de atividade econômica que não opera com margens elevadas de lucro.

Com base nessas simulações, verifica-se que, na hipótese de a incorporadora operar na faixa de prejuízo real e base real negativa, portanto, sem pagamento de IRPJ e CSLL, somente haverá aumento de carga tributário com a adoção do RET se a base de cálculo (lucro bruto ajustado) da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins for inferior a 43,2% (quarenta e três inteiros e dois décimos por cento) da receita recebida no mês. Tendo em conta que parte relevante dos custos de construção das unidades imobiliárias, a exemplo dos custos mão de obra pagos à pessoa física e os encargos trabalhistas, sociais e previdenciários não geram crédito das citadas contribuições, normalmente, poucos empreendimentos incorporativos obterão lucro bruto ajustado abaixo do referido percentual de equilíbrio.

Entretanto, como valores de aquisição dos insumos geradores de crédito (materiais de construção, serviços prestados por pessoas jurídicas etc.) variam conforme o tipo e o padrão de construção, uma conclusão definitiva sobre a margem bruta ajustada da atividade de

incorporação imobiliária somente pode ser obtida se analisada a escrituração contábil-fiscal e as demonstrações financeiras de um número (amostra) relevante de incorporadoras que adotam o regime de lucro real, o que foge do escopo deste trabalho.

De todo modo, as simulações apresentadas revelam que somente em situações excepcionais em que a incorporadora opera na faixa de prejuízo ou de baixíssima lucratividade bruta (ajustada) é que não haverá redução de carga tributária na adoção do RET. Do contrário, em situação em que a incorporadora opera com taxa de lucro normal para o setor, a adoção do RET, certamente, implicará significativa redução de carga tributária.

Dada essa configuração, pode-se asseverar que, também em relação ao regime de lucro real, a adesão ao RET resultará relevante redução de carga tributária para os empreendimentos incorporativos afetados, que operem em situação empresarial normal, assim como representará adequado instrumento de estímulo ao exercício da opção pelo regime do patrimônio de afetação pelo incorporador, fortalecendo os instrumentos de proteção patrimonial dos adquirentes e, indiretamente, contribuindo para a implementação do direito fundamental social à moradia.

4.9 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO RET

Como todo regime de tributação, o RET apresenta pontos positivos e negativos, que pode coincidir ou haver diferenças, conforme a posição e os interesses das partes envolvidas na relação de incorporação imobiliária.

Os pontos positivos mais relevantes do RET são a simplificação da tributação e a redução da carga tributária. Estas características beneficiam incorporador e adquirentes. Para o incorporador, os benefícios da simplificação são evidentes, pois as quatro complexas sistemáticas de apuração dos tributos unificados são substituídas por único procedimento simples de cálculo do tributo devido, o que resulta na redução das despesas administrativas com pessoal, equipamentos e materiais aplicados no setor contábil e fiscal, bem como diminuição dos erros de apuração do valor do tributo devido, o que evita aplicação de multas ao importador.

Para os adquirentes, a simplificação da tributação permite uma eficaz fiscalização do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e facilita a verificação da correta apuração e pagamento dos valores dos tributos devidos, o que evitará acumulação de passivos tributários durante a fase de execução do empreendimento.

No que tange a redução da carga tributária, os efeitos também beneficiam diretamente o incorporador quanto os adquirentes. O incorporador é favorecido diretamente porque terá as suas despesas tributárias reduzidas, o que, indiretamente, contribuirá para o aumento da sua taxa de lucratividade. Por sua vez, os adquirentes serão indiretamente favorecidos, mediante a possível redução do preço final da unidade imobiliária.

Um ponto negativo do RET consiste na vedação ao incorporador ou ao condomínio dos adquirentes, se estes sub-rogarem-se nas obrigações daquele, de parcelar os débitos tributários apurados no âmbito do RET. Essa proibição contraria o escopo do regime de incentivar o incorporador a aderir ao regime de patrimônio de afetação. Neste caso, a norma legal estaria em consonância com a finalidade do RET se, ao contrário de restringir, tivesse ampliado as alternativas de facilidade de pagamento já asseguradas aos débitos tributários em geral.

Outro ponto negativo do RET para o incorporador, diz respeito ao fato de o pagamento do débito do RET ser considerado definitivo, não permitindo, em qualquer hipótese, direito à restituição ou à compensação com o que for apurado pela incorporadora. Neste caso, a vedação de restituição ou compensação extensível, inclusive, ao pagamento de tributo indevido ou maior, revela-se mais gravosa do que os regimes normais de tributação dos tributos substituídos, em que há expressa permissão ao contribuinte para pedir a restituição ou realizar compensar do indébito tributário.

Ainda para os adquirentes, o lado positivo do RET está na sua função de instrumento indutor do patrimônio de afetação, que confere ampla proteção aos adquirentes das unidades imobiliárias, contra eventual falência do incorporador ou paralisação injustificada das obras.

Outro ponto positivo para os adquirentes, decorrente da aplicação do RET, consiste no fato de o terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária sujeita ao regime, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, responderem somente pelas dívidas tributárias relativas ao RET, enquanto que o patrimônio geral da incorporadora responderá, subsidiariamente, pelas dívidas tributárias da incorporação afetada. Em outras palavras, os bens e direitos do patrimônio afetado, se submetido ao RET, não responderão pelas dívidas tributárias da incorporadora, relativas aos tributos substituídos, inclusive dívidas tributárias do RET de outros empreendimentos afetados ou não, porém, se o acervo patrimonial do empreendimento forem insuficientes para pagamento dos débitos do RET, o patrimônio geral da incorporadora responderá, subsidiariamente, pelos débitos tributários da incorporação afetada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi anteriormente exposto, chegou-se as seguintes conclusões:

1. Os direitos fundamentais têm como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana e sob esta perspectiva, na sua dimensão subjetiva, proporcionam às pessoas os bens e as posições jurídicas que podem ser reivindicados do Estado ou de terceiros, enquanto que, na sua dimensão objetiva, constituem as limitações impostas aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes a forma de organização e o modo de atuação.

2. Sob o aspecto funcional, os direitos fundamentais classificam-se em direitos de defesa e direitos a prestações. Os primeiros têm por finalidade assegurar a esfera de liberdade do indivíduo contra interferências indevidas do Estado e dos particulares, enquanto que os segundos demandam do Estado prestações de natureza material (fática) ou jurídica (normativa). Os direitos a prestações materiais têm por objeto o oferecimento pelo Estado de bens ou serviços (alimentação, moradia, educação, saúde etc.) às pessoa carentes, ao passo que os direitos a prestações jurídicas têm por objeto a edição de normas jurídicas necessárias à fruição dos direitos fundamentais sociais, cujo exercício depende da mediação de ato normativo infraconstitucional.

3. A reserva do possível constitui uma espécie de limite fático e jurídico à concretização dos direitos fundamentais sociais a prestações de natureza material. A reserva do possível pode ser do tipo fática e jurídica. A primeira está relacionada à escassez ou ausência de recursos (inexistência fática de recursos), enquanto que a segunda está vinculada a falta de autorização orçamentária para realização do gasto (inexistência jurídica de recursos).

4. A reserva do possível encontra limites e está vinculada à observância do mínimo existencial, que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, assegura as condições materiais necessárias a uma existência digna. O mínimo existencial compreende o conjunto de bens e utilidades básicas necessárias à subsistência física do ser humano. Trata-se de requisito indispensável ao desfrute dos direitos em geral e se encontra inserido no cerne do princípio da dignidade humana.

5. O direito à moradia é considerado direito humano, porque reconhecido em documentos normativos de direito internacional público, e direito fundamental social, pois integra o catálogo de direitos fundamentais sociais inscritos no art. 6º da Carta Magna do País.

6. O direito à moradia apresenta função defensiva e prestacional. A primeira protege o titular do direito à moradia contra agressões por parte do Estado e dos particulares, ao passo que a segunda efetiva-se mediante a entrega de prestação material ou normativa por parte do Estado. No âmbito da atual Política Nacional de Habitação (PNH), o cumprimento da função prestacional de natureza material vem sendo realizado na esfera do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), mediante o fornecimento às pessoas sem ou de baixa renda de moradias dignas, custeada com recursos públicos de forma integral ou parcial. O custeio parcial é realizado por meio da concessão de financiamento subsidiado por parte do Estado.

7. O cumprimento da função normativa vem sendo implementado na esfera do Sistema Nacional de Habitação de Mercado (SNHM), em que cabe ao Estado fornecer apenas os instrumentos jurídicos que assegurem segurança jurídica aos investimentos dos adquirentes, empreendedores, financiadores e demais credores, que atuam no mercado imobiliário. Nesta seara, dentre os mecanismos de efetivação do direito à moradia, merece destaque o instituto da incorporação imobiliária, que, assim como os demais instrumentos normativos de mercado, tem a característica de não necessitar do aporte dos escassos recursos financeiros do Poder Público, que ficam liberados para aplicação no setor de moradia de interesse social, onde se localiza a totalidade do déficit habitacional brasileiro.

8. Na efetivação do direito à moradia, a atividade de incorporação imobiliária cumpre um papel importante, por ser uma atividade com grande potencial de produção de novas unidades imobiliárias, especialmente, aquelas demandadas pelo segmento da população de renda média e alta; ser o único instrumento legítimo de alienação de unidades imobiliárias ainda não construídas e de captação de recursos financeiros diretamente dos adquirentes, para fim de aplicação na construção da edificação; utilizar apenas recursos de fonte privada, liberando os escassos recursos públicos para aplicação no setor de habitação de interesse social; e contribuir, de forma substancial, para o desenvolvimento da indústria da construção civil e geração de empregos, especialmente, para parcela da mão de obra de baixa qualificação profissional.

9. A característica essencial da atividade de incorporação imobiliária consiste na comercialização de frações ideais do terreno e unidades imobiliárias autônomas pertencentes a uma edificação coletiva, submetida a regime de propriedade horizontal (ou condomínio especial), antes do início ou durante a fase de construção. Por força dessa característica, geralmente, a principal fonte de os recursos do empreendimento incorporativo são os recursos

provenientes da venda das quotas do terreno ou das unidades imobiliárias, portanto, recursos captados perante os próprios adquirentes.

10. A incorporação imobiliária pode ser definida como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção de edificação composta de unidades autônomas, para alienação, total ou parcial, antes de concluída a construção. Ela tem por objeto principal a realização de duas atividades simultâneas e inseparáveis: (i) a alienação de frações ideais do terreno ou de unidades imobiliárias autônomas como coisa futura; e (ii) a promoção e a realização da construção de edificação, sob regime de condomínio especial ou de propriedade horizontal.

11. O objeto de comercializado e a forma de contratação da construção da edificação são os elementos que definem o tipo de incorporação imobiliária, que se divide em: (i) incorporação por preço não global ou incorporação indireta; e (ii) incorporação por preço global ou incorporação direta. A primeira caracteriza-se pela alienação da fração ideal de terreno²⁶⁷, sem incluir a contratação da construção da unidade imobiliária, que será contratada a parte, noutro instrumento contratual, firmado entre o condomínio dos adquirentes e o próprio incorporador ou terceiro construtor, diretamente ou com a interveniência do incorporador. A segunda modalidade caracteriza-se pela alienação da unidade imobiliária como coisa futura, incluindo o preço da quota do terreno e o preço da construção da unidade imobiliária.

12. O arquivamento e registro do memorial de incorporação no cartório competente de Registro de Imóveis, instruído com os documentos relacionado nas alíneas “a” a “p” do art. 32 da LCI, é ato que institui a incorporação imobiliária, atribuindo-lhe existência jurídica. Somente após o atendimento dessa formalidade, o incorporador está legitimado a realizar o lançamento do empreendimento e a fazer a oferta pública das unidades no mercado imobiliário, dando início a comercialização das unidades autônomas, com vistas à obtenção dos recursos necessários à construção da edificação.

13. Configura contravenção relativa à economia popular, punível na forma da lei, a negociação pelo incorporador de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias, sem o cumprimento prévio das exigências legais, incluindo o descumprimento

²⁶⁷ Por presunção legal, também ocorre a vinculação entre a alienação da fração ideal do terreno e a contratação da construção da correspondente unidade imobiliária (contratação da incorporação por preço não global), se, antes do registro da incorporação e no ato da contratação da venda da fração ideal do terreno, o projeto de construção da edificação pender de aprovação ou já tiver sido aprovado pela autoridade administrativa, respondendo alienante como incorporador e construtor (LCI, art. 29, parágrafo único).

do requisito de prévio arquivamento e registro do memorial de incorporação do empreendimento.

14. Além da constituição do empreendimento incorporativo, o ato de registro do memorial da incorporação institui o regime de propriedade horizontal (ou condomínio especial) sobre a edificação a ser construída. O documento que cumpre essa finalidade é o memorial descritivo da edificação, pois, nele há (i) a discriminação e individualização das unidades imobiliárias de propriedade exclusiva, (ii) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade imobiliária, relativamente ao terreno e partes comuns, e (iii) o fim a que se destinam as unidades imobiliárias autônomas.

15. O contrato de incorporação compreende os contratos (i) de alienação de fração ideal de terreno ou de futura unidade imobiliária e (ii) de construção da edificação. Sob o aspecto subjetivo, o referido contrato, necessariamente, exige a participação, no mínimo, do incorporador, de um lado, e do adquirente, do outro. Aquele obriga-se a promover e realizar a construção da edificação e, ao final, entregar as unidades imobiliárias aos adquirentes, ao passo que este obriga-se a pagar o preço da unidade imobiliária ou da quota do terreno e da construção da unidade, conforme o tipo de incorporação. O construtor somente integrará o contrato de incorporação, no regime de incorporação indireta, se for o contratado para realizar a construção da edificação.

16. A contratação da construção da unidade imobiliária é um elemento intrínseco a todo contrato de incorporação imobiliária. Na incorporação direta, ela encontra-se, implicitamente, prevista no contrato de alienação da unidade imobiliária e a sua promoção e realização é da exclusiva responsabilidade do incorporador. Já na incorporação indireta, há dois contratos distintos e autônomos: (i) o contrato de alienação da fração ideal do terreno, celebrado entre o incorporador e os adquirentes; e (ii) o contrato de construção da edificação, firmado entre o condomínio dos adquirentes e o construtor, diretamente ou por intermédio do incorporador.

17. Na incorporação indireta, o contrato de construção pode ser realizada sob dois regimes de construção diferentes: (i) a construção por empreitada (LCI, arts. 55 a 57); e (ii) a construção por administração (LCI, arts. 58 a 62). A decisão quanto ao regime de construção a ser utilizado caberá ao incorporador, que deverá consignar no memorial de incorporação do empreendimento, previamente ao ato de arquivamento e de registro no Cartório de Registro de Imóveis competente. Em qualquer dos regimes de construção, se os condôminos (os adquirentes das frações ideais de terreno) iniciarem as alienações das unidades imobiliárias antes da conclusão das obras, eles se equiparam a incorporador, assumindo, em regime de

solidariedade com o incorporador, a responsabilidade pela obra e pelos demais riscos do empreendimento, inclusive os decorrentes do descumprimento do prazo de conclusão da construção do edifício (LCI, art. 30).

18. O contrato por empreitada é o ajuste em que o construtor-empregado obriga-se a executar, com autonomia, determinada obra, assumindo os riscos técnicos e econômicos pela execução da obra, enquanto que o proprietário ou comitente-empregador se compromete a pagar o preço fixo ou reajustável avençado. A contratação da execução da obra pode ser restrita à mão de obra (empreitada de mão de obra ou de labor) ou incluir mão de obra e material (empreitada mista ou global). No âmbito da atividade de incorporação imobiliária, a empreitada será sempre por prazo e preço certos, podendo a contratação ser feita a preço fixo ou a preço reajustável.

19. O contrato de construção por administração é o ajuste em que o construtor assume a responsabilidade técnica pelos serviços de construção da edificação, enquanto que o condomínio dos adquirentes das frações ideais do terreno são os responsáveis pelo custo integral da obra, abrangendo o material, a mão de obra, a remuneração do construtor, os tributos, emolumentos e demais despesas gerais necessárias à execução da obra. A parcela do preço da construção cabível a cada unidade imobiliária será determinado proporcionalmente ao coeficiente de construção da respectiva unidade imobiliária, se outro critério de rateio não for estabelecido no correspondente contrato de construção.

20. Para defesa dos interesses coletivos dos adquirentes, fiscalização e controle dos atos de gestão do incorporador, a LCI prevê a criação de dois órgãos de representação do condomínio dos adquirentes, que são a Assembleia Geral dos Contratantes e a Comissão de Representantes. A Assembleia Geral, formada por todos os adquirentes, é considerado o órgão máximo de representação dos adquirentes e, se convocada e instalada na forma da lei, as suas deliberações, tomadas por maioria simples dos votos dos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos os adquirentes, salvo no que afetar o direito de propriedade.

21. A Comissão de Representantes, designada no contrato de construção ou eleita pela Assembleia Geral, é composta, no mínimo, por três adquirentes e tem a representação legal dos adquirentes, normalmente, perante o incorporador e o construtor e perante terceiros, se houver afetação patrimonial do empreendimento. Dentre outras fixadas em contrato, a referida Comissão tem a atribuição de acompanhar a execução de todas as fases da construção, de fiscalizar a arrecadação das contribuições dos adquirentes e aplicação dos recursos aportados ao empreendimento, de promover a venda de unidade autônoma pertencente à adquirente inadimplente e à incorporador insolvente etc. E, no regime de afetação, havendo afastamento

do incorporador, mediante procedimento extrajudicial simples e célere, a Comissão assumirá a administração do empreendimento e a direção da construção da edificação ou procederá a liquidação do patrimônio de afetação, conforme decisão da Assembleia Geral.

22. A extinção do contrato de incorporação imobiliária, assim como os demais contratos, efetiva-se de diversas formas, merecendo destaque a que extingue o contrato mediante a sua execução normal, que se efetiva por meio do pagamento integral do preço acertado pelos adquirentes e do adimplemento integral por parte do incorporador ou do incorporador e construtor, conforme o tipo de incorporação, das seguintes obrigações: (i) conclusão da construção da edificação, em conformidade com o projeto de construção; (ii) expedição da licença de habitação (ou “habite-se”) pelo Poder Público municipal; (iii) averbação da construção, para efeito de individualização e discriminação das unidades imobiliárias no registro imobiliário; e (iii) outorga aos adquirentes da escritura de compra e venda das unidades imobiliárias ou da escritura de compra e venda das frações ideal do terreno acompanhada do termo de quitação do contrato de construção, conforme o tipo de incorporação.

23. Em reação a crise do setor habitacional que se iniciou nos anos 80, para corrigir as deficiências dos instrumentos tradicionais de proteção patrimonial dos adquirentes previstos na LCI, especialmente, nos casos de crise financeira ou insolvência do incorporador, por intermédio da Lei nº 10.931, de 2004, foi instituído o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, regime de natureza opcional, a critério do incorporador, pelo qual o terreno e as respectivas acessões (construções), bem como os demais bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação afetada, manter-se-ão separados do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e serão destinados à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes, bem como só responderão por dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação.

24. Para assegurar cumprimento das referidas finalidades, os investimentos dos adquirentes no empreendimento afetado terão a proteção e a garantia fortalecidas, haja vista que os recursos financeiros que ingressarem no empreendimento, sejam provenientes das vendas unidades imobiliárias, sejam decorrentes de operações de cessão, plena ou fiduciária, de créditos oriundos da comercialização dos bens componentes da correspondente incorporação, sejam obtidos por meio de financiamento da obra, serão utilizados, preferencial e exclusivamente, para o pagamento e reembolso das despesas inerentes à incorporação, incluindo o reembolso ao incorporador do preço de aquisição do terreno.

25. Por essas características, o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária constitui eficaz instrumento de proteção patrimonial dos adquirentes das unidades imobiliárias, bem como dos créditos dos financiadores e demais credores do empreendimento afetado, especialmente, o financiador da construção da edificação, uma vez que assegura que todas as receitas vinculadas ao empreendimento afetado sejam nele, exclusivamente, aplicadas e utilizadas no pagamento das respectivas obrigações, assim impedindo que haja indevidos desvios de recursos para outros empreendimentos do incorporador e assim delimitando os riscos dos adquirentes, financiadores e demais credores ao âmbito do empreendimento afetado.

26. A constituição do patrimônio de afetação efetiva-se com o ato de averbação do termo de afetação no registro imobiliário. Embora prescindida de formalidade especial, o referido termo deve ser escrito e firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. Apesar de a lei não fixar prazo, em tese, o regime de afetação poderá ser instituído até a data da extinção da incorporação, que ocorre, formalmente, com a averbação da construção da edificação, individualização e discriminação das respectivas unidades imobiliárias e a expedição de matrícula, pelo registro imobiliário, para cada uma das unidades.

27. Um dos efeitos mais benéficos para os adquirentes é que a decretação da falência ou insolvência civil do incorporador não alcançarão os patrimônios de afetação constituídos até a data da prolação da correspondente decisão judicial, sendo excluídos da massa concursal todos os acervos patrimoniais afetados. E para resguardar os interesses dos adquirentes, nos sessenta dias seguintes a referida decretação, por convocação da Comissão de Representantes ou da instituição financiadora ou, na falta destas, de 1/6 (um sexto) dos titulares de frações ideais do terreno, ou, ainda, por determinação do Juiz que decretou a falência, o condomínio dos adquirentes realizará Assembléia Geral, para deliberar sobre os seguintes assuntos: (i) ratificar o mandato da Comissão de Representantes ou eleger novos membros; (ii) instituir o condomínio da construção, por instrumento público ou particular; e (iii) deliberar sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação.

28. A extinção do regime de afetação ocorre em decorrência da consecução da sua finalidade, liquidação do acervo patrimonial afetado, revogação da incorporação por denúncia e outras hipóteses previstas em lei. A extinção mediante o cumprimento da finalidade efetiva-se com averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes das unidades imobiliárias e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

29. Por ser opcional a adesão do incorporador, a eficácia do regime de afetação ficou na dependência exclusiva da decisão do incorporador, a parte que arca com as restrições e os ônus decorrentes da referida afetação patrimonial, colocando em segundo plano os direitos dos adquirentes, a parte hipossuficiente e principal destinatária e beneficiária do regime de afetação, contrariando evidente fundamento axiológico de proteção do patrimônio dos adquirentes. Para compensar tais limitações, o incorporador precisava de incentivos para aderir ao regime de afetação e eles vieram sob a forma de simplificação tributação e redução da carga tributária, por meio do regime especial de tributação.

30. Sob o aspecto tributário, a atividade de incorporação imobiliária está sujeita à cobrança dos seguintes tributos federais: IRPJ, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep. Na esfera estadual, em regra, a referida atividade não está sujeita ao pagamento do ICMS, por não ser o incorporador, na condição de consumidor final, contribuinte do imposto. Por fim, no âmbito municipal, em tese, a atividade de incorporação imobiliária está sujeita aos seguintes impostos: ISS, ITBI e IPTU.

31. No âmbito do ICMS, em relação aos insumos aplicados pela incorporadora-construtora nas suas obras, o Estado destinatário está impedido de cobrar a diferença de alíquota interna maior (em relação a alíquota interestadual), porém, essas mesmas operações, no Estado de origem, ficam sujeitas à alíquota interna (alíquota “cheia”). Neste caso, sob pena de aplicação de multas previstas nas legislações estaduais, as incorporadoras-construtoras devem informar ao estabelecimento de origem a sua condição de não contribuinte do imposto. A não prestação dessa informação ou prestação de informação inverídica sobre a sua condição de não contribuinte do imposto afronta o Princípio da Boa Fé Objetiva, que deve orientar a relação entre o fisco e os contribuintes, servindo de fundamento para aplicação das referidas penalidades.

32. Em relação à cobrança do ITBI, a transmissão onerosa de bens imóveis ou a transmissão e a cessão onerosas de direitos reais à aquisição de tais bens são operações inerentes à atividade do incorporador, que se instrumentaliza por meio de contrato de aquisição, de promessa de compra e venda ou de cessão de direitos reais à aquisição do terreno, ou mediante a integralização do capital social com a transmissão de bens imóveis ou direitos reais à aquisição de tais bens, uma vez que não se aplica a referida atividade a imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF/1988. Nessas operações, em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, a exigência do ITBI do incorporador somente poderá ser feita após o efetivo registro do título translativo da propriedade do terreno.

33. No que tange ao IPTU, diante da existência de instrumento particular de promessa de compra e venda de unidade imobiliária, firmado em caráter irrevogável e irretratável, com a imissão na posse do promitente comprador (possuidor a qualquer título), tanto este quanto o proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes e responsáveis solidários pelo pagamento do imposto, consoante entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, tendo o fisco municipal a opção de exigir de qualquer um deles o imposto. Somente após o registro do título definitivo translativo da propriedade, o adquirente assumirá, com exclusividade, a responsabilidade pelo pagamento do imposto.

34. Na modalidade de incorporação indireta, o incorporador não está sujeito ao pagamento do ISS, por não haver prestação de serviços de construção nesse tipo de incorporação, porque a construção é feita diretamente pelo próprio incorporador e constitui simples meio para alcançar o objetivo final da incorporação, que é a entrega das unidades imobiliárias prontas aos adquirentes (obrigação de dar). De outro modo, na incorporação indireta, como há prestação de serviços de construção civil ao condomínio dos adquirentes, sob regime de empreitada ou administração, há cobrança do ISS nessa operação do construtor contrato para execução da obra, que é o prestador do serviço de construção. Neste tipo de incorporação, o incorporador só será contribuinte do ISS, se ele for a pessoa contratada pelo condomínio dos adquirentes, para realizar os serviços de construção do prédio, sob empreitada ou administração.

35. No âmbito federal, as pessoas jurídicas ou equiparadas são submetidas, por obrigação ou opção, a uma das seguintes formas de tributação: lucro real, lucro presumido, lucro arbitrado e simples nacional. E as pessoas jurídicas incorporadas, além das referidas formas de tributação, ainda podem optar pelo Regime Especial de Tributação (RET), apenas em relação às incorporações submetidas ao regime de patrimônio de afetação.

36. O RET é um regime opcional, a critério do incorporador, que poderá optar por submeter ao regime apenas um, alguns ou todos empreendimentos afetados. No entanto, uma vez confirmada a adesão ao regime ela será irretratável, permanecendo válida e eficaz enquanto perdurarem os direitos de crédito ou as obrigações do incorporador perante os adquirentes das unidades imobiliárias, que integram a correspondente incorporação.

37. A opção pelo RET será formalizada perante a RFB, mediante a solicitação de juntada, ao dossiê digital de atendimento do incorporador, dos seguintes documentos, entregues em formato digital: (i) Termo de Opção pelo RET e (ii) do termo de constituição de patrimônio de afetação da respectiva incorporação, firmado pelo incorporador e, quando for o

caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição, e averbado no Cartório de Registro de Imóveis.

38. O RET foi instituído com propósito de incentivar os incorporadores a exercerem a opção pelo regime de patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, mediante a simplificação da tributação e a redução da carga tributária. O primeiro objetivo indutor do regime de afetação foi plenamente alcançado, uma vez que o RET unifica e substitui a apuração e o pagamento de quatro tributos federais, além de simplificar o cumprimento das correspondentes obrigações tributárias acessórias.

39. O objetivo de reduzir a carga tributária também foi alcançado, haja vista que o incorporador submetido ao regime de lucro presumido terá uma redução nos tributos federais (IRPJ, CSLL, Cofins e Contribuição para o PIS/Pasep) de mais de 40% (quarenta por cento) e o sujeito ao regime de lucro real, somente em situações excepcionais, em que opere com baixíssimas taxas de lucratividade ou na faixa de prejuízo, é que não haveria redução dos referidos tributos. Em situação empresarial normal, em que a incorporadora opere com taxas de lucratividade normais aos negócios incorporativos, a adoção do RET, certamente, resultará em significativa redução de carga tributária, assim contribuindo para a redução do preço das unidades imobiliárias e o exercício da adoção pelo regime de patrimônio de afetação.

40. Em suma, a adesão ao RET, normalmente, resultará relevante redução da carga tributária para os empreendimentos de incorporação afetados, constituindo-se em forte instrumento de indução ao exercício da opção pelo regime do patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, fortalecendo os instrumentos de proteção patrimonial dos adquirentes das unidades imobiliárias e, desta forma, contribuindo para a implementação, em larga escala, do direito social fundamental à moradia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC. Banco de Dados. PIB e Investimentos. **PIB Brasil e Construção Civil**. Belo Horizonte, BH, 2014. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil>. Acesso em 15 ago. 2014.

_____. Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC. **CPC 00 - Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro**. Brasília, DF, 2011. disponível em: <static.cmediagroup.com.br/Documentos/147_CPC00_R1.pdfpc>. Acesso em 03 fev. 2015.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. **Plano Nacional de Habitação**. Brasília, 2009. 212 p. Disponível em: < http://www.cidades.gov.br/p/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Publicacoes/Publicacao_PlanHab_Capa_df. Acesso em: 12 fev. 2014.

_____. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. **Avanços e Desafios: Política Nacional de Habitação**. Brasília, 2010. 96 p. Disponível em: < <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Avancos.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2014.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DEMOLIUS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Dhenize Maria Franco. A teoria do limite fático da reserva do possível como obstáculo à efetivação dos direitos sociais. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 10, p. 19-31, jun. 2011.

DUARTE, Francisco Leite. **Direito tributário aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., atual. por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Gustavo Rabay. **Direito processual constitucional**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Rafael Barioni de. Noções gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei 10.931 de 03.08.2004. *In: Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar. MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009.

MATTOS, Aldo Dórea. **O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária: mais proteção para o adquirente**. São Paulo: Pini, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Saraiva, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PAULSEN, Leandro, MELO, José Soares de Melo. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 17-22, jan.-mar. 1979.

_____. **Condomínio e Incorporações**. 11. ed. rev., atual. e ampl. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 67-80, out. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

_____. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12524>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direito dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. In: **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. SARLET, Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014.

SARMENTO, Daniel. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não trabalhistas: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber**. SARLET, Ingo Wolfgang, MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras c intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglésias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária – Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 376, p. 81-94, nov.-dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação. *In: Revista da Escola Superior de Advocacia – OAB/RS*, nº 02, 2005, p. 216-225.

_____. **Da incorporação imobiliária:** implementação do direito fundamental à moradia. São Paulo. Quartier Latin, 2008.

VANZELA, Pedro Guilherme Kreling. Extinção do patrimônio de afetação. *In: Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação*. Lei 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, v.1.

_____. **Direito civil:** direitos reais. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v.5.

_____. **Direito civil:** contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v.3.

VITA, Jonathan Barros. Isonomia, capacidade contributiva e direitos humanos: nova chave de leitura para a tributação. *In: Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6836-6857.)