

DUARTE GARCIA, CASELLI GUIMARÃES E TERRA

---

ADVOGADOS

**PATRIMÔNIO DE  
AFETAÇÃO**

Advogado:  
Marcelo Terra

## **1. Objetivo do patrimônio de afetação**

O patrimônio de afetação se destina à consecução da incorporação correspondente e entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes (art. 31-A).

Seus recursos financeiros serão utilizados para:

- a) - pagamento; ou
- b) - reembolso das despesas inerentes à incorporação (art. 31-A, § 6.º).

- O incorporador mantém a plena titularidade do patrimônio afetado, mas sua disponibilidade passa a ser relativa e condicionada.
- A recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária não alteram a regra da separação patrimonial, pois os patrimônios afetados, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados do falido, até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida e inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer (Lei n.º 11.101/05, art. 119, inciso IX).

## **2. Opção do incorporador**

A incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, sempre a critério do incorporador (art. 31-A).

### **2.1. Razões para sua constituição**

Considerando as claras deficiências do patrimônio de afetação (sob a ótica do incorporador), o empresário somente aderirá a tal regime em uma das circunstâncias abaixo:

- a) - se eventual benefício do RET compensar os riscos da gestão e da potencial interferência dos condôminos;
- b) - se houver imposição, como condição negocial, para fins de concessão de financiamento à produção;
- c) - se houver imposição pelo mercado comprador;
- d) - se houver imposição, como condição negocial, para fins de concessão de apólice de seguro-garantia.

### **3. Momento da opção**

O patrimônio de afetação poderá ser constituído a qualquer tempo (art. 31-B), devendo se caracterizar o divisor de águas entre o afetado e o não afetado.

Dúvidas:

- a) - estão afetados os recebíveis vincendos pós-afetação decorrentes de venda de unidades antes da vinculação;
- b) - necessidade ou não de negativas fiscais? E as negativas forenses?

## 4. Anuência

A lei não exige a anuência:

- a) - dos condôminos, adquirentes de unidades alienadas antes da instituição do regime patrimonial diferenciado;
- b) - do agente financiador da construção, caso a instituição se formalize antes do mútuo;

c) - do proprietário do terreno, permutante e credor de unidades autônomas do futuro empreendimento.

Mas, a questão não se apresenta pacífica: há quem entenda o contrário, razão pela qual se recomenda a inclusão de expressa anuência à futura instituição do patrimônio de afetação nos contratos de aquisição do terreno, de alienação de unidades e de empréstimo à produção.



## 5. A constituição

A afetação patrimonial se constitui mediante averbação, ao pé da matrícula, do termo firmado pelo incorporador.

Dúvidas:

- a) - emolumentos, quando da constituição concomitante ao do registro do memorial de incorporação;
- b) - emolumentos, quando do posterior registro.

## **6. Segregação patrimonial**

Integram o patrimônio de afetação (art. 31-A):

- a) - o terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária;
- b) - os demais bens e direitos a ela vinculados;
- c) - o produto da cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias (art. 31-A, § 4.º).

Esses bens manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador (art. 31-A).

O patrimônio de afetação não se comunica (art. 31-A, § 1.º):

- a) - com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador;
- b) - com outros patrimônios de afetação por ele constituídos.

O patrimônio de afetação somente responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva (art. 31-A, § 1.º), não sendo atingido pelos efeitos da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador (art. 31-F).

Dúvidas:

- a) - e as dívidas do incorporador vencidas antes da afetação? Poderá se caracterizar fraude de execução ou fraude contra credores?
- b) - os bens integrantes do patrimônio de afetação são impenhoráveis por outras dívidas; e a penhora para assegurar crédito trabalhista?

## 7. Preço do terreno

O reembolso ao incorporador do preço de aquisição do terreno obedecerá aos seguintes requisitos (art. 31-A, § 7.º):

- a) - somente poderá ocorrer quando da alienação das unidades autônomas;
- b) - considerará a proporção das respectivas frações ideais;
- c) - considerará somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

Dúvida: seria possível a restituição também de juros sobre capital próprio (capital investido, enquanto não alienadas unidades autônomas)?

Dúvida: Qual o preço? O original, corrigido monetariamente? Ou o valor venal atual? Juros? E na permuta com torna em dinheiro? Proporcionalidade?

O art. 31, § 7º, não regra a forma do reembolso das despesas inerentes à incorporação, o que pode/dever estar previsto no memorial de incorporação e no contrato de alienação de unidades autônomas do empreendimento.

## **8. Não afetação patrimonial**

Excluem-se do patrimônio de afetação:

- a) - os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, considerando-se os valores a receber até sua conclusão, e, bem assim, os recursos necessários à quitação do financiamento para a construção, se houver (art. 31-A, § 8.º, inciso I);

b) - o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação de construção contratada sob o regime de empreitada ou por administração (art. 31-A, § 8.º, inciso II).

Entendo também não afetáveis os recursos auferidos pelo incorporador, a título de:

a) - locação/arrendamento de vagas de garagem;

b) - locação/arrendamento de espaços publicitários.



Igualmente não afetáveis, segundo meu pensamento:

- a) - os recursos necessários à restituição aos condôminos em decorrência da extinção do respectivo contrato de alienação de unidades autônomas (Código de Defesa do Consumidor, art. 53), podendo o incorporador dispor do numerário para restituição do condômino rescindendo;
- b) - as unidades devidas em permuta ao antigo proprietário do terreno.

## **9. O grande erro do patrimônio de afetação**

A atividade empresarial da incorporação imobiliária a preço fechado sofre uma grande reviravolta, tratando-se de um novo mundo, uma nova cultura.

A nova lei trata o incorporador como mero administrador de recursos de terceiros, mas o mantém como o único e exclusivo responsável pelo insucesso do empreendimento.

O incorporador perde toda e qualquer liberdade de gestão dos recursos, a escolha do melhor momento de sua utilização, de compra de materiais, de contratação de serviços.

Há uma inegável preocupação do incorporador quanto à necessidade de proteção de seus dados empresariais sigilosos (custo de construção, margem de rentabilidade, etc).

## **10. A deliberação de continuidade das obras**

Decidindo pela continuação da obra, os condôminos se sub-rogam automaticamente nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver (art. 31-F, § 11).

Cada condômino responderá individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação (art. 31-F, § 12).

A responsabilidade individual de cada condômino será calculada:

- a) - na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades;
- b) - ou por outro critério deliberado em assembléia geral por 2/3 dos votos dos adquirentes.

Dúvida: o inadimplemento do empreendedor pode ser dar:

- a) - perante o alienante do terreno (não pagamento do preço em dinheiro, ou a não entrega das unidades compromissadas em permuta);
- b) - perante o grupo de adquirentes (não conclusão das obras).

Tais eventos podem ocorrer isoladamente ou concomitantemente. Na hipótese de duplo inadimplemento, qual interesse prevalece: o do alienante do terreno em eventual rescisão do contrato e reembolso aos condôminos do valor das acessões edificadas, ou o do grupo de condôminos em continuar com o empreendimento e entregarem as unidades prometidas em permuta?

## **11. Responsabilidade dos condôminos**

Os condôminos deverão pagar (art. 9.º) as obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador até:

- a) - um ano da deliberação de continuidade da obra;
- b) - ou até a data da concessão do "habite-se", se esta ocorrer em prazo inferior a um ano da deliberação de continuidade da obra.



Se os condôminos não pagarem tais obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias (art. 9.º) haverá:

- a) - a perda da eficácia (absoluta ou relativa?) da deliberação pela continuação da obra;
- b) - a cessação dos efeitos do regime de afetação.

## 12. Algumas questões de ordem prática

- **Auditoria:** o patrimônio de afetação pode ser fiscalizado e acompanhado, por pessoa física ou jurídica, nomeada pela instituição financiadora da obra ou pela comissão de representantes (art. 31-C) a suas expensas, sem transferir ao nomeante qualquer responsabilidade pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou do

construtor, seja legal ou a oriunda dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, de construção e de outros contratos eventualmente vinculados à incorporação (art. 31-C, § 1.º), devendo o incorporador lhe assegurar o acesso a todas as informações necessárias à verificação do montante das obrigações vinculadas ao patrimônio de afetação (art. 31-F, § 19).

- **Balancetes:** o incorporador entregará à comissão de representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação (art. 31-D, inciso VI).

- **Conta de depósito específica:** os recursos financeiros do patrimônio de afetação são mantidos e movimentados pelo incorporador em conta de depósito aberta especificamente para tal fim (art. 31-D, inciso V).
- **Devolução de quantias pagas:** os valores restituíveis aos compradores de unidades (CDC, art. 53) deveriam igualmente ser somente disponibilizados após a extinção do patrimônio de afetação.

- **Extinção:** o patrimônio de afetação se extingue (a requerimento ou de ofício):
  - a) - pela averbação da construção, registro dos títulos de transferência de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento (art. 31-E, inciso I);

- b) - revogação em razão de denúncia da incorporação (prazo de carência), depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas, ou de outras hipóteses previstas em lei (art. 31-E, inciso II); em face desse dispositivo, conveniente que a afetação somente seja requerida **após** o implemento das condições previstas no prazo de carência;
  
- c) - por liquidação deliberada pela assembleia geral dos condôminos (art. 31-E, inciso III);

d) - por não pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, sempre um até um ano da deliberação de continuidade da obra, ou até a data da concessão do "habite-se", se esta ocorrer em prazo inferior (art. 9º, da Lei n.º 10.931/04).

- **Plano de contas (ou Relatório Gerencial):** embora não haja qualquer determinação no texto legal, extremamente conveniente que o incorporador estabeleça um prévio plano de contas, o mais detalhadamente possível, de tal forma que a liberação dos recursos do patrimônio de afetação para custeio e reembolso das despesas se proceda do modo mais simples e direto possível, sem que a comissão de representantes e/ou o agente financiador causem obstáculos sem justa causa.



- **Relatórios:** o incorporador entregará à comissão de representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela comissão de representantes (art. 31-D, inciso IV).

São Paulo, março de 2010.

# DUARTE GARCIA, CASELLI GUIMARÃES E TERRA

---

ADVOGADOS

WWW.DGCGT.COM.BR

## MARCELO TERRA

Sede São Paulo

E-mail: [marceloterra@dgcgt.com.br](mailto:marceloterra@dgcgt.com.br)

Telefone: (55 11) 3841- 7500 R. 244/326



### SÃO PAULO - BRASIL

Rua Funchal, 129 - 8º, 9º, 10º e 11º andares

04551-060 - São Paulo - SP

Estacionamento pela Rua Helena/Senegâmbia

Tel.: (55 11) 3841.7500 / Fax: (55 11) 3846.5028



### BRASÍLIA - BRASIL

SAS, Quadra 03, Bloco C, nº 22 - Sala 610

70070-030 - Brasília - DF

Tel.: (55 61) 3321.4253 / Fax: (55 61) 3223.8420



### BEIJING - CHINA

Nº 10 - Ya Bao Road, Room 11-01 B - The Gateway Building

ZIP 100020 Chao Yang District - Beijing - PRC

Tel.: (86 10) 8562.6081 / Fax: (86 10) 8562.6082