

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

ENZO YOSIRO TAKAHASHI MIZUMUKAI

TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA NO SETOR
IMOBILIÁRIO

Ribeirão Preto

2013

ENZO YOSIRO TAKAHASHI MIZUMUKAI

**TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA NO SETOR
IMOBILIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito Público da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da universidade de São
Paulo para a obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. ALEXANDRE NAOKI
NISHIOKA

Ribeirão Preto

2013

Ficha Catalográfica

Mizumukai, Enzo Yosiro Takahashi

Tributação sobre a renda da pessoa jurídica no setor imobiliário / Enzo Yosiro Takahashi Mizumukai – Ribeirão Preto, 2013

103 p. 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2013.

1. Negócios imobiliários. 2. Direito tributário. 3. Conceito de renda. 4. Imposto de renda da pessoa jurídica. 5. Direito contábil. 6. Fundo de investimento imobiliário.

MIZUMUKAI, Enzo Yosiro Takahashi. **Tributação sobre a renda da pessoa jurídica no setor imobiliário.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento _____ Assinatura: _____

À minha mãe,

que sempre esteve a me apoiar,

com muita atenção e carinho

de um jeito tão peculiar.

"As verdadeiras conquistas, as únicas de que nunca nos arrependemos, são aquelas que fazemos contra a ignorância."

Napoleão Bonaparte

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais que me ensinaram a lição de que na vida nada “vem em forma de magia”, tudo é e haverá de ser conquistado com perseverança, dedicação e paciência.

Ao professor Alexandre pelo apoio como orientador e amigo, bem como pelas lições sobre a advocacia, levo seus ensinamentos com muito apreço e admiração.

RESUMO

MIZUMUKAI, Enzo Yosiro Takahashi. **Tributação sobre a renda da pessoa jurídica no setor imobiliário**. 2013. 103 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

No primeiro capítulo serão apresentados institutos do direito imobiliário em quatro gêneros, quais são: a) alienação da propriedade; b) serviço imobiliário; c) cessão da posse do imóvel e por último, d) financiamento imobiliário. No curso deste capítulo serão apresentadas características essenciais, bem como espécies de cada um dos gêneros apresentados. Importante ressaltar que, para delimitação do estudo, foram escolhidos os principais e mais usuais institutos do direito imobiliário.

O segundo capítulo apresentará conceitos e regras gerais comuns a respeito da tributação sobre a renda da pessoa jurídica, bem como serão apresentados conceitos e princípios que serão essenciais para o desenvolver do presente trabalho. Serão apresentados elementos do direito tributário e do direito contábil pertinentes ao tema proposto. Analisando, desde o conceito de renda e o Fato Gerador do IRPJ, os regimes de apuração do IRPJ, as modificações trazidas pelas leis Lei nº 11.638/2007, a inserção do RTT, até conceitos das ciências contábeis os quais são de fundamentais para a compreensão do estudo do tema.

Finalmente, no terceiro capítulo serão analisados a incidência da tributação sobre a renda nos institutos do direito civil/comercial exposto no primeiro capítulo. Observando-se que em razão das peculiaridades do direito imobiliário, a tributação sobre a renda no setor deve ser ajustada conforme suas características, no entanto, deverão ser observados a segurança jurídica e os princípios resguardados pelo sistema tributário brasileiro.

Palavras chaves: 1. Negócios Imobiliários; 2. Direito Tributário; 3. Conceito de renda; 4. Direito Contábil; 5. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica;

ABSTRACT

MIZUMUKAI, Enzo Yosiro Takahashi. Taxation on Income of Corporate in Real Estate. In 2013. 103 pages. Completion of course work (degree) - Faculty of Law of Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

In the first chapter will be presented institutes of real estate law in four genera, which are: a) the sale of the property, b) real estate service c) transfer of possession of the property, and finally, d) mortgage. In the course of this chapter will be presented essential characteristics and species of each of the genres presented. Important emphasize that, for the delimitation of the study were chosen mains and most common institutes of real estate law.

The second chapter presents concepts and common general rules concerning the taxation of the income of the corporation, and will be presented concepts and principles that are essential to the development of this work. Will be presented elements of tax law and accounting law relevant to the theme. Analyzing from the concept of income and triggering event of income, the calculation of income tax modes, the changes introduced by Law 11.638/2007 and the insertion of the RTT, even accounting science concepts which are essential to understanding the study of the subject.

Finally, the third chapter will analyze the incidence of income taxation in the institutes of civil/commercial law exposed in the first chapter. Noting that due to the peculiarities of real estate law, the income taxation of the sector should be adjusted according to their characteristics, however, should be observed the legal principles and legal security safeguarded by the Brazilian tax system.

Keywords: 1. Real Estate Transactions; 2. Tax Law; 3. Concept of Income; 4. Accounting Law 5. Corporate Income Tax;

LISTA DE ABREVIATURAS

BTS	Built-to-Suit
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CPC	Comissão de Pronunciamentos Contábeis
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de valores Mobiliários
DRE	Demonstração do Resultado do Exercício
FCONT	Controle Fiscal Contábil de Transição
FI	Fundo de Investimento
FII	Fundo de Investimento Imobiliário
IASB	<i>International Accounting Standard Board</i>
IBRACON	Instituto dos Auditores Independentes do Brasil
IRPF	Imposto de Renda da Pessoa Física
IRPJ	Imposto de Renda da Pessoa Jurídica
LALUR	Livro de Apuração do Lucro Real
MP	Medida Provisória
PMCMV	Programa Minha Casa Minha Vida
RIR	Regulamento do Imposto de Renda
RTT	Regime Tributário de Transição (previsto na Lei nº 11.941/09)
SHS	Schanz- Haig- Simons (autores de modelo de tributação sobre a renda)
SPE	Sociedade de Propósito Específico
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE INSTITUTOS DO DIREITO IMOBILIÁRIO	19
1.1. Primeiro Gênero: Alienação da Propriedade	19
1.1.1 Compra e Venda (Venda de Imóveis Próprios)	19
1.1.2 Permuta.....	20
1.2 Segundo Gênero: Serviços Imobiliários	21
1.2.1 Incorporação Imobiliária	20
<i>1.2.1.1 Conceito, Objeto e Partes</i>	<i>21</i>
<i>1.2.1.2 Ciclo Econômico – Etapas: (a) Constituição, (b) Execução e (c) Extinção</i>	<i>23</i>
<i>1.2.1.3 Patrimônio de afetação</i>	<i>24</i>
1.2.2 Loteamento.....	26
1.2.3 Empreitada (Construção).....	28
<i>1.2.3.1 Modos de aquisição das unidades imobiliárias</i>	<i>29</i>
1.2.5 Administração de Imóveis.....	30
1.2.6. Reforma, Restauração e Retrofit	30
1.3. Terceiro Gênero: Cessão Da Posse Do Imóvel	32
1.3.1. Locação	32
1.3.2 Sale Lease Back e Built to Suit	32
1.4 Quarto Gênero: Financiamento Imobiliário	33
1.4.1 Fundo de Investimento Imobiliário	33
1.4.2. Securitização de Recebíveis	36
CAPÍTULO II - DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	37
2.1 Conceito de Renda	37
2.1.1 Teoria do Produto de uma Fonte Permanente e Teoria do Acréscimo Patrimonial.....	39
2.1.2 Teoria Legalista.....	40

2.2 Fato Gerador do Imposto de Renda	41
2.2.1 Definição de renda e proventos de qualquer natureza na legislação brasileira	43
2.2.2 Disponibilidade econômica ou jurídica de renda	45
2.4 Vários Regimes para apuração da base de cálculo do IRPJ	46
2.4.1 Tributação pela Sistemática do Lucro Real	46
2.4.1.1 Regra geral da utilização do regime de competência para a escrituração das pessoas jurídicas	49
2.4.1.2 Realização do lucro conforme normas contábeis e o momento da tributação da renda nas pessoas jurídicas - O Princípio da Realização da Renda	50
2.4.2 Tributação pela Sistemática do Lucro Presumido	52
2.4.2.1 Regime de reconhecimento da receita no lucro presumido	56
2.4.3 Tributação pela Sistemática do Lucro Arbitrado	56
2.4.4 Tributação pela Sistemática do Simples Nacional	56
2.5 Regime de Competência – Princípio da Realização da Receita e Princípio do Confronto entre Receitas e Despesas	59
2.5.1 Princípio do regime de competência	59
2.5.2 O Princípio da Realização da Receita	60
2.5.3 Princípio do Emparelhamento das Receitas com as Despesas	60
2.6 Regime de Caixa	62
2.7 A Lei nº 11.638 de 28 de dezembro de 2007 e suas consequências fiscais	63
2.8 Regime Tributário de Transição	64
CAPÍTULO III - TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA NAS ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS	66
3.1 Tributação no Gênero: Alienação da Propriedade Imobiliária	66
3.1.1 Tributação na compra e venda de imóvel	66
3.1.2 Tributação Permuta	67
3.1.2.1 Tributação do IRPJ na Permuta pela sistemática do Lucro Real	67
3.1.2.2 Tributação do IRPJ na Permuta pela sistemática do Lucro Presumido	69
3.2 Tributação no Gênero: Prestação de Serviços Imobiliários	73

3.3 Tributação no Gênero: Cessão da Posse do Imóvel.....	74
3.3.1 Locação	74
3.4 Tributação no gênero: Operações financeiras	75
3.4.1 Tributação do fundo de investimento de investimento imobiliário.....	75
3.4.1.1 Regime tributário do fii como pessoa jurídica	76
3.4.2 Tributação da Securitização de Recebíveis	77
3.5 Tributação e o Momento de Reconhecimento do Lucro nas Atividades de Compra e Venda, Incorporação e Construção de Imóveis.....	78
3.5.1 Venda de unidade à vista.....	79
3.5.2 Custo Orçado.....	83
3.5.2.1 Custo Orçado e Direito à Adoção pela sistemática do Lucro Presumido	85
3.5.3 Venda de unidades a Prazo.....	86
3.5.3.1 Correção Monetária e Juros na Venda de Imóveis à Prazo	89
3.5.4 Condição Suspensiva.....	90
3.6 Regimes Especiais	91
3.6.1 Regime de Tributação Especial para o Patrimônio de Afetação	91
3.6.2 Regime especial para construções no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida	93
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA	101

INTRODUÇÃO

Relevância do Tema Proposto

O setor é de extrema importância para a economia do país, bem como para o desenvolvimento e crescimento do País. A indústria da construção movimenta diversas áreas e

tem forte impacto na economia brasileira. Em 2012 o setor apresentou valor adicionado na ordem de R\$ 328,5 bilhões, cerca de 8,8% do Produto Internacional Bruto (PIB) brasileiro no ano, com 13,4 milhões de pessoas ocupadas em suas atividades.¹

Trata-se de um segmento da economia que tem como um dos objetivos principais a construção para habitações residenciais possibilitando à população alcançar o grande sonho da casa própria. Devido à grande relevância do tema, este não passou despercebido pelo legislador constituinte que, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, outorgou o direito à moradia um status social do cidadão.²

Outro aspecto da área social que lhe atribui destaque é que o setor emprega cerca de 13,4 milhões de pessoas, ressalte-se que da mesma forma que a moradia, a busca pelo pleno emprego é objeto de norma constitucional, trata-se de princípio geral da atividade econômica, nos termos do art. 170, VII da Magna Carta.

Ademais, o setor imobiliário, não tem como objeto apenas o setor residencial, vale destacar que o setor ainda abrange produtos destinados a diferentes ramos como ao comércio, indústria, *shopping Center*, dentre outros.

Tais razões já justificariam uma atenção devida. Entretanto, ressalte-se que a indústria imobiliária tem peculiaridades como a atipicidade do ciclo de produção. O processo de planejamento do produto a ser ofertado, passando pela sua viabilização financeira, produção e venda geralmente leva de 3 a 5 anos até a conclusão final.

Confira-se que há uma quantidade relevante de leis especiais com o objetivo de regular o setor, tanto quanto no âmbito do direito civil, comercial, tributário, dentre outros. Ademais em decorrência das peculiaridades do direito imobiliário, o direito tributário tenta acompanhar e se moldar a tais peculiaridades do setor imobiliário, percutindo em problemáticas em que muitas vezes são alvo de discussão e disputa entre o fisco e o contribuinte.

Considerações Propedêuticas: Objetivos do trabalho, Desenvolvimento e limitações

¹ Informações do site da Federação das indústrias do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/noticias>>. Acesso em: 01/11/2013.

² Constituição Federal – “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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.”

Capítulo I

O presente estudo inicia-se com uma análise de preceitos fundamentais para a compreensão do setor imobiliário no âmbito do direito privado, ou seja, as atividades imobiliárias sob ponto de vista do direito civil/comercial.

Ressalte-se que a análise do direito privado é necessária para discussões a respeito do momento do reconhecimento do lucro, uma vez que dá subsídio para o agente avaliar a existência dos pressupostos para ocorrência de renda e o momento de sua realização, tal como o momento da transferência de benefícios e riscos em uma troca de mercado.

As atividades imobiliárias serão desmembradas em quatro gêneros de atividade, conforme a natureza predominante da prestação que o empreendedor está obrigado a cumprir, quais são:

(a) Primeiro gênero: negócios jurídicos que se explora a atividade da alienação da propriedade de bens imóveis. Como a compra e venda.

(b) Segundo gênero: negócios jurídicos em que há prestação de serviços relacionados à propriedade imobiliária ou a outros negócios imobiliários. Neste gênero a renda/lucro decorre diretamente do preço dos serviços prestados.

(c) Terceiro gênero: negócios jurídicos em que se explora economicamente a cessão temporária da posse sobre bens imóveis. A renda/lucro, neste caso, decorre da remuneração recebida como contraprestação pelo direito temporário de uso e/ou gozo.

(d) Quarto gênero: negócios jurídicos que têm como objetivo viabilizar o financiamento da aquisição da propriedade imobiliária. A renda/lucro decorre da remuneração pelo capital disponibilizado para o financiamento.

Vale destacar, ainda, que cada gênero possui características semelhantes para fins fiscais. Entretanto, no terceiro capítulo, quando submergir-se na análise da tributação sobre a renda das operações, serão expostos apenas alguns institutos de cada gênero, quais são os mais interessantes para fins deste estudo, até porque, na maioria das vezes, diferentes espécies do mesmo gênero são tributadas de forma idêntica.

Capítulo II

Após a análise dos institutos do direito privado pertinentes ao estudo, apresentar-se-á os elementos básicos para a compreensão e discussão da tributação sobre a renda no setor imobiliário, tais como conceitos e exposições tanto do direito público em específico o direito tributário, bem como elementos das ciências contábeis, os quais são essenciais para a compreensão do tema.

Como a CF delimita a tributação da renda por meio de um tipo tributário, torna-se mister analisar o CTN, na qualidade de Lei Complementar, para verificação do conceito de renda. Com efeito, existem dois conceitos de renda positivados, o de renda acréscimo e o de renda produto, bem como os pressupostos para uma receita ser considerada renda, sendo o acréscimo patrimonial o mais dos relevantes para a sua caracterização. Também se verifica a importância da definição de que a realização da renda depende da aquisição da disponibilidade econômica e jurídica.

Dessa forma, serão expostos temas pertinentes ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, tais como as exposições a respeito das principais teorias existentes acerca do conceito de renda, bem como o serão observados os pressupostos para que a renda seja considerada realizada.

Ainda neste capítulo serão apresentados os vários regimes de apuração do lucro, sistemática pelo lucro real, presumido, arbitrado, bem como pela sistemática da tributação pelo Simples Nacional. Dentro dos tópicos da apuração do IRPJ pela sistemática do lucro real e presumido observa-se, para coesão do estudo, considerações a respeito do princípio da realização da renda em ambas estas sistemáticas.

Devido ao fato dos instrumentos do direito contábil também serem fundamentais para a compreensão do tema, o estudo apresenta, neste mesmo capítulo, conceitos como o princípio do regime de competência (do qual se desprende o princípio da realização da receita e do emparelhamento das receitas com as despesas) em contrapartida com o regime de caixa. Vale destacar novamente, que tais preceitos são essenciais para a compreensão do tema.

Essas abordagens são de suma importância, porquanto o regime de competência é a regra geral para a tributação das pessoas jurídicas, embora possa ser afastado em alguns casos em que se permite a apuração do lucro fiscal pelo regime de caixa, como ocorre no setor imobiliário.

Destaca-se, ainda, que mesmo nos casos em que se admite o regime de caixa, a análise prévia do regime de competência é fundamental para se distinguirem os ingressos financeiros que efetivamente configurem renda, pois não é qualquer tipo ingresso de caixa que é caracterizado como renda tributável.

Também, contribui para a complexidade do tema o advento da Nova Contabilidade e aplicação do RTT. Observa-se que após as Leis nº 11.638/2007 e 11.941/2009, a Contabilidade Societária no Brasil passou efetivamente a ser independente das normas de contabilidade previstas na legislação tributária.

Capítulo III

Nos dois primeiros capítulos do presente trabalho, foram expostas premissas necessárias para a análise de coerência e adequação das regras tributárias no setor imobiliário. Tais premissas, em suma são a) natureza jurídica das atividades imobiliárias, com enfoque na transferências de benefícios e riscos; b) aspectos e limites da tributação da renda na CF e no CTN.

A partir dessas premissas, passa-se a analisar a coerência e adequação dos mecanismos de tributação, inclusive quanto ao momento do reconhecimento da renda nos diversos tratamentos especiais previstos na legislação tributária no setor imobiliário.

Diante disso, no terceiro capítulo será desmembrado da seguinte maneira:

(a) Aspectos gerais da tributação nos gêneros de atividades conforme o disposto no primeiro capítulo.

(b) Aspectos tributários na complexidade das operações específicas das atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis.

(c) Aspectos tributários nos regimes específicos de tributação: Regime Especial de Tributação –RET para o instituto do patrimônio de afetação e tributação no Fundo de Investimento imobiliário.

Dessa forma, será realizada uma escolha por uma análise abrangente, de modo a se verificarem as características gerais do setor imobiliário no direito civil/comercial, tributário e do direito contábil em pontos pertinentes ao tema, para, posteriormente, realizar uma análise crítica acerca dos tratamentos específicos conferidos às diversas atividades que compõem o setor imobiliário.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES SOBRE INSTITUTOS DO DIREITO IMOBILIÁRIO

No presente capítulo serão analisados os principais aspectos da natureza jurídica de diversos negócios imobiliários, classificados em quatro gêneros distintos, conforme seu objeto preponderante a) a alienação da propriedade imobiliária, b) prestação de serviços vinculados à propriedade imobiliária, c) cessão na posse do imóvel e d) financiamento imobiliário.

Vale destacar que as considerações pertinentes aos institutos do direito imobiliário foca nas características que podem influenciar na forma de tributação dos mesmos, inclusive para dar coerência ao presente estudo.

1.1. Primeiro Gênero: Alienação da Propriedade

1.1.1 Compra e Venda (Venda de Imóveis Próprios)

As vendas de imóveis próprios são constituídas por meio de contrato de compra e venda, este, por sua vez, segundo a concepção do saudoso Orlando Gomes³, consiste no contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo em contraprestação determinada soma de dinheiro ou o valor fiduciário equivalente.

Entende-se venda de imóvel pronto àquela na qual o agente econômico, que pode ser, pessoa física ou jurídica, efetua a construção em nome próprio, de unidade imobiliária autônoma que, após é oferecida ao mercado consumidor, ou ainda, o agente econômico que compre unidade imobiliária autônoma construída para revender.

Não se confunde, a venda de imóvel pronto com a incorporação imobiliária, pois na primeira, a venda é realizada após a obtenção do registro individualizado da unidade autônoma no cartório de registro imobiliário, diferentemente da incorporação imobiliária.

Importante destacar que a receita da venda de imóvel, quando efetuada por pessoa jurídica que atue no setor imobiliário deverá ser considerada como operacional.

³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 244

Entretanto, caso a pessoa jurídica não seja considerada do ramo imobiliário a receita da venda de imóvel será considerada receita não-operacional. Isso trará consequências as quais serão observadas de forma mais profunda, como no terceiro capítulo, 3.1.1 Tributação na compra e venda de imóvel.

1.1.2 Permuta

Permuta é o negócio jurídico pelo qual uma das partes se obriga à transferência do domínio de um bem, mediante o recebimento de outro bem em contraprestação, (troca de um bem por outro).

Ressalte-se que na permuta as partes se obrigam a dar uma coisa por outra, que não seja dinheiro, porém, atualmente, a jurisprudência do CARF considera caracterizada a permuta com torna, ou seja com uma pequena parcela do valor do bem (diferença do valor de outro bem) dada em dinheiro. No caso, esta parcela deverá representar uma pequena porcentagem do valor da troca, sob pena de descaracterizar o instituto da Permuta.⁴

Segundo o art. 533 do Código Civil de 2002, aplicam-se à permuta as disposições pertinentes ao contrato de compra e venda. Contudo, este negócio jurídico contém características diversas da compra e venda no que tange à formação do preço. Pois, na permuta não há como requisito a estipulação do preço, não há preço propriamente dito, uma vez que a obrigação reside na troca de bens.

Vale destacar o entendimento do saudoso Orlando Gomes⁵:

“Na permuta, um dos contratantes promete uma coisa em troca da outra. Na compra e venda, a contraprestação há de se consistir, necessariamente, em dinheiro. Na troca não há preço, como na compra e venda, mas é irrelevante que as coisas permutadas tenham valores desiguais (...)

Em virtude da analogia entre troca e compra e venda, as legislações prescrevem que se apliquem as mesmas regras. (...)

A analogia entre a compra e venda e a troca não significa identidade, reconhecida sendo a impossibilidade de submeter totalmente a troca ao regime legal da compra e venda. (...)”.

⁴ Acórdão nº 103-22.974 do CARF.

⁵ GOMES, Orlando. Contratos 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.325 e ss.

Para fins deste estudo é relevante o entendimento de que não há definição de preço em um contrato de permuta. Pois tal detalhe faz-se relevante na determinação do valor a ser atribuído à operação para fins contábeis.

1.2 Segundo Gênero: Serviços Imobiliários

1.2.1 Incorporação Imobiliária

1.2.1.1 Conceito, Objeto e Partes

A incorporação imobiliária encontra-se regulamentada pela Lei nº 4.591/64. Nos termos do artigo 28 da referida lei a incorporação imobiliária consiste na atividade a qual tem o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Relevante destacar a opinião da ilustre Maria Helena Diniz a qual entende ser a atividade de incorporação imobiliária um instituto jurídico ligado ao direito civil e relacionado com a aglutinação de interesses visando à edificação de imóveis em regime condominial, embora atividade da incorporação de edifício seja uma atividade mercantil exercida por uma pessoa jurídica ou empresa que atua no comércio imobiliário.⁶

A atividade da incorporação imobiliária pressupõe a alienação de edificações compostas de unidades autônomas. Dessa forma somente caracteriza-se a atividade imobiliária aquela que tenha por objetivo a venda de unidades autônomas para terceiros. Nos termos do artigo 1.331 do Código Civil, tais unidades autônomas podem ser compostas de partes que não são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

Por outro lado, caso a construção de unidades autônomas não sejam revestida do intuito de serem alienadas para terceiro não se configura o instituto da incorporação imobiliária.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 573.

Outrossim, para se configurar a incorporação imobiliária é mister o pressuposto de que o incorporador irá promover e realizar a construção. A alienação de unidades autônomas já construídas não caracteriza a incorporação imobiliária.

Quanto ao contrato da incorporação imobiliária, trata-se de um acordo que envolve duas obrigações distintas por parte do incorporador: uma **obrigação de fazer** (promover e realizar a construção) e uma **obrigação de dar** (entrega das unidades autônoma).

Por outro lado o adquirente da unidade autônoma deverá pagar o valor da unidade. Geralmente o instituto da incorporação imobiliária é utilizado para viabilizar a construção de edifícios (dividido em unidades autônomas, como prédios residenciais, prédios comerciais, garagens, dentre outros), em que os adquirentes das unidades antecipam pagamentos para que o incorporador possa complementar o vultosos gastos investidos nas obras.

Vale destacar a classificação de Contrato de Incorporação Imobiliária segundo Orlando Gomes, no sentido de que se trata de um contrato sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, formal e de execução diferida. Afirma nas exatas palavras:

Origina obrigações correlatas, cumprindo ao incorporador fundamentalmente, em contraprestação do preço a cujo pagamento se obriga a outra parte, satisfazer a obrigação do resultado consiste na entrega da unidade autônoma consultada. Entre as duas obrigações há dependência recíproca.⁷

Conforme os artigos 29 e 30 da Lei n ° 4.591 de 1964⁸, considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, em certo prazo, a preço e em determinadas condições, das obras concluídas.

⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 448

De um modo geral, todos os imóveis podem ser objetos de incorporação imobiliária, devendo ser observadas, entretanto, as limitações previstas em legislação municipal e, ainda, no direito de propriedade, ou seja questões pertinentes ao direito registral.

Vale destacar, que cada pedido de incorporação cabe apenas a um único imóvel. Portanto, caso a área possua mais de um terreno, far-se-á necessário a unificação mediante a fusão das respectivas matrículas no Registro de Imóvel.

O Código Civil de 2002 alterou algumas normas referentes à incorporação, porém não trouxe alterações à sistemática das Incorporações Imobiliárias.

No que tange às partes do contrato de incorporação imobiliária, o artigo 31 da Lei nº 4.591/1964 é taxativo ao estabelecer quem pode promover a incorporação imobiliária, sendo eles: o proprietário; o titular de direitos aquisitivos; o construtor ou o corretor de imóveis.

A incorporação imobiliária, uma vez registrada, tem o prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Se efetuada qualquer venda nesse período, será considerada efetiva a incorporação. Porém caso não haja nenhuma venda no mesmo período, será necessário reapresentar as certidões exigidas quando do registro da incorporação.

Uma vez efetivada a Incorporação, o incorporador será obrigado a levar o empreendimento na forma ajustada até final. Entretanto, tal obrigatoriedade poderia deixar o incorporador em difícil situação, na hipótese de poucas vendas efetuadas, o que também viria a ser um risco para o empreendimento e para o adquirente. Com o objetivo de flexibilizar essa questão, a lei permite ao incorporador, desde que taxado no memorial, e em um prazo de 180 dias, desistir da obra. Neste caso deverá informar o registro de imóveis e devolver o dinheiro investido pelo adquirente no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

1.2.1.2 Ciclo Econômico – Etapas: (a) Constituição, (b) Execução e (c) Extinção

Ademais, o procedimento da Incorporação Imobiliária pode ser dividido em três partes:

(a) Constituição (Atividades Preliminares)

Nas atividades preliminares temos as seguintes etapas: (i) pesquisa e aquisição do terreno onde será erguido o edifício; (ii) elaboração de projeto de construção devidamente aprovado perante órgãos públicos; (iii) elaboração de memorial descritivo da obra; (iii) avaliação do custo total da obra; (iv) preparação da minuta da futura convenção de condomínio; dentre outras atividades.

(b) Execução (Produção)

Na fase de produção das Unidades Imobiliárias – há duas obrigações assumidas pelo incorporados (i) de entregar o produto da construção aos adquirentes; e (ii) uma obrigação de fazer, consistente em garantir que a obra seja construída e entregue nos termos contratados.

(c) Extinção (Troca)

Uma vez que a obra encontra-se pronta, a entrega das chaves caracteriza a Tradição ou transferência de Posse. A Propriedade é transmitida com o registro na matrícula das unidades desmembradas.

1.2.1.3 Patrimônio de afetação

Apenas por título informativo, importante relembrar o caso Encol, sendo este influente colaborador para a criação do instituto do Patrimônio de Afetação.

Fundada em 1961, a Encol chegou a ser uma das maiores construtoras brasileiras, mas veio à falência em 1999, após a constatação de diversas irregularidades administrativas e financeiras. Na época, a construtora deixou mais de 700 edifícios inacabados, o que foi considerada a maior tragédia da história do setor imobiliário brasileiro.

Após a falência da empresa, os proprietários lesados se organizaram em comissões, que entraram na Justiça para requerer o direito à obra e, assim, firmar acordos com construtoras para concluir os empreendimentos.

A quebra da Encol estimulou a criação de mecanismos de defesa do consumidor mais rígidos e acelerou a criação da Lei de Patrimônio de Afetação.

O instituto do patrimônio de afetação foi inserido no sistema das incorporações imobiliárias com a Lei nº 10.931/04. O seu objetivo é trazer uma segurança às operações de incorporação imobiliária, tendo em vista que as incorporações imobiliárias movimentam um alto volume financeiro, bem como o setor imobiliário emprega milhares de pessoas no país e gera muitos empregos direta e indiretamente influenciando outros setores da economia.

A exposição de motivos da Lei nº 10.931/04 fundamenta esse objetivo:

(...) o instituto de patrimônio de afetação tem como objetivo conferir segurança ao mutuário e a toda cadeia de financiamento imobiliário, reduzindo os riscos de falência da incorporadora e permitindo que, caso esse fato eventualmente ocorra, os próprios mutuários possam dar continuidade ao empreendimento. Por outro lado, a segurança de continuidade aumenta o fluxo de recursos.

O patrimônio de afetação consiste em afetar, ou seja, separar, reservar os recursos financeiros dos adquirentes investidos na unidade imobiliária do empreendimento de incorporação, não podendo o incorporador aplicá-los em diferente função ou empreendimento, o incorporador neste caso deverá aplicar todos os recursos financeiros dos adquirentes das unidades no próprio imóvel do adquirente.

O instituto é facultativo, entretanto a Lei 10.931/2004 estimula sua aplicação oferecendo benefícios tanto para o empreendedor quanto ao adquirente da unidade imobiliária. As incorporadoras que optarem pelo patrimônio de afetação, terão redução da alíquota incidente sobre a receita do empreendimento no recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), PIS e COFINS.

Por outro lado os adquirentes tem uma maior segurança em obter o seu imóvel conforme estabelecido no contrato com instituição do patrimônio de afetação. Pois ocorrendo vinculação entre o patrimônio investido do adquirente e as unidades imobiliárias adquiridas no empreendimento em questão, uma eventual insolvência ou falência da empresa responsável não prejudica o negócio imobiliário, resguardando os adquirentes de possíveis prejuízos, tendo em vista que os mesmos poderão, por conta própria, dar continuidade às obras.

As principais características do Patrimônio de Afetação encontram-se no art. 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/64, prevendo que o regime de afetação é opcional.

No que tange à constituição do patrimônio de afetação, o empreendedor deve promover a averbação desse regime no Cartório de Registro de Imóveis (art. 31-B), na matrícula do respectivo empreendimento, na qual estará, também, registrado o memorial de incorporação. Com a instituição do patrimônio de afetação, a obra passará a ser acompanhada e fiscalizada por uma comissão de representantes dos adquirentes ou da instituição financiadora (art. 31-C). E se por uma situação excepcional, a empresa incorporadora tiver sua falência decretada, os efeitos da decretação da falência não atingem o patrimônio de afetação, não integrando a massa falida o terreno e as benfeitorias objeto da incorporação (art. 31-F), podendo dessa forma, os adquirentes continuarem a obra no pé que se encontrar.

1.2.2 Loteamento

Nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 6.766 / 1979, que disciplina o parcelamento do solo para fins urbanos (loteamentos ou desmembramento), o loteamento consiste na subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. Uma vez ausente alguma dessas características, será considerado tão-somente desmembramento de imóvel e não loteamento.

É possível considerar que o loteamento é a forma clássica de parcelamento e também a mais complexa. No Loteamento, necessariamente haverá a criação de novas vias de circulação de veículos, alterando o sistema viário já existente, além de diversos outros requisitos a seguir expostos.

A Gleba é o terreno que não foi objeto de loteamento ou desmembramento, nos termos da Lei nº 6.779/79. Após o loteamento ou desmembramento, a Gleba é dividida em Lotes. Este último é previsto pelo art. 2º, parágrafo 4º como sendo “o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe”.

Conforme a Lei de parcelamento de solo urbano, considera-se infraestrutura básica aquela constituída de (i) escoamento das águas pluviais, (ii) iluminação pública, (iii) esgotamento sanitário, (iv) abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e (v) vias de circulação.

A Lei 4.766/79 também prevê aspectos que devem ser respeitados no Loteamento, para que este seja regular, não podem ser loteados os terrenos: a) que fazem parte de área rural, apenas terrenos de área urbana podem ser loteados; b) terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações; c) imóveis que tenham sido objeto de aterro com materiais nocivos; d) terrenos com declividade igual ou maior que 30% ou com condições geológicas impróprias; (v) áreas de preservação ecológica.

Vale ressaltar que apenas o proprietário do terreno, pessoa física ou jurídica, com seu título devidamente registrado, pode promover o parcelamento do solo com exceção do Poder Público, nos casos previstos em lei.

O art. 4º da Lei 4.766/79, em seus incisos aponta os requisitos mínimos para o projeto de loteamento: a) proporcionalidade das vias de circulação e áreas de uso público, de implantação de equipamentos urbanos e comunitários, com relação à densidade demográfica; b) lote mínimo com 5 metros de frente e área total de 125 metros; c) faixa “*non aedificandi*” de 15 metros de cada lado, ao longo das águas, rodovias e ferrovias.

Nos casos de parcelamentos em zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS), a infraestrutura básica será constituída, no mínimo, de: a) vias de circulação, b) escoamento das águas pluviais, c) rede para o abastecimento de água potável, d) soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Ressalte-se que esses requisitos são mínimos, e conforme o caso, o município tem poder para aumentar esses requisitos, porém nunca poderá reduzi-los. O loteamento deverá atender aos requisitos impostos pelas normas do município e deverá estar em conformidade com o tipo de uso autorizado pela legislação.

O Loteamento, em regra, passará por 3 (três) fases principais: a) aprovação na Prefeitura Municipal; b) aprovação no Estado; c) registro no Oficial de Registro de Imóveis.

Antes da apresentação do projeto, o empreendedor deverá apresentar a Planta do Imóvel para a Prefeitura que deverá conter: a) divisas da Gleba; b) curvas de nível; c) localização dos cursos de água, bosques e construções existentes; d) arruamentos, equipamentos urbanos e comunitários existentes no local e adjacências; e) tipo de uso predominante.

O Loteador apresentará junto com a planta, um requerimento para que a Prefeitura forneça as **Diretrizes**, da qual o empreendedor deverá cumprir sob pena de punição, as diretrizes deverão conter as seguintes informações: a) ruas ou estradas existentes ou projetadas, b) traçado básico do sistema viário principal, c) traçado dos lotes, c) sistema viário principal, localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres, d) faixas sanitárias para escoamento e não edificáveis, e) zonas de uso predominantes e de uso compatível.

Após observadas as regras das Diretrizes, o Loteador deverá apresentar o Projeto, contendo: a) Certidão Atualizada da Matrícula do Imóvel, b) Certidão Negativa de Débitos de IPTU, c) Plantas detalhadas com a divisão das quadras, lotes e vias de circulação; d) Memorial descritivo, e) indicação das áreas que passarão a ser públicas, equipamentos urbanos e comunitários; f) cronograma de execução das obras, com prazo máximo de 4 (quatro) anos. Uma vez aprovado o Projeto pelos órgãos responsáveis, dar-se-á início à fase de construção da obra.

1.2.3 Empreitada (Construção)

A Empreitada encontra-se regulamentada pelo Código Civil, em seus artigos 610 e seguintes. Ademais, existem 2 (duas) modalidades de Empreitada: a) **Empreitada de Trabalho**, na qual o empreiteiro emprega apenas sua força de trabalho na realização da obra, familiarizando-se com o contrato de prestação de serviço) e b) **Empreitada de Trabalho e Materiais**, na qual o empreiteiro fornece, além do serviço, o material utilizado para a realização da obra.

Ademais, vale lembrar que a Empreitada é uma modalidade de Contrato, servindo para vários setores da economia, e não somente para o da Construção Civil.

No que tange à diferença entre a empreitada e um simples contrato de serviço é que esta última consiste em uma atividade de fim e aquela numa atividade de meio. Como ilustra o professor Silvio Venosa: “A empreitada é, sem dúvida, modalidade de prestação de serviços ou locação de serviços. A distinção, nem sempre muito clara, reside no fato de que o

fulcro da prestação de serviço é a atividade prometida do prestador, enquanto na empreitada seu objetivo é a conclusão da obra proposta.”⁹

Vale ressaltar considerações a respeito de construção de edifícios em condomínio, a questão tem previsão nos artigos 48 a 62 da Lei nº4.591/1964.

Nas incorporações em que a construção for feita por empreitada, há a possibilidade de ser a preço fixo ou a preço reajustável por índices previamente definidos. Neste último caso, a previsão dos índices adotados é obrigatória no contrato.

Os contratantes da construção tratarão de assuntos de interesse comum em assembleia e através de votação simples, com apenas a maioria presente.

Nas empreitadas contratadas sob condomínio, os condôminos terão uma Comissão de Representantes composta por, no mínimo, três pessoas entre os adquirentes para representarem estes últimos perante o construtor ou incorporador.

Ademais, nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, ou a “a preço de custo”, os adquirentes serão responsáveis pelo preço total da obra. Todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para a construção serão emitidos em nome dos condôminos. E todas as contribuições pagas pelos condôminos serão depositadas em conta aberta, e os recursos deverão ser alocados conforme previsão em contrato.

1.2.3.1 Modos de aquisição das unidades imobiliárias

Quanto às formas de aquisição das unidades, as principais são três:

A – Obra por condomínio.

Nesta modalidade faz-se um estudo antecipado do projeto preliminar de empreendimento, estimando-se o custo e a duração da obra. Há uma taxa de adesão entre os condôminos mediante documento específico por meio do qual efetuarão o pagamento de uma taxa de adesão a quem, posteriormente, será atribuída à responsabilidade pelo fornecimento

⁹ VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil** - Contratos em Espécie. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

do capital necessário, inclusive no que tange aos impostos, taxas, emolumentos, despesas legais, entre outros.

Haverá um ajuste nessa taxa mensalmente atualizado pelo Índice Nacional de Custo da Construção – INCC. Ressalte-se que nessa modalidade de aquisição, os preços dos serviços serão cobrados conforme o valor real e não o valor estimado, podendo alterar o que anteriormente fora ajustado, para mais ou para menos.

B – Preço Fechado ou Fixo Reajustável.

Trata-se de modalidade de aquisição de um imóvel também anterior ao início ou durante a fase de construção de um empreendimento. Nesta modalidade, o empreendedor assume todos os riscos do negócio no que tange ao reajuste de preços, devendo entregar o bem dentro do prazo contratado.

C- Preço de Custo ou Administração

Trata-se de modalidade de aquisição de um imóvel também anterior ao início ou durante a fase de construção de um empreendimento. Nessa hipótese, a construtora se obriga à construção do imóvel segundo os critérios ditados pelos compradores, através de uma Comissão de Representantes, órgão fiscalizados da incorporação e intermediário entre os condôminos e o construtor – incorporador.

1.2.4 Intermediação Imobiliária (Corretagem)

A intermediação imobiliária tem natureza de prestação de serviço, uma vez que o corretor de imóvel não participa diretamente no negócio, apenas faz a intermediação entre os negociadores, compradores e vendedores.

A lei 6.530/1978 regula a profissão do corretor de imóveis. O Art. 2º prevê que o exercício da profissão de Corretor de Imóveis será permitida ao possuidor de título de Técnico em Transações Imobiliárias.

O art. 3º da mesma lei diz que compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.

A intermediação imobiliária exerce uma função de aumentar a liquidez dos imóveis, uma vez que os imóveis são considerados de baixa liquidez. Pois no momento da alienação do imóvel geralmente há todo um procedimento de procura de imóvel e negociação de preços, dessa forma o corretor de imóveis faz-se de relevante importância.

1.2.5 Administração de Imóveis

A Administração de Imóveis tem natureza de um negócio jurídico, no qual o administrador recebe poderes do titular do imóvel para, em seu nome, praticar todos os atos necessários para satisfazer seus interesses imobiliários. Constitui um mandato nos termos do art. 653 do Código Civil de 2002.

O administrador de imóveis recebe uma taxa de administração e em contrapartida é obrigado a prestar, com sua diligência habitual, todos os atos que façam parte da gestão dos negócios imobiliários.

1.2.6. Reforma, Restauração e Retrofit

A Reforma consiste no aperfeiçoamento do imóvel, reformando-o. A atividade tem natureza jurídica de prestação de serviço, com objeto de obrigação de fazer. Quando a reforma é feita em imóvel próprio não se caracteriza a natureza de prestação de serviço, pois neste caso a atividade é prestada a si mesmo.

Ressalte-se que há duas principais modalidades de Reforma, a **Restauração** e a **Retrofit**. A primeira consiste na preservação do imóvel mantendo suas características originárias.

Já a modalidade Retrofit consiste em uma reforma ampla e profunda do imóvel, acrescentando tecnologias avançadas e equipamentos modernos. É bastante utilizada em zonas urbanas com grande densidade populacionais com capacidade construtivas

saturadas. Como reforma da portaria, hall, fachada, sistemas de ar-condicionado, reconfiguração da planta conforme as necessidades.

Ressalte-se que a reforma na modalidade Retrofit tem um alto custo de investimento, e conseqüentemente a operação resulta em alta valorização do imóvel.

1.3. Terceiro Gênero: Cessão Da Posse Do Imóvel

1.3.1. Locação

A locação imobiliária constitui uma cessão na posse direta do proprietário para o locatário, sendo aquele renumerado por este através de aluguéis.

No Contrato de locação o locador cede o uso e o gozo do imóvel para o locatário, por tempo determinado ou indeterminado, em retribuição recebe um preço, o aluguel.

A lei do Inquilinato Lei nº 8245/91 regula a locação residencial, comercial e industriais. A lei delimita os deveres do locador e do locatário, estabelecendo as responsabilidades de cada um. Ressalte-se que é livre a negociação da estipulação do preço do aluguel, porém o valor do aluguel deve ser em moeda nacional, bem como são vedadas as convenções que vinculam o aluguel com variações cambiais ou salários mínimos.

1.3.2 Sale Lease Back e Built to Suit

Esses dois institutos existem para atender às necessidades comerciais de empresários. O Sale Lease Back constitui-se quando um empresário tem um imóvel, porém necessita de dinheiro, no entanto ele vende o próprio imóvel e firma um contrato com o comprador para que o vendedor continue utilizando o imóvel por um longo prazo pagando-lhe o aluguel.

Já o Built to Suit consiste em uma atividade imobiliária pela qual o cliente encomenda um imóvel ou um prédio no qual o empreendedor terá que construir conforme as

necessidades solicitadas para alugar, neste caso os contratos de alugueis são de longos períodos.

Ainda no instituto Built to Suit, o empreendedor tem a responsabilidade de uma obrigação de fazer desde a procura por imóveis disponíveis na área que o contratante, bem como no planejamento e execução da construção da obra. Após esta etapa o empreendedor ainda tem responsabilidade de uma obrigação de dar entregando o imóvel pronto para a utilização.

Em decorrência das peculiaridades do negócio e relevante esforço do contratado ou locatário, na maioria das vezes, o contratante paga um valor de aluguel acima do preço de mercado. No contrato de locação é comum algumas cláusulas específicas, como a impossibilidade de revisão contratual nos primeiros 3 anos de vigência, nos termos do art. 19 da Lei do Inquilinato. A multa no caso de rescisão antecipada é proporcional ao total de aluguéis remanescentes.

1.4 Quarto Gênero: Financiamento Imobiliário

1.4.1 Fundo de Investimento Imobiliário

A expressão fundo de investimento, por sua vez, é definida como concentração de recursos administrados por uma empresa de financiamento que os aplica em carteira de títulos ou em valores mobiliários, distribuindo proporcionalmente entre os cotistas os resultados de tais aplicações.¹⁰

Contemporaneamente no Brasil a palavra “fundo” significa, também, o patrimônio social de uma Sociedade, e em outras vezes é confundido inclusive com a própria Sociedade. Como por exemplo na Portaria do Ministério da Fazenda de 1959 que em seus artigos tem expressões como “a constituição de fundos em conta de participação ou em condomínio”.

¹⁰ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

Ressalte-se que a Lei 4.728 de 1965 atribui competência ao CMN para a regulação dos Fundos de Investimento. No entanto em 1976 com a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) através da Lei 6.385/76, o legislador redefine a atribuição de competências tanto do CMN, quanto do Banco Central e da CVM.¹¹

A partir de 2001 com a alteração na lei de Sociedades Anônimas introduzidos pela Lei nº 10.303 o legislador ao passar a atribuir o FI como sendo valor mobiliário. Dessa forma a CVM passa a ser o principal órgão regulador competente para a matéria.¹²

Com a vigência da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004, todas as espécies de fundo reguladas e supervisionadas pelo Banco Central tiveram que se adequar aos termos da referida Instrução até 31 de janeiro de 2005 (devido ao art. 1º da Instrução CVM nº 413 de 30 de dezembro de 2004) data esta que tornaram revogadas as normas emanadas pelo Banco Central a respeito do tema.

Dessa forma, atualmente temos os FIs regulamentados pela Instrução CVM nº 409 na qual prevê a possibilidade do FI ser aberto ou fechado. Neste as cotas somente poderão ser resgatadas ao final do prazo estipulado de duração, podendo ser de tempo determinado ou indeterminado. Enquanto naquele as cotas podem ser resgatadas a qualquer tempo.

A utilização dos FII para o desenvolvimento e a execução de empreendimentos imobiliários possibilita o fracionamento indireto da propriedade imobiliária, por meio da

¹¹ Art . 3º Compete ao Conselho Monetário Nacional:

I - definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários;

II - regular a utilização do crédito nesse mercado;

III - fixar, a orientação geral a ser observada pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições;

IV - definir as atividades da Comissão de Valores Mobiliários que devem ser exercidas em coordenação com o Banco Central do Brasil.

V - aprovar o quadro e o regulamento de pessoal da Comissão de Valores Mobiliários, bem como fixar a retribuição do presidente, diretores, ocupantes de funções de confiança e demais servidores. (Inciso Incluído Pela Lei nº 6.422, de 8.6.1977)

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, a fiscalização do mercado financeiro e de capitais continuará a ser exercida, nos termos da legislação em vigor, pelo Banco Central do Brasil.

¹² Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

V – as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

Art . 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

emissão valores imobiliários (cotas) que serão de propriedade dos investidores e que refletirão necessariamente os bens investidos pelo Fundo.¹³

Diversas são as espécies de FI, vamos nos adentrar na espécie que mais convém para o presente trabalho, o Fundo de Investimento Imobiliário.

Os Fundos de Investimento Imobiliário são regulados pela Lei nº 8668 de 25 de junho de 1993 e pela Instrução CVM nº 205 de 1994, sendo esta última alterada pelas Instruções CVM nº 389 de 2003 e nº 418 de 2005.

Os FIIs devem, obrigatoriamente, ser constituídos sob a forma fechada, sem personalidade jurídica. É caracterizado pela distribuição de recursos captados por meio do Sistema de Distribuição de Valores Mobiliários destinados à aplicação em empreendimentos imobiliários.

A legislação e a IN nº472 não regula o que vem a ser empreendimentos imobiliários, porém o capítulo viii, art. 45 da referida instrução normativa traz uma relação dos tipos de ativos que podem integrar o FII¹⁴

Para Arnaldo Wald, os fundos em geral constituem-se como forma especial de condomínio, com faculdade de deter patrimônio além de possuir capacidade processual sem, contudo, caracterizarem-se como pessoas jurídicas¹⁵

¹³ SZTAJN, Rachel. Quotas de fundos imobiliários: novo valor imobiliário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 33, n. 93, p. 104-108, jan./mar. 1994.

¹⁴ Art. 45. A participação do fundo em empreendimentos imobiliários poderá se dar por meio da aquisição dos seguintes ativos:

I – quaisquer direitos reais sobre bens imóveis;

II – desde que a emissão ou negociação tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM, ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, desde que se trate de emissores cujas atividades preponderantes sejam permitidas aos FII;

III – ações ou cotas de sociedades cujo único propósito se enquadre entre as atividades permitidas aos FII;

IV – cotas de fundos de investimento em participações (FIP) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII ou de fundos de investimento em ações que sejam setoriais e que invistam exclusivamente em construção civil ou no mercado imobiliário;

V – certificados de potencial adicional de construção emitidos com base na Instrução CVM nº 401, de 29 de dezembro de 2003;

VI – cotas de outros FII;

VII – certificados de recebíveis imobiliários e cotas de fundos de investimento em direitos creditórios (FIDC) que tenham como política de investimento, exclusivamente, atividades permitidas aos FII e desde que sua emissão ou negociação tenha sido registrada na CVM;

VIII – letras hipotecárias; e

IX – letras de crédito imobiliário.

O patrimônio do FII deve ficar reservado ou aplicado em empreendimentos imobiliários, excepcionalmente é admitido que a aplicação das cotas temporariamente em rendas estranhas aos empreendimentos imobiliários, no limite de 25% do capital total do fundo. Ressalte-se que essa possibilidade de aplicar o dinheiro em atividade diferente da típica não é ilimitada quanto ao tipo de investimento, podendo ser aplicados somente em cotas de fundos de renda fixa.

1.4.2. Securitização de Recebíveis

A securitização de recebíveis é um importante instrumento de financiamento das empresas do ramo imobiliário, especialmente à aquelas no setor de incorporação, loteamentos e aluguel de bens imóveis, visto que nessas atividades há geração de créditos futuros que poderão servir de lastro para alavancar os empreendimento, garantindo seu desenvolvimento e crescimento.

“A securitização tem por objetivo final o financiamento da empresa geradora do recebível imobiliário, no entanto não se trata de um financiamento propriamente dito, mas sim da venda de um determinado fluxo de capital.”¹⁶

Conforme Celso Marcelo de Oliveira: A companhia securitizadora adquire os créditos imobiliários junto às chamadas “empresas originadoras”, ou seja, as instituições financeiras autorizadas a operar no Sistema de financiamento Imobiliário. A companhia securitizadora tem o objetivo de transformar os recursos captados em títulos, fazer o mercado secundário de créditos imobiliários funcionar praticando e/ou estruturando operações, representando uma ponte entre o mercado de originadores de créditos imobiliários e o mercado de investidores – aos quais são oferecidos os títulos de investimento lastreados nos ativos adquiridos.¹⁷

¹⁵ WALD, Arnold. Da Natureza jurídica do fundo imobiliário. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 86, n. 309, p. 9-14, jan./mar. 1990.

¹⁶ CAMPUS, Diogo Leite; Pinto, Cláudia Saavedra. **Créditos futuros, titularização e regime fiscal**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13. Apud MARTINS, Ricardo Lacaz, **Tributação da Renda Imobiliária**. 2009. 00 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Manual de Crédito Imobiliário**. Ed. LZN, 2005. p. 194

CAPÍTULO II - DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA

2.1 Conceito de Renda

De acordo com Roque Antônio Carraza¹⁸, o vocábulo *renda*, provém do Latim *reditus* (em Latim vulgar, *rendita*), que deriva de *reddere*, algo que se repete, passou, com o significado, primeiro de algo que se produz na terra e, depois, de qualquer *riqueza nova*, ao Italiano *reddito*, e do ao Espanhol *renta* e ao Francês *revenue*. Seguindo na mesma trilha, renda em Inglês é *income* (come in), denotando aquilo que “entra”; em Alemão é *Einkonamen*, significando “ingresso” ou “entrada”.

Conforme José Pedreira¹⁹ Renda é a soma dos ganhos percebidos durante determinado período, e por isso é definida como um fluxo percebida no decorrer do tempo. Enquanto o capital se refere a um determinado momento no tempo, correspondendo, pois à renda realizada no passado e acumulada. Entretanto, o mesmo autor afirma que o capital tem origem na renda, portanto esta é a quantidade de riqueza acumulada ou poupada em determinado período pretérito.

¹⁸ CARRAZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda** (perfil constitucional e temas específicos. 3. Ed.: Marilheiros. p. 37.

¹⁹ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto de renda**. Rio de janeiro: APEC, 1969. Apud NEVES, Selma Morales Costa Neves. **Imposto de Renda**: a tributação do ganho de capital na alienação de bens e direitos da pessoa física. 2001. 00 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001

De acordo o filósofo neozeolandês Kevin Holmes²⁰, o conceito fundamental de renda consiste em caracterizar a renda como um acréscimo monetário de riqueza, acrescido da renda imputada e dos gastos com bens e serviços consumidos em um determinado período de tempo. De acordo com Holmes o conceito a renda é composto por três elementos: (a) acréscimo monetário de riqueza; (b) a renda imputável; (c) gastos com bens e serviços.

Outra teoria que tenta explicar o conceito de renda é o denominado Schanz-haig-Simons, no qual o autor George Schanz foi considerado o precursor da teoria.

O modelo SHS entende o conceito de renda sobre uma ótica de “renda psicológica”. Dessa forma, renda não seria simplesmente um lucro ou acréscimo patrimonial, mas sim um sentimento que traz bem estar para indivíduo em decorrência de um fluxo de capital. Ou seja, a ideia de renda, está indiretamente relacionada a um acréscimo monetário do patrimônio, porém está diretamente relacionado a um sentimento de bem estar ou felicidade do indivíduo.

Segundo o sistema SHS, o acréscimo patrimonial pode ser considerado renda, mesmo que não realizado. Pois considera acréscimo patrimonial qualquer acréscimo que cause satisfação das vontades do indivíduo em um determinado período, sendo esta satisfação relacionada ao prazer. Considera-se renda como o poder de o indivíduo satisfazer suas vontades, podendo ser propriamente o dinheiro ou qualquer outra coisa suscetível de ser avaliada em dinheiro.

Percebemos que a renda está relacionada a um poder de satisfazer a vontade do indivíduo, mesmo que esse poder não seja renda realizável, entretanto se torna relevante classificar os meios que compõem este poder econômico em um determinado período de tempo.

Quanto ao elemento da Renda Imputada no modelo SHS, considera-se renda inclusive os benefícios advindos de utilização de bens próprios.²¹

Aos adeptos desta doutrina, renda é todo ingresso passível de avaliação em moeda, inclusive os benefícios derivados do uso de bens próprios, de serviços produzidos pela própria pessoa, assim como os gratuitos. Não importa se o ingresso foi consumido ou

²⁰ HOMES, Kevin. **The concept of income**: a multidisciplinary analysis. The Netherlands: IBFD, 2001

²¹ MARTINS, Ricardo Lacaz. **Tributação da Renda Imobiliária**. 2009. 303 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 55

reinvestido. Não é necessária a realização ou separação dos ingressos, nem sua periodicidade. Deve-se levar em consideração que no sistema SHS a renda líquida também é obtida através da dedução dos gastos para a obtenção do ingresso e para manutenção da fonte.²²

Importante ressaltar que o sistema tributário brasileiro não adota de maneira integral a teoria SHS já mencionada. Pois como veremos a legislação vigente não permite a tributação sobre a renda sobre a utilização de bens próprios.

2.1.1 Teoria do Produto de uma Fonte Permanente e Teoria do Acréscimo Patrimonial.

O saudoso Alcides Jorge Costa expõe que a renda pode ser analisada sob a ótica da produção, repartição ou do consumo, sendo a mais importante a da produção (teoria da fonte).²³ Nesta teoria, entende-se por renda, os produtos de uma fonte permanente, deduzidos os gastos necessários à sua percepção, que se encontram disponíveis para o consumo. Caracteriza-se, portanto, a renda, pela periodicidade em que é e pela preservação da fonte da sua produção.

Para o ilustre Aliomar Baleeiro²⁴, a concepção de renda – produto, “é um atributo quase sempre periódico, da fonte permanente da qual promana, como elemento novo criado e que com ela não se confunde”. Destaca, que dentro as correntes doutrinárias restritivas vem perdendo a expressão, especialmente aquelas que exigem para a caracterização da renda os requisitos da periodicidade e da regularidade de uma fonte permanente, uma vez que geralmente são sujeitos à tributação de rendimentos apenas de uma fonte permanente que

²² LEMKE, Gisele. **Imposto de Renda**: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica. São Paulo: Dialética, 1998.

²³ COSTA, Alcidez Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenador). **Estudos sobre o imposto de renda**: em memória de Henry Tilbery. São Paulo: Resenha Tributária, 1994. p. 20-22. Apud MARTINS, Ricardo Lacaz *op. cit.* p.59.

²⁴ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense 2001. p.283

dependem da liquidação do próprio capital ou patrimônio o que não seria admitido à luz das restritivas teorias da renda – produto.²⁵

Os adeptos da teoria da fonte permanente alegam que renda é aquilo que se incorpora ao patrimônio do contribuinte, reduzidos os custos necessários para sua aquisição. A renda deve se encontrar disponível para o consumo e advir de uma fonte permanente. No entanto, os acréscimos patrimoniais esporádicos não entrariam no conceito de renda, portanto não seriam tributados através do Imposto de Renda. Portanto, conforme a teoria da fonte permanente, rendas e ganhos de capital, heranças e doações, bem como as rendas imputadas não seriam consideradas renda tributável.

Por outro lado, a renda **como acréscimo patrimonial** é adotada de maneira peculiar no CTN, conforme expõe Alcides Jorge Costa: (a) no montante recebido de terceiros durante o período, menos despesas necessárias para a obtenção deste total; (b) no valor do consumo da pessoa, excluído o que for pago com a utilização do montante recebido de terceiros no período. Este valor inclui itens como o valor de uso dos bens duráveis de consumo, como a casa própria, e o valor dos bens e serviços de produção própria; (c) no acréscimo do valor dos ativos possuídos no período.²⁶

Bulhões Pedreira esclarece que há quatro conceitos de renda, três econômicos e um financeiro, sendo que este último o objeto do direito tributário, uma vez que distribui entre as pessoas o poder sobre os recursos. Afirmo o autor, sob o ponto de vista econômico:” a) renda real é resultado do ato de consumo: consiste nos serviços que o agente recebe ao usar os bens econômicos e que utiliza como meios para realizar seus fins e objetivos; b) renda produzida é o resultado líquido dos atos de produção, que transferem serviços de recursos para bens econômicos; consiste, portanto, em bens econômicos; (c) renda individual é o resultado dos atos de repartição da renda produzida pela sociedade: é o poder de compra distribuído aos agentes com a intermediação da moeda; consiste, portanto, em moeda, ou o valor em moeda de bens econômicos.”²⁷

²⁵ *Op.cit* p. 289

²⁶ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de Renda Tributável. p. 23.

²⁷ PEDREIRA, José Bulhões. Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas. Rio de Janeiro: JUSTEC. 1979 v.1 p. 172.

Para o autor, renda financeira, seria o fluxo de direitos patrimoniais que acrescem ao patrimônio do indivíduo; tais direitos patrimoniais são passíveis de serem avaliados em moeda e é este valor em moeda que compõe o conceito de renda. Fala-se, portanto, na noção de renda pessoal como participação na renda nacional.

Pode-se afirmar que o conceito de renda desenvolvido pelo autor se aproxima do conceito de renda como acréscimo patrimonial, pois comporta tanto a renda consumida em bens e serviços quanto os acréscimos patrimoniais realizados (já que há transferência de direitos patrimoniais passíveis de serem refletidos em moeda). Destaca-se que, diferentemente do conceito geral de renda, que considera renda como acréscimo de capital não realizado devido a uma sensação de bem estar, o conceito de renda-acréscimo permite somente a inclusão de acréscimos realizados, já que somente nestes estariam caracterizado a transferência de direitos.

2.1.2 Teoria Legalista

Os adeptos da teoria legalista entendem que o conceito de renda provém de dispositivo normativo. A teoria legalista afirma que a definição de renda tributável por dispositivo legal é a melhor solução para definição da renda no que tange à tributação.

Dentro dos que defendem a teoria legalista ainda há uma bifurcação em opiniões sobre a teoria entre legalista sentido estrito e legalista no sentido amplo. Estes defendem que a constituição deve ao menos mencionar a ideia de renda tributável para a legislação ordinária poder definir o conceito.

Já a teoria legalista no sentido estrito, defende que caso não haja menção do conceito de renda na Constituição, a legislação ordinária poderá o fazer sem problema algum. Tal bifurcação faz sentido apenas na ausência de definição pela constituição, pois caso a Magna Carta defina o conceito de renda, a legislação ordinária deverá respeitá-lo.

2.2 Fato Gerador do Imposto de Renda

Antes de adentrarmos especificamente sobre Fato Gerador do Imposto de Renda, vejamos como o Código Tributário Nacional trata o conceito geral de Fato Gerador.

A obrigação tributária nasce à vista de fato previamente descrito cuja ocorrência tem a aptidão, dada por lei, de gerar aquela obrigação.²⁸ O CTN classifica a obrigação tributária em 2 espécies: principal e acessória.

Nos termos do art. 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Já o fato gerador da obrigação necessária está no art. 115 do mesmo diploma e encontra-se definida como qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

A previsão do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza está no art. 153, III da Constituição Federal e art. 43 e seguintes do CTN.

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...) III - renda e proventos de qualquer natureza; (...)”

Ressalte-se que o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, foi recepcionado pela Constituição Federal, em face do princípio da recepção como lei complementar²⁹.

Como disciplina o art. 146, III, alínea “a” da magna Carta, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em relação aos fatos geradores das espécies de tributos.

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”

²⁸ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo, 2010. p. 149-152.

Ressalte-se que o CTN foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar, portanto tem competência para definir fatos geradores dos impostos instituídos pela constituição.

Entretanto o CTN, em seu art. 43 estabelece que o fato gerador do imposto de renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: a) de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; b) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos, os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

A seguir serão expostas considerações a respeito da definição de renda e proventos de qualquer natureza.

2.2.1 Definição de renda e proventos de qualquer natureza na legislação brasileira

Como vimos anteriormente, a constituição não define o conceito de renda e proventos de qualquer natureza, tendo em vista que o sistema permitiu que o CTN o fizesse, uma vez que o CTN foi recepcionado como lei complementar pela carta constitucional de 1988.

Conforme Roque Carraca, o artigo 43 do CTN não deu ao legislador ordinário federal a plena liberdade para assestar o imposto contra tudo o que considere renda ou proventos de qualquer natureza. Muito pelo contrário, limitou-se a conferir-lhe a faculdade de, observados os ditamos constitucionais, fazê-lo incidir apenas sobre o que, ao lume da Ciência Jurídica, realmente tipifique um destes fatos.³⁰

Na definição do art. 43 do CTN a palavra “renda” não se confunde com “proventos de qualquer natureza”. Pois o código estabeleceu que este último se trata de acréscimo patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

³⁰ CARRAZA, *op. cit.*, p.37-38.

Segundo o ilustre Luís Eduardo Schoueri, a definição exata de renda e proventos de qualquer natureza ainda não está totalmente resolvida na legislação bem como na doutrina.³¹

Vale dizer que renda é toda **riqueza nova** produzida com o emprego do capital do trabalho ou da combinação de ambos. Riqueza nova vem a ser o conjunto de direito (devidamente deduzidas às obrigações correspondentes) que ingressam no patrimônio num dado intervalo temporal.

Conforme Lacaz Martins, a noção de renda e proventos de qualquer natureza deve se relacionar ao patrimônio do contribuinte, entendido como a universalidade de direitos reais, pessoais ou de crédito das pessoas físicas e jurídicas.³² Ressalte-se que os artigos. 90 e 91 do Código Civil fazem referência do que vem a ser universalidade de bens.³³

O Código prevê que renda é o acréscimo patrimonial decorrente do produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos. Renda pressupõe a constituição de um acréscimo patrimonial que decorre da interpretação conjunta dos incisos do art. 44. Tanto é que o inciso II do referido artigo, ao definir proventos como sendo acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso I (onde se encontra a definição de renda), vincula necessariamente aquela definição à noção de acréscimo patrimonial. E por sua vez, proventos seriam os acréscimos patrimoniais derivados de outras fontes que não o produto do trabalho ou do capital.³⁴

Ressalta-se a importância de considerar que a palavra renda no CTN está diretamente relacionada com acréscimo patrimonial, ou seja, **riqueza nova**. A maioria da doutrina em direito tributário defende a ideia de que para existir renda mister torna-se o elemento acréscimo patrimonial: Hugo Brito Machado, Brandão Machado, Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto, Ian de Porto Alegre Muniz, dentre outros.

³² MARTINS, *op. cit.*, p. 65.

³³ Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

³⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5, p. 367 Apud MARTINS, *op. cit.*

O saudoso Antônio Roque Carraca afirma que há acréscimo patrimonial quando, confrontados em dois momentos temporais, os elementos ativos sobrepõem-se aos elementos passivos da totalidade do patrimônio do contribuinte. Tais acréscimos patrimoniais, no caso da pessoa física, têm o nome técnico de “renda líquida”; no da pessoa jurídica, de “lucro”. Conforme o mesmo autor, renda é termo genérico no qual lucro é espécie.

Considerando que o inciso II do art. 43 CTN considera proventos de qualquer natureza todos outros acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso I (que se refere à renda), interpreta-se que para caracterizar renda no que tange ao Imposto de Renda seja necessária o elemento do acréscimo patrimonial ou riqueza nova.

Entretanto, ao considerarmos que seja renda e proventos de qualquer natureza devem derivar de riqueza nova, abre-se outra discussão. O que viria a ser acréscimo patrimonial. É o caso do trabalhador assalariado que paga despesas médicas e de educação que teve seu imposto de renda retido na fonte, se ele comprovar tais despesas (ambas estas limitadas pela legislação) poderão ter o valor ressarcido sob fundamento de que não houve acréscimo patrimonial.

2.2.2 Disponibilidade econômica ou jurídica de renda

Quanto à disponibilidade econômica ou jurídica de renda prevista no caput do art. 43 do CTN existem extensas discussões sobre o assunto.

Pode-se dizer que a disponibilidade econômica seria a disponibilidade que o contribuinte obtém para consumir ou alienar bens e direitos que são incorporados ao seu patrimônio. Está diretamente relacionado o elemento do acréscimo patrimonial. Pois uma vez que ocorre o acréscimo patrimonial, esta riqueza nova fica a disponibilidade do contribuinte para consumir ou gastar de acordo com suas vontades e necessidades.

A disponibilidade econômica decorre do recebimento do bem que configura riqueza nova. Trata-se da posse direta da moeda, uma disponibilidade financeira. Ressalta-se

que esse bem seria conforme Gisele Lemke³⁵, toda riqueza passível de conversão em direito, mediante trocas de mercado.

Por outro lado, a disponibilidade jurídica seria a disponibilidade de um direito adquirido por um litígio ou um negócio jurídico. Ou seja, o contribuinte adquire um direito garantido juridicamente e tem a disponibilidade de utilizar esse direito à mercê de sua vontade e/ou necessidade.

Conforme o ilustre doutrinador Bulhões Pedreira³⁶ a distinção entre disponibilidade econômica e jurídica está na aquisição efetiva ou presumida de renda.

Bulhões destaca que adquirir a disponibilidade de renda significa passar a ter o poder de dispor de moeda ou do valor em moeda do objeto de direitos patrimoniais, ou seja, valor econômico. O instrumento jurídico para tal é o direito de propriedade. Entretanto a aquisição do direito à renda é inconfundível com a aquisição da disponibilidade de renda. Uma vez que a aquisição de direito é o fato jurídico de a pessoa ocupar a posição de sujeito ativo e de o direito aderir à pessoa que ocupa essa posição, enquanto que a aquisição de disponibilidade da renda é o fato econômico de a pessoa obter o poder de dispor do objeto do direito adquirido”.

2.4 Vários Regimes para apuração da base de cálculo do IRPJ

2.4.1 Tributação pela Sistemática do Lucro Real

O lucro real é uma aproximação do rendimento auferido pela pessoa jurídica, portanto não é calculado com absoluta precisão. Trata-se de uma ficção, pois tem pressupostos na sua apuração valores estimados pela legislação e aceitos pelo fisco e contribuinte como suficientemente adequados para o cálculo lucro líquido e, conseqüentemente, do lucro real.³⁷

³⁵ LEMKE, *op. cit.*, p. 110.

³⁶ NEVES, Selma Morales Costa. **Imposto de renda**: a tributação do ganho de capital na alienação de bens e direitos da pessoa física. 2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. p. 65 *apud* PEDREIRA, Bulhões. **Imposto de Renda** – Pessoa Jurídica, vol. I. p. 195- 200

³⁷ MARTINS, *op. cit.*

O saudoso Fran Martins já debatia a abordava a questão afirmando que não se desconhece que a lei tributária pode criar ficções jurídicas como faz o art. 6º do Decreto-Lei nº 1.598/77, ao definir como lucro real o lucro líquido do exercício ajustado por adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação do imposto de renda não são, na verdade, reais como valores líquidos resultantes da exploração empresarial. Constituem valores apurados segundo critérios fiscais que, pela orientação legislativa adotada, identificam capacidade produtiva ou na medida que se deve exigir o tributo do empresário.

O lucro real é a base de cálculo apurada a partir do lucro líquido, ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizada por lei.³⁸

Corresponde ao lucro líquido do período de apuração, ajustado pelas adições e exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação. A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais, o que, no caso do IRPJ, é o lucro após computada a CSLL.³⁹

Ressalte-se que a alíquota do IRPJ é de 15%, mais adicional de 10% sobre a parcela de lucro que exceder a R\$ 20.000,00 mensais (somando R\$ 240.000,00 ao ano).

O contribuinte poderá optar por apurar e declarar o IRPJ em períodos trimestrais ou anuais, sendo que este último condiciona o contribuinte a apurar o lucro tributável pela modalidade Lucro Real. Optando pela apuração trimestral, o contribuinte deverá pagar o imposto de uma só vez ou em até três parcelas, com base no valor efetivamente apurado.⁴⁰

As pessoas jurídicas tributados pelo lucro real poderão determinar o lucro com base em balanço anual levantado no dia 31 de dezembro ou mediante levantamento de balancetes trimestrais na forma da Lei nº 9.430/96.

A tributação pela sistemática do lucro real é obrigatória para algumas pessoas jurídicas e opcionais às outras. As pessoas jurídicas listadas abaixo são obrigatoriamente tributadas pelo lucro real:

³⁸ Art 6º - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. (Decreto lei 1598 de 1977)

Art. 37, § 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido com observância das disposições das leis comerciais. (Lei nº 8.981 de 1995).

³⁹ REZENDE, Amaury José; PEREIRA, Carlos Alberto; DE ALENCAR, Roberta Carvalho. **Contabilidade Tributária**: entendendo a lógica dos tributos e seus reflexos sobre os resultados das empresas. Atlas 2010.

⁴⁰ *Ibid.*

I – cuja receita total, no ano calendário anterior, seja superior a R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões), ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses⁴¹;

II – cuja atividades sejam de instituições financeiras ou equiparadas;

III – que tiverem lucros, rendimentos ou ganho de capital oriundos do exterior;

IV – que autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;

V – que no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, inclusive mediante balanço ou balancete de suspensão ou redução do imposto;

VI – cuja atividade seja de factoring.

VII- que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio.⁴²

Como já dito anteriormente, o lucro real é calculado a partir do lucro contábil (que para fins de cálculo do lucro real é o lucro após a CSLL) apurado pela empresa e escriturado em seus livros contábeis pela legislação pertinente ao Imposto de renda.

Para fins de apuração do lucro real, são consideradas **adições**: i) os custos e despesas indedutíveis pela legislação do IRPJ; ii) receitas tributáveis não inclusas no resultado contábil; iii) valores excluídos do lucro real de períodos anteriores como forma de benefício fiscal.

Já as **exclusões** são i) resultados, rendimentos, receitas e outros valores não tributáveis inclusos no lucro líquido, ii) provisões consideradas indedutíveis em período-base anterior, e que atingiram condições de dedutibilidade; iii) provisão não dedutível de período anterior e iv) benefício fiscal.

No que tange à apuração do lucro real para fins do IRPJ as compensações são **os prejuízos** obtidos em períodos anteriores, sendo que esta limitação é de até 30%.⁴³

⁴¹ Vide nota 48.

⁴² Art. 14 da lei 9718 de 27 de novembro de 1998.

⁴³ Art. 15. O prejuízo fiscal apurado a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensado, cumulativamente com os prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, com o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do imposto de renda, observado o limite máximo, para a compensação, de trinta por cento do referido lucro líquido ajustado. Produção de efeitos

Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios do montante do prejuízo fiscal utilizado para a compensação.

Art. 16. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, quando negativa, apurada a partir do encerramento do ano-calendário de 1995, poderá ser compensada, cumulativamente com a base de cálculo

Ressalte-se que os ajustes descritos acima são realizados a parte no LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real). Sendo este composto por duas partes: na parte A, são escriturados os ajustes ao lucro e é transcrita a demonstração do lucro real. Na outra parte são lançados os valores que afetarão o lucro de períodos futuros.

2.4.1.1 Regra geral da utilização do regime de competência para a escrituração das pessoas jurídicas

As pessoas jurídicas tributada pelo lucro real estão sujeitas à efetuarem seus lançamentos contábeis nas demonstrações financeiras pelo regime de competência. Ressalte-se que regime de competência e princípios contábeis relacionados serão melhor explicados no item 2.5 referente ao regime de competência, Princípio da Realização da Receita e Princípio do Confronto entre Receitas e Despesas.

Ademais, note-se que o reconhecimento das receitas pelo regime de competência, ou seja, sem que haja o recebimento do fluxo de caixa monetário pelo contribuinte ou seja sem que seja efetivamente recebida a receita, encontra-se em consonância com o art. 43 do CTN que prevê que a tributação da renda deve estar jurídica ou economicamente disponível, vide item 2.2.2, referente à disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Nesse sentido o art. 177 da Lei nº 6.404 ao prever a observância à legislação comercial e aos princípios contábeis para a apuração do lucro líquido do exercício, em seu final determina que a companhia observará os métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.⁴⁴

negativa apurada até 31 de dezembro de 1994, com o resultado do período de apuração ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação da referida contribuição social, determinado em anos-calendário subsequentes, observado o limite máximo de redução de trinta por cento, previsto no art. 58 da Lei nº 8.981, de 1995. Produção de efeito

Parágrafo único. O disposto neste artigo somente se aplica às pessoas jurídicas que mantiverem os livros e documentos, exigidos pela legislação fiscal, comprobatórios da base de cálculo negativa utilizada para a compensação.

⁴⁴ Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

Dessa forma, o lucro líquido, tanto para fins comerciais como para fins fiscais em sua apuração deverá observar o regime de competência. O regime de competência prevê que na determinação do resultado do exercício serão computados: a) as receitas e os rendimentos ganhos no período, independentemente da sua realização em moeda e b) custos, despesas, encargos e perdas pagos ou incorridos correspondentes à essas receitas e rendimentos.⁴⁵

Segundo o saudoso Pedreira, a adoção do regime de competência pela legislação comercial tem o objetivo e necessidade de enquadrar as demonstrações financeiras nos fatos econômicos e financeiros ocorridos em determinado período de tempo, com vistas a refletir aos credores da sociedade e seus acionistas as mutações patrimoniais incorridas no exercício, independentemente da monetarização dos direitos e obrigações.

Mas nem sempre foi pois a legislação até 1977 tratava a questão de maneira diversa, pois a legislação do imposto de renda, até o Decreto lei 1.598/77, não contemplava expressamente o denominado regime de competência para apuração de resultado. De modo diverso em determinadas atividades, como as de contrato de longo prazo, previa a lei que o lucro somente deveria ser apurado ao fim e ao término da empreitada. Previa ainda, que para determinados tipos de despesa, especialmente tributos, que estes somente poderiam ser deduzidos quando pagos.⁴⁶

O Regime de competência caracteriza-se por exigir que as receitas e os rendimentos sejam reconhecidos na medida em que sejam ganhos, independentemente do recebimento monetário do valor da venda ou prestação de serviço em caixa. Ressalte-se que esse ganho de receita pode ser efetivado antes ou após o recebimento do fluxo monetário em caixa.

O princípio da correspondência das despesas com as receitas e da realização da renda são extraídos do regime de competência. Assim, devem-se reconhecer os custos, despesas, encargos ou perdas, independentemente se pagos ou incorridos, na medida do reconhecimento do ganho.⁴⁷ Extraí-se então dois princípios o da realização da receita e do

⁴⁵ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto sobre a renda**: pessoa jurídica. Rio de Janeiro: JUSTEC, 1979. v.1. p. 295

⁴⁶ MARTINS, Natanael. A reforma da lei das sociedades anônimas: Lei 11.638/2007 e seus efeitos na área tributária. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 40, p. 6 abr/jun. 2008.

⁴⁷ Art. 177 da Lei das S.A.

aparelhamento de receitas e despesas, ambos explicados respectivamente nos itens 2.5.2 e 2.5.3.

2.4.1.2 Realização do lucro conforme normas contábeis e o momento da tributação da renda nas pessoas jurídicas - O Princípio da Realização da Renda

Para que o rendimento ou receita constitua ganho efetivo da pessoa jurídica e possam ser reconhecidos como lucro para tributação é mister que este último seja considerado realizado. Extrai-se dessa forma, o Princípio da Realização da Renda.

Considera-se realizado o lucro quando: a) a sua conversão em direitos acresça o patrimônio da pessoa jurídica, b) essa conversão se proceda mediante troca de mercado, c) a pessoa jurídica já tenha cumprido as obrigações que para ela nascem dessa troca e d) os direitos recebidos na troca tenham valor mensurável.⁴⁸

Devido aos pressupostos para o lucro ser considerado realizado temos algumas situações em que o lucro contém um desses pressupostos, porém devido à ausência de algum dos pressupostos o lucro não pode ser considerado realizado.

Dessa forma, ressalte-se que a conversão em direitos ocorre quando um bem do ativo (devendo este ser das atividades operacionais, ou seja bens de estoques) é trocado por direitos, e estes últimos devem ser acrescidos ao patrimônio da companhia. Assim a venda de bem do ativo permanente pelo valor do seu custo não apresenta lucro, pois não há acréscimo ao patrimônio da pessoa jurídica. Da mesma forma quanto ao acréscimo potencial de bens da sociedade ainda não vendidos, não constitui lucro realizado, pois há aumento de seu patrimônio, porém não se encontra presente o pressuposto da conversão em direitos.

Seguindo a lógica, a necessidade, para o reconhecimento do lucro bruto, do cumprimento da obrigação que a pessoa jurídica assumiu decorre da obrigatoriedade de conhecimento dos custos incorridos na troca. Assim, nos casos em que a pessoa jurídica obriga-se a vender bem que ainda não produziu, o conhecimento do custo somente ocorrerá quando da entrega final do bem. Assim, não há lucro antes do referido momento, mesmo que o comprador tenha adiantado recursos para a produção do bem.

⁴⁸ PEDREIRA, *op. cit.*, p. 279-281.

Tem-se, ainda que os valores recebidos na troca devam ser mensuráveis e de certa liquidez. Ocorre que muitas o vendedor recebe o preço mediante crédito para liquidação futura, nessa hipótese, o lucro deve ser reconhecido quando do recebimento do crédito, mesmo que ainda não liquidado. Diferentemente do que ocorre quando a companhia recebe a contraprestação do bem ou serviço fornecido mediante bem sem valor de mercado de difícil apuração ou de difícil liquidação. Nessa hipótese, a pessoa jurídica deve registrar o valor do bem ou serviço recebido pelo custo do valor do bem ou serviço fornecido, diferindo assim, a tributação para o momento da liquidação do bem recebido. Pois nesta última hipótese não é possível calcular o quantum do lucro que a pessoa jurídica teve na operação em questão.

Vale ressaltar que o saudoso doutrinador comercial Modesto Carvalhosa tem uma visão simplificada do assunto. Para o autor, os lucros devem ser registrados em 2 momentos a) naquele em que se considera jurídica ou economicamente auferida a receita, isto é, quando o bem ou direito correspondente tiver integrado o patrimônio social, ou b) no momento em que a receita é efetivamente recebida.⁴⁹

2.4.2 Tributação pela Sistemática do Lucro Presumido

No lucro presumido a base de cálculo é apurada a partir de coeficientes de presunção de lucro, pré-estabelecidos pela legislação, sobre a receita bruta auferida pela pessoa jurídica.

Poderá optar pela sistemática do lucro presumido a pessoa jurídica cuja receita bruta no ano-calendário anterior seja igual ou inferior a 48 milhões de reais. Bem como àquelas cuja receita bruta mensal seja igual ou inferior a 4 milhões de reais.

Relevante lembrar que o art. 14 da lei 9718 de 27 de novembro de 1998, impõe algumas regras sobre quais pessoas jurídicas poderão optar pela modalidade presumida.

O lucro presumido é apurado mediante aplicação do percentual correspondente ao tipo de atividade sobre a receita bruta auferida. Para cada tipo de atividade existe uma alíquota previamente prevista pelo legislador. No cálculo da receita bruta, algumas deduções

⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. v. 3. p. 643.

são permitidas, tais como IPI, descontos incondicionais, bem como as vendas canceladas. Na sistemática, a soma das receitas são somadas integralmente como lucro como os ganhos de capital e receitas financeiras.⁵⁰

A opção pela sistemática do IRPJ na modalidade lucro presumido foi oferecida pelo legislador visando tornar a fiscalização e arrecadação mais prática e simples. Esta sistemática é considerada vantajosa para o contribuinte por duas razões, por simplificar a contabilidade para tanto e pelo motivo de as presunções das alíquotas por atividade, geralmente serem inferiores às reais.

Apesar de ser um regime simplificado, a base de cálculo do IRPJ pela modalidade lucro presumido ainda assim continua a obedecer às regras contábeis vigentes em 31/12/2007.

No que tange à modalidade relacionada ao setor imobiliário, vale destacar que a Lei 8.981/95 estabelecia que as pessoas jurídicas que se dedicavam a compra e venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução da construção civil estavam obrigadas à tributação pelo lucro real (art. 36, IV). Porém, com a Lei 9.718/98, essa obrigatoriedade deixou de existir, uma vez que o art. 14 não impede as empresas do ramo a optar pela modalidade do lucro presumido.

Ainda no setor imobiliário, temos coeficientes presumidos conforme a atividade empreendida, nesse sentido: temos o coeficiente de 8% como regra geral, como em:

i) atividades de loteamento e terrenos, incorporação e venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda (parágrafo 7 do art. 3º da IN/RFB nº 93/97)

ii) receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato (Lei nº 9.249, de 1995, art. 15, § 4º, inserido pela redação do art. 34 da Lei nº 11.196, de 2005).

iii) Construção por administração ou empreitada, quando houver emprego de materiais.

⁵⁰ NEVES, Selma Morales Costa, *op. cit.* p. 142 a 145.

Temos o coeficiente de 32% em:

- i) Prestação de serviços imobiliários em geral.
- ii) Intermediação de negócios.
- iii) Administração, locação ou cessão de bens, imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza.

E o coeficiente é de 100% no caso de

- i) Aluguéis de bens imóveis do ativo permanente.
- ii) Renda fixa ou variável – receita financeira em geral.
- iii) Ganho de capital na venda de bens do ativo permanente (ganho líquido).

Quanto à alíquota do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica tributada pela sistemática do lucro presumido, assim como o lucro real e arbitrado, é de 15 % aplicada na base de cálculo. O lucro presumido, arbitrado ou real que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$20.000,00 pelo número de meses do respectivo período de apuração terá um adicional de 10%⁵¹. Ressalte-se que esse adicional também é válido para a apuração trimestral.

Ressalte-se que é bastante comum no mercado imobiliário, a situação na qual os incorporadores, motivados por questões econômicas referentes questões fiscais, constituem Sociedade de Propósito Específico (SPE), pois suas peculiaridades geram efeitos na tributação da IRPJ sobre o lucro presumido.

É possível que um grupo empresarial com várias empresas possua uma receita bruta total excedente à soma de 48 milhões de reais (valor de receita bruta limite para a opção da tributação pelo lucro presumido) e mesmo assim esse grupo empresarial poderá optar pela tributação pelo lucro presumido. Isso é devido pelo fato da receita bruta total se dividir para cada empresa, dessa forma não superando o valor limite de 48 milhões de reais.

Ressalte-se que no dia 17 de maio de 2013 foi publicada a Lei nº 12.814/2013, a qual foi uma conversão da MP nº 594/2012 em lei. A Medida Provisória elevou o limite

⁵¹ Art. 3º da Lei 9.249/95, redação nova dada pelo art. 4º da Lei nº 9430/96.

para a opção pela tributação com base no lucro presumido para R\$ 72.000.000,00 (setenta e dois milhões ao ano).

Entretanto, a Lei nº 12.814/2013 elevou ainda mais este **limite**, que passou a ser de **R\$ 78.000.000,00** (setenta e oito milhões de reais). Esta nova regra começa a ser aplicada a **partir de 1º de janeiro de 2014**.⁵²

Discute-se, entretanto, se a utilização dessas SPEs, com consequente opção pelo lucro presumido, desrespeitaria os fundamentos desta tributação por possibilitar a opção por parte das empresas pertencentes a grandes grupos econômicos.

No entanto, a tributação presumida concretiza o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte previsto no art. 179 da Constituição Federal, a livre concorrência e o princípio da igualdade.

Vale destacar uma consideração a respeito da inserção da possibilidade de apuração do lucro por presunção em relação ao sistema tributário. A saudosa Regina Helena Costa expõe que a tributação pelo lucro presumido encontra-se em adequado convívio com os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da praticidade fiscal.⁵³ Uma vez que a tributação presumida atribui tratamento diferenciado aos contribuinte de menor porte em relação aos demais, na medida da sua diferença, atendendo ao corolário do princípio da igualdade, assim como observa à capacidade contributiva, por estimar uma margem presumida de lucro que apenas se aproxima da realidade das empresas que são permitidas pela legislação e optem pela opção.

Ainda, segundo a autora, trata-se a praticabilidade de um princípio não escrito, uma vez que reside implícito por detrás das normas constitucionais, é portanto, um princípio geral e difuso que o legislador tributário deve observar. Entende-se por praticabilidade o “conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico”.⁵⁴ Dessa forma a opção pelo lucro presumido atende à exigência do princípio da praticidade, na

⁵²Art. 7º O caput do art. 13 e o inciso I do art. 14 da Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998, passam a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 13. A pessoa jurídica cuja receita bruta total no ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a 12 (doze) meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

⁵³ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária, exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte**. São Paulo, Malheiros 2007. p. 259.

⁵⁴ *Ibid.* p. 53.

medida em que permite ao contribuinte a apurar o cálculo da renda para tributação de forma simplificada, se comparada com a apuração pelo lucro real.

Ressalta, ainda, o ilustre Luís Eduardo Schoueri, que a tributação presumida encontra suporte no art. 179 da constituição federal que prevê o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. O autor afirma que o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte relaciona-se com o princípio da livre concorrência, na medida em que só será alcançada com a participação de uma quantidade razoável de empresas que atuem no mesmo mercado. Destaca, também, que o tratamento favorecido apresenta-se como uma concretização do princípio da igualdade, na medida em que atribui tratamento diferenciado a empresas que se encontram em situações diversas, na medida de suas diferenças.⁵⁵

2.4.2.1 Regime de reconhecimento da receita no lucro presumido

Um importante aspecto que deve ser observado na tributação presumida relaciona-se ao conceito de renda conforme previsto no art. 43. Nos termos deste artigo, o lucro presumido é considerado uma das formas de apuração da base de cálculo do imposto de renda, portanto não se diferencia no alcance e nos limites do lucro real ou do lucro arbitrado.

A tributação pelo lucro presumido possibilita ao contribuinte reconhecer sua receita com base no princípio do regime de caixa, ou seja reconhece-se o faturamento decorrente do exercício das atividades na medida do recebimento dos recursos e não quando do recebimento do direito de aquisição da renda (regime de competência)⁵⁶. A exceção à regra da adoção do regime de competência encontra respaldo pela forma simplificada e pela ausência da obrigatoriedade de controles fiscais mais rígidos, constituindo mais um fator de diferenciação para o contribuinte que optar pelo lucro presumido.

2.4.3 Tributação pela Sistemática do Lucro Arbitrado

⁵⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 100-101.

⁵⁶ Essa possibilidade pela adoção do regime de caixa para o lucro presumido encontra-se na Instrução Normativa nº 104/98.

Nos termos do art. 530 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), Lucro Arbitrado é aplicado sobre a base de cálculo apurada em situações em que não foi possível a apuração pelo lucro real ou presumido em decorrência de descumprimento de normas da legislação tributária.

A apuração da base de cálculo neste caso é apurada através da aplicação de coeficientes previstos para o lucro presumido, majoradas em 20% quando conhecida a receita bruta (art. 532, RIR/99). Caso não seja conhecida a receita bruta serão aplicáveis outros índices previstos em lei nos termos do art. 535 do RIR/99.

Conforme o art. 538 do RIR/99, o arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis. Diante dessa previsão legislativa, podemos chegar a conclusão lógica de que o arbitramento do lucro é uma modalidade ou regime de tributação, não constituindo, portanto, uma penalidade.

2.4.4 Tributação pela Sistemática do Simples Nacional

O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Para uma empresa ter a possibilidade de optar pelo sistema de tributação do Simples Nacional é necessário o cumprimento das seguintes condições: (a) enquadrar-se na definição de microempresa ou de empresa de pequeno porte; (b) cumprir os requisitos previstos na legislação.

Trata-se de um incentivo fiscal para empresas de com menor poder econômico. No setor imobiliário é utilizado principalmente às empresas que estão iniciando sua atividade uma vez que, para adesão ao sistema, a empresa deve observar um limite de faturamento previsto na legislação.

O Simples Nacional é caracterizado pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação. Dentre esses tributos, estão inclusos o possível recolhimento do IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Portanto, as empresas do setor imobiliário que atenderem aos pressupostos para optarem pelo regime do simples nacional poderão aproveitar deste incentivo fiscal econômico, com coeficientes de tributação muito aquém dos regimes comuns.

O tratamento diferenciado e favorecido dispensado às empresas de menor porte atende ao princípio da igualdade, uma vez que trata os desiguais e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Vale destacar o fundamento jurídico diferenciado conforme o saudoso prof. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes⁵⁷. No sentido de que a tributação diferenciada e favorecida das empresas de menor porte caracteriza-se por ser de índole intervencionista-social. Busca por meio de um só mecanismo atingir dois intentos: (a) o de mitigar as distorções do modelo liberal em prol das próprias bases capitalistas e (b) de acolher aos mais diversos direitos sociais.

Em relação ao primeiro escopo, nos moldes do liberalismo clássico, o livre mercado é incapaz de sustentar suas próprias bases, pois apresenta distorções que impõem ao Estado interferir nos domínios privados com a finalidade de promover reparos. Considerando que uma das principais disfunções causadas pelo modelo liberal clássico é a dificuldade de novas empresas se implantarem em mercados dominados por empresas de grande porte, o que macula o primado da livre concorrência – um dos princípios informadores da atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso IV da Constituição Federal.

Quanto ao segundo escopo reparador de disfunções liberais, a tributação favorecida das empresas de menor poder econômico possui relevante intuito social. Ainda, outro importante princípio da ordem econômica, garantido pela Magna Carta é o da busca por pleno emprego (art. 170, inciso VII). O emprego, e portanto, o trabalho, constitui um dos mais importantes direitos da ordem social⁵⁸. Como as empresas do setor imobiliário empregam cerca de 13,4 milhões de pessoas⁵⁹, e considerando que uma significativa porcentagem das empresas

⁵⁷ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: Análise Semiótica**. 2009. 319 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 294.

⁵⁸ Nos termos do art. 193 da CF, a ordem social tem como base o primado do trabalho.

⁵⁹ Conforme demonstrado na introdução.

do setor imobiliário são optantes ao regime, trata-se um importante meio que o constituinte impôs ao legislador para atender a um dos mais relevantes fins de contorno social, o trabalho.

2.5 Regime de Competência – Princípio da Realização da Receita e Princípio do Confronto entre Receitas e Despesas

2.5.1 Princípio do regime de competência

O Regime de Competência, (do inglês *accrual-basis*) é um método contábil pelo qual se registra os lançamentos (informações sobre o valor econômico dos ativos e passivos) no momento em que eles ocorrem, independentemente do efetivo recebimento das receitas ou pagamentos das despesas.

Conforme Alessandro Broedel Lopes e Eliseu Martins⁶⁰, somente o lucro apurado pelo regime de competência é que pode fornecer uma informação mais precisa sobre a realidade econômica da entidade, inclusive com a previsão para fluxos de caixa futuros que irão considerar os futuros desembolsos que deverão ser feitos pela sociedade. Considerando que o fluxo de caixa passado (entradas e saídas de caixa) não possui a mesma capacidade de previsão dos fluxos de caixa futuros, pois variam no tempo, dessa forma distorce a performance da entidade. Essas variações são equilibradas e o resultado é distribuído de maneira uniforme no tempo por meio do registro pelo regime de competência.

O art. 177 da Lei das S/A estipula que é obrigatória a contabilização das mutações patrimoniais pelo regime de competência.⁶¹

O art. 187 da Lei das S/A estabelece a relação entre o método do regime de competência dois princípios quais são i) princípio da realização da receita e ii) do confronto entre receitas e despesas.

⁶⁰ LOPES, Alessandro Broedel; MARTINS, Eliseu. **Teoria da Contabilidade**: uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶¹ LEI No 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976 - Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

A demonstração do resultado do exercício discriminará:

- I - a receita bruta das vendas e serviços; independentemente de serem recebidos em caixa (princípio da realização da receita)
- II - o custo das mercadorias e serviços vendidos, pagos ou incorridos, correspondentes às receitas e rendimentos; (Princípio do Confronto entre Receitas e Despesas).

2.5.2 O Princípio da Realização da Receita

Pelo Princípio da realização da receita, a demonstração do resultado do exercício discriminará a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos.

O IBRACON define o princípio em questão da seguinte maneira:

A receita é considerada realizada e, portanto, passível de registro pela Contabilidade, quando produtos ou serviços produzidos ou prestados pela Entidade são transferidos para outra Entidade ou pessoa física com a anuência destas e mediante pagamento ou compromisso de pagamento especificado perante a Entidade produtora.

Iudícibus⁶² afirma que o elemento que define a receita não é o seu recebimento, mas sim o ganho da receita.

Ocorre a realização da receita quando há transferência do bem ou do serviço para terceiros, independentemente de seu recebimento, ou seja no período que ocorre o fato gerador de sua realização. Há, contudo uma dificuldade nos casos em que a ocorrência do fato gerador se prolongue por mais de um exercício contábil em relação à transferência do bem ou serviço vendido.

Neste caso, há 4 possibilidades que merecem destaque para o presente trabalho:

- i) Reconhecimento da receita proporcionalmente ao decurso do tempo; ii) Reconhecimento da receita para produtos ou serviços de longo prazo de execução; iii) Reconhecimento da receita antes da transferência; iv) Reconhecimento da receita após a transferência.

⁶² IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas.

Ainda, Iudícibus aponta uma definição de receita que se pode considerar como mais completa. O autor afirma que Receita é a expressão monetária, validada pelo mercado, do agregado de bens e serviços da entidade, em sentido amplo, em determinado período de tempo e que provoca um acréscimo concomitante no ativo e no patrimônio líquido, considerado separadamente da diminuição do ativo (ou acréscimo do passivo) e do patrimônio líquido provocados pelo esforço em produzir tal receita.⁶³

2.5.3 Princípio do Emparelhamento das Receitas com as Despesas

Conforme o princípio do confronto das despesas com as receitas, as despesas ocorridas ou vinculadas em determinado período devem, também, ser registradas no período em que foram registradas as receitas.

Nos termos da Deliberação da CVM nº 29 este princípio é definido por:

Toda despesa diretamente delineável com as receitas reconhecidas em determinado período, com as mesmas deverá ser confrontada; os consumos ou sacrifícios de ativos (atuais ou futuros) realizados em determinado período e que não puderem ser associados à receita do período nem às dos períodos futuros, deverão ser descarregadas como despesa do período em que ocorrerem...

Ainda a respeito do tema, nos termos de Iudícibus & Marion⁶⁴, com clareza relaciona o princípio do confronto das despesas com as receitas como:

Receitas e Despesas devem ser reconhecidas e atribuídas aos períodos contábeis de acordo com a ocorrência de fatos geradores específicos e não pela entrada ou saída de caixa. As despesas deverão, sempre que possível, ser confrontadas diretamente com as receitas reconhecidas no período.

⁶³ MARTINS, *op. cit.*

⁶⁴ IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos. **Introdução à teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

Ressalte-se que o confronto entre despesas e receitas não pressupões, necessariamente, que os desembolsos que os gastos para a geração de uma receita possam ser anteriores, concomitantes, ou até mesmo posteriores ao ingresso da receita (o importante é que esses gastos sejam determináveis).

Importante abordarmos o que vem a ser a Despesa, para Iudícibus & Marion⁶⁵ “de maneira geral, pode-se conceituar Despesa como sendo o sacrifício de ativos realizados em troca da obtenção de Receitas (cujo montante, espera-se, supere o das despesas)”.

Ainda os mesmos autores afirmam que a despesa é caracterizada pelo fato de ela tratar de expirações de fatores de serviços, direta ou indiretamente relacionados com a produção e a venda do produto (ou serviço) da entidade.

2.6 Regime de Caixa

Pelo regime de caixa, os lançamentos contábeis são efetuados conforme sua entrada em caixa, ou seja, conforme são recebidas as entradas e descontadas as saídas.

Diferentemente do regime de competência, no regime de caixa as informações são registradas conforme a ocorrência de entrada e saída do dinheiro.

Nas palavras de Iudícibus, Sérgio de & Marion⁶⁶ no **Regime de Competência** escolhe-se como um ponto normal de reconhecimento da receita aquele que em produtos ou serviços são transferidos ao cliente e não, propriamente, o ponto em que o dinheiro é recebido por esta transferência (daí os nomes genéricos quando nos referimos a receita e despesa, de regime de competência como oposto do regime de caixa).”

Ainda sobre o regime de caixa explica Iudícibus e Marion⁶⁷, diz que o regime de caixa é uma forma simplificada de contabilidade; é aplicado basicamente às microempresas ou às entidades sem fins lucrativos, tais como igrejas, clubes, sociedades filantrópicas etc.

No regime de caixa, o lucro será apurado subtraindo-se toda a despesa paga (saída de dinheiro do caixa) da receita recebida (entrada de dinheiro do caixa). É exatamente a

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ MARTINS, *op. cit.*, *apud*

⁶⁷ SOBRENOME, Nome. **Curso de contabilidade para não contadores** – para as áreas de Administração, Economia, Direito e Engenharia. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 110-111.

Técnica do Regime de Caixa que dá base para a estruturação de um instrumento indispensável para tomar decisões para todos os tipos de empresa: Demonstração do fluxo de caixa”.

2.7 A Lei nº 11.638 de 28 de dezembro de 2007 e suas consequências fiscais

A lei nº 11.638/07 alterou vários dispositivos relacionados às normas de contabilidade societária. Tendo o objetivo de alinhar sua metodologia com as normas pela IASB (Internacional Accounting Standards Board).

A lei 11.638/07, como dispõe seu art. 1º, altera os artigos arts. 176 a 179, 181 a 184, 187, 188, 197, 199, 226 e 248 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Foram introduzidas alterações societárias no que tange à apuração do patrimônio das empresas e sua variação no tempo (lucro ou prejuízo), de forma que a contabilidade societária se tornasse completamente independente da contabilidade fiscal⁶⁸

Com as reformas a análise das demonstrações contábeis brasileiras são melhores compreendidas pelos mercados financeiros e de capitais internacionais, o que possibilita a comparação entre empresas nacionais e transnacionais, reduzindo o custo para pleitear financiamentos e recursos no exterior, bem como facilitando a avaliação de riscos das demonstrações financeiras. Ressalte-se que as reformas ocorridas incentivaram o investimento no país, tendo em vista que um dos objetivos das mesmas foi o de melhorar as demonstrações contábeis para informações de interesses de investidores.

As reformas permitem uma melhor compreensão das demonstrações contábeis de empresas nacionais por investidores nacionais e internacionais. Portanto as reformas trazem uma vantagem econômica para o país que seria um incentivo para que investidores estrangeiros possam investir no Brasil com maior facilidade.

Pode-se dizer que o eixo da respectiva alteração teve como foco basicamente três pontos: a) primazia da essência sobre a forma; b) primazia da análise de riscos e

benefícios sobre a propriedade jurídica e c) normas orientadas por princípios e não por regras excessivamente detalhadas e formalizadas.⁶⁹

Entretanto, nos termos do art. 3º da Lei 11.638/07, as novas regras são para pessoas jurídicas sob forma de capital aberto ou fechado e para as empresas de grande porte; consideradas dessa forma as sociedades ou o conjunto de sociedades, mesmo que não constituídas sob forma de sociedade anônima que possuam ativos avaliados em R\$240 milhões de reais ou que auferam receita bruta anual superior a R\$ 300 milhões de reais.

2.8 Regime Tributário de Transição

Em 2008 foi editada a Medida Provisória nº 449 instituindo em seus artigos 15 a 21 o Regime Tributário de Transição para neutralizar os efeitos fiscais advindos da Lei 11.638/07 sobre regras de contabilidade fiscal e societária. Em 2010 a Lei 11.941/09 foi editada com o intuito de admitir o RTT em permanência.

As alterações das regras do direito societário decorrentes da Lei 11.638/07, trouxeram uma certa insegurança aos contribuintes referente a alguns aspectos tributários. Portanto fora editada a Lei nº 11.941/09 (anteriormente MP 449/08), que também alterou e revogou dispositivos da Lei nº 6.404/76, instituindo o Regime de Transição tributária –RTT para neutralizar os efeitos tributários decorrentes da adoção dos novos métodos e critérios contábeis, conforme o art. 15 da lei nº 11.941/09:

Art. 15 Fica instituído o Regime Tributário de Transição – RTT de apuração do lucro real, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei no 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei.

O Regime Tributário de Transição foi elaborado com o objetivo de neutralizar os efeitos tributários decorrentes da adoção dos novos métodos e critérios contábeis a partir

⁶⁹ IUDÍCIBUS, Sergio de; MARTINS, Eliseu; GELBKE, Ernesto Rubens. **Manual de contabilidade das sociedades por ações**: aplicável às demais sociedades. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

das reformas de 2007. A regra neutraliza os efeitos de Direito Contábil Societário para que as suas alterações não gerem efeitos no âmbito Tributário.⁷⁰

Ressalte-se que com o RTT o Lucro Líquido Societário não se confunde com o Lucro Líquido para fins fiscais. Aquele é voltado para informações a investidores, nos termos das regras da IASB, enquanto este é elaborado para atender os interesses do Fisco.

O Lucro Líquido Societário é calculado nos termos das atuais regras previstas na Lei das Sociedades Anônimas, com as devidas alterações trazidas pela 11.638/07 e pela Lei 11.941/09, e inclusive, com influências de regras expedidas pela CVM para compatibilizar normas de contabilidade brasileira com a internacional.⁷¹

Até 2009, antes da instituição do RTT o lucro líquido societários servia de base para a apuração do lucro real. Entretanto, após o RTT que neutraliza os efeitos da reforma da lei 11.638/07 nas alterações da lei das S/As, primeiro apura-se o Lucro Líquido Societário e após deve-se ter os ajustes para apurar a base de cálculo do imposto de renda. Pois, como já dito anteriormente o lucro líquido para apuração da base de cálculo do IR é diferente da apuração do lucro líquido societário.

Nesse período de transição, o legislador previu que o RTT seria optativo para o ano calendário de 2008 e 2009, sendo compulsório a partir do ano de 2010.

A apuração da base de cálculo do IRPJ, o denominado lucro líquido fiscal que deve estar ajustado nos termos dos métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007. O Lucro Líquido Fiscal é apurado por meio do Controle Fiscal Contábil de

⁷⁰Lei 11.941/09 “Art. 16. As alterações introduzidas pela Lei n o 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei que modifiquem o critério de reconhecimento de receitas, custos e despesas computadas na apuração do lucro líquido do exercício definido no art. 191 da Lei n o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, não terão efeitos para fins de apuração do lucro real da pessoa jurídica sujeita ao RTT, devendo ser considerados, para fins tributários, os métodos e critérios contábeis vigentes em 31 de dezembro de 2007.”

⁷¹ Lei 11.941/09 “Art. 17 Na ocorrência de disposições da lei tributária que conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes daqueles determinados pela Lei n o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as alterações da Lei n o 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e dos arts. 37 e 38 desta Lei, e pelas normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários com base na competência conferida pelo § 3 o do art. 177 da Lei n o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais órgãos reguladores, a pessoa jurídica sujeita ao RTT deverá realizar o seguinte procedimento:

I - utilizar os métodos e critérios definidos pela Lei n o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para apurar o resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda, referido no inciso V do caput do art. 187 dessa Lei, deduzido das participações de que trata o inciso VI do caput do mesmo artigo, com a adoção:

a) dos métodos e critérios introduzidos pela Lei n o 11.638, de 28 de dezembro de 2007, e pelos arts. 37 e 38 desta Lei; e

b) das determinações constantes das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, com base na competência conferida pelo § 3 o do art. 177 da Lei n o 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no caso de companhias abertas e outras que optem pela sua observância;

Transição (FCONT), no qual são escrituradas as contas patrimoniais as contas patrimoniais e de resultado. As diferenças na apuração do lucro líquido societário e lucro líquido fiscal serão registradas no LALUR (Livro de Apuração do Lucro Real).

CAPÍTULO III - TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA NAS ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS

A princípio, o capítulo pertinente à tributação sobre a renda no setor imobiliário será dividido por gêneros de operações imobiliárias. Quais são o da Alienação da propriedade, Serviços Imobiliários, Cessão na Posse e Financiamento Imobiliário.

Porém, ressalte-se que a tributação das atividades de compra e venda, incorporação e construção de Imóveis, serão tratados separadamente, levando em consideração que na prática são as que mais ocorrem no cotidiano de incorporadora, principal tipo empresarial do ramo da construção civil. Além disso tais operações possuem peculiaridades fiscais próprias, o que justifica uma maior atenção nas atividades mencionadas.

3.1 Tributação no Gênero: Alienação da Propriedade Imobiliária

3.1.1 Tributação na compra e venda de imóvel

Ressalte-se que a finalidade econômica da utilidade do imóvel para a Pessoa Jurídica no que tange a efeitos fiscais referentes ao IRPJ é de extrema importância.

Caso o imóvel alienado for produto de uma empresa que tenha como objeto a compra e venda de imóveis, a alienação configura-se uma atividade empresarial e consequentemente a receita de venda é considerada uma **receita operacional**. Dessa forma, o produto resultante da alienação será considerado receita operacional ou ganho de capital.

Nesta hipótese, nos termos do art. 179, inciso I da Lei das S/A, a pessoa jurídica irá registrar o bem imóvel em seu estoque e o valor da alienação (receita operacional)

será contraposto aos respectivos custos e despesas para fins de apuração do lucro real. No regime do lucro presumido, a receita da operação será adotada como base para a aplicação do coeficiente de presunção que por sua vez é de 8%.

Entretanto, caso uma pessoa jurídica que não tenha como objeto a compra e venda de imóveis, e que utilize o imóvel para sediar sua empresa por exemplo, a tributação será tratada como ganho de capital, como ocorre na tributação do IRPF.

Na hipótese da pessoa jurídica que não tenha como objeto a compra e venda de imóveis, o imóvel é considerado ativo imobilizado, nos termos do art. 179, inciso, IV da Lei das S/A. Portanto o produto da venda do imóvel será reconhecido por seu valor líquido, ou seja, a mais valia entre o valor de venda e o valor de registro contábil, sendo tributado como ganho de capital.

Vale destacar que a tributação da venda de unidades imobiliárias que tenham como objeto social a compra e venda de imóveis será melhor abordada no item 3.5 (Tributação e o momento de reconhecimento do lucro nas Atividades de Compra e Venda, Incorporação e Construção de Imóveis).

3.1.2 Tributação Permuta

3.1.2.1 Tributação do IRPJ na Permuta pela sistemática do Lucro Real

A permuta é um contrato pelo qual se tem o compromisso de trocar bens reciprocamente, diferentemente do contrato de compra e venda não possui o preço como elemento essencial, tendo em vista que seu objeto é uma troca de bens.

No setor imobiliário é comum que o incorporador/construtor realize aquisição de terrenos por meio do contrato de permuta. Dessa maneira, o construtor oferece ao proprietário do terreno unidades prontas após o término do empreendimento, como por exemplo apartamentos no caso de construção de edifícios residenciais ou comerciais, ressalta-se que para ser caracterizado o contrato de permuta poderá haver ou não torna em dinheiro.

Nesse sentido temos o acórdão n 103-22.974 do CARF: “PERMUTA DE IMÓVEIS COM PAGAMENTO DE TORNA. CARACTERIZAÇÃO. Para que fique

caracterizado o contrato de permuta com pagamento de torna, em vez de compra e venda, faz-se necessário que a coisa seja objeto predominante do contrato e não o montante em dinheiro”.

No caso, a permuta de bens de natureza e valor distintos resulta em uma receita contábil, esta última deverá ser mensurada pelo seu valor justo. Porém caso ocorra permuta entre bens de natureza e valor semelhantes, não haverá o registro da receita⁷²

No entanto, caso ocorra distinção de natureza e valores na permuta, a receita contábil será mensurada pela diferença entre o valor de venda dos imóveis ou terrenos recebidos e o valor da venda das unidades imobiliárias (geralmente prontas) entregues.

A IN/RFB nº 107/88 no item 2.1.1⁷³ estabelece que, na apuração pelo lucro real, a permuta que ocorrer sem pagamento de torna não haverá resultado a apurar uma vez que cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.

Portanto se houver pagamento de torna, a parte permutante que receber a torna deverá tributá-la nos moldes estabelecidos para a pessoa física, ou seja, como ganho de capital.⁷⁴ Já a parte que pagar a torna irá acrescentar o montante da torna ao valor contábil do bem dado, para fins de registro do custo de aquisição do bem recebido.⁷⁵

⁷² CPC 30 –Mensuração da receita, item 12. Quando os bens ou serviços forem objeto de troca ou de permuta, por bens ou serviços que sejam de natureza e valor similares, a troca não é vista como uma transação que gera receita. Exemplificam tais casos as transações envolvendo commodities como petróleo ou leite em que os fornecedores trocam ou realizam permuta de estoques em vários locais para satisfazer a procura, em base tempestiva e em local específico. Por outro lado, quando os bens são vendidos ou os serviços são prestados em troca de bens ou serviços não similares, tais trocas são vistas como transações que geram receita. Nesses casos, a receita deve ser mensurada pelo valor justo dos bens ou serviços recebidos, ajustados pela quantia transferida em caixa ou equivalentes de caixa. Quando o valor justo dos bens ou serviços recebidos não pode ser mensurado com confiabilidade, a receita deve ser mensurada utilizando-se como parâmetro o valor justo dos bens ou serviços entregues, ajustado pelo valor transferido em caixa ou equivalentes de caixa.

⁷³ INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 107, DE 14 DE JULHO DE 1988, item 2.1.1 – No caso de permuta sem pagamento de torna, as permutantes não terão resultado a apurar, uma vez que cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.”

⁷⁴ INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 107, DE 14 DE JULHO DE 1988 item 2.1.2 – No caso de permuta com pagamento de torna, a permutante que receber a torna procederá pela forma indicada no subitem 1.5 devendo considerar como custo do bem recebido o valor contábil do bem dado em permuta, deduzido do custo atribuído à torna recebida ou a receber. Para a permutante que pagar ou prometer pagar a torna, o custo do bem adquirido será a soma do valor contábil do bem dado em permuta com o valor da torna.

⁷⁵ INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 107, DE 14 DE JULHO DE 1988 - item 2.2.2 – No caso de permuta com pagamento de torna, a permutante que alienar a unidade pronta observará as disposições da divisão de subitem 2.1.2. A permutante que prometer entregar unidade imobiliária a construir deverá considerar o custo de produção desta como integrante do custo da unidade adquirida, observando, quanto à torna, o disposto no subitem 1.5.

3.1.2.2 Tributação do IRPJ na Permuta pela sistemática do Lucro Presumido

No que tange à tributação da permuta pelo lucro presumido vale destacar três polêmicas: a) considerando que a IN/RFB n 107/88 trata da tributação pelo lucro real, a alienação da unidade através de permuta configura uma receita passível de tributação pelo lucro presumido? b) caso se trate de receita tributável, qual o valor pelo qual deve ser mensurada? E c) aplicando-se o regime de caixa, quando deve ser tributada a receita no caso de permuta de “unidades a construir”?

Essas polêmicas se ampliaram com o advento dos novos métodos e critérios contábeis. Nos termos do CPC 30, item 12, a permuta entre bens de natureza e valor distintos enseja o reconhecimento de uma receita contábil societária, mensurada pelo seu valor justo. Entretanto o item 21 do OCPC 01, determina que a permuta de terreno com unidades construídas ou a construir não configura permuta de natureza semelhante, motivo pelo qual se deve registrar uma receita, mensurada pelo seu valor justo.

Em decorrência da IN/RFB n 107/88, item 2.1.1, essa regra societária não é aplicável à apuração do lucro real, considerando que na sistemática do lucro real as permutantes não terão resultado a apurar, uma vez que cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.

O dispositivo supramencionado comporta, em relação à inexistência de resultado, duas possíveis interpretações: **a) decorre da mera troca de bens do ativo, sem trânsito por contas de resultado; b) decorre da atribuição do mesmo valor à receita e ao custo do bem alienado, com efeito nulo no resultado contábil.**

Essas 2 interpretações não geram consequências na apuração do lucro real, pois o que se tributa neste caso é o resultado. Ambas interpretações atendem ao princípio da realização da renda.

Contudo, a apuração da base de cálculo do IRPJ na sistemática do lucro presumido consiste na aplicação de um coeficiente de presunção de lucro sobre a receita da pessoa jurídica. Salienta-se que na apuração do lucro presumido nada influencia o confronto entre receitas e despesas (resultado) uma vez que se observa o regime de caixa.

Entretanto, a interpretação “b” acaba tendo, como consequência, a apuração de uma base de cálculo tributável no lucro presumido, ou seja incorre numa peculiaridade da sistemática do lucro real no lucro presumido.

A interpretação inicial das autoridades fiscais era no sentido da interpretação “a” ou seja de que a operação de permuta acarreta apenas o trânsito de valores por contas de ativo, sem qualquer registro de contas de resultado (como receita e despesa).⁷⁶

Ademais, a interpretação “b” vem sendo aceita em decisões do CARF:

“Todavia, as ponderações da Recorrente não são suficientes para permitir estender o tratamento previsto na IN 107/88 para a apuração do lucro presumido. **A Instrução Normativa em referência leva em consideração os custos, o que é incompatível com apuração pelo lucro presumido, em que só as receitas têm relevância.** Veja-se, por exemplo, o caso de permuta entre pessoa jurídica e pessoa física, com toma 2. Os itens da IN aplicáveis são os itens 3.1.2 e 2.1.2, que dispõem expressamente sobre a consideração do custo

Assim, as operações de permuta só têm relevância na apuração do resultado par fins de tributação, pelo IRPJ e pela CSLL, em caso de tributação pelo lucro real. A base de cálculo do IRPJ e da CSLL das empresas que optam pelo lucro presumido, e a base de cálculo do PIS e da COFINS **levam em consideração a receita bruta ou o produto da venda (faturamento), que independe da forma como é feito o pagamento (em moeda ou por dação de bens).**” (Relatora Conselheira Sandra Maria Faroni, Acórdão 101-96, p. 10 e 11, janeiro de 2008)

Vale destacar que o art. 30 da Lei nº 8.981/95 reitera a regra fiscal de que a receita bruta das pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias deve ser reconhecida pelo regime de caixa. Porém, não há nesse dispositivo qualquer apontamento no sentido de que possa desconstituir tal natureza de receita decorrente da alienação de imóveis em permuta, nem mesmo sua natureza de receita operacional (se o imóvel dado em permuta pertencer a seu estoque).

Entretanto temos duas possibilidades para a tributação permuta no lucro presumido. A primeira é como receita operacional (alienação de bens do estoque) e a segunda como ganho de capital (alienação de bens do ativo imobilizado)

(i) Permuta de bens do estoque (receita operacional)

⁷⁶ Solução de Consulta nº 241/08

Cite-se, também, o voto da conselheira Sandra Maria Faroni, que em julgados mais recentes alterou seu entendimento: “Assim, sob a ótica da incorporação imobiliária, a operação se identifica como a permuta referida no artigo 39 da Lei nº 4.591/64. Dessa forma, aplicam-se a ela as disposições da Instrução Normativa SRF 107/88, **computando-se com receita apenas o valor da torna recebida.**” (acórdão 101-95.000, p. 11 de maio de 2005)

A tributação da permuta para as pessoas jurídicas que apurem a base de cálculo do IRPJ pela sistemática do lucro presumido, será feita através de um coeficiente de 8% sobre o valor da receita.

Nesse sentido, a RFB consolidou seu entendimento de que a operação de permuta com como contrapartida uma receita tributável, conforme Solução de Divergência nº 5, de 1º de dezembro de 2010

“ASSUNTO: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

EMENTA: LUCRO PRESUMIDO. PERMUTA DE IMÓVEIS. RECEITA BRUTA. Na operação de permuta de imóveis sem recebimento de torna, realizada por pessoa jurídica tributada pelo IRPJ com base no lucro presumido, dedicada à atividade imobiliária, constitui receita bruta o preço do imóvel recebido em permuta.

DISPOSITIVOS LEGAIS: art. 533 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil); arts. 224, 518 e 519 do Decreto nº 3.000, de 1999.”

Trata-se de outra questão polêmica, pois a RFB considera como receita bruta o **preço do imóvel** recebido em permuta. Como no contrato de permuta não se tem o preço como requisito essencial do contrato, tendo apenas o compromisso de entrega de coisa, encontra-se um obstáculo para mensuração do preço do objeto, pois não há critérios objetivos para definição do preço de mercado do imóvel.

Nos termos da IN/RFB nº 107/88, os únicos valores que preenchem esse requisito são aqueles definidos pela própria instrução, quais são: (i) o valor contábil do próprio bem dado em permuta e baixado em sua escrituração e (ii) o custo de produção, no caso de permuta de unidade a construir.

Ainda que seja possível o registro da permuta, para fins da Contabilidade Societária, pelo valor justo do terreno recebido ou da unidade a ser entregue (critérios de mensuração de receita previstos no CPC 30 e no OCPC 01), estes valores não serão utilizados como base para tributação, seja (a) pela impossibilidade de tributação de ganhos de detenção que não preenchem os critérios da realização da renda, seja (b) por não se tratar de critério contábil vigente em 31/12/2007 devido à aplicação do RTT.

Por fim, merece destaque o polêmico entendimento da RFB, consolidado no Processo de Consulta nº 134/10, no sentido de que a receita decorrente da operação de

permuta deverá ser registrada no período em que houver a negociação/recebimento do terreno,⁷⁷

Na verdade, pelo princípio da realização da renda, o reconhecimento de uma receita pressupõe que estejam presentes todos os pressupostos para que ela se considere realizada. E somente será possível registrar o ingresso definitivo, passível de tributação pelo IRPJ, no momento em que forem cumpridas todas as obrigações decorrentes do negócio realizado (condição de materialidade). Antes deste momento, tem-se apenas uma expectativa de receita.

No caso da Permuta em que o incorporado/construtor recebe o terreno e se compromete a entregar unidades a serem construídas, a receita somente será registrada conforme a realização de sua obrigação contratual de entregar unidades futuras.

Trata-se de situação semelhante àquela correspondente à venda de unidade à vista em construção. Em que a tributação da receita pelo regime de caixa somente irá ocorrer no mês em que a receita for registrada pelo regime de competência, conforme o exposto no item 3.5.1 (Venda de unidade à vista).

O supracitado ocorre no caso de imóveis pertencentes ao **estoque ou ativo circulante**. Como já exposto anteriormente, caso o imóvel esteja **no ativo imobilizado**, a pessoa jurídica (apuração pelo lucro presumido) estará sujeita à sistemática pelo ganho de capital, ou seja, apenas sobre a eventual mais valia na alienação, mesmo que essa pessoa jurídica esteja sujeita ao IRPJ pelo lucro presumido.

⁷⁷ *Processo de Consulta nº 134/10*

Órgão: Superintendência Regional da Receita Federal - SRRF / 6a. Região Fiscal

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ.

Ementa: LUCRO PRESUMIDO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PERMUTA DE IMÓVEIS SEM TORNA. RECEITA BRUTA. Na permuta sem torna de terreno por imóveis que irá construir, a empresa, optante pelo lucro presumido, que se dedica a compra e venda, permuta, desmembramento, incorporação, construção e comercialização de unidades imobiliárias, **deve incluir na base de cálculo do IRPJ, no período em que houve a negociação e, conseqüentemente, o recebimento do terreno**, o valor do terreno, assim considerado o que seria esperado em negociações no mercado de compra e venda. DISPOSITIVOS LEGAIS: artigos 224, 518, 519 e 994 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99); art. 1º da IN SRF nº 104, de 1998; IN SRF nº 107/88, subitens 2.1.1 e 3.1.1.

3.2 Tributação no Gênero: Prestação de Serviços Imobiliários

A regra geral para a tributação sobre serviços pela apuração da base de cálculo pelo lucro presumido no IRPJ é a aplicação do coeficiente de 32% sobre a receita bruta.

Todavia quando houver emprego de mão de obra e fornecimento de materiais, aplica-se o coeficiente de presunção de 8% para a apuração da base de cálculo nesse sentido prevê a Solução de Consulta nº 30/2002.

Ressalte-se ainda, que para as pessoas jurídicas prestadoras de serviço em geral, com receita bruta anual de até R\$120.000,00 que apurem o IRPJ pelo lucro presumido aplica-se o coeficiente de 16%.⁷⁸

3.2.1 Tributação na atividade de Loteamento

Geralmente na atividade de loteamento temos 2 tipos de agentes: a) um é proprietário do imóvel (gleba) a ser loteado e o outro é o b) executor do empreendimento. Este último é o responsável pela pesquisa de mercado, elaboração do projeto, execução das obras de infraestrutura, como ruas, esgoto, iluminação, pavimentação, dentre outras obrigações assumidas em contrato específico. O primeiro agente auferir receita da venda de imóvel, e portanto a regulamentação da tributação de sua atividade reside no art. 410 do RIR/99, sujeitando-se às regras analisadas no item 3.5, Tributação e o momento de reconhecimento do lucro nas Atividades de Compra e Venda, Incorporação e Construção de Imóveis.

Já o agente executor estaria sujeito às regras aplicáveis às empresas prestadoras de serviços. Nessa situação, como os empreendimentos imobiliários são longa maturação, o contribuinte que executa o empreendimento enfrentaria a seguinte circunstância: os custos dos serviços prestados seriam lançados como despesa do exercício quando incorridos, enquanto

⁷⁸LEI Nº 9.250, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995. - Art. 40. A base de cálculo mensal do imposto de renda das pessoas jurídicas prestadoras de serviços em geral, cuja receita bruta anual seja de até R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), será determinada mediante a aplicação do percentual de 16% sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às pessoas jurídicas que prestam serviços hospitalares e de transporte, bem como às sociedades prestadoras de serviços de profissões legalmente regulamentadas.

que a receita seria tributada quando do auferimento da receita, ou seja os custos não seriam reconhecidos no mesmo exercício que as receitas, acarretando o seu desacatamento e consequentemente uma tributação mais elevada, uma vez comparado com o contribuinte que dono da gleba.

Ocorre que geralmente, os agentes atuam sob forma de contrato de parceria, no qual ambos os agentes são renumerados através da venda futura das unidades imobiliárias. Com o intento de ajustar a situação, a Receita Federal editou o Parecer Normativo CST nº 15/84, determinando que ambos os agentes no caso mencionado sejam tributados pelas regras mencionadas a respeito do reconhecimento da receita de venda das unidades imobiliárias.

3.3 Tributação no Gênero: Cessão da Posse do Imóvel

3.3.1 Locação

As empresas que atuam em atividade de locação de imóveis próprios podem optar pela sistemática do lucro presumido. Dessa forma a empresa que optar pelo lucro presumido terá um coeficiente sobre a receita auferida de 32% para apuração da base de cálculo, tal coeficiente é utilizado para o IRPJ bem como para a contribuição social sobre o lucro.⁷⁹

O procedimento de apuração da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro é o mesmo aplicável às demais atividades. Calcula-se o percentual de presunção com base na receita bruta auferida, e sobre o lucro presumido aplicam-se os coeficientes vigentes. O percentual dos tributos resultante, se calculados em relação à receita bruta varia entre 7,68 e 10,88%, a depender da incidência do adicional do imposto de renda. Se acréscimo das contribuições do PIS e COFINS, o percentual de tributos devidos pela pessoa jurídica passa a variar entre 11,38% e 14,53%.⁸⁰

⁷⁹ Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 -Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;

⁸⁰ MARTINS, *op. cit.*

A Receita Federal na Solução de Consulta da 10ª Região Fiscal nº 169/01, definiu que as empresas que se dediquem exclusivamente à atividade de locação de imóveis próprios e que tenha receita inferior a R\$10.000,00 por mês, R\$ 120.000,00 por ano terá a base presumida do lucro, para efeito de IRPJ de 16%, o que implica um percentual tributário sobre a receita bruta auferida de locação de 7,49%.

Em relação às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real devem apurar a base de cálculo mediante a dedução de custos e despesas, bem como adições e exclusões previstas em lei. Porém no caso de dedução de pagamento de aluguel de bens imóveis, serão dedutíveis apenas quando os imóveis estiverem intrinsecamente relacionados com a produção ou comercialização dos bens e serviços.⁸¹

3.4 Tributação no gênero: Operações financeiras

3.4.1 Tributação do fundo de investimento de investimento imobiliário

Conforme já exposto no cap. I o Fundo de Investimento Imobiliário é um mecanismo financeiro para captação de recursos para o setor imobiliário. O FII é um instituto peculiar, pois não se trata de um instrumento puro do mercado financeiro, como também não se caracteriza como uma empresa do setor imobiliário, como as incorporadoras. Ressalte-se ainda, que não possui personalidade jurídica.

Antigamente o FII tinha regime tributário diferente, no sentido de que a tributação se dava no instante do resgate das quotas.

Não havendo requisitos ou imposições a respeito do tema, as empresas incorporadoras começaram a utilizar o mecanismo do FII como verdadeira forma para diferir suas receitas. Utilizando o FII como forma de desenvolver seus negócios e distorcendo a função de captação de recursos deste instrumento.

⁸¹ Art. 13. Para efeito de apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, são vedadas as seguintes deduções, independentemente do disposto no art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964:

II - das contraprestações de arrendamento mercantil e do aluguel de bens móveis ou imóveis, exceto quando relacionados intrinsecamente com a produção ou comercialização dos bens e serviços;

As empresas constituíam FIIs com seus próprios recursos e dessa forma conseguiam diferir ou postergar o pagamento de tributos decorrentes de suas receitas, uma vez que as receitas eram consideradas rendimentos dos FII e eram tributados apenas no momento de resgate, que as empresas postergavam com o objetivo de postergação de pagamentos dos tributos.

Em resposta a situação a Lei nº 9.779/99 alterou a sistemática de tributação dos FIIs, instruída pela IN SRF 25/2001. Com isso o legislador instituiu que no caso de não ocorrência de participação relevante do incorporador, construtor ou sócio, ficou estabelecido que os FIIs estariam obrigados a distribuir 95% dos lucros auferidos, segundo o regime de caixa apurado semestralmente. Sendo estes rendimentos tributados sob a alíquota de 20 % no momento da distribuição tanto para o IRPJ quanto para o IRPF.

Portanto, o art. 1º da Lei 9.779/99 espelhado pelo art. 753 do RIR/99 diz que os rendimentos e ganhos de capitais distribuídos, apurados segundo o regime de caixa, sofrerão incidência do imposto de renda na fonte a alíquota de 20 %.

Dessa forma as pessoas físicas terão o IR retido sob alíquota de 20%. Enquanto as pessoas jurídicas serão tributadas pelo lucro real ou presumido, considerando o imposto retido como antecipação do devido.

Com a mencionada alteração, o legislador conseguiu reinstituir a finalidade original da utilização dos FII, como forma de captação de recursos e não como mecanismo de postergação do pagamento de tributos.

Para título informativo, em relação às pessoas físicas, uma vez que o presente trabalho não objetiva o estudo da tributação da pessoa física, na atual tributação dessas, os rendimentos auferidos por meio dos FII são isentos do Imposto de Renda, nos termos do art. 3º da Lei nº 11.033/05 (redação dada pela lei 11.196/05).

3.4.1.1 Regime tributário do FII como pessoa jurídica

Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.779/99, a renda auferida poderá ter o mesmo tratamento tributário aplicável às pessoas jurídicas, com o objetivo de inibir ou distorcer a finalidade do instituto do FII.

O FII que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Nesse sentido considera-se pessoa ligada: a pessoa física que seja seus parentes até o segundo grau, bem como a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau; a pessoa jurídica que seja sua controladora, controlada ou coligada conforme o definido no art. 243 da Lei das S/As.⁸²

3.4.2 Tributação da Securitização de Recebíveis

A securitização de recebíveis, conforme já mencionado, nos termos da Lei 9.514/97⁸³ é a operação pela qual a companhia securitizadora emite uma série de títulos de crédito expressamente vinculados a créditos imobiliários (recebíveis decorrentes de venda a prazo de bens, serviços ou operações imobiliárias).

Os créditos imobiliários podem ser da instituição financeira ou do próprio alienante da unidade imobiliária (no caso de venda a prazo). Caso os créditos imobiliários decorrerem de vendas a prazo, sem intermediação de instituição financeira, a cessão de

⁸² Art. 2º Sujeita-se à tributação aplicável às pessoas jurídicas, o fundo de investimento imobiliário de que trata a Lei no 8.668, de 1993, que aplicar recursos em empreendimento imobiliário que tenha como incorporador, construtor ou sócio, quotista que possua, isoladamente ou em conjunto com pessoa a ele ligada, mais de vinte e cinco por cento das quotas do fundo.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se pessoa ligada ao quotista:

I - pessoa física:

a) os seus parentes até o segundo grau;

b) a empresa sob seu controle ou de qualquer de seus parentes até o segundo grau;

II - pessoa jurídica, a pessoa que seja sua controladora, controlada ou coligada, conforme definido nos §§ 1o e 2o do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

⁸³ Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

- a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).

I - a identificação dos títulos emitidos;

III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

crédito será tributada como se fosse uma venda de unidade a vista como apresentaremos no próximo capítulo.

Portanto, importante ressaltar duas situações. A primeira seria quando a empresa securitizadora emite títulos quando a obra já estiver pronta, neste caso tributa-se a entrada de caixa, como se fosse venda à vista de unidade pronta. A segunda seria quando a cessão do crédito ocorre durante a construção do empreendimento, dessa forma terá de ser tributada a entrada de caixa do respectivo preço do imóvel como se fosse antecipação de crédito do promitente comprador, neste caso, observar-se-á as características sobre a tributação de venda à vista de unidade em construção, cabem aqui todas as discussões que serão envolvidas no item 3.5.1.

3.5 Tributação e o Momento de Reconhecimento do Lucro nas Atividades de Compra e Venda, Incorporação e Construção de Imóveis

Antes de adentrar nesta parte da obra é mister esclarecer que há clara distinção entre o momento do **reconhecimento da receita** e do **recebimento do lucro** nas operações que compreendem as atividades de compra e venda, incorporação e construção de imóveis. Pois não é raro as pessoas confundirem-se ao ler sobre o assunto.

Tal como ocorre na interpretação do art. 30 da Lei nº 8.981/95 que se encontra redigido da seguinte forma:

Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativa a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.

A interpretação mais comum seria que o artigo traz menção quanto ao momento do reconhecimento da receita bruta como sendo o do seu efetivo recebimento, porém não é esta a interpretação correta.

O referido dispositivo determina que a receita bruta será o montante efetivamente recebido, e não quando (o momento) em que a receita deverá ser reconhecida. O momento do reconhecimento do lucro geralmente tem disposições mais complexas e segue lógica diversa como será exposto a seguir.

3.5.1 Venda de unidade à vista

A legislação tributária prevê tratamentos específicos de reconhecimento e mensuração do custo e do lucro das atividades a) de compra e venda; b) de desmembramento ou loteamento de terrenos; c) incorporação imobiliária ou d) construção de prédio destinado à venda. Os critérios são previstos no Decreto Lei nº 1.598/77, regulamentados pela IN/RFB nº 84/79.

Quanto à consideração do *quantum* da receita bruta, o art. 30 da Lei nº 8.981/95 considera o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas⁸⁴

O artigo mencionado diz respeito a apuração da base de cálculo, não se referindo ao momento em que a receita deve ser tributada. Ressalte-se a importância em analisar o momento da apuração do Lucro na Venda de Imóveis:

O procedimento de incorporação executa várias etapas como mencionado anteriormente no capítulo I. Isso resulta em discussões quanto ao momento em que se deve reconhecer o lucro para tributação quando nos referimos à venda de imóveis.

Resultando em um regime específico regulando como será tributada a venda, se por regime de competência ou por regime de caixa, variando em diversas situações:

Para melhor visualizarmos a questão, vamos identificar 2 situações possíveis:

a) Venda à vista de unidade concluída

⁸⁴ Art. 30. As pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias relativa a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, deverão considerar como receita bruta o montante efetivamente recebido, relativo às unidades imobiliárias vendidas.

b) Venda à vista de unidade em construção

Quanto à **venda de unidade concluída à vista**, a princípio devemos ressaltar que o art. 27 do Decreto Lei nº 1.598/ de 1977, prevê que a regra mencionada para o reconhecimento do lucro e a sua apuração na venda de imóveis não se restringem às empresas que tenham por objeto exclusivo compra e venda, loteamento ou incorporação e construção de imóveis, porém à todas as empresas que empreendam qualquer das atividades mencionadas.⁸⁵

Na modalidade de venda à vista de imóvel pronto o reconhecimento do lucro deverá ser no momento da realização do negócio, portanto não existem conflitos entre o regime de competência e regime de caixa, pois ambos, neste caso, coincidem-se.

Uma vez que as unidades encontram-se prontas, os custos (registrados no estoque) também serão contrapostos à receita no momento da realização do negócio, apurando-se dessa forma, o resultado sem complexidade.

Ainda quanto a este tipo específico de venda, o art. 411 o RIR/99 estabelece que o lucro será reconhecido no momento da contratação, ainda que a contratação for firmada mediante de instrumento de **promessa**.⁸⁶

Entretanto a IN SRF nº 84/79, em seu item 10.1 adicionou outras duas hipóteses quanto ao momento do reconhecimento do lucro⁸⁷, considerando efetivada ou realizada a venda quando efetuada mediante **carta de reserva com princípio de pagamento** ou quando firmado qualquer outro documento representativo de compromisso.

O referido art. 411 do RIR/99 refere-se aos efeitos decorrentes da venda definitiva com instrumento de promessa mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis, sendo este eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial de registro, e este apresentar o respectivo protocolo, nos termos dos artigos 1.245 e 1.246 do Código Civil, ou quando instituído a promessa de compra e venda.

⁸⁵ Art 27 - O contribuinte que comprar imóvel para venda ou promover empreendimento de desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de prédio destinado à venda, deverá, para efeito de determinar o lucro real, manter, com observância das normas seguintes, registro permanente de estoques para determinar o custo dos imóveis vendidos.

⁸⁶ Art. 411. O lucro bruto na venda de cada unidade será apurado e reconhecido quando contratada a venda, ainda que mediante instrumento de promessa, ou quando implementada a condição suspensiva a que estiver sujeita a venda (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 27, § 1º).

⁸⁷ 10.1 - Considera-se efetivada ou realizada a venda de uma 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.

Ressalte-se que o art. 411 do RIR/99 encontra-se coeso com o direito brasileiro, uma vez que o instrumento de promessa, no atual código civil atribui direito real à aquisição do imóvel, nos termos do art. 1.417.

Ocorre que a Instrução Normativa nº 84/79, ao impor o reconhecimento do lucro no momento do compromisso de compra e venda mediante carta de reserva, desrespeita o elemento da disponibilidade da renda assegurado por uma lei complementar que é o CTN, pois sem a qualidade de um direito real adquirido pela promessa de compra e venda, não se pode considerar que há a disponibilidade jurídica ou econômica de renda no momento da assinatura do contrato de compra e venda mediante carta de reserva com princípio de pagamento.

Além de desrespeitar o princípio da disponibilidade da renda o qual é considerado pressuposto para o reconhecimento do lucro, tem-se uma IN extrapolando o limite de sua competência. Uma instrução normativa não pode extrapolar os limites interpretativos de legislação infraconstitucional.

Neste sentido, a IN reflete a interpretação dada pela autoridade fiscal à legislação tributária. Portanto, são textos que devem restringir-se às disposições legais que visam interpretar e a normatizar. O intérprete Eros Grau, aborda a questão, afirmando que a interpretação da norma deve observar os elementos textuais, porém, também, os elementos constantes do caso concreto⁸⁸, o saudoso Eros Grau afirma nas exatas palavras:

“a norma encontra-se em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”.⁸⁹

No que tange ao item 10.1 da IN SRF n 84/79, quando interpretada com as lições de Eros Grau, chega-se à conclusão de que é ilegal uma vez que prevê um

⁸⁸ MARTINS, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁹ GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28.

reconhecimento de lucro não previsto no art. 411 do RIR/99, ou seja prevê hipótese de reconhecimento de lucro não prevista em legislação infraconstitucional.

Vale lembrar que a referida IN prevê o reconhecimento do lucro em carta de reserva, bem como quando o incorporador da venda firmar por qualquer outro documento *representativo de um compromisso de compra e venda*. Ressalte-se que nesta última hipótese, pelos motivos expostos acima é considerada legal, pois respeita o art. 411 do RIR/99.

Quanto à **venda à vista de unidade em construção**, nos termos da Lei nº 4.591/64, o incorporador pode efetuar as vendas dos imóveis ainda que estes estejam em construção, desde que registre em cartório os documentos pertinentes.

A venda à vista de unidade em construção ocorre quando o construtor receber o dinheiro à vista e em sua totalidade do valor do imóvel no momento da assinatura do contrato. Portanto estaria configurada a disponibilidade econômica pelo recebimento do valor do imóvel, porém o incorporador deverá incorrer em custos futuros para a execução da unidade imobiliária prometida.

Quanto à apuração do lucro e seu reconhecimento deverá levar-se em conta a questão do momento do recebimento e a existência de custos futuros, para que seja alcançada uma tributação correta, o incorporador deverá elaborar uma estimativa comprovando o quanto irá incorrer em despesas para que a apuração do lucro seja o mais próximo da realidade.

A IN SRF nº 84/79 em seus itens 12.1.2 e 12.1.3 trata destas questões referentes ao momento do reconhecimento do lucro com a confrontação diante das despesas, os itens mencionados da IN 84/79 autoriza deduções incorridas ou contratadas após a data do reconhecimento do lucro bruto, bem como as deduções de eventuais custos futuros que surgirem na execução da obra, custos estes que poderão ser descontados em exercícios futuros caso não ocorram no mesmo exercício.

Entretanto a sistemática é questionável diante dos princípios jurídicos e contábeis norteadores do sistema tributário. A questão consiste em saber se o reconhecimento da receita, no momento do recebimento do preço integral da venda da unidade imobiliária, sem a confrontação dos custos necessários à produção da unidade imobiliária, constitui lucro tributável.

Pois o lucro líquido, base para a apuração do lucro real das pessoas jurídicas, é apurado com as observâncias do regime de competência. E este, requer que as despesas e

receitas correlacionadas sejam reconhecidas no mesmo exercício, conforme demanda o método do emparelhamento das receitas com as despesas.

No mesmo sentido, tem-se o princípio da realização da renda, que pressupõe a necessidade de a pessoa jurídica cumprir todas as suas obrigações para que seja reconhecido o lucro. Levando em conta o princípio da realização da renda, caso o contribuinte não tenha condições de apurar o custo total da unidade imobiliária, não deve ser reconhecido o resultado apurado (como prevê a IN SRF n 84/79), pois não há resultado nesse momento.

3.5.2 Custo Orçado

O artigo 412 do RIR/99 possibilita a dedução dos custos orçados, no momento da venda, dos custos incorridos no decorrer construção da obra⁹⁰. Ou seja, o legislador permite que o contribuinte que neste setor específico da economia, sendo este último caracterizado pela produção de produto com longo período de maturação ou acabamento, que deduza os custos incorridos durante a construção da obra no momento da apuração da venda para fins de apuração do lucro a ser tributado.

Conforme Iudícibus⁹¹, essa dedução “de antecipação de custos”, uma vez recebido o valor do produto, deverá respeitar alguns requisitos tais como: a) preço global do produto ser determinado objetivamente mediante contrato ou determinável através de cláusulas de correção contratual do preço; b) a incerteza de inadimplência do contrato ser de baixa estimativa ou seja deve haver alta estimativa de pagamento nos termos do contrato; c) os custos estimados a serem incorridos devem ser estimados com precisão razoável.

Importante relacionar o art. 412 do RIR/99 com o art. 13 da Lei nº 9.249/95 que diz a respeito da apuração da base de cálculo do IRPJ e CSSL que em seu inciso II, prevê a vedação da dedução de previsões, exceto quando relacionadas intrinsecamente com a

⁹⁰ Art. 412. Se a venda for contratada antes de completado o empreendimento, o contribuinte poderá computar no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos a que estiver contratualmente obrigado a realizar (Decreto-Lei n° 1.598, de 1977, art. 28).

produção ou comercialização dos bens e serviços. Dessa forma, ambos dispositivos não se confrontam.

A legislação fiscal, com o objetivo de reduzir o efeito da antecipação tributária na venda de unidade em construção, seja com o recebimento à vista ou à prazo, possibilitou, por meio de um mecanismo de estimativa do custo que o empreendedor incorrerá para a produção do bem, a apuração do lucro na venda do produto imobiliário como se ela estivesse concluída.

Ressalte-se que o custo orçado é uma opção do contribuinte, nos termos da IN SRF nº 84/79, item 8.10⁹², portanto o contribuinte, ao invés de optar pela dedução de custo orçado, poderá deduzir os custos que o empreendimento terá através do regime de competência. Caso o contribuinte opte pela dedução dos custos do empreendimento pelo regime de competência, terá as deduções dos custos conforme o decorrer do empreendimento, deduzindo-se conforme forem sendo realizados.

A IN 84/79 no item 9.6⁹³, prevê que o contribuinte, ao escolher a opção pelo custo orçado, sua opção será definitiva para o empreendimento específico. Podendo o contribuinte, caso tenha mais de um empreendimento, fazer a opção a cada empreendimento. O fato de a opção ser definitiva por empreendimento é razoável e lógica, pois isso facilita a análise feita pelos fiscais bem como os investidores.

Relevante destacar que o contribuinte quando optar pelo sistema de custo orçado poderá desembocar em duas hipóteses no cálculo do custo orçado, a primeira é ele calcular o custo acima do que representou realmente, a segunda seria o cálculo ser abaixo do valor realmente descontado.

Na primeira hipótese quando o contribuinte calcular um custo superior ao que realmente ocorreu, a IN SRF 84/79 item 9.9⁹⁴ prevê uma solução para o caso. Nesta situação o contribuinte poderá incorrer a qualquer instante a atualização do custo orçado no que tange à

⁹² 8.10 - Havendo opção do contribuinte pela inclusão do custo orçado no custo do imóvel vendido por concluir (subitem 9.1), todo e qualquer custo objeto de contrato posterior à data da efetivação da venda, respectivo à unidade mencionada, deverá ser considerado como contratado em função do custo orçado.

⁹³ 8.10 - Havendo opção do contribuinte pela inclusão do custo orçado no custo do imóvel vendido por concluir (subitem 9.1), todo e qualquer custo objeto de contrato posterior à data da efetivação da venda, respectivo à unidade mencionada, deverá ser considerado como contratado em função do custo orçado.

⁹⁴ 9.9 - O valor orçado para a conclusão das obras ou melhoramentos poderá ser modificado, em qualquer época, em decorrência:

1 - de sua atualização monetária;

2 - de alterações no projeto ou nas especificações do empreendimento.

atualização monetária, bem como de alterações no projeto ou nas especificações do empreendimento.

Por outro lado, se a execução das obras ou melhoramentos a que se obrigou o contribuinte se estender além do período de apuração da venda e o custo efetivamente realizado for inferior, em mais de quinze por cento, ao custo orçado computado na determinação do lucro bruto, o contribuinte ficará obrigado a pagar juros de mora sobre o valor do imposto postergado pela dedução de custo orçado excedente ao realizado. Entretanto se a margem da diferença estiver entre os 15% permitidos, não há incidência de multa.

3.5.2.1 Custo Orçado e Direito à Adoção pela sistemática do Lucro Presumido

A Receita Federal Brasileira através da IN/RFB nº 25/99 instituiu a vedação a opção do lucro presumido para entidades que tivessem operações imobiliárias e optassem pelo sistema do custo orçado.⁹⁵

Ademais, uma instrução da receita federal não pode criar tributos ou restringir direitos dos contribuintes, pois uma que isso ocorra, trata-se de claro infringimento do Princípio da Legalidade.

No que tange a regra da opção pelo lucro real ou presumido, há o art. 14 da Lei 9.718/98 o qual prevê ocasiões nas quais o contribuinte é obrigado a adotar a sistemática do lucro real, ressalte-se que dentre as destacadas no artigo mencionado não está vedada que pessoas jurídicas que adotem o custo orçado não podem optar pela sistemática do lucro presumido.

⁹⁵ Art. 1 ° Nas atividades de compra e venda, loteamento, incorporação e construção de imóveis, as variações monetárias a que se refere o art. 9 ° da Lei n ° 9.718, de 27 de novembro de 1998, para efeitos do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, terão o seguinte tratamento:

I - no caso de tributação com base no lucro real, as receitas e despesas serão reconhecidas segundo as normas constantes das Instruções Normativas n ° s. 084, de 20 de dezembro de 1979, 023, de 25 de março de 1983, e 067, de 21 de abril de 1988;

II - na caso de tributação com base no lucro presumido, as receitas serão adicionadas ao próprio lucro, pelo regime de competência ou de caixa, conforme opção do contribuinte.

Art. 2 ° As pessoas jurídicas que exerçam as atividades referidas no artigo anterior não poderão optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais haja registro de custo orçado.

A questão foi levada ao STJ e fora resolvida pelo entendimento do tribunal pela invalidade da referida Instrução Normativa em detrimento do Princípio da Legalidade assegurado pela CF. Foi questão discutida pelo RESP n 665880 /RS:

TRIBUTÁRIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA/SRF Nº 25/99. LEI Nº 9.718/98. BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NO DECRETO-LEI Nº 1.598/77. CUST ORÇADO. IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI. AFRONTA A PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

4. Com a edição da Lei 9.718/98, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no artigo 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF 25/99 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

(...)

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros

O principal argumento neste caso reside no fato de a Instrução Normativa SRF 25/99 impor condição não prevista em dispositivo legislativo, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado, infringindo dessa forma, o princípio da legalidade.

3.5.3 Venda de unidades à Prazo

Nos termos do art. 413 do RIR/99⁹⁶, o incorporador poderá, **para efeito de determinação do lucro real**, reconhecer o lucro bruto nas contas de resultado de cada período de apuração proporcionalmente à receita da venda recebida. Ou seja, o legislador prescreveu que no caso de venda a prazo, o contribuinte possa efetuar a apuração do lucro através do regime de caixa, proporcionalmente ao fluxo das receitas.

O art. 413, I do RIR/99 prevê que “o lucro bruto será registrado em conta específica de resultados de exercícios futuros, para a qual serão transferidos a receita de venda e o custo do imóvel, inclusive o orçado (art. 412), se for o caso”.

A legislação extinguiu a conta de Resultados de Exercícios Futuros, pois esta estava prevista na alínea c do parágrafo 2º do art.178 da Lei das S/A, portanto este dispositivo integrava os métodos e critérios contábeis vigentes em 31/12/2007. Contudo, o dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.941/2009 (legislação societária).

Dessa forma, os valores que antes eram lançados na conta de Resultados de exercícios futuros (dispositivo revogado), agora, nos termos do art. 299-B da Lei das S/A devem integrar uma conta de passivo não circulante.

Outro importante aspecto do art. 413 do RIR/99, é que o dispositivo permite que o lucro seja constituído no momento em que entra em caixa, mesmo que não tenha se efetivado a transação ou a venda. Aplica-se o regime de caixa, uma vez que o tratamento do art. 413 do RIR/99 é diferente do tratamento das vendas mercantis a prazo. Nestas reconhece-se o lucro no momento da efetivação das vendas, integrando o resultado do exercício, independentemente do recebimento do preço. Já nas vendas de imóveis, o lucro é reconhecido apenas com o recebimento das parcelas do preço contratado, sem a efetiva transação integral da venda.

Entretanto, o art. 413 refere-se ao diferimento do reconhecimento do lucro, formado pela receita de venda subtraída dos custos pagos, os que já ocorreram ou os denominados orçados. Portanto o que é diferido é o resultado e não o momento da tributação, o que ocorre na tributação das pessoas físicas.

⁹⁶ Art. 413. Na venda a prazo, ou em prestações, com pagamento após o término do ano-calendário da venda, o lucro bruto poderá, para efeito de determinação do lucro real, ser reconhecido nas contas de resultado de cada período de apuração proporcionalmente à receita da venda recebida, observadas as seguintes normas (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 29):

O diferimento do resultado é acompanhado de consequências. Se o lucro corresponde ao resultado, uma vez que este último é diferido não ocorre o fato gerador do imposto de renda, pois não há lucro bruto ou líquido, em decorrência disso não é possível a tributação neste momento. O lucro somente é reconhecido a partir do recebimento do preço da compra em caixa, não podendo o fisco exigir o pagamento do imposto antes do recebimento do preço da unidade imobiliária.

A situação é diversa se verificada a inadimplência do comprador. Enquanto nas vendas mercantis o imposto deve ser pago quando da efetivação da transação imobiliárias, independentemente do recebimento do preço, nas vendas imobiliárias, o lucro e, consequentemente, a tributação serão devidos somente se o preço for efetivamente recebido.

Tal sistemática ocorre mesmo frente ao não recebimento do preço por parte do cliente em decorrência de inadimplência. Nessa hipótese, o comerciante já terá reconhecido o resultado da venda que futuramente terá sido ruim, enquanto o incorporador não terá registrado nenhum lucro, pois ainda não terá recebido. É de se notar que o comerciante poderá deduzir da apuração do seu resultado as vendas não recebidas, desde que observe os procedimentos previstos no art. 9º da Lei 9.430/96. No entanto, tais regras restringem e dificultam sobremaneira o reconhecimento das perdas por inadimplência, o que confirma o tratamento vantajoso dispensado às vendas imobiliárias.⁹⁷

Ainda, o inciso II do art. 413 do RIR⁹⁸ permite o contribuinte do setor imobiliário específico em reconhecer o lucro ao final do período de apuração do lucro conforme for seu regime, anual ou trimestral. Assim o lucro do contribuinte que vende unidades imobiliárias poderá ser reconhecido apenas ao final do período de apuração.

Dessa forma podemos elaborar uma síntese das possibilidades de venda de unidades imobiliárias em relação à sua forma de tributação

Em suma, podemos dizer que na venda a prazo de unidade construída, o lucro será reconhecido proporcionalmente ao recebimento do preço (ingresso de caixa), pois todos os custos e despesas já foram incorridos. O lucro contábil, por outro lado, é reconhecido integralmente no exercício da venda, pelo regime de competência.

⁹⁷ MARTINS, *op. cit.*

⁹⁸ II - por ocasião da venda será determinada a relação entre o lucro bruto e a receita bruta de venda e, em cada período de apuração, será transferida para as contas de resultado parte do lucro bruto proporcional à receita recebida no mesmo período;

Já a venda a prazo de unidade em construção: numa primeira etapa, reconhece-se o lucro contábil já incorrido pelo regime de competência, conforme o caso: a) proporcionalmente à evolução da obra ou b) integralmente na entrega das chaves. Após o reconhecimento do lucro contábil, será tributada apenas a parcela do preço efetivamente recebida no determinado período (anual ou trimestral), pelo regime de caixa.

3.5.3.1 Correção Monetária e Juros na Venda de Imóveis a Prazo

A correção monetária ou atualização monetária tem o objetivo de recompor a perda de valor da moeda no tempo. Portanto, não se trata de riqueza nova ou acréscimo, sendo apenas para corrigir a desvalorização do dinheiro no decorrer do tempo, mantendo o poder de compra da moeda.

Ressalte-se que o art. 46 da Lei 10.192/01⁹⁹ prevê que nos contratos de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses ou três anos, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal.

Conforme o art. 9º da Lei n 9.718/98¹⁰⁰, as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices de coeficientes estipulados em contratos são considerados como receitas e despesas financeiras.

Ademais, quanto à contratação da compra e venda com juros e correção monetária, trata-se de um financiamento direto com o vendedor/ incorporador. Neste caso os juros e correção monetária fazem parte do preço do bem vendido. Entretanto a receita recebida na venda de unidade a prazo não é tratada como receita financeira, pois no caso a correção monetária e juros se confundem com o preço da unidade imobiliária.

⁹⁹ Art. 46. Nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamento imobiliário em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, é admitida estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

¹⁰⁰ Art. 9º As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.

Já os Juros, que segundo Silvio Venosa¹⁰¹ representam o proveito auferido pelo capital emprestado, são a renda do dinheiro. Serão compensatórios, quando representarem fruto do capital, ou moratórios, quando representarem indenização pelo atraso no cumprimento da obrigação.

Segundo o art. 413 do RIR/99, nas vendas de unidades a prazo, o valor da receita a ser recebida deve ser reconhecida nas contas de resultado de cada período de apuração proporcionalmente à receita da venda recebida.

O parágrafo 1º do art. 413 do RIR/99¹⁰², determina que a apropriação dos juros deve se dar pelo regime de competência, independentemente do recebimento da parcela de juros, o incorporador deve reconhecer no resultado a receita financeira do juros (mesmo que a receita de venda seja reconhecida pelo regime de caixa).

Outrossim, o parágrafo 4º do art. 15 da Lei 9.249/95 (incluído pela lei 11.196/05) prevê que as pessoas jurídicas que explorem atividades imobiliárias e que optem pela apuração do lucro pela sistemática do lucro presumido aplicarão o mesmo percentual de presunção de lucro à receita apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato.¹⁰³

Para efeito de cálculo do lucro real, os juros são considerados receita financeira. Já no que tange ao cálculo pelo lucro presumido, os mesmos são considerados preço de venda do imóvel.

Quanto à Correção Monetária, uma vez que é considerada acessória do principal, deve receber o mesmo tratamento fiscal dispensado ao principal. O art. 414 do RIR/99 determina o reconhecimento pelo regime de competência somente do resultante do montante de correção monetária sobre o saldo do preço, calculada conforme os índices

¹⁰¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Contratos em Espécies. v. 3. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 189.

¹⁰² § 1º Se a venda for contratada com juros, estes deverão ser apropriados nos resultados dos períodos de apuração a que competirem (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 29, § 1º).

¹⁰³ § 4º O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

pactuados nos contratos, reduzida da correção monetária do lucro bruto registrado na conta de resultado de exercícios futuros.¹⁰⁴

3.5.4 Condição Suspensiva

O art. 34, parágrafo 4º da lei de incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591/64) prevê que o incorporador no prazo de 180 dias contados da data do registro da incorporação imobiliária poderá desistir do empreendimento, sem se sujeitar-se a perdas e danos caso de entender não ser conveniente sobre seu empreendimento.

Ocorre que muitas vezes o incorporador não consegue o número mínimo viável para a continuação do empreendimento se inicie. Ademais é comum que os consumidores ou adquirentes de unidades imobiliárias necessitam da aprovação de financiamento para comprar a unidade do empreendimento ou ainda que sujeite a eficácia do contrato à liberação de hipoteca.

A IN nº 84/79 em seus itens 10.1 a 10.5 reconhece a faculdade do incorporador diferir o momento em que se considera efetivada a venda. Pois não se trata de diferimento da tributação, uma vez que ainda não ocorreu o fato gerador do imposto e sim postergação do momento do reconhecimento da receita como definitiva, o que se encontra em consonância com os princípios e critérios que informam a tributação da renda, em especial a necessidade da renda constituir uma riqueza nova, bem como a presença do elemento da disponibilidade da renda encontrar-se efetivamente realizada.

3.6 Regimes Especiais

3.6.1 Regime de Tributação Especial para o Patrimônio de Afetação

¹⁰⁴ Art. 414. Na venda contratada com cláusula de atualização monetária do saldo credor do preço, a contrapartida da atualização, nas condições estipuladas no contrato, da receita de vendas a receber será computada, no resultado do período de apuração, como variação monetária (art. 375), pelo valor que exceder a atualização, segundo os mesmos critérios, do saldo do lucro bruto registrado na conta de resultados de exercícios futuros de que trata o inciso I do artigo anterior (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 29, § 2º, e Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, art. 28).

O instituto do patrimônio de afetação como dito anteriormente foi instituído pela Lei n. 10.931/04 a qual também modificou a lei de condomínio e Incorporações, Lei n 4.591/64.

Outrossim, a lei introduziu alterações jurídicas na letra de crédito imobiliário, a cédula de crédito imobiliário, a cédula de crédito bancário, bem como alterações no decreto-lei n 911/69, bem como na Lei nº. 4.764/65 e Lei nº 10.406/02.

O regime de afetação é aplicável às incorporações imobiliárias é opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de créditos ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes da unidade imobiliária.

Ressalte-se que pelo regime de afetação, o terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária, e os demais bens e direitos à ela vinculados, não responderão por dívida tributárias da incorporação relativas ao IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/PASEP.

Importante destacar que o patrimônio da incorporadora é que responderá pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.

Nos termos do art. 4º da Lei nº 10.391/04, que por sua vez foi modificado pela Lei nº 12.844, de 2013 a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a quatro por cento, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e respectivas porcentagens, conforme o art. 8º da Lei 10.931/04 (também alterada pela Lei nº 12.844/2013):

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

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

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

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

Nos termos do parágrafo primeiro do art. 4, considera-se receita mensal a totalidade das receitas auferidas pela incorporadora na venda das unidades imobiliárias que

compõem a incorporação, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação.

Importante destacar o § 6º do art. 4º que diz o seguinte: “Até 31 de dezembro de 2014, para os projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009, o percentual correspondente ao pagamento unificado dos tributos de que trata o caput será equivalente a 1% (um por cento) da receita mensal recebida. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)”

Quanto à compensação temos o § 2º do art. 4º “O pagamento dos tributos e contribuições na forma do disposto no caput deste artigo será considerado definitivo, não gerando, em qualquer hipótese, direito à restituição ou à compensação com o que for apurado pela incorporadora. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)”.

3.6.2 Regime especial para construções no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida

O programa foi instituído pela Lei nº 11.977/2009 a fim de incentivar a aquisição de moradia para famílias de baixa renda. Em 2011 tivemos o advento da Lei nº 12.424 que altera a Lei 11.977/2009, apresentando um incentivo à produção e aquisição de novas moradias, bem como requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais.

Nos termos do art. 1º da Lei 11.977/2009, o PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais)

O fator de benefício fiscal do PMCMV corresponde a 1% da receita bruta da incorporadora e é composto da seguinte forma¹⁰⁵:

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

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

¹⁰⁵Lei 10.931/04, art. 8º Parágrafo único. O percentual de 1% (um por cento) de que trata o § 6º do art. 4º será considerado para os fins do caput: (Incluído pela Lei nº 12.024, de 2009)

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

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

Outrossim, vale destacar que o valor limite do imóvel para que o indivíduo possa adquirir o imóvel através do programa MCMV é de R\$100.000,00.¹⁰⁶

CONCLUSÕES

Conforme destacado na introdução do presente estudo, pretendeu-se preliminarmente, uma análise abrangente e disciplinar de institutos do direito civil e do direito contábil societário, para que, com isso, fosse possível uma análise verificando a coerência e adequação da tributação sobre a renda no setor imobiliário.

Dessa forma, partiu-se do estudo das atividades imobiliárias no âmbito civil, após, um estudo dos elementos essenciais sobre o direito contábil societário, bem como tópicos da ciência contábil pertinentes ao tema proposto, para, no terceiro capítulo, analisar a coerência e adequação dos métodos de tributação da renda nas operações imobiliárias.

No percurso do estudo foram observadas importantes conclusões, as quais serão expostas a seguir.

1 - A princípio, verifica-se que o setor imobiliário tem características peculiares as quais devem ser consideradas para fins fiscais. Tal como o ciclo econômico que envolve o seu desenvolvimento ser de longo prazo de maturação, pois o desenvolvimento de um empreendimento imobiliário envolve desde atividades preliminares (pesquisa de mercado, elaboração e aprovação de projetos), esforço de vendas e construção, dentre outros; motivos esses pelo qual se fundamenta a necessidade de regras específicas para o setor. Motivo pelo qual as regras de tributação devem considerar esse desencaixe do fluxo de caixa entre a realização das operações e o recebimento dos recursos correspondentes.

¹⁰⁶Lei 10.931/ 04 Art. 4, §7o Para efeito do disposto no § 6o, consideram-se projetos de incorporação de imóveis de interesse social os destinados à construção de unidades residenciais de valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, de que trata a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

2 – Os bens imóveis são, geralmente, de baixa liquidez e isso acaba sendo um obstáculo para o mercado, necessitando dessa forma, de mecanismos que incentivem a liquidez desses bens, dessa forma os serviços imobiliários ressaltam sua importância, tais como o do corretor de imóveis.

3 – A lei 10.931/04 a qual inseriu o instituto do patrimônio de afetação e o seu regime especial de tributação na legislação, objetiva atribuir maior proteção aos credores da incorporação imobiliária, em especial os adquirentes dos imóveis e os agentes financeiros que destinam recursos para o mercado imobiliário. É justificável pelo fato de as empresas incorporadoras trabalharem com poupança popular, seja na venda antecipada de imóveis ainda em fase de construção, seja na captação de empréstimos originados de recursos de caderneta de poupança.

4 - Também observa-se uma necessidade de grandes aportes de capital para o desenvolvimento do empreendimento e para aquisição da unidade, seja por investidores, seja por aqueles que necessitam do imóvel, dessa forma, eleva-se a importância dos instrumentos financeiros de captação de crédito para as empresas, assim como a concessão de financiamentos imobiliários para os adquirentes dos imóveis. Razão pela qual observa-se a existência de um sistema organizado e incentivado para a utilização dos instrumentos financeiros imobiliários.

5 – O FII, é um instituto de relevante importância para o desenvolvimento dos empreendimentos atualmente e não têm personalidade jurídica. Tem como objetivo a viabilização de investimentos no mercado imobiliário por meio da emissão de título a investidores interessados em aplicar parte de sua poupança em papéis que têm lastro com os variados empreendimentos imobiliários.

6 – A definição de renda escolhida pela art. 43 do CTN é objeto de debate na doutrina, não havendo consenso quanto aos seus limites. A renda como acréscimo patrimonial foi privilegiada pelo código, no entanto determinadas imposições fiscais somente fazem sentido se considerarmos que a legislação adotou a teoria da renda-produto de uma fonte permanente. Entretanto, conclui-se que no setor, é possível encontrar atividades imobiliárias que se enquadram tanto no conceito de renda-acréscimo como no de renda-produto.

7 – Observa-se que as características do longo prazo de maturação das atividades e a baixa liquidez dos ativos, o princípio da realização da renda são de extrema importância para a análise da tributação sobre a renda nas atividades imobiliárias.

8 - O princípio da realização da renda se fundamenta pela presença da materialidade objetiva e segurança quanto ao recebimento da renda. Quando o relacionamos com as características mencionadas no item 5 (longo prazo de maturação e baixa liquidez dos ativos), este princípio se manifesta em grande parte pela aplicação do denominado regime de caixa. Ou seja, o momento do ingresso do dinheiro no caixa, o qual é considerado como momento ideal para a tributação da renda auferida no setor imobiliário, visto que é o momento em que se tem maior segurança quanto ao seu recebimento.

9 – Conforme destacado no item 2.4.1.2, o critério informador da realização da renda diz respeito ao momento em que deve ser reconhecido o rendimento. Considera-se realizado o lucro quando: a) a sua conversão em direitos acresça o patrimônio da pessoa jurídica, b) essa conversão se proceda mediante troca de mercado, c) a pessoa jurídica já tenha cumprido as obrigações que para ela nascem dessa troca e d) os direitos recebidos na troca tenham valor mensurável. O princípio da realização da renda relaciona-se com a disponibilidade jurídica ou econômica de renda, trata-se, na verdade, da determinação, para efeito do imposto de renda da pessoa jurídica, da especificação do exato momento em que ocorre a disponibilidade prevista no fato gerador do IRPJ.

10 – A disponibilidade econômica ou jurídica, que molda a definição do Fato Gerador do Imposto de Renda, deve ser interpretada como acréscimo ou disponibilidade sempre de direitos, de maneira que somente quando houver a aquisição de direitos se caracterizará a tributação da renda.

11 – As pessoas jurídicas obrigadas à apuração pelo lucro real, obrigatoriamente devem adotar o regime de competência, sendo a tributada independentemente do regime do ingresso financeiro. Entretanto, às pessoas jurídicas que apuram lucro na forma de lucro real, foi facultada a adoção do regime de caixa para as atividades de compra e venda, loteamento, incorporação e construção de imóveis. Faculdade essa permitida e fundamentada para os contratos de longo prazo de duração.

12 – É relevante saber qual é a sistemática de apuração do lucro, tendo em vista que as pessoas jurídicas que optarem pelo lucro presumido (destacando-se que não se trata de faculdade de todas as pessoas) poderá optar, também, pelo regime de caixa.

13 – A tributação presumida apresenta-se como um incentivo legal às empresas com menor poder econômico, sem a necessidade de manter controles fiscais complexos como os exigidos na apuração do lucro real.

14 – A tributação presumida atende ao princípio da praticabilidade, ao estabelecer um sistema simplificado que viabilize a apuração da base de cálculo. Apresenta-se, ainda, como uma sistemática que assegura o princípio da igualdade, na medida em que estabelece para as empresas de menor porte uma forma de apuração diferente das empresas de grande porte. Da mesma forma encontra-se atendido o reclamo ao tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte garantido pelo art. 179 da Constituição Federal.

15 - A Lei nº 11.638/07 inseriu novas regras onde o lucro contábil distancia-se do lucro fiscal, o que demandará do legislador e das autoridades fiscais maior atenção aos princípios do direito tributário norteadores do Imposto de Renda. Pois, enquanto as novas regras privilegia a essência sobre a forma, o fato gerador de renda tributa a renda juridicamente reconhecida, refletida no acréscimo patrimonial do contribuinte.

16 – As novas regras contábeis não servem mais como ponto de partida para apuração do lucro fiscal, pois distanciou-se dos conceitos jurídicos de patrimônio, renda e lucro, necessários para a compreensão do fato gerador do imposto de renda.

17 - Com intuito de ajustar tais discrepâncias, criou-se o Regime Tributário de Transição – RTT, inseridos pelas Leis nº 11.638/07 e nº 11.941/09, pelo qual a contabilidade societária no Brasil veio a ser independente das normas previstas na legislação tributária, relevando a importância do princípio da neutralidade.

18 – Como regra geral, para as pessoas jurídicas, caso o imóvel alienado for produto de uma empresa que tenha como objeto a compra e venda de imóveis, a alienação configura-se uma atividade empresarial e consequentemente a receita de venda é considerada uma receita operacional. Entretanto, caso uma pessoa jurídica que não tenha como objeto a compra e venda de imóveis, a tributação será tratada como ganho de capital.

19 - Quanto a tributação da Permuta, conforme se verificou no capítulo I, especificamente no item 1.1.1 o instituto não tem como pressuposto a definição de preço propriamente dito, como ocorre nos contratos de compra e venda. Na Permuta tem-se a obrigação de troca recíproca de bens, diferentemente do que ocorre no contrato de compra e venda. Entretanto, a legislação tributária estabelece que não haverá resultado tributável na operação da Permuta para as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, uma vez que a receita será igual a despesa motivo pelo qual não haverá resultado a apurar.

20 - Ocorre que, para as pessoas jurídicas que optarem pelo lucro presumido, a apuração do resultado tributável é realizada por meio da presunção de um percentual de lucro sobre a receita, sendo irrelevante o valor da despesa para esse fim. Nesse caso, na alienação de bens do estoque por meio da permuta incide-se a tributação por meio da aplicação do coeficiente de presunção do lucro sobre o valor do preço do bem objeto de permuta. A polêmica reside no fato de que não há condições de objetividade para se determinar o preço de mercado para fins de tributação neste caso, tendo em vista que o contrato de permuta não tem como pressuposto o elemento do preço.

21 – Nas vendas à vista de imóveis prontos, os valores recebidos com a transação deverão ser tributados quando do efetivo recebimento, sendo a receita lançada em conta de resultado e contraposto ao custo do imóvel já pronto. Neste caso, o regime de caixa e de competência não se conflitam, pois em ambos coincide o momento da tributação.

22 – Ainda, nas vendas à vista de imóvel pronto, é discutível se as reservas de imóveis efetuadas tipificam o fato gerador que determina o momento do reconhecimento da receita recebida, a exemplo do que ocorre com a reserva ou compromisso sem título registrado em cartório. Neste tipo de reserva, entende-se que não há o acréscimo patrimonial, bem como não se configura a disponibilidade econômica e jurídica de renda, pois a reserva, mesmo acompanhada de pagamento, não atribui direito ao vendedor de dispor dos recursos recebidos; diferentemente do que ocorre quando há compromisso de compra e venda, neste caso haverá registro em cartório.

23 – Nas vendas à vista de unidade em construção, a IN SRF n 84/79 prevê o reconhecimento da receita contra os custos já ocorridos no decorrer da obra. Entretanto tal entendimento afronta o regime de competência, em especial por não atender ao princípio do emparelhamento das receitas com as despesas, uma vez que a unidade vendida não se encontra terminada. Do mesmo modo, afronta o princípio da realização da renda, uma vez que

para a renda ser realizada deverá haver o pressuposto do cumprimento de todas as obrigações por parte do vendedor, o que não ocorre nas vendas de imóveis em construção.

24 - A legislação oferece um mecanismo para ajustar às vendas à vista de unidade em construção, a sistemática do custo orçado. Esta busca viabilizar a aplicação do regime de competência na medida em que cria um mecanismo que atenda aos princípios da realização da renda e do emparelhamento das receitas com as despesas. Sendo facultado o reconhecimento antecipado dos custos previstos para a obra possibilitando ao contribuinte tributar o lucro previsto para o empreendimento.

25 – Quanto ao momento do reconhecimento do lucro nas vendas de unidades imobiliárias a prazo, o art. 413, ao determinar a tributação quando do recebimento, é medida que atende ao princípio da realização da renda e à disponibilidade jurídica econômica e jurídica, pois somente nesse momento que ocorre o acréscimo patrimonial do contribuinte.

26 – A determinação de tributação da correção monetária e juros decorrentes das vendas a prazo, de forma diversa da parcela do preço da unidade imobiliária, desrespeitam a natureza econômica das referidas receitas, pois não se trata de acréscimos financeiros, mas sim de parcela do valor do imóvel vendido. De modo correto a Lei n 11.196/05 regulou o assunto no sentido de que as mencionadas receitas financeiras imobiliárias, pela apuração do lucro presumido, devem ser tributadas como parte do preço de venda do imóvel.

27 - Para fins de reconhecimento da receita em contratos com cláusulas suspensivas na compra e venda de imóveis, tais cláusulas suspendem a eficácia do contrato até sua implementação o que gera um diferimento do reconhecimento da receita recebida.

28 – As atividades de loteamento são equiparadas para fins fiscais às vendas de imóveis, mesmo para as empresas de desenvolvimento urbano que participam do empreendimento (para o agente econômico que não seja proprietário da gleba). Tratamento este, fundamentado pelo princípio da igualdade, na medida em que atribui cargas fiscais idênticas para contribuintes de situações econômicas similares.

29 - Como regra geral, o FII não é tributado no rendimento decorrente do empreendimento imobiliário executado, a imposição fiscal ocorre quando da distribuição de lucros (rendimento das quotas) aos investidores. Há determinação semestral de no mínimo 95% do resultado do FII calculado pelo regime de caixa, uma vez que esses rendimentos somente poderão ser conhecidos no término dos referidos negócios.

30 – Ocasionalmente, os FIIs são comparados, para fins fiscais, às pessoas jurídicas, quando são organizados como uma empresa, descaracterizando-os como veículos de investimento. Tal ocorre quando o fundo investir em empreendimento no qual o incorporador imobiliário, investidor ou empreendedor do setor imobiliário seja cotista com mais de 25% de participação. Atendendo dessa forma o princípio da igualdade atribuindo o mesmo tratamento fiscal para contribuintes que se encontram em situação similar.

31 – Nas operações de Securitização de Recebíveis, a tributação da receita auferida deve observar a natureza jurídica da operação; caso se trate de securitização de créditos de imóvel a prazo, a sua imposição será a mesma se considerada a antecipação daqueles créditos pelo cliente comprador. Nos créditos ainda não nascidos, a solução é utilizar os mecanismos informadores do sistema com observância do princípio do regime de competência e do emparelhamento das receitas com as despesas.

32 - Quanto ao RET referente ao Patrimônio de Afetação, observa-se que se assemelha, em termos econômicos, ao lucro presumido, mas difere quanto a justificativa, o que fundamenta a imposição de regras distintas daquelas aplicáveis à tributação presumida. Enquanto a tributação presumida implementa a base de cálculo prevista no art. 44 do CTN, atende ao princípio da praticabilidade pertinente ao tratamento diferenciado para empresas de pequeno porte, o regime especial serve à viabilização da segregação patrimonial e consequentemente aos seus objetivos de proteção à poupança pública.

Dessa forma, observa-se que além do aspecto quantitativo da tributação (efetiva carga tributária), verifica-se também o tratamento diferenciado quanto ao momento em que se considera realizada a renda do setor imobiliário, pois são diversas as hipóteses de adoção ao regime de caixa.

Observa-se, também que o tratamento da tributação da renda no setor imobiliário tem regras específicas, estas, por sua vez, encontram-se em consonância com os princípios constitucionais da busca pelo pleno emprego, e o Direito social à moradia. No entanto, mudanças legislativas sempre irão ocorrer no setor imobiliário, tais mudanças não devem deixar de observar os princípios norteadores do sistema tributário, muito menos os preceitos e garantias constitucionais, a fim de se garantir a segurança do sistema tributário no setor imobiliário visando Justiça ante a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense 2001.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto Sobre a Renda e Preços de Transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Imposto sobre a Renda (perfil constitucional e temas específicos)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARVALHO, Mario T. Martins. **Regime Jurídico dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo, 2010
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. v. 3.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Natureza Jurídica do Balanço. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COSTA, Alcides Jorge. Conceito de Renda Tributável. MARTINS, Ives Gandra Martins (coord.). In: **Estudos sobre o Imposto de Renda** (em memória de Henry Tilbery). São Paulo: Resenha Tributária. 1994
- COSTA, Alcides Jorge. Direito Tributário e Direito Privado. In: MACHADO, Brandão. **Direito Tributário** – estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984.
- COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária, exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte**. São Paulo: Malheiros 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERRAZ, Roberto (coord.). **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREITAS, Ricardo de Santos. **Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

FREITAS, Rodrigo de. **Reconhecimento, Mensuração e Tributação da Renda no Setor Imobiliário**. 2012. 349 f. Mestrado (dissertação) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. **Traços do Perfil Jurídico de um Shopping Center**. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (coords.). **“Shopping Centers”** – aspectos Jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1984.

GONÇALVES, Alexandre Tadeu Navarro Pereira. **Tributação das Operações Imobiliárias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

GRAUS, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HIGUCHI, Hiromi Fábio Hiroshi HIGUCHI, Celso H. **Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HOLMES, Kevin. **The Concept of Income**. A Multi-disciplinary analysis. The Netherlands: IBFD, 2000.

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Teoria da Contabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARION, José Carlos. **Introdução à Teoria da Contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

IUDÍCIBUS, Sergio de; MARTINS, Eliseu; GELBKE, Ernesto Rubens. **Manual de contabilidade das sociedades por ações: aplicável às demais sociedades**. São Paulo: Atlas, 2008

LAULETTA, Andrea Bazzo; NOVELLO, Guilherme Lautenschlaeger. Os efeitos Tributários Decorrentes das Novas Regras Contábeis de Depreciação. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.) **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. v. 2. São Paulo: Dialética, 2011.

LEMKE, Gisele. **Imposto de Renda: os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica**. São Paulo: Dialética, 1998.

LOPES, Alexsandro Broedel; MARTINS, Eliseu. **Teoria da Contabilidade: uma nova abordagem**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARION, José Carlos. **Curso de Contabilidade Para Não Contadores** – para as áreas de Administração, Economia, Direito e Engenharia. 4. ed. São Paulo: Atlas.

MARTINS, Natanael. A reforma da lei das sociedades anônimas: Lei 11.638/2007 e seus efeitos na área tributária. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 40, p. 6 abr/jun. 2008.

MARTINS, Ricardo Lacaz, **Tributação da Renda Imobiliária**. 2009. 303 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. **Extrafiscalidade: Análise Semiótica**. 2009. 319 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MODESTO CARVALHOSA. Imposto de Renda. Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional. **Revista de Direito Público**, nº, jul.-set., 1967

MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.) **Controvérsias Jurídico-Contábeis** (Aproximações e Distanciamentos). v. 4. São Paulo: Dialética, 2013.

NAKAO, Silvio Hiroshi. **Um Modelo de Tributação da Renda por Fluxos de Caixa Realizados**. 2003. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Manual de Crédito Imobiliário**. Campinas: Ed. LZN, 2005

PEDREIRA, José Bulhões. **Imposto Sobre a Renda: Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: JUSTEC. 1979 v.1

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto de Renda**. Rio de Janeiro: APEC, 1969.

POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda e sua Aplicação no Imposto de Renda da Pessoa Jurídicas**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SZTAJN, Rachel. Quotas de fundos imobiliários: novo valor imobiliário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, a. 33, n. 93, p. 104-108, jan./mar. 1994.

TILBERY, Henry. **Imposto de Renda, Pessoas Jurídicas, Integração entre sociedade e sócios**. São Paulo: Atlas, 1985.

TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada – Simulação – Elusão Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**. Contratos em Espécie. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnold. Da Natureza jurídica do fundo imobiliário. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 86, n. 309, p. 9-14, jan./mar. 1990.

ZILVETI, Fernando Aurélio. O Princípio da realização da Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). **Direito Tributário**. Homenagem a Alcides Jorge Costa. v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003.