

O *BUILT TO SUIT* E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Andre Luiz dos Santos Nakamura*

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Características Gerais do Contrato de Built to suit; 3 Disciplina Legislativa do Built to suit; 4 O Built to suit como Modalidade de Contrato Administrativo; 5 A Rescisão Unilateral por Iniciativa da Administração Pública do Contrato de Built to suit; 6 A Licitação no Contrato de Built to suit; 7 Demais Aspectos do Contrato do Built to suit com a Administração Pública; 8 O Built to suit e a Concessão Administrativa (PPP); 9 Conclusões; Referências.*

RESUMO: Este artigo pretende analisar o contrato do *built to suit* como uma modalidade de contrato administrativo. O método utilizado foi o indutivo. O ponto de partida foi a edição da Lei 13.190/2015 que previu o *built to suit* como uma modalidade de contrato administrativo. A partir disso, foi inserido referido contrato dentro da disciplina geral dos contratos celebrados pela Administração Pública, bem como nos princípios que regem a contratação pública. O resultado foi a formulação de uma disciplina do *built to suit* conforme os princípios que regem a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: *Built to suit*; Concessão administrativa; Contrato administrativo; Licitação; Locação.

BUILT-TO-SUIT AND PUBLIC ADMINISTRATION

ABSTRACT: The built-to-suit contract is analyzed as an administrative contract modality through the inductive method. Law 13190/2015 inserts the built-to-suit modality within the administration contract and the general discipline of contracts celebrated by the Administration, coupled to the principles that regulate government contracts. The elaboration of a built-to-suit discipline was prepared according to the principles of public administration.

KEY WORDS: Built-to-suit; Location; Administrative contract; Tender; Administrative concession.

* Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (PPGDPE) na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil; Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Procurador do Estado de São Paulo, Brasil; E-mail: alsnadv@gmail.com

EL INCORPORADO A LA MEDIDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar el incorporado a la medida como un contrato con el gobierno. El método utilizado fue inductivo. El objeto inicial de nuestros estudios fue la promulgación de la Ley 13190/2015 predijo construido para adaptarse como un contrato con el gobierno. A partir de la nueva regulación legal, entramos en el contrato dentro de la disciplina general de los contratos del gobierno y en sus principios. Nuestro resultado fue la formulación de una disciplina construida para adaptarse de acuerdo con los principios de Gobierno.

PALABRAS-CLAVE: Arrendamiento; Contrato administrativo; Incorporado a la medida; La subasta; Parcerias público privadas.

INTRODUÇÃO

O contrato do *built to suit* começou a ser utilizado no Brasil em razão do crescimento do mercado imobiliário, impulsionado pela necessidade cada vez maior das empresas de se instalarem em imóveis adequados às suas especificidades, porém, sem a imobilização do seu capital. Tratava-se de um contrato atípico que foi posteriormente regulamentado, pela primeira vez no direito positivo nacional, pela Lei 12.744/2012 e, por fim, pela Lei 13.190/2015. Esta previu a referida modalidade de contratação para a Administração Pública.

Entretanto, referida modalidade de contratação surgiu na iniciativa privada, onde prepondera o princípio da disponibilidade dos interesses privados, bem como a igualdade entre as partes contratuais. Na relação contratual onde uma das partes é a Administração Pública, em razão dos princípios da indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado, o regime do *built to suit* deve ser compatibilizado com a disciplina jurídico-administrativa.

Serão objeto de análise as principais características do contrato de *built to suit*, a sua disciplina legal, bem como a necessidade de adaptação da referida disciplina aos princípios que regem a Administração Pública. Pretende-se estabelecer as premissas para que o *built to suit* possa representar um importante instrumento contratual, com ganhos de economicidade e eficiência, para o atendimento das necessidades públicas na obtenção de um imóvel para o desenvolvimento da atividade administrativa.

2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO DE *BUILT TO SUIT*

O *built to suit* é o contrato por meio do qual o locatário contrata com locador a construção de uma edificação, de acordo com as especificações dadas por aquele, que pagará a este, mensalmente, um valor que se destina a remunerar o uso do imóvel e amortizar o investimento realizado. Segundo a doutrina¹:

Trata-se de operação em que as partes, por meio de um único instrumento contratual, entabulam a contratação de locação atípica necessariamente precedida da contratação de construção. O empreendedor-locador, em terreno de sua propriedade, constrói para o empresário-locatário de acordo com as necessidades deste último para, em contrapartida, locar ao empresário-locatário por médio ou longo prazo em condições diferenciadas e previamente negociadas que propiciem ao empreendedor-locador um retorno financeiro interessante.

As obrigações do locador são as seguintes: a) adquirir imóvel ou disponibilizar imóvel de sua propriedade; b) elaborar o projeto da obra; c) edificar a construção nos termos das instruções fixadas pelo locatário; d) conceder ao locatário, pelo prazo pactuado, o uso e gozo do imóvel construído, pronto para a finalidade a que se destina.

O terreno pode ser de propriedade do locador ou ser adquirido de terceiro para a edificação contratada. O objeto do contrato pode consistir, também, na modificação substancial em imóvel já existente, desde que o torne perfeitamente adequado à finalidade do locatário; assim, a edificação não precisa “começar do zero”, ou seja, em um terreno não edificado. Entretanto, a modificação na edificação deve ser substancial, de forma a justificar uma contrapartida de maior vulto que se destinará à amortização do investimento realizado². Também é possível que a edificação se dê no terreno do locatário; nesse caso, o locador irá realizar a edificação e o valor a ser pago pelo locatário destinar-se-á ao pagamento do investimento realizado, devendo, nessa hipótese, necessariamente, ser prevista a cláusula de reversão da edificação para a propriedade do locatário, ao término do contrato.

¹ MOREIRA, Camila Ramos. Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, jan./jun. 2015.

² “Construir sob encomenda ou sob medida na modalidade built to suit envolve algo muito mais complexo e não se confunde com uma simples reforma ou uma construção qualquer. Trata-se de uma prestação que, pelos riscos inerentes, acaba ditando as contrapartidas que serão posteriormente impostas ao empresário-locatário”. MOREIRA, Camila Ramos. Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, jan./jun. 2015.

O locatário, por sua vez, terá que definir o local ideal para a construção, especificar as instalações necessárias, analisar o projeto e aprová-lo e, por fim, pagar ao locador uma contrapartida pecuniária que remunere a fruição da coisa, o investimento realizado³ e o lucro deste. Dessa forma, o contrato, em regra, tem prazos médios ou longos, possibilitando, assim, a amortização do investimento realizado.

Trata-se de contrato originário do direito norte-americano. A tradução seria “fazer para servir”. Trata-se de um instrumento eficaz para que uma empresa possa obter um imóvel, de acordo com as suas necessidades específicas, sem a necessidade de imobilização de seu capital. “Na perspectiva de explorar novos mercados, expandindo negócios, sem, contudo, ‘imobilizar’ capital de investimento, redes do varejo e indústrias enxergaram no contrato *built to suit* uma solução⁴”. Com o *built to suit*, as empresas evitam a imobilização de ativos fixos e o comprometimento de parcelas significativas do fluxo de caixa operacional em atividades não diretamente vinculadas à atividade finalística da entidade.

Outra vantagem para as empresas privadas é a possibilidade de contabilização dos valores pagos em decorrência dos contratos de *built to suit* como despesas operacionais, com redução da carga tributária, em razão da possibilidade de dedução dos valores pagos a título de aluguel na apuração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ, tributado com base no lucro real, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSSL. Tal redução tributária tem se mostrado como um dos fatores preponderantes para o crescimento do *built to suit*.

O surgimento do *built to suit* decorre de um ambiente de expansão do mercado imobiliário⁵, e da existência de um ambiente de segurança jurídica decorrente da criação de fundos imobiliários e da securitização de créditos imobiliários⁶. Trata-

³ “O contratante-usuário, a seu turno, terá o direito de possuir e fruir o bem por certo prazo, sempre em consonância com os fins ajustados. Noutra ponta, como dito, incumbir-lhe-á pagar a remuneração periódica fixada (o aluguel), de modo a amortizar o dispêndio suportado a seu favor pelo contratado-locador”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, jan./jun. 2012.

⁴ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, jan./jun. 2012.

⁵ “[...] operação *built to suit*, contrato originário do direito norte-americano, que veio, de um lado, atender ramos da economia cuja atividade principal volta-se ao varejo, à indústria etc. e, de outro, fomentar os empreendedores da seara imobiliária”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, jan./jun. 2012.

⁶ “O fortalecimento dos fundos imobiliários e a intensificação da securitização de recebíveis (créditos) imobiliários, ambos impulsionados pela criação do patrimônio de afetação, proporcionaram uma ramificação das operações imobiliárias tradicionais, que passaram a ser alimentadas por novos fluxos de investimento”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, jan./jun. 2012.

se de um importante instrumento para impulsionar o crescimento do mercado imobiliário⁷. Assim, o mercado criou uma nova figura contratual, o que é comum, visto que “quanto maior o desenvolvimento da vida econômica, mais cresce o número de novas figuras contratuais⁸”.

Como a remuneração do contratado-locador é paga mediante uma remuneração mensal de médio a longo prazo e este necessita realizar um aporte inicial de monta para a construção do imóvel, normalmente ocorre a captação dos recursos necessários aos investimentos no mercado de capitais. Assim, contratos conexos podem ser celebrados no âmbito da relação contratual do *built to suit* como forma de captação de recursos financeiros:

Ainda, para viabilização do negócio, podem também ser celebrados outros contratos conexos e tangenciais, de captação de recursos e cessão de recebíveis, por exemplo, com distintos investidores ou agentes financeiros. Aliás, foi justamente esse cenário que hoje permite o entrelace de contratos conexos - oferecendo sólidas garantias contratuais, fortalecimento dos fundos de investimento, intensificação da securitização de créditos imobiliários, novos fluxos de investimento e consumo - que mais fomentou o desenvolvimento de operações *built to suit* no Brasil ao longo dos últimos 15 anos⁹.

A forma mais usual pela qual ocorre a captação de recursos para viabilizar o empreendimento do *built to suit* se dá pela emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, por meio de uma companhia securitizadora, conforme disciplina da Lei 9.514/97¹⁰. A companhia securitizadora emite o Certificado de Recebíveis Imobiliários, cujo lastro é o contrato de *built to suit*, providenciando a averbação

⁷ “Foi nesse contexto de relações entrelaçadas (produtor-consumidor-investidor), lastreadas em garantias legais, que o mercado acolheu a operação *built to suit*, permitindo que empresas atuantes em setores distintos do imobiliário direcionassem seus esforços a suas atividades principais, enquanto a empreendedores imobiliários passou a caber a consecução dos imóveis que àquelas serviriam”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, jan./jun. 2012.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92. V. III.

⁹ MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, jan./jun. 2015.

¹⁰ 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:

I - 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);

II - 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.

junto ao Oficial de Registro de Imóveis. Hoje, cerca de 30% das operações de securitização imobiliária decorrem dos contratos do tipo *built to suit*¹¹.

Dessa forma, se o *built to suit* envolver a captação de recursos no mercado de capitais, terá um terceiro como parte da relação contratual: o securitizador. O empreendedor-locador adquire um imóvel, edifica conforme as especificações exigidas pelo locatário e contrata uma companhia securitizadora para a qual transfere os créditos decorrentes do contrato para receber antecipadamente o valor do investimento, mediante a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários no mercado de capitais.

3 DISCIPLINA LEGISLATIVA DO *BUILT TO SUIT*

Não havia a previsão do *built to suit* no ordenamento jurídico positivo nacional. Tratava-se de contrato atípico utilizado pelos empresários e incorporadores do mercado imobiliário. Tem natureza de contrato misto que, segundo Orlando Gomes, “é o que resulta da combinação de elementos de diferentes contratos, formando nova espécie contratual não esquematizada em lei¹²”. O contrato do *built to suit* contém elementos do contrato de locação e do contrato de empreitada.

Entretanto, com a expansão do uso do *built to suit* era esperada a sua tipificação legal. Conforme clássica lição da doutrina, “as relações econômicas habituais travam-se sob as *formas jurídicas* que, por sua frequência, adquirem *tipicidade*¹³”. A primeira previsão decorreu da Lei 12.744/2012 que inseriu o art. 54-A à Lei 8.245/91¹⁴.

A Lei 12.744/2012 disciplinou o *built to suit* como um contrato de locação. Entretanto, o *built to suit*, apesar de se aproximar do contrato de locação, contém elementos específicos que o tornam muito mais complexo que uma mera relação locatícia. A relação contratual do *built to suit* possui obrigações completamente

¹¹ <http://www.uqbar.com.br/institucional/oque/Publicacoes.jsp>

¹² GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 104.

¹³ *Ibidem*, 2000, p. 102.

¹⁴ Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

^{§10} Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

^{§20} Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação”.

alheias a um contrato de locação, como a seleção/aquisição de imóvel e a construção de obra sob medida, ou seja, conforme orientação do contratante.

Na verdade, houve a absorção do núcleo do contrato de locação por uma nova estrutura que é sustentada por uma obrigação totalmente diversa do âmbito da relação locatícia. O núcleo da relação do *built to suit* é a obrigação da construção sob medida e a consequente contrapartida financeira que tem por finalidade, principalmente, amortizar o investimento realizado e, de forma secundária, retribuir o uso da coisa. Sobre a natureza do contrato de *built to suit* a doutrina ensina que ele:

Representa mais que uma adição de elementos secundários ao contrato de locação, tanto que este resulta desfigurado. A presença de certos caracteres da locação não impede que o núcleo deste contrato seja absorvido por uma nova estrutura, cujo eixo conforma-se de maneira diversa... em nosso sentir, o verdadeiro traço diversificante emerge da obrigação de *construir sob medida* (que não se confunde com mera reforma ou outra construção qualquer). É essa prestação que, em maior escala, dita as contrapartidas que serão impostas ao contratante (ou locatário)¹⁵.

Em razão do uso cada vez mais frequente do contrato do *built to suit* pelo Poder Público, a Lei 13.190/2015, ao inserir o art. 47-A na Lei 12.462/2011¹⁶ regulamentou o uso da referida modalidade contratual pela Administração Pública.

Em razão da natureza eminentemente empresarial do contrato do *built to suit* que, de natureza eminentemente empresarial, referida forma de contratação deverá ser compatibilizada ao regime jurídico dos contratos administrativos.

4 O BUILT TO SUIT COMO MODALIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

O *built to suit* já vinha sendo utilizado pela Administração Pública antes da Lei 13.190/2015, porém de forma cautelosa. Já foram realizadas construções de Escolas e sedes de repartições públicas por meio do contrato do *built to suit*, com

¹⁵ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, Jan./Jun. 2012.

¹⁶ Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

^{§10} A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns.

^{§20} A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato.

^{§30} O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.

resultados satisfatórios ao interesse público¹⁷.

O uso do *built to suit* pela Administração Pública é resultado de uma série de medidas que visam a transferir do Estado para a iniciativa privada a execução de obras públicas. Conforme lição de Justen Filho¹⁸, “se os recursos estatais são escassos e devem ser destinados aos setores mais carentes, não há sentido de participar de um empreendimento que poderia ser satisfatoriamente executado por meio exclusivamente da iniciativa privada”. A construção de um imóvel onde irá funcionar uma repartição pública não é uma atividade essencialmente estatal, devendo, assim, ser repassada à iniciativa privada, em consonância com o ideal de transformação do Estado prestador para um Estado regulador:

A evolutiva remodelagem do Estado vem dando lugar a ciclos de desestatização de serviços e atividades, que parecem consolidar um gradativo movimento de substituição do Estado *prestador* por um Estado *garantidor*. Essa tendência deriva da afirmação daquilo que se convencionou chamar de *Estado regulador*, quando o foco da ação estatal passa a projetar-se mais sobre o controle, a regulação e a fiscalização e menos sobre a prestação direta de bens e serviços¹⁹.

A remodelação do papel estatal segue uma trajetória iniciada nos anos 80 e que continua até o presente momento²⁰, onde se verifica uma crescente passagem para a iniciativa privada de atividades antes desempenhadas pelo Poder Público. Entende-se, hoje, que o Poder Público pode e deve, por meio da contratação pública, mediante parcerias com a iniciativa privada, obter a consecução do interesse público:

Não há óbice constitucional algum a que o Poder Público, em regi-

¹⁷ <http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/23/artigo276220-2.aspx>.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536-566.

¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

²⁰ “A primeira fase, nos anos 80, foi apontada pelas ‘reprivatizações’ de empresas que tinham pertencido ao setor privado e posteriormente incorporadas à carteira do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. A segunda teve início com o lançamento do Programa Nacional de Desenvolvimento (PND) nos anos 90. Este programa estava inserido num contexto de racionalização de recursos públicos, desregulamentação da economia, redução do tamanho e redefinição do papel do Estado. Assim, o Estado deixaria de atuar em áreas como indústria, infra-estrutura e serviços e passaria à iniciativa privada a responsabilidade pelos elevados investimentos requeridos nas áreas acima mencionadas. E por último, com a aprovação da Lei das Concessões em fevereiro de 1995 no governo Fernando Henrique Cardoso, onde ficou estabelecido que o governo concederia a terceiros os direitos de exploração de serviços públicos”. Savi, Erika Monteiro de Souza e; Savi, Antonio Francisco. O papel das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no desenvolvimento da infra-estrutura no Brasil. In: ENEGEP, 26., Fortaleza, Anais... Fortaleza: ENEGEP, 2006. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR510340_8712.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

me de livre iniciativa, como é o nosso, se relacione com particulares empreendedores e acerte as fórmulas jurídicas idôneas para obter-lhes a colaboração mediante contrapartida econômica conveniente de parte a parte²¹.

Assim, no contexto de passagem de atividades não essenciais do Estado para a iniciativa privada surge o *built to suit* que pode substituir desapropriações e contratos de empreitadas de obras públicas, com vantagens consideráveis para a Administração Pública. As razões que justificam o uso do *built to suit* pela Administração Pública são: i) a inexistência ou contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição por compra ou desapropriação de bens imóveis; ii) os altos custos de reformas realizadas em imóveis alugados pela administração pública que não são revertidos ao patrimônio público; iii) falta de imóveis que atendam às necessidades específicas dos entes públicos, visando a uma melhor prestação de serviços públicos.

Em um contexto em que o orçamento estatal é limitado, seja em razão da aplicação de percentuais mínimos do orçamento em áreas específicas, como saúde e educação, seja pelas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a imobilização de grandes parcelas de capital para pagamentos de indenizações de desapropriações e posterior construção ou reforma de um imóvel não é a melhor alternativa ao melhor atendimento do interesse público. O Estado, devido ao seu grande número de deveres e atribuições, deve direcionar o seu capital para suas atividades fins, evitando a imobilização do capital. “É imprescindível a utilização de mecanismos contratuais mais evoluídos para viabilizar essa aquisição/construção de edificações pela Administração, sem o comprometimento elevado e imediato de recursos²²”. Assim, a locação sob medida, o *built to suit*, é uma opção que deve ser utilizada pela Administração Pública.

O uso do *built to suit* por questões orçamentárias se justifica, visto que o aporte financeiro se dá de forma diferida, ao contrário do que ocorreria em uma compra ou desapropriação de imóvel que pressupõem pagamento à vista e em dinheiro. Os investimentos decorrentes de reformas em imóveis alugados acabam

²¹ Bandeira De Mello, Celso Antônio. *Obra Pública a Custo Zero* (Instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero). Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, Belo Horizonte, n. 62, 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239466>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

²² COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. *Built to suit: negócio imobiliário estruturado na Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, p. 21-32, set. 2014.

se incorporando à propriedade do locador; no *built to suit*, se prevista a reversão do imóvel ao fim do contrato para a Administração Pública, tal problema se resolve. Por fim, na maioria dos casos, não existem imóveis adequados ao fim a que visa a Administração Pública, sendo que algumas reformas podem custar mais que uma nova edificação.

Nos Estados Unidos da América, o GSA - *General Services Administration*, órgão cuja função é gerir os negócios imobiliários do governo, tem firmado contratos de *built to suit* por meio do qual o governo adquire a propriedade do terreno e das edificações por uma operação contratual semelhante ao *leasing*, após um prazo de 20 a 30 anos de duração²³.

Entretanto, apesar das vantagens acima elencadas, a contratação do *built to suit* não pode desconsiderar o regime jurídico administrativo contratual positivado no Brasil. O *built to suit* é um contrato de natureza essencialmente empresarial²⁴, *intuitu personae*²⁵, que pressupõe uma igualdade econômica das partes, em razão da álea econômica que envolve. Nesse sentido:

Ocorre que, diferentemente do que se percebe nas locações residenciais e mesmo nas locações empresariais tradicionais, o *built-to-suit* pressupõe a alocação de riscos entre as partes, surgida em contexto de presumida inexistência de assimetria econômica ou informacional, o que exige a liberdade contratual como ferramenta a viabilizar a correta equação dessa contratação²⁶.

Assim, referido contrato pressupõe partes igualmente preparadas e conhecedoras dos riscos empresariais do negócio, para que possam, inclusive, estipular uma contrapartida que represente um justo valor para a amortização do investimento e uso do imóvel. Entretanto, o regime jurídico administrativo contratual

²³ <http://www.gsa.gov/portal/category/21879>.

²⁴ “[...] o surgimento das contratações na modalidade *built-to-suit* pressupõe cenário diverso. Em primeiro lugar, trata-se de contrato essencialmente empresarial, o que significa a sua formação entre sujeitos que desenvolvem atividade mercantil”. RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built-to-suit* e a Lei de Locações. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 2, p. 174-181, Jul./Dez. 2015.

²⁵ “Tem como característica principal ser um contrato *intuitu personae*, ou seja, de caráter personalíssimo, já que o empreendedor-locador aceita executar a construção no seu terreno sob a encomenda do empresário-locatário, exclusivamente para atender às suas necessidades - podendo o projeto de construção ser, inclusive, desenvolvido pelo empresário-locatário. Sucessivamente, o empreendedor-locador recupera o investimento mediante prestações periódicas em trato sucessivo de médio a longo prazo, no formato de aluguel (despesa operacional com redução da carga tributária), cujo valor se destina a remunerar o investimento, os riscos incorridos e a cessão do uso e gozo do imóvel, no formato de locação”. MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

²⁶ RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built-to-suit* e a Lei de Locações. *Direito & Justiça*, v. 41, n. 2, p. 174-181, Jul./Dez. 2015.

não se funda na igualdade das partes, mas na supremacia do interesse público sobre o privado, razão pela qual haverá a necessidade de adaptações do *built to suit* para que este possa ser um instrumento válido de obtenção de imóveis para o Poder Público e compatível com o regime de direito público dos contratos administrativos.

Os contratos administrativos são marcados pela existência das denominadas “cláusulas exorbitantes”, previstas no artigo 58 da Lei 8.666/93²⁷. Estas se justificam porque “as finalidades buscadas pela atividade administrativa do Estado não poderiam ser satisfatoriamente atingidas se houvesse a aplicação do regime jurídico de direito privado²⁸”.

Ao contrário do contrato de locação, onde os valores de mercado são facilmente demonstrados mediante pesquisas de preços, nos contratos do *built to suit* deve haver a demonstração de que se trata da modalidade mais vantajosa para o atendimento do interesse público, visto que se trata de contrato de alto custo, bem como de uma avença na qual a rescisão antecipada é extremamente desfavorável à Administração Pública. Essa foi a orientação do Tribunal de Contas da União:

Em relação aos aspectos legais aplicáveis e às exigências técnicas necessárias para a celebração dessa modalidade de contrato da administração, a única distinção que se observa é que, diferentemente dos contratos de locação convencionais, nos quais a compatibilidade com os valores de mercado resta demonstrada por simples pesquisas de preços, nos casos de contratações *built-to-suit*, deve-se demonstrar que tal modalidade de contratação é mais vantajosa que a realização de benfeitorias em imóvel alugado, constatada a impossibilidade de suprir a demanda de outras formas, a exemplo da permuta (Tribunal de Contas da União - Consulta - Contratos *built-to-suit* ou de locação sob medida - Processo TC nº 046.489/2012-6. Assunto: Consulta. Entidade: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Consultante: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Data da Sessão: 29.05.2013. Órgão Julgador: Plenário. Relator: André de Carvalho.)

²⁷ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

^I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

^{II} - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

^{III} - fiscalizar-lhes a execução;

^{IV} - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

^V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 842-843.

Serão objeto de análise, por ora, duas questões de suma importância que podem gerar grandes controvérsias e problemas no uso do contrato do *built to suit* com a Administração Pública: a) a prerrogativa da rescisão unilateral; b) a necessidade (ou não) de licitação.

5 A RESCISÃO UNILATERAL POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO CONTRATO DE *BUILT TO SUIT*

Uma das prerrogativas da Administração Pública é a rescisão unilateral de seus contratos por razões de interesse público (artigo 79 I c/c 58 II da Lei 8.666/93). Anoto, desde já, que não se trata de uma decisão arbitrária do administrador público. Somente se justifica a rescisão contratual por motivo de interesse público, caso este seja tão relevante que justifique os prejuízos decorrentes da rescisão antecipada do contrato, ou seja, deve estar presente uma situação na qual a continuidade do contrato represente um prejuízo ao interesse público de maior expressão que os prejuízos financeiros resultantes da rescisão antecipada, conforme lição de Justen Filho:

A rescisão por inconveniência da contratação provoca, de modo inevitável, um prejuízo para a Administração Pública. As despesas já efetivadas anteriormente e a indenização devida ao particular acarretarão uma perda para o patrimônio público. Logo, apenas se aplica a regra quando a continuidade da execução do contrato acarretar lesões ainda maiores. A perda da Administração deve configurar-se como um mal menor do que a continuidade da execução. A rescisão deverá ser precedida de todos os levantamentos necessários e que comprovem, dentro dos limites do conhecimento dominado, a efetiva necessidade da extinção do contrato²⁹.

A rescisão antecipada do *built to suit* é uma medida extremamente desvantajosa para o locatário e deve ser de toda forma evitada. Isso porque o fim antecipado do contrato do *built to suit* ocasiona, em regra, a responsabilidade do locatário pelo pagamento do saldo total da remuneração das parcelas restantes³⁰.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 976.

³⁰ “Assim, interrompido precocemente o contrato por vontade do usuário, caberá a este pagar o saldo total da remuneração faltante que seria recebido caso o contrato viesse a ser regularmente cumprido (em algumas situações, acrescido de encargos, custos e outras penas, o que pode ser exagerado)”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, Jan./Jun. 2012, p. 161-187.

Referida responsabilidade decorre do fato de que o tempo do contrato é essencial à amortização do investimento realizado para a construção da edificação requerida pelo locatário³¹. Sem o tempo contratual previsto, haveria um prejuízo considerável à parte que realizou os investimentos para a construção a pedido do locatário. Conforme lição de Figueiredo, “não parece justo que o empreendedor faça pesados investimentos direcionados ao específico benefício do futuro usuário e, por outro lado, deixe de receber a remuneração esperada³²”.

A Administração Pública deve ter muito cuidado na contratação do *built to suit*, visto que se trata de um contrato que, na prática, mesmo no caso de encerramento antecipado, irá gerar o dever de adimplir todas as prestações contratadas. A contratação inadvertida, precipitada e culposa de um contrato como o *built to suit*, que irá gerar, em regra, prejuízos de grande monta ao erário, é um ato de improbidade administrativa (artigo 10 da Lei 8.429/92).

6 A LICITAÇÃO NO CONTRATO DE *BUILT TO SUIT*

Outro aspecto relevante é a questão da dispensa e/ou inexigibilidade de licitação. A dispensa não se confunde com a inexigibilidade de licitação. Esta ocorre quando a disputa é inviável; a dispensa, por outro lado, incide sobre uma hipótese em que caberia a competição, mas a lei autoriza a contratação direta³³.

O § 1º do art. 47-A da Lei 12.462/2011 reza que a contratação do *built to suit* sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. Segundo o art. 24 X da Lei 8.666/93, é dispensável a licitação para a locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

³¹ “O tempo de cumprimento pelo usuário (o cumprimento parcial da obrigação) sempre é levado em conta, mas por estar diretamente ligado ao prejuízo do empreendedor, à medida que afeta o montante de remuneração pago”. FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, Jan./Jun. 2012, p. 161-187.

³² FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. Revista de Direito Imobiliário, v. 72, p. 161-187, Jan./Jun. 2012.

³³ “[...] a dispensa pressupõe uma licitação ‘exigível’. É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuados os casos de ‘dispensa’ imposta por lei”. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 333.

A referida “dispensa”, na verdade, é um caso de inexigibilidade, em razão da inexistência de outro imóvel capaz de atender ao interesse público, motivo pelo qual não há que se falar em licitação, conforme lição de Justen Filho:

A ausência de licitação na hipótese de compra ou locação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc) do imóvel são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha. Quando a Administração necessita de um imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se torna possível a competição entre particulares... trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação³⁴.

Entretanto, não basta a mera alegação de que o imóvel a ser locado é imprescindível ao atendimento do interesse público. Conforme lição da doutrina, “antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse sob tutela estatal por outra via e apurar a inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo³⁵”. Seria o caso, por exemplo, da locação do único imóvel disponível e apto para a instalação de uma delegacia de polícia, onde a localização específica, em razão da necessidade de policiamento da referida área, é condição essencial, e não negociável, para o alcance do interesse público.

Mas, inobstante a previsão legal do § 1º do art. 47-A da Lei 12.462/2011, seria possível o uso da mesma “dispensa” de licitação aplicável às locações, prevista no inciso X do art. 24 da Lei 8.666/93, para os contratos de *built to suit*? A princípio, salvo melhor juízo, somente se a escolha do imóvel se der pela localização do mesmo, não existindo outro imóvel que possa atender ao interesse da Administração Pública e a construção seja realizada diretamente pelo proprietário do terreno, pode-se realizar a contratação direta do *built to suit*.

Decorre do princípio da licitação a obrigatoriedade de licitar, salvo hipóteses previstas em lei, ou impossibilidade de competição, como única forma de assegurar a observância dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público. Nesse sentido é o ensinamento de José Afonso da Silva:

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 363.

³⁵ Ibidem, 2012, p. 333.

propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O *princípio da licitação* significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público³⁶.

Se houver mais de um terreno onde possa ser construído um imóvel, de acordo com os interesses da Administração Pública, evidentemente existe a possibilidade de competição e, assim, deve-se realizar a licitação. Se houver mais de uma pessoa que possa adquirir o terreno disponível (porque o proprietário não deseja ou não pode realizar diretamente a edificação) para realizar a edificação pretendida pela Administração Pública, também haverá hipótese de competitividade e a necessidade de licitação. Assim, mesmo a existência de um único terreno, em razão da localidade, pode não configurar a inexigibilidade de licitação, se houver mais de um empreendedor imobiliário que possa adquirir o imóvel e realizar a edificação pretendida pela Administração Pública.

Se existir um único terreno, de propriedade particular, e o proprietário deste for o construtor, evidentemente, não haverá possibilidade de competição, configurando um caso de inexigibilidade de licitação. Entretanto, caso o dono do terreno não seja o construtor, pode haver mais de um interessado que possa adquirir o imóvel e realizar a construção, devendo haver a licitação. Caso o terreno for do ente público, evidentemente que pode haver mais de uma pessoa com capacidade de construir o imóvel, não cabendo cogitar de hipótese de inexigibilidade de licitação.

Dessa forma, sob pena de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 37, XXI da Constituição Federal³⁷, bem como ao princípio da impessoalidade, somente se torna possível a contratação sem licitação do *built to suit* pela Administração Pública caso não exista, na hipótese concreta, qualquer possibilidade de competição. Somente haverá impossibilidade de competição se existir, somente, um terreno em razão da localização e no qual a edificação seja realizada pessoalmente pelo proprietário. Caso exista mais de um terreno, bem como havendo apenas um, existindo a possibilidade

³⁶ SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 345.

³⁷ Art. 37 - XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

de que mais de uma pessoa possa adquirir o imóvel para a realização da edificação, deve haver a licitação. Dessa forma é que se deve interpretar o § 1º do art. 47-A da Lei 12.462/2011, sob a luz dos princípios da igualdade e da moralidade administrativa, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Anoto que o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul decidiu acerca da necessidade do terreno pertencer ao construtor, para que se possa dispensar a licitação:

Consulta. (Art. 21, inciso XVI, da Lei Complementar 160/2012). Questionamentos com relação a locação sob demanda operação denominada como built to suit (locação sob medida), artigo 54-A, da Lei nº 8.245/91. Doutrina de Otavio Luiz Rodrigues Junior. Definição da Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi: “no modelo de construção ‘BUILT TO SUIT’, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizarão efetivamente o bem. Com a construção de imóvel sob medida para utilização e no interesse de terceiros pré-determinados” (REsp 885.910/SP). Jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) que serve de paradigma: Acórdão nº 1301/2013. Possibilidade da Administração Pública utilizar da locação sob demanda (art. 54-A, da Lei nº 8.245/91, operação built to suit (BTS) por força do art. 62, § 3º, inciso I, da Lei 8.666/93. Demonstração da necessidade e viabilidade econômica dessa operação, aplicando-se as normas gerais da licitação e contratos, de acordo com as disposições dos art. 55, 58 e 61, da Lei 8.666/93, aplicáveis no que couberem. Aplicação dos princípios constitucionais aplicáveis, entre eles, os dispostos no art. 37, da Constituição Federal (CF). Possibilidade de dispensa de licitação (art. 24, inciso X, da Lei 8.666/93), em caráter excepcional. Procedimento licitatório como regra (art. 37, inciso XXI, da CF). Necessidade de que o terreno onde vai ser edificado o imóvel pertença ao particular (locador). Não sendo possível a utilização de imóveis de terceiros. Quando for imóvel pertencente a Administração Pública deve se utilizar das modalidades de licitação previstas em lei, preferencialmente a concorrência. Adoção das condições impostas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acórdão nº 1301/2013. Observação dos princípios aplicáveis a administração pública, em especial o art. 37, da CF, as normas gerais aplicáveis as licitação e contratos, as disposições da Lei 8.666/93 e as da Lei nº 8.245/91 que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Procedência da consulta e resposta em tese aos questionamentos. Comunicação da decisão na forma legal. (Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, Consulta - Locação sob demanda - Built to suit - Possibilidade de utilização pela Administração Pública - Art. 62, §3º, I, Lei nº 8.666/93 - Necessidade de demonstração da necessidade e a viabilidade econômica da operação - Dispensa de licitação em caráter excepcional - Tribunal de

Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, Natureza: Consulta. Órgão/Entidade: Ministério Público Estadual - PGJ, Interessado: Humberto de Matos Brites, Procurador Geral de Justiça, Data da Sessão: 22/04/2015, Relator: Conselheiro Iran Coelho das Neves).

O Tribunal de Contas da União, sobre a possibilidade de dispensa de licitação em um contrato de *built to suit* assim decidiu:

Assim, considerando que o imóvel pretendido seja empregado na finalidade precípua do órgão ou entidade pública contratante, considerando que sua localização seja comprovadamente aquela que proporciona o melhor atendimento dessa finalidade e considerando que reste comprovada a compatibilidade do valor da contratação com os valores do mercado imobiliário, conclui-se ser perfeitamente aplicável o inc. X, do art. 24, da Lei 8.666/93 à contratação de locação de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros mínimos a serem estabelecidos por órgão da Administração Pública. (Tribunal de Contas da União - Consulta - Contratos *built-to-suit* ou de locação sob medida - Questionamento acerca da possibilidade de aplicação do art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/93 - Aplicabilidade da dispensa de licitação somente em casos excepcionais devidamente justificados. Processo TC nº 046.489/2012-6. Assunto: Consulta. Entidade: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Consulente: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Data da Sessão: 29.05.2013. Órgão Julgador: Plenário. Relator: André de Carvalho).

Anoto que não se pode aplicar a mesma disciplina do contrato de locação ao *built to suit* porque este é, na verdade, um contrato complexo, contendo elementos do contrato de empreitada e de locação³⁸. Dessa forma, não se pode desconsiderar a especificidade do contrato do *built to suit*, aplicando-se as regras da locação, sob pena de violação ao princípio da impessoalidade. A empreitada existente no *built to suit* envolverá a transferência de consideráveis valores dos cofres públicos ao empreiteiro-locador, razão pela qual deve haver, salvo impossibilidade de competição, a contratação de forma impessoal e objetiva.

7 DEMAIS ASPECTOS DO CONTRATO DO *BUILT TO SUIT* COM A ADMINISTRAÇÃO

³⁸ “Na medida em que a operação *built to suit* tem como elementos fundamentais a construção sob encomenda e a subsequente locação em condições diferenciadas, insere, ao mesmo tempo e num único instrumento contratual, um misto de elementos de institutos jurídicos típicos (contrato de empreitada e contrato de locação) que pode ainda ser modelado e acompanhado de particularidades decorrentes de fatores comerciais e negociais”. MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

ÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, no contrato do *built to suit*, pode, havendo orçamento para tanto, contribuir materialmente para a edificação do imóvel. Tal fato não compromete as características essenciais do contrato, visto que o valor pago pela Administração Pública para que o imóvel seja erigido deverá ser contabilizado na contraprestação pelo uso do imóvel³⁹. Entretanto, já houve pronunciamento do Tribunal de Contas da União, ainda com fulcro na disciplina legal da Lei 12.744/2012 que inseriu o art. 54-A à Lei 8.245/91, no sentido de que não poderia haver qualquer desembolso pela Administração Pública antes do término da obra:

Por fim, é importante ressaltar que o artigo 45-A da Lei 8.245/91 aponta que a customização precede o contrato de locação, de modo que, anteriormente à conclusão das obras, um contrato de promessa de locação seria o único instrumento a vincular as partes envolvidas, não acarretando qualquer ônus antecipado aos cofres públicos. (Tribunal de Contas da União - Consulta - Contratos *built-to-suit* ou de locação sob medida - Questionamento acerca da possibilidade de aplicação do art. 24, inciso X, da Lei n. 8.666/93 - Aplicabilidade da dispensa de licitação somente em casos excepcionais devidamente justificados. Processo TC nº 046.489/2012-6. Assunto: Consulta. Entidade: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Consulente: Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT. Data da Sessão: 29.05.2013. Órgão Julgador: Plenário. Relator: André de Carvalho).

Deve a Administração Pública se cercar de cautelas na fixação do valor da contraprestação pelo uso do imóvel e amortização do investimento. Como é o particular que irá construir a obra, haverá maiores dificuldades no controle dos gastos.

O imóvel a ser erigido por encomenda da Administração Pública locatária pode se tornar inútil para qualquer outra finalidade após o término do contrato. Imaginemos uma edificação construída para servir de sede de uma penitenciária; referido imóvel, provavelmente, não terá qualquer outra utilidade após o término do contrato, em razão de suas características. A inutilidade do imóvel posterior ao término do contrato do imóvel é um fato de grande relevância que deve ser considerado no cálculo da retribuição mensal a ser contratada. Nesse sentido é a

³⁹ “O fato do empresário-locatário vir a custear os materiais empregados na construção não desvirtua necessariamente o *built to suit*, porém terá grande impacto na negociação do valor do aluguel e, indiretamente, na definição do prazo mínimo do contrato”. MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012*. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

lição de Camila Ramos Moreira:

Para negociação do valor do aluguel e definição do prazo mínimo da locação, é de se observar que o imóvel, ao ser construído de acordo com os exclusivos interesses do empresário-locatário, pode pouco ou nada servir ao empreendedor-locador no futuro, podendo até ter pouca aceitabilidade pelo mercado e faltar-lhe público interessado, importando em verdadeiro prejuízo futuro para o empreendedor-locador - seja pela desvalorização do imóvel, seja pela necessidade de demolição⁴⁰.

Se o imóvel estiver em condições de ser absorvido pelo mercado imobiliário, a contraprestação não pode representar a totalidade dos custos da aquisição do terreno e da edificação. Não haveria sentido pagar a totalidade de todos os custos de um terreno e edificação que irão, após o final do contrato, ser devolvidos ao proprietário do imóvel que poderá aliená-lo ou locá-lo para outra pessoa.

A contraprestação somente poderá representar a totalidade dos custos do terreno e edificação caso a Administração Pública utilize a cláusula de reversão do bem ao final do contrato. Deverá a Administração Pública fazer prévios estudos acerca da viabilidade econômica do imóvel a ser edificado após o fim da relação contratual, para que possa, com segurança, pagar valores justos pelo uso do referido imóvel.

Caso o imóvel não tenha aceitabilidade no mercado ao final do contrato do *built to suit*, em razão de suas características, restam duas alternativas ao proprietário: i) demolição do imóvel; ii) transferência para a Administração Pública na forma prevista no § 2º do art. 47-A da Lei 12.462/2011⁴¹.

Em regra, em razão da continuidade do serviço público, deverá a Administração, salvo justificativa fundamentada, se utilizar da faculdade prevista no § 2º do art. 47-A da Lei 12.462/2011, ou seja, inserir no contrato a previsão da reversão dos bens à administração pública ao final da locação.

8 BUILT TO SUIT E CONCESSÃO ADMINISTRATIVA (PPP)

⁴⁰ MOREIRA, Camila Ramos. Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

⁴¹ "As partes podem até mesmo pactuar a opção de compra do bem ao final do prazo contratual, o que não desvirtuará o built to suit se a remuneração periódica não representar verdadeira compra parcelada". MOREIRA, Camila Ramos. Built to suit: particularidades e a Lei 12.744/2012. Revista de Direito Imobiliário, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

Caso o vulto das edificações a serem construídas sejam superiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais - inciso I do § 4º do art. 2º da Lei 11.079/2004) deve-se, preferencialmente, utilizar a Concessão Administrativa (§ 2º do art. 2º da Lei 11.079/2004) ao contrato do *built to suit*, visto se tratar de uma alternativa onde eficiência e impessoalidade administrativa estarão melhor preservadas.

A Concessão Administrativa se destina à realização de obras públicas seguidas da prestação de serviços e do fornecimento de bens. A Lei 11.079/2004, art. 2º, § 2º, prevê serviços prestados *indiretamente* à Administração Pública. Trata-se da prestação de serviços públicos pelo Parceiro Privado em proveito imediato dos usuários, em que a Administração Pública é a beneficiária indireta. Assim, quando se fala na Administração como usuária indireta, está se pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros usuários de serviços públicos, como os estudantes de uma escola pública ou os pacientes de um hospital público⁴². Quando, pela natureza do serviço público, for possível a cobrança de tarifa dos usuários, deve-se utilizar a Parceria Público-Privada na modalidade de Concessão Patrocinada. Nos casos em que se afigura impossível tal cobrança, como nos serviços de saúde, educação e administração de presídios, deve-se utilizar a Concessão Administrativa⁴³.

Diferentemente das concessões tradicionais, a concessão administrativa pode, também, abranger atividades que não podem ser classificadas como serviço público em sentido estrito⁴⁴, não sendo cabível falar em delegação, como a construção de imóveis para servirem de sede de repartições públicas ou infraestrutura de serviços públicos. Conforme lição da doutrina, quando a concessão administrativa “não versar sobre serviço público, independentemente da modalidade, não haverá especial delegação, mas somente contratualização da forma de prestação da atividade administrativa⁴⁵”.

Não se confunde a concessão administrativa com a mera empreitada de obra

⁴² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴⁴ “Vê-se, portanto, que nas concessões administrativas há um considerável alargamento da concepção de serviço público, uma vez que tal espécie de concessão poderá abarcar não somente serviços públicos econômicos, previstos no artigo 175 da Constituição Federal, tanto quanto as concessões comuns e patrocinadas, como também outras atividades não incluídas no rol dos serviços públicos econômicos, tais como serviços públicos de caráter social e utilidades relativas aos serviços públicos como função pública (neste último caso, respeitados os limites impostos pelo inciso III do artigo 4º da Lei nº 11.079/2005)”. SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, Out./Dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pidCntd=49825>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁴⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização da Administração Pública: possibilidades e limites. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407-464.

pública. A concessão administrativa pressupõe, ao menos, um serviço associado à execução da obra pública, sob pena de não se configurar um contrato de Parceria Público-Privada (PPP). Conforme lição da doutrina, “a *gestão global do serviço* objeto da concessão administrativa, subordinada apenas ao cumprimento das condições contratuais fixadas, é o suficiente para o tratamento jurídico diverso⁴⁶”. Conforme lição de Schirato⁴⁷,

Enquanto nos contratos de empreitada de obra pública o contratado deve simplesmente realizar a obra de acordo com as instruções e especificações impostas pela Administração Pública, após o que todos os riscos são transferidos à Administração Pública, a obra pública, no contrato de concessão administrativa, é apenas uma parcela das obrigações do particular, que deverá também prestar serviços à Administração Pública relativos à infra-estrutura construída, recuperada ou ampliada pelo prazo de duração do respectivo contrato, ficando os riscos de funcionamento e solidez da obra realizada com o particular até a respectiva reversão à Administração Pública quando do término do contrato, que terá prazo de duração mínimo de cinco anos. É expressamente vedado pelo inciso III do §4º do artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 a realização de contratação de PPP para a simples execução de obra pública, na modalidade disciplinada pela Lei nº 8.666/93.

A concessão administrativa permite que o empreendedor-locador possa realizar não apenas a edificação, tal como no *built to suit*; poderia, também, assumir a execução de serviços públicos de administração patrimonial e predial em favor da Administração Pública. Foi o que ocorreu com o denominado “Complexo DataCenter” do Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal⁴⁸. A princípio, pensou-se no uso do *built to suit* para a edificação dos prédios onde iria funcionar o referido complexo. Após, percebeu-se que seria mais eficiente que o particular, além de edificar os prédios, também realizasse as atividades de gerenciamento, manutenção e operação da infraestrutura predial, pelo prazo de 15 (quinze) anos. Em contrapartida, as duas instituições bancárias pagarão um determinado valor, reajustado periodicamente, pelo prazo de 15 anos. Ao final desse período, o imóvel construído reverterá para os parceiros públicos.

Dessa forma, o *built to suit*, ou “locação sob medida” de imóveis por

⁴⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização da Administração Pública: possibilidades e limites. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407-464.

⁴⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, Out./Dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdCntd=49825>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

⁴⁸ Sobre o referido contrato, maiores informações em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/Parceria_Publico_Privada_Folheto%20Complexo%20Datacenter_web.pdf

entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais, quando, então, deverá ser formalizada mediante um contrato de concessão administrativa (PPP). Dentre as vantagens oferecidas pelo uso da Concessão Administrativa (PPP), destacam-se as seguintes: a) possibilidade de o Poder Público utilizar a *expertise* dos agentes privados com o intuito de facilitar a solução de problemas enfrentados pela Administração Pública que, em regra, não possui experiência em administrar imóveis; b) realização de licitação no âmbito da qual serão explicitados os parâmetros utilizados para definir o desempenho esperado do parceiro privado, o que impede eventual alegação de ofensa aos princípios da moralidade e impessoalidade; c) marco legal bem definido e atual, onde as obrigações e direitos podem ser devidamente regulamentados mediante instrumento contratual; d) experiência acumulada pelos entes federados ao longo de quase dez anos, além de uma larga experiência internacional, o que facilita a detecção de problemas e pontos críticos; e) prazo longo de vigência (até 35 anos), o que facilita a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado; f) vinculação dos pagamentos a serem realizados pela Administração Pública ao atingimento de metas de qualidade dos serviços prestados; g) critérios claros para a definição do valor inicial a ser pago ao parceiro privado e para os reajustes desse valor; h) concessão de garantias para o parceiro privado de que os pagamentos a serem efetuados pelo Poder Público serão regularmente realizados, o que gera a expectativa de pagamentos menores pela Administração, em razão da diminuição dos riscos contratuais; i) o início dos pagamentos ocorrerá apenas após a disponibilização do objeto da PPP pelo parceiro privado, o que reduz os riscos para o Poder Público; j) previsão de que, ao final da vigência contratual, o bem imóvel reverterá para o parceiro público.

Assim, antes da contratação do *built to suit* deve-se analisar o cabimento da Concessão Administrativa (PPP) que é um instrumento mais eficaz e completo ao atendimento do interesse público na aquisição e gestão do imóvel.

9 CONCLUSÕES

O *built to suit* é um contrato originário do direito norte-americano. A tradução literal seria “fazer para servir”. Trata-se de um instrumento eficaz para que uma empresa possa obter um imóvel, de acordo com as suas necessidades específicas, sem a necessidade de imobilização de seu capital

Não havia a previsão legislativa do *built to suit* no ordenamento jurídico

nacional. Tratava-se de contrato inominado utilizado pelos empresários e incorporadores do mercado imobiliário. A primeira previsão decorreu da Lei 12.744/2012 que inseriu o art. 54-A à Lei 8.245/91. Após, a Lei 13.190/2015, ao inserir o art. 47-A na Lei 12.462/2011, permitiu que a Administração Pública celebre o contrato do *built to suit*.

O uso do *built to suit* pela Administração Pública possibilita a aquisição de um imóvel sem grandes comprometimentos orçamentários imediatos, visto que o aporte financeiro se dá de forma diferida, ao contrário do que ocorreria em uma compra ou desapropriação de imóvel.

A Administração Pública deve ter muito cuidado na contratação do *built to suit*, visto que se trata de um contrato que, na prática, mesmo no caso de encerramento antecipado, irá gerar o dever de cumprir todas as prestações contratadas.

A inexigibilidade da licitação na contratação do *built to suit* somente ocorrerá se a escolha do imóvel se der pela localização do mesmo, não existindo outro imóvel que possa atender ao interesse da Administração Pública e a construção seja realizada diretamente pelo proprietário do terreno.

Se houver mais de um terreno onde possa ser construído um imóvel de acordo com os interesses da Administração Pública, se houver mais de uma pessoa que possa adquirir o imóvel (porque o proprietário não deseja ou não pode realizar diretamente a edificação) ou se o imóvel onde for realizada a edificação for de propriedade da Administração Pública, em tese, existe possibilidade de competição, razão pela qual deve ser realizada a licitação.

O imóvel a ser erigido por encomenda da Administração Pública locatária pode se tornar inútil para qualquer outra finalidade após o término do contrato. A inutilidade posterior ao contrato do imóvel é um fato de grande relevância que deve ser considerado no cálculo da retribuição mensal a ser contratada. Se o imóvel estiver em condições de ser absorvido pelo mercado imobiliário, a contraprestação não pode representar a totalidade dos custos da aquisição do terreno e da edificação, pois não seria justo pagar a totalidade de todos os custos de um terreno e edificação que irão, após o final do contrato, ficar nas mãos do proprietário.

Caso o serviço público prestado no imóvel ainda seja de utilidade pública ao término do contrato, deverá a Administração se utilizar da faculdade prevista no § 2º do art. 47-A da Lei 12.462/2011, ou seja, inserir no contrato a previsão da reversão dos bens à administração pública ao final da locação.

A “locação sob medida” (*built to suit*) de imóveis por entes públicos pode

estar associada à prestação de serviços prediais. Assim, pode ser substituída, com vantagens, pela Concessão Administrativa (PPP).

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Obra Pública a Custo Zero (Instrumentos jurídicos para realização de obras públicas a custo financeiro zero)*. **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP**, Belo Horizonte, n. 62, 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=239466>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

COSTA JÚNIOR, Álvaro Luiz Miranda. *Built to suit: negócio imobiliário estruturado na Administração Pública*. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 153, p. 21-32, set. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 72, p. 161-187, Jan./Jun. 2012.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004. Vol. III.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade**: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536-566.

MOREIRA, Camila Ramos. *Built to suit*: particularidades e a Lei 12.744/2012. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 78, p. 125-150, Jan./Jun. 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: a Lei Geral de Licitações - LGT e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Terceirização da Administração Pública: possibilidades e limites. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luis Ferreira da; SAAD, Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade**: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 407-464.

RODRIGUES, Gabriela Wallau. A incompatibilidade sistemática entre o contrato *built-to-suit* e a Lei de Locações. **Direito & Justiça**, v. 41, n. 2, p. 174-181, jul./dez. 2015.

SAVI, Erika Monteiro de Souza e; SAVI, Antonio Francisco. O papel das Parcerias Público-Privadas (PPPs) no desenvolvimento da infra-estrutura no Brasil. In: ENEGEP, 26., Fortaleza, **Anais...** Fortaleza: ENEGEP, 2006. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR510340_8712.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Contrato “built-to-suit” e a Lei do Inquilinato**. Disponível em: <<http://www.scavone.adv.br/contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato.html>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 219-235, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49825>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: 4. ed. Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos públicos e o Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

Recebido em: 02 de dezembro de 2015

Aceito em: 29 de fevereiro de 2016