

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ BODART DE SOUSA

OS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

VITÓRIA
2020

ANDRÉ BODART DE SOUSA

OS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Neves Soto.

VITÓRIA

2020

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, pela compreensão e apoio incondicional durante toda a minha trajetória acadêmica. Aos meus avós paternos, por acreditarem e se orgulharem de mim, e por terem financiado grande parte dos meus estudos. Aos meus avós maternos, pelas palavras de sabedoria enquanto estavam em vida; espero que, onde estejam, sintam-se orgulhosos.

À professora Layla Gonçalves Hatab, pelas lições acadêmicas de Direito Empresarial durante o ensino médio integrado ao curso de Administração no Ifes Guarapari, e por ter feito nascer em mim o desejo de prosseguir meus estudos na área jurídica.

Ao Dr. Antônio Abikair, pela amizade de muitos anos, pelo apoio, e, principalmente, pela bolsa de estudos sem a qual minha graduação nesta instituição não seria possível.

Ao professor Paulo Neves Soto, pelas valiosas lições ao longo do curso, pelas conversas e troca de ideias, pelas orientações, e por querer extrair de mim o máximo do meu potencial na elaboração desta obra.

Aos meus amigos, Getúlio, Lucas Prates, Daniel, Ana Clara, Roberta, Laura, Maria Júlia e Bernardo, pela amizade, apoio e conselhos diários e, especialmente esses três últimos, por me aguentarem falando deste tema desde o terceiro período.

A todos aqueles que contribuíram para os momentos felizes durante a minha jornada acadêmica até aqui. Sem vocês essa realidade não seria possível.

*“Ao futuro ou ao passado, a um tempo
em que o pensamento seja livre, em que
os homens sejam diferentes uns dos outros,
em que não vivam sós – a um tempo em que
a verdade exista e em que o que for feito
não possa ser desfeito”*

(George Orwell)

RESUMO:

O presente estudo tem como objetivo a análise dos contratos *built to suit* à luz da legislação brasileira, observando-se, para tanto, a sua tipificação, regimento e lacunas referentes à sua utilização, tanto por entes privados, quanto por entes públicos. Assim, parte-se do estudo do que é o contrato, seguido da análise dos principais princípios que regem o direito contratual. Após, faz-se análise dos contratos de locação e de empreitada, por guardarem semelhanças com o *built to suit*. Ato contínuo, faz-se análise desta espécie contratual em si quanto ao seu conceito, divergência sobre sua tipicidade e elementos, passando pelo disposto no artigo 54-A da Lei do Inquilinato, para as relações privadas, e pelo artigo 47-A da Lei do Regime Diferenciado de Contratações, para a contratação com a Administração Pública, até as formas de extinção deste contrato. Para a realização deste estudo, utilizou-se o método dialético e pesquisa bibliográfica, compreendendo a doutrina consultada, e documental, compreendendo as leis, decisões de tribunais e pareceres de tribunais de conta.

Palavras-chave: Direito Contratual. Locação Imobiliária. Contratos *Built to Suit*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DOS CONTRATOS	8
1.1 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	9
1.2 DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO	16
1.3 DOS CONTRATOS DE EMPREITADA	18
2 DOS CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i>	21
2.1 CONCEITO	21
2.2 DIVERGÊNCIAS SOBRE SUA TIPICIDADE	27
2.3 ELEMENTOS DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	31
2.4 CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i> QUANDO REALIZADOS SOB OUTORGA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE	34
2.4.1 Noções preliminares do direito de superfície	34
2.4.2 Peculiaridades do <i>built to suit</i> realizado sob outorga do direito de superfície	37
2.5 ANÁLISE DO ART. 54-A DA LEI 8.245/91 (LEI DO INQUILINATO)	39
2.6 CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i> QUANDO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 47-A DA LEI DO RDC)	44
2.7 EXTINÇÃO DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	52
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Com o advento da aglomeração de seres humanos em grupos e posterior formação da sociedade, houve a necessidade de se pensar em um instituto que determinasse o que pertence a quem. Eis que se criou o instituto da propriedade privada – hoje já institucionalizado e positivado, inclusive, no art. 5º, XXII da Constituição Federal:

Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

Com o passar do tempo e com o aumento da complexidade das relações humanas, percebeu-se a necessidade de regulamentar a alienação, aquisição e troca de propriedade. Assim, surge o instituto dos contratos, que nada mais é que um negócio jurídico que visa a movimentação de bens e capital.

Séculos depois, os contratos são parte fundamental da vida em sociedade. Todo indivíduo capaz, nos termos do art. 3º do Código Civil, realiza, a todo momento, contratos, seja de forma verbal ou escrita.

Assim sendo, fez-se necessário que o ordenamento jurídico regulamentasse as espécies e modalidades contratuais – como o contrato de compra e venda, contrato de locação, de empreitada, de seguro, etc. – a fim de que fosse levado em consideração as peculiaridades, características e complexidades de cada modalidade.

Dentre o estudo dos contratos, estes são divididos em dois gêneros, a saber, i) os contratos típicos, isto é, aqueles previstos e regulamentados em lei, como, por exemplo, os contratos de compra e venda, de locação, de seguro, de prestação de serviços, dentre outros; e ii) os contratos atípicos, isto é, aqueles que não possuem previsão legal, mas que podem ser celebrados graças ao permissivo do art. 425 do Código Civil.

Na seara contratual, tem-se os contratos *built to suit* como uma das modalidades mais complexas em nosso ordenamento, cuja prática ocorre no país há anos, ainda que

não houvesse nenhuma previsão legal quanto sua regulamentação. Esta modalidade contratual possui como alicerce características advindas de duas outras modalidades contratuais: os contratos de locação e os contratos de empreitada.

Com o aumento da realização dessa modalidade contratual no país, surgiu a necessidade de se positivar tal contratação. Como uma tentativa de tipificar o *built to suit*, adveio a Lei 12.744/2012. E, justamente por ser um instituto relativamente novo quanto à sua legislação, muitas dúvidas pairam no tocante à sua utilização, regime jurídico e sua diferenciação com o contrato de locação imobiliária.

À luz disso, este estudo visa compreender melhor os aspectos dos contratos *built to suit*, suas peculiaridades, regime jurídico aplicável, semelhanças e diferenças com a locação imobiliária e a empreitada, bem como entender se a Lei 12.744/2012 foi capaz de, de fato, tipificá-lo. Outrossim, compreenderemos não só a maneira como é utilizado pela iniciativa privada, mas também a possibilidade e as peculiaridades da sua utilização pela administração pública.

Desta forma, tomaremos como ponto de partida, primeiramente, um breve estudo sobre os contratos e os principais princípios que os regem, notadamente a autonomia privada, função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual. Em seguida, partiremos para uma análise das principais características dos contratos de locação e de empreitada que, conforme será estudado, guardam íntimas características com *built to suit*.

Por fim, passada a parte introdutória desta obra, adentraremos o estudo do *built to suit* em si, destacando seu conceito e elementos, bem como as divergências sobre sua tipicidade no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o regime jurídico aplicável e, por fim, as formas de extinção do contrato.

1 DOS CONTRATOS

Dentre as diversas modalidades de negócios jurídicos, tem-se os contratos como a mais comum. Todos os dias, e a todo instante, firmam-se contratos: seja realizando uma compra no mercado ou aceitando os termos de compromisso de um aplicativo novo no celular. Na lição de Álvaro Villaça Azevedo (2019), “desde o primórdio das civilizações, as pessoas mantêm relações jurídicas das mais variadas e, principalmente, pelas convenções, sendo o contrato tão antigo quanto o próprio ser humano”. Pode-se dizer, portanto, que, por se viver em sociedade, o ato de contratar é inerente ao ser humano.

Na legislação brasileira, a regulamentação dos contratos se dá, principalmente, pelo Código Civil, que trata dos contratos em geral em seu Título V (art. 421 ao 480) e das várias espécies de contrato em seu Título VI (art. 481 ao 853). Não obstante, há espécies contratuais regulamentadas em outros diplomas, como os contratos de franquia (Lei 8.955/94), contratos de locação imobiliária (Lei 8.245/91), dentre diversos outros.

Para que se possa compreender os contratos *built to suit*, faz-se imprescindível uma compreensão prévia do conceito de contrato. Neste sentido, seguindo um conceito clássico de contratos, Bevilacqua (1934, p. 245) estabelece que: “[o contrato é] acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Noutro giro, Bruna Lyra Duque (2007) oferece um conceito mais prolixo, e esclarece que:

[...] podemos conceituar o contrato como uma espécie do gênero negócio jurídico que possui natureza bilateral e pelo qual as partes se obrigam a dar, restituir, fazer ou não fazer alguma coisa.

O contrato é, portanto, o acordo de vontades entre pessoas do direito privado, amparado pelo ordenamento legal e realizado em função de necessidades que gera, resguarda, transfere, conserva, modifica ou extingue direitos e deveres, visualizados no dinamismo de uma relação jurídica obrigacional.

Assim, tem-se um contrato quando dois ou mais indivíduos manifestam, livre e conscientemente, suas vontades e firmam um acordo, no qual estabelecem direitos e obrigações e que têm, no geral, o fim de realizar uma movimentação patrimonial ou

econômica, estando esses indivíduos vinculados às condições estabelecidas no contrato. Parte-se, portanto, da premissa do *pacta sunt servanda*, isto é, o contrato faz lei entre as partes.

1.1 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Conforme dito em linhas volvidas, o conceito de contrato parte do *pacta sunt servanda*, na medida em que as condições pactuadas vinculam os contratantes, sendo estes obrigados a seguir as cláusulas e condições livremente estabelecidas. Essa concepção, chamada por Gounot (1927, p.12) de *théorie de l'autonomie de la volonté*, considerava a vontade como elemento central da ideia de contrato, de modo que ela não só permitia a criação do contrato, como também a livre pactuação do conteúdo de suas cláusulas.

Entretanto, a ideia de autonomia da vontade, proposta por Gounot, vem sendo relativizada, na medida em que vigorava, à época de sua criação, um modelo econômico baseado no liberalismo, insculpido no *laissez faire, laissez passer*. Nos dias atuais, prefere-se a denominação *autonomia privada*.

Embora, à princípio, pareça não haver uma distinção tão marcante entre esses dois conceitos, tem-se que, indubitavelmente, tratam de situações distintas, conforme lição de Noronha (1994, p. 113 e 115):

Os autores ainda formados na concepção voluntarística tradicional definiam a autonomia da vontade como o poder das partes de determinar livremente tudo no negócio jurídico, que seria lei para elas.

[...]

[A autonomia privada] É o poder “de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidos pelo próprio titular deles”, [...], a ser exercido nos limites e com as finalidades assinadas pela função social dos contratos.

Diante desta distinção, percebe-se que na autonomia privada a vontade das partes sofre limitações, tanto por causa da lei, quanto por causa de princípios. Dessa necessidade de se impor limites à vontade, surgem os chamados *novos princípios contratuais*, princípios esses que ultrapassam a relação jurídica contratual, impondo um verdadeiro dever das partes contratantes de observarem não só o equilíbrio

contratual, mas também terceiros que possam ser atingidos pelo contrato, bem como a sociedade em geral.

A utilização de princípios para se impor limites ao conteúdo dos contratos se faz pelo seu caráter imediatamente finalístico, conforme lição de Humberto Ávila (2011, p. 78/79):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Deste modo, enquanto as regras pretendem ser gerais, com “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência” (ÁVILA, 2011, p. 80), os princípios, noutro giro, dependem de uma verificação quanto à sua aplicabilidade no caso concreto, de modo que seu conteúdo normativo é complementar ao conteúdo normativo das regras.

Pode-se afirmar, por fim, que a autonomia privada sofre restrição, em especial, de três princípios basilares nas relações contratuais: o princípio da boa-fé, o princípio da função social do contrato e o princípio do equilíbrio contratual, de modo que a não observância de qualquer um deles, pode gerar vício no negócio jurídico. Parte-se, então, para o estudo desses princípios, que apesar de serem distintos, guardam íntima relação entre si.

O princípio da função social dos contratos guarda grande importância no direito civil atual, e resta estabelecido no Código Civil de 2002 em seu art. 421, *in verbis*:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida **nos limites da função social do contrato. (grifo nosso)**

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Diante da leitura do artigo 421 do referido diploma, pode-se extrair a máxima de que a função social dos contratos visa impor limites à liberdade de contratar e à liberdade contratual. Pertinente a estes limites, Tartuce (2006) aduz que:

[...] pela função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social. Não pode o contrato trazer onerosidades excessivas, desproporções, injustiça social. Também, não podem os contratos violar interesses metaindividuais ou interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana, conforme reconhece Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na / *Jornada de Direito Civil*.

Assim sendo, entendemos que a função social dos contratos traz conseqüências dentro do contrato (*intra partes*) e também para fora do contrato (*extra partes*)

Tendo em vista que os contratos, conforme visto, são instrumentos que permitem a circulação de riqueza e a transferência de propriedade, consubstanciados nas obrigações decorrentes das prestações contratuais, pode-se afirmar que a função social dos contrato deriva da função social da propriedade, prevista no art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Trata-se, para Adriano Pedra e Rodrigo Freitas (2015, p. 67), de um dever fundamental:

[...] tomando como premissa a razão solidária da função social da propriedade, que deve ser concretizada por seu titular, torna-se perfeitamente possível a conclusão de que o cumprimento da função social da propriedade consubstancia um dever fundamental que impõe condutas proporcionais a todos submetidos à atual ordem democrática, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais como, por exemplo, de moradia, trabalho e bem estar.

À luz disso, tem-se que a função social dos contratos caracteriza-se como a relação entre as partes contratantes e a sociedade, tendo em vista que o contrato gera efeitos não só para aqueles que fazem parte da relação contratual, como também para terceiros. Por conta disso, uma relação contratual não deve ofender os interesses sociais ou a dignidade da pessoa.

Em seguida, o Código de 2002 traz em seu art. 422 o princípio da boa-fé, estabelecendo o que segue:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, **os princípios de probidade e boa-fé.**
(grifo nosso)

Da análise do dispositivo seco, isto é, de sua literalidade, observa-se que ele pouco nos diz sobre o que é a boa-fé. Assim, cabe à doutrina esclarecer este conceito. Nesse sentido, Tartuce (2006) elucida que: “Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé

objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases contratuais”.

Ainda quanto à questão da boa-fé, é pacífico na melhor doutrina a sua subdivisão em dois tipos distintos: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. Seguindo essa linha de pensamento, Cézar Fiuza (2006, p. 410/411) aduz que:

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo.

[...]

A boa-fé objetiva baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra

Na mesma linha, Noronha (1994, p. 129) afirma que “existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e outra objetiva, só se podendo falar em princípio da boa-fé a propósito da objetiva: só esta é dever de agir”. Nesse sentido, o autor aduz que a subjetiva (ou boa-fé crença) é a boa-fé enquanto *estado*. Assim, estaria de boa-fé aquele ignorasse a real situação jurídica. Já a objetiva (ou boa-fé lealdade) é a boa-fé enquanto *princípio*, pautado em regras de conduta e que gera motivos para confiar na outra parte (NORONHA, 1994, 132).

Assim sendo, enquanto a boa-fé subjetiva preocupa-se com a intenção e os motivos do agente, ou seja, preocupa-se em realizar uma análise da psique do indivíduo, a boa-fé objetiva baseia-se puramente na conduta do agente, independente da presença de culpa *lato sensu*.

Essa diferença é de suma importância na medida em que se deve distinguir qual tipo de boa-fé impera nas relações contratuais, sendo pacífico na doutrina e nos tribunais que o art. 422 do Código Civil, ao se referir à boa-fé, trata da boa-fé objetiva.

A boa-fé serve, ainda, como regra hermenêutica aplicada aos negócios jurídicos, conforme se extrai do art. 113 do Código Civil. Isso porque o Código Civil de 2002 adotou a chamada Teoria da Confiança, isto é, prestigia-se a boa-fé dos contratantes

que, ao pactuarem o negócio, criaram expectativas que deverão ser satisfeitas (LOPES, 2009, p. 52).

Ademais, caracteriza-se como ato ilícito o exercício de um direito de modo que excede os limites impostos pela boa-fé, conforme dispõe o art. 187 do Código Civil. Tal situação ocorre quando do exercício do direito subjetivo decorrer a quebra de confiança das partes, frustrando suas legítimas expectativas, funcionando “como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes com a finalidade de proscrever aqueles exercícios considerados arbitrários e irregulares” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES; SOTO; et all, 2012, p. 20).

Decorrência do princípio da boa-fé objetiva¹ é o princípio do equilíbrio contratual, também chamado de justiça contratual. No Direito brasileiro, pressupõe-se que haja, desde sua concepção, um equilíbrio nas relações contratuais; equilíbrio este que lhe é inerente, devido à própria natureza das relações contratuais regidas pelo Código Civil.

Quando se fala em equilíbrio contratual, fala-se no sopesamento dos interesses legítimos de cada parte constante na relação contratual, de modo que ambas possuam seus interesses atendidos, sem que ocorra o favorecimento dos interesses de um em detrimento dos interesses do outro.

Neste sentido, Wanderley (2014) aduz que:

O princípio do equilíbrio econômico do contrato sempre anda junto da noção do que seja lesão e excessiva onerosidade, e decorre do princípio constitucional da igualdade substancial, previsto no artigo 3º, III da Constituição da República, na medida em que um contrato não pode servir de instrumento para um contratante almejar lucro exagerado em detrimento da outra parte.

Ainda quanto a isso, Noronha (1994, p. 214) define a justiça contratual como uma modalidade da justiça comutativa, sendo “[...] a relação de paridade, ou equivalência,

¹ Para Noronha (1994, p. 218), o princípio da boa-fé é “uma espécie de antecâmara do princípio da justiça contratual”

que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”.

Deste modo, percebe-se que a intenção do princípio do equilíbrio contratual visa proteger as partes de eventual lesão ou excessiva onerosidade. É com base nesse princípio que se funda institutos que visam reequilibrar relações contratuais pautadas pela vulnerabilidade e pela hipossuficiência, como as relações consumeristas, por exemplo, que gozam de proteção específica pautada no Código de Defesa do Consumidor.

Como dito alhures, o equilíbrio contratual é pressuposto em toda relação contratual pautada nos ditamos do Código Civil. Não obstante, há situações em que esta relação contratual ora equilibrada não mais a será, pelo advento de circunstância superveniente e imprevisível que torna excessivamente oneroso o cumprimento da obrigação para uma das partes.

Nessas situações, o Código Civil mitiga a ideia basilar dos contratos como sendo institutos imutáveis, graças ao *pacta sunt servanda*, e traz a possibilidade, por meio da revisão contratual, da intervenção estatal, na figura do judiciário, a fim de que seja reestabelecido o equilíbrio contratual entre as partes demandantes.

A revisão contratual se funda, principalmente, na teoria da imprevisão, na qual a parte que se sinta prejudicada na relação deverá demonstrar em juízo as mudanças supervenientes que diferem o momento atual daquele em que fora pactuado o negócio jurídico. Quanto a Teoria da Imprevisão, Fonseca (1958, p. 244) salienta a necessidade da caracterização e três fatores:

- “a) a alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;
- b) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda, esperáveis, diante dos termos do ajuste;
- c) enriquecimento inesperado e injusto por parte do credo, como consequência direta da superveniência imprevista.”

Deste modo, a revisão contratual será possível desde que demonstrado os elementos acima citados, de modo que se comprove, devidamente, que o contrato anteriormente

equilibrado se tornou excessivamente oneroso, condição que poderia gerar eventual inadimplência pela parte lesada.

Entretanto, cabe salientar que não se pode considerar a inflação como algo imprevisível para fins de revisão contratual, pois a inflação, ainda que acima do esperado, é inerente ao modelo econômico na qual estamos inseridos.

À luz dos princípios elencados, percebe-se estes possuem como principal objetivo oferecer limites à liberdade dada aos contratantes de elaborarem suas próprias cláusulas e acordos, sob pena de nulidade da relação contratual. Conforme expõe Saulo Mendonça (2016):

O fato do contrato, enquanto instrumento jurídico, englobar tanto operações econômicas subjacentes como a formalização do ato jurídico em si não deve afastar a ética da vontade manifestada pelos signatários, devendo a boa-fé nortear os tramites e a execução do mesmo, permitindo que seus efeitos reflexos sejam positivos aos que forem por eles alcançados. Inobstante o objeto do contrato, este deve ter por objetivo algo de relevante interesse social e ser socialmente aceitável, permitindo que seu resultado represente desenvolvimento de efetiva justiça social.

No que tange à aplicação dos princípios aqui explanados ao contrato *built to suit*, deve-se considerar que se trata, a princípio, de contrato paritário, no qual deve prevalecer a autonomia privada, por presunção contida no art. 421-A do Código Civil, inserido pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019).

Com a adição do referido dispositivo, percebe-se, de forma mais clara, que a limitação da autonomia privada pelos novos princípios contratuais não caracteriza uma superação ou supressão daquele, mas tão somente estabelece uma dialética principiológica, de modo a instituir a necessidade de se ponderar estes princípios de acordo com cada caso concreto.

Tomando como premissa tudo o que fora exposto até então, faz-se essencial entender duas espécies contratuais de suma importância para o estudo dos contratos *built to suit*: os contratos de locação – em especial, a locação imobiliária – e os contratos de empreitada, visto que ambos possuem características que compartilham com a modalidade em análise.

1.2 DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

Em uma sociedade contemporânea e repleta de desigualdades sociais, pode-se afirmar, pacificamente, que nem todos possuem recursos financeiros suficientes para a obtenção de propriedade de certos bens, em especial os imóveis. Diante deste *gap* entre proprietários de bens que visam o lucro, e o restante da população que necessitam destes bens, tanto para geração de renda, quanto para suprir outras necessidades pessoais, advêm o instituto da locação.

Nas palavras de Tepedino, Barboza, Moraes e Soto (2012, p. 251), pode-se definir contrato de locação como: “O negócio jurídico pelo qual uma das partes transfere o exercício do uso e gozo de bem infungível mediante certa retribuição. [...]. A partir da definição, podem ser destacados os seus elementos essenciais: o consentimento, a coisa e o preço.”

No mesmo sentido, Vítor Sarmiento (2012) leciona que “à luz da dogmática civilista, a locação consiste num contrato pelo qual as partes (contraentes) dispõem-se a estabelecer os termos de concessão a outrem, mediante pagamento da fruição de determinada coisa (bem móvel ou imóvel) [...]”

A locação de coisas em geral está regulada pelo Código Civil, que estabelece em seu art. 565:

Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Assim, o próprio código nos traz, também, o conceito do contrato de locação: trata-se de um negócio jurídico bilateral, no qual uma das partes cede um bem não fungível, por tempo determinado ou não, a uma outra parte que se compromete a uma contraprestação, em geral pecuniária. Assim, a parte cedente denomina-se *locador*, enquanto a parte que irá usufruir do bem é denominada *locatário*.

Já no que tange aos contratos de locação de imóveis urbanos, estes são regulamentados pela Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), compreendendo não só a

locação para fins residenciais, como também as para fins não residenciais, bem como as locações por temporada.

Dentre as características essenciais desta espécie contratual, pode-se destacar: a temporalidade, a onerosidade e a infungibilidade. Quanto à temporalidade, Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 100) leciona que:

[...] ao contrário dos direitos reais, que tendem à perpetuidade, os direitos obrigacionais gerados pelo contrato caracterizam-se pela temporalidade. Não há contrato eterno. O vínculo contratual é, por natureza, passageiro e deve desaparecer, naturalmente, tão logo o devedor cumpra a prestação prometida ao credor.

Dessa forma, por se tratar de uma cessão temporária do bem, pode-se afirmar que não há transferência de propriedade, mas sim a transferência da posse. Já a onerosidade e a infungibilidade do objeto decorrem do já citado artigo 565 do Código Civil.

Além disso, salienta Rizzardo (2018, p. 473), a locação do objeto principal, também compreende os seus acessórios, “exceto se constar ressalva no contrato. De modo que a locação de um apartamento abrange a área de uso comum; se for de uma casa, compreenderá o pátio e tudo quanto se encontrar em seu interior.”

A modalidade de locação que mais nos interessa quanto ao objeto deste estudo é a locação imobiliária não residencial, também chamada de locação comercial ou locação empresarial, isto é, aquela cujo objeto pactuado é imóvel destinado à exploração de atividade econômica, seja comércio, indústria ou sociedade simples.

Isso porque o contrato *built to suit* é utilizado, principalmente, na exploração de atividade econômica, e, por isso, herda diversas características dessa modalidade de locação, ainda que com ela não se confunda, conforme será visto mais adiante. Outrossim, ao inserir o art. 54-A na seção destinada a tratar da locação não residencial, percebe-se que, na visão do legislador, esse seria o cenário no qual o *built to suit* estaria inserido, ainda que, conforme discutiremos em momento oportuno, nada obste a ocorrência do *built to suit* residencial.

Sendo assim, pode-se classificar os contratos de locação imobiliária como: i) bilaterais, pois produzem efeitos para as duas partes contratantes; ii) onerosos-comutativos, pois sua execução depende de uma contraprestação, sendo este ônus certo e determinado; iii) de adesão, pois, em regra, o locatário apenas aceita os termos estabelecidos pelo locador; iv) de duração, pois são executados ao longo de um certo lapso temporal; v) não solenes-consensuais, pois não dependem de nenhuma forma prescrita em lei como requisito de validade, e passam a obrigar os contratantes no momento de sua assinatura, não dependendo de entrega posterior de bens; vi) definitivo, uma vez que seu objeto não é a pactuação de outro contrato; vii) nominados-típicos, pois possuem designação específica e previsão em lei. (RIZZARDO, 2018, p. 66, 74/78, 81/86, 97).

Conforme demonstrar-se-á com maior profundidade no tópico 2.3 deste estudo, os contratos de locação guardam íntima relação com os contratos *built to suit*, na medida que este é, de certo modo, derivado daquele.

1.3 DO CONTRATO DE EMPREITADA

Assim como o contrato de locação imobiliária, o contrato de empreitada guarda diversas relações com o contrato *built suit*. Sendo assim, faz-se imprescindível a compreensão deste tipo contratual.

Entende-se como empreitada, na lição de Rizzardo (2018, p. 633), “o contrato pelo qual uma das partes obriga-se a executar por si só, ou com o auxílio de outros, mas sem dependência ou subordinação, determinada obra, ou a prestar certo serviço, e a outra a pagar o preço global ou proporcional ao trabalho realizado”.

Nota-se o destaque dado à ausência de dependência ou subordinação, pois, na lição de Gagliano & Pamplona Filho (2018, p. 491), trata-se de “uma nota distintiva desta modalidade contratual para a relação de emprego”.

Assim, nesta espécie contratual, o empreiteiro é aquele que executa ou faz executar a obra, enquanto o empreitante é o dono da obra, aquele que paga o preço. Aqui, “o objeto da prestação não é o esforço ou a atividade do locador, mas a obra em si”. (RODRIGUES, 1981, p. 252)

Assim, tem-se a obra como objeto da empreitada, que pode se dar de diversas maneiras, como, por exemplo, a construção e demolição de imóveis, bem como eventuais reformas e pinturas de imóveis; e a drenagem, terraplanagem, abertura, pavimentação e canalização de ruas e estradas.

Discute-se a similaridade entre o contrato de empreitada e o de prestação de serviços. Nas palavras de Tartuce (2013, p. 452), “O Contrato de empreitada (*locatio operis*) sempre foi conceituado como uma forma especial ou espécie de prestação de serviço”.

Entretanto, a empreitada se distingue da prestação de serviços na medida em que “na empreitada, existe obrigação de entregar obra; na prestação de serviço, existe a obrigação de executar trabalho. Daí conclui-se que na empreitada há obrigação de resultado. [...]. Na prestação de serviço, como regra, a obrigação será de meio.” (VENOSA, 2017, p. 525).

Quando se fala em contrato de empreitada, deve-se levar em consideração a existência de duas modalidades, conforme dispõe o art. 610, *caput*, do Código Civil, sendo elas: i) a empreitada de mão de obra, por meio da qual o empreiteiro se utiliza da sua própria força de trabalho para realizar a obra contratada, cabendo ao proprietário o fornecimento dos materiais necessários; e ii) a empreitada de materiais, na qual o empreiteiro não só fornece a mão de obra para realização da obrigação, mas também os materiais necessários para fazê-la. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 495/496)

A importância da diferenciação entre estas duas modalidades se dá, principalmente, no que tange à responsabilidade do empreiteiro. Enquanto na empreitada de materiais todos os riscos correm por conta do empreiteiro até a entrega da obra, desde que quem a contratou não esteja em mora para recebê-la (art. 611 CC), na empreitada de

mão de obra os riscos em que o empreiteiro não tiver culpa correm por conta do proprietário.

Dessa forma, tem-se que a responsabilidade civil no caso de empreitada de mão de obra é subjetiva, uma vez que deverá levar-se em conta a existência ou não de culpa por parte do empreiteiro; enquanto na empreitada de materiais, a responsabilidade civil é objetiva, pela ausência da aferição de culpa.

No que tange ao nosso estudo, compreender a empreitada faz-se de suma importância, na medida em que o *built to suit* carrega consigo elementos da empreitada, como a necessidade do locador construir ou reformar, de forma substancial, o imóvel a ser locado, sendo ele o responsável por todos os custos atinentes à edificação. A relação entre empreitada e o *built to suit* será explorada com mais detalhes no tópico 2.3 deste estudo.

À luz do que fora tratado até então, pode-se classificar os contratos empreitada, em regra, como: i) bilaterais, pois produzem efeitos para as duas partes contratantes; ii) onerosos-comutativos, pois sua execução depende de uma contraprestação, sendo este ônus certo e determinado; iii) de duração, pois são executados ao longo de um certo lapso temporal; iv) pessoal, pois sua execução restringe-se às partes contratantes; v) não solenes-consensuais, pois não dependem de nenhuma forma prescrita em lei como requisito de validade, e passam a obrigar os contratantes no momento de sua assinatura, não dependendo de entrega posterior de bens; vi) definitivo, uma vez que seu objeto não é a pactuação de outro contrato; vii) nominados-típicos, pois possuem designação específica e previsão em lei. (RIZZARDO, 2018, p. 66, 74/78, 81/86, 97)

Tendo em vista tudo quanto exposto nesta parte introdutória deste ensaio, e considerando como alicerce de nosso estudo tanto os aspectos principiológicos, bem como as características dos contratos de locação e de empreitada, passa-se ao estudo, de fato, dos contratos realizados na modalidade *built to suit*.

2 DOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT*

2.1 CONCEITO

Os contratos *built to suit* são chamados, em tradução livre, de “construídos para servir”, mas, na verdade, assumem o real significado de “construídos sob medida”. Isso se dá pois, juridicamente, são contratos de locação de bens imóveis urbanos, nos quais o locador investe seu próprio dinheiro na construção ou reforma substancial do imóvel, sob medida para atender às necessidades previamente determinadas pelo locatário (FERRIANI, 2013). Nas palavras de Gasparetto (2009, p. 48), nesta modalidade contratual o locador “concorda expressamente em adquirir e construir o imóvel nas condições específicas ditadas [pelo locatário]”.

Não há consenso sobre a denominação do *built to suit* em língua portuguesa. Alexandre Gomide (2017, p. 29) defende a nomenclatura “contrato de construção e locação sob medida”. Já a Lei 12.744/2012, que incluiu o art. 54-A na Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), no qual pretendeu regulamentar o contrato *built to suit*, utilizou a expressão “locação em contratos de construção ajustada”. Para fins dessa obra, utilizaremos a nomenclatura original, qual seja, *built to suit*, por ser empregada com maior frequência na doutrina, nos contratos, e na (escassa) jurisprudência.

Na doutrina americana – berço desta modalidade contratual – os autores Jack Friedman, Jack C. Harris e J. Bruce Lindeman entendem que esta modalidade contratual pode ser definida como: “um arranjo pelo qual o dono de uma propriedade se oferece a pagar para construir em sua terra um edifício especificado por um potencial inquilino, e então locar o terreno e edifício ao inquilino”². (2006, p. 45)

Em relação à doutrina nacional, contratos *built to suit* são definidos por Fernanda Benemond (2015, p. 20) como:

² Tradução Livre. No Original “an arrangement whereby a landowner offers to pay for construction on his or her land of a building specified by a potential tenant, and then to lease land and building to the tenant.”

um modelo de negócio jurídico no qual a parte interessada em ocupar um imóvel para o desenvolvimento de uma atividade (contratante) contrata com um empreendedor: (i) a construção, pelo próprio empreendedor ou por terceiros, de um empreendimento (edificação) em um determinado terreno (imóvel) e/ou a sua reforma substancial, de forma a atender as especificações e os interesses da contratante; e; após o término da construção ou reforma substancial, (ii) a cessão do uso e fruição (locação) do terreno com o empreendimento, por um valor que permita ao empreendedor remunerar a quantia investida na execução da obra, bem como o período de uso e fruição do imóvel, de modo a lhe proporcionar certa margem de lucro.

Já Nakamura (2016) traz um conceito mais sucinto desta modalidade contratual, nos seguintes termos:

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.

Ainda quanto ao conceito dos contratos *built to suit*, Valença (2007) afirma que este modelo contratual

[...] corresponde a uma operação na qual, em resumo, duas empresas negociam entre si que a contratada irá: (i) adquirir um imóvel, (ii) construir o imóvel conforme os interesses do contratante, (iii) obter, por si ou por terceiros, os recursos para a aquisição e construção, e (iv) locar o imóvel para a contratante por determinado período.

Nota-se que, para Valença, o empreendedor (ou locador) deve necessariamente adquirir um terreno para realizar a construção. Com a devida vênia, entendemos que a aquisição do imóvel não é imprescindível, mas pode ser acordado caso as partes assim desejarem, podendo o locador, no entanto, utilizar-se de imóvel que já o pertence.

Benemond (2015, p. 19) vai além, afirmando que pode, ainda, “haver a outorga do direito de superfície do terreno ao empreendedor para realização da construção ou reforma substancial do empreendimento e posterior cessão de uso e fruição do empreendimento à contratante”. Trataremos deste tema com maior profundidade em tópico específico.

Consoante os conceitos trazidos em linhas volvidas, entendemos que o contrato *built to suit* pode ser definido como um acordo de longo prazo no qual o locador-

empreendedor, utilizando-se de um terreno próprio, ou adquirindo-o em razão do contrato, ou ainda, por meio de outorga de direito de superfície, constrói ou reforma substancialmente determinado edifício, de acordo com as especificações ditadas pelo locatário-contratante, cedendo, posteriormente, o uso e fruição do referido imóvel, devendo o locatário-contratante pagar valor correspondente não só ao uso e fruição do bem, mas também referente à amortização dos custos da aquisição e/ou da obra realizada no imóvel.

Para Gomide (2017, p. 32), trata-se de um contrato que pode ser classificado como: i) bilateral ou plurilateral; ii) consensual; iii) comutativo; iv) oneroso; e v) de execução periódica.

Os sujeitos dessa modalidade contratual são, de um lado, o locador, também chamado de empreendedor – aquele que possui ou adquire o imóvel, e que será responsável pela sua construção ou reforma substancial – e, do outro, o locatário, também chamado de contratante – aquele que será responsável por ditar as condições do imóvel que se adequam às suas necessidades. A fim de diferenciar o *built to suit* da locação imobiliária comum, chamaremos as partes, nesta obra, de locador-empreendedor e locatário-contratante.

Quanto ao prazo de vigência dos contratos *built to suit*, apesar de determinado, é de longa duração, geralmente excedendo dez anos. Isso ocorre devido ao alto investimento do locador-empreendedor na construção ou reforma substancial de seu imóvel, conferindo-lhe segurança jurídica de que terá, de fato, o retorno do investimento realizado.

Dessa forma, como esse tipo de contrato visa o não dispêndio imediato de uma quantia volumosa para a compra, construção ou reforma substancial do imóvel, tem-se como consequência a não imobilização de ativos, o que permite a concentração de esforços na realização das atividades-fim da empresa, além de eventuais vantagens tributárias, a depender do regime de tributação adotado pelo empreendimento.

Nas lições de Figueiredo (2010, p. 134):

A empresa que irá explorar o empreendimento, por motivos operacionais ou de planejamento patrimonial, não tem interesse em imobilizar o seu capital na aquisição do terreno ou na construção, e assim contrata uma locação por longo prazo, entre 10 e 20 anos, firmando compromisso de pagar prestações durante todo esse período, pagamento que servirá para amortizar os custos da construção e remunerar o investimento do construtor.

Percebe-se que se trata de situação mais vantajosa do que caso o locatário-contratante decidisse pela aquisição e construção, valendo-se de um contrato de empreitada padrão, utilizando-se de seus próprios recursos, uma vez que haveria um aumento exponencial de custos imediatos para o locatário, em contraponto ao *built to suit*, no qual os custos são diluídos ao longo da duração do contrato. Ainda sobre as vantagens do *built to suit*, David G. Etter e Wayne E. Etter (1997) afirmam que:

The reason these retailers prefer to lease rather than to own a building is simple: retailers want to capture and maintain market share. This requires them to enter new markets and to retain present markets by building new stores. In addition to the cost of acquiring the land and constructing the building, each new store requires considerable investment in inventory, furniture and fixtures. Because retailers do not have unlimited financial resources, they let others undertake the land acquisition and construction. This enables a retailer to open more stores. Implicit in this choice is the expectation that profits will be larger if the retailer operates more leased stores rather than fewer owned stores.³

Evidentemente que, levando em conta à própria natureza do negócio, pode-se afirmar que este tipo contratual é mais interessante para investidores e empreendedores que exploram determinados setores e ramos econômicos. Essa modalidade contratual, nas palavras de Coelho (2014), “vem sendo reiteradamente utilizada nas relações locatícias, geralmente com finalidades comerciais ou industriais”.

Entretanto, Rizzardo (2018, p. 500) vai além ao afirmar que se trata de um modelo contratual restrito aos imóveis urbanos não residenciais. Com a devida vênia, discordamos deste posicionamento.

³ Tradução livre: “O motivo pelo qual esses varejistas preferem alugar ao invés de possuir a sua própria edificação é simples: varejistas desejam obter e manter cotas de mercado. Isso requer com que eles entrem novos mercados e mantenham mercados atuais construindo novas lojas. Além do custo de adquirir o terreno e de construção da edificação, cada nova loja requer investimento considerável em estoque, mobília e instalações. Como os varejistas não possuem recursos financeiros ilimitados, eles deixam com que terceiros empreendam na do terreno e na construção. Isso permite com que o varejista abra mais lojas. Implícito nessa escolha está a expectativa de que os lucros sejam maiores caso o varejista opere com mais lojas alugadas em detrimento de um menor número de lojas próprias.”

Isto porque, muito embora a redação do art. 54-A da lei 8.245/91 regule este modelo contratual apenas quanto à locação não residencial de imóvel urbano, pelo princípio da autonomia privada, instituído pelo art. 425 do Código Civil⁴, e pela ausência de vedação expressa e específica, podem as partes, se assim quiserem, pactuar um contrato *built to suit* para fins residenciais.

Entendemos que o que deve ser discutido, neste caso em específico, não é a possibilidade ou não da realização deste tipo de contrato para este fim, mas sim o quão vantajoso isso seria para o locador. Isso porque, muito embora o *built to suit* seja considerado negócio de baixo risco⁵, a forma residencial deste contrato pode ser considerada de risco alto, porquanto o valor elevado do aluguel neste tipo contratual é pactuado justamente levando em conta a exploração econômica e a fonte de renda advinda do imóvel locado.

Para Gomide (2017, p. 147), o *built to suit* residencial poderia ser realizado de duas maneiras: i) ambos locador-empresendedor e locatário-contratante são pessoas físicas; ou ii) o locatário-contratante é pessoa física e o locador-empresendedor é pessoa jurídica. Afirma, ainda, que, apenas neste último caso, a relação seria de consumo, por não se tratar de contrato típico de locação:

Tratando-se de uma relação de consumo (art. 2º do CDC), em que o ocupante contrata, como destinatário final, a construção e cessão do uso de um imóvel residencial, em nossa opinião, não se pode afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o empreendedor seja também fornecedor de produtos (art. 3º do CDC).

[...]

Nestes termos, o ocupante poderia, por exemplo, valer-se das disposições a respeito da responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do Código de Defesa do Consumidor), caso o imóvel tivesse sido entregue com defeito de construção. (GOMIDE, 2017, p. 149/150)

Seguindo o entendimento acima, o *built to suit* residencial, quando realizado entre fornecedor e consumidor, torna-se ainda mais arriscado, na medida em que por ser regido pela lei consumerista, o locatário-consumidor teria, em tese: i) possibilidade de

⁴ Art. 425 do Código Civil - *É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.*

⁵ Sobre isso, David G. Etter e Wayne E. Etter (1997.) aduzem que: “many investors consider such an arrangement to be low-risk because of the reduced probability that the tenant will fail to pay the lease payment as agreed”. Tradução Livre: “Muitos investidores consideram esse tipo de contrato como de baixo risco, devido à baixa probabilidade de que o locatário deixe de pagar o valor de aluguel acordado”.

resilição unilateral antes do termo do contrato; ii) possibilidade de denúncia unilateral antes do termo do contrato; iii) possibilidade de revisão da remuneração mensal ao longo do contrato; iv) possibilidade de ser reduzida a cláusula penal com fundamento no art. 413 do Código Civil; e v) possibilidade de exercer o direito de preferência na aquisição do imóvel, em analogia ao art. 27 da Lei do Inquilinato. (GOMIDE, 2017, p. 151).

Assim, entendemos que, apesar de possível o contrato *built to suit* na modalidade residencial, seja entre particulares, seja entre fornecedor e consumidor, trata-se de negócio jurídico demasiadamente arriscado e que por isso, na prática, torna-se praticamente inexequível.

É possível se pensar, também, na hipótese em que o locatário-contratante, visando a obtenção de capital de giro para o seu empreendimento, decida por realizar o *built to suit* utilizando-se o seu próprio terreno. Estaríamos diante, portanto, de uma situação de *sale lease back*.

Para conceituarmos este instituto, recorreremos à lição de Benemond (2015, p. 76)

O *lease back* [...] é uma modalidade do arrendamento financeiro, que conceituamos da seguinte forma: uma das partes necessitando obter capital de giro, vende um bem de seu ativo imobilizado – geralmente um imóvel – para um intermediário financeiro [...] e, posteriormente, recebe o bem em locação com a possibilidade de adquirir novamente a sua propriedade, mediante o pagamento de remuneração periódica capaz de, no seu somatório, corresponder ao preço do bem locado.

[...]

Como se vê, enquanto no leasing padrão a relação se mostra triangular (a locadora adquire o bem junto a terceiro, em ordem de arrendá-lo ao tomador do *leasing*), no *lease back* a relação se faz linear, entre “vendedor-locatário” e “adquiriente-locador”.

Assim, para que o *built to suit* fosse realizado nessa modalidade, o locador-empendedor deve adquirir imóvel do locatário-contratante, para prosseguir com a construção ou reforma substancial do bem e, ao fim da obra, entregá-lo em locação, existindo a possibilidade de, ao final da vigência do contrato, o locatário-contratante readquirir sua propriedade, acrescida do empreendimento nela realizado. Para tanto,

Compreendido a conceituação dos contratos *built to suit*, sua utilização, suas vantagens, e a possibilidade de ser realizado para finalidade residencial, bem como a hipótese de que se realize o *built to suit* valendo-se do *sale lease back*, parte-se, agora, para o estudo das divergências envolvendo a natureza jurídica do contrato quanto à sua tipicidade ou atipicidade.

2.2 DIVERGÊNCIAS SOBRE SUA TIPICIDADE

Conforme dito alhures, com o advento da Lei 12.744/2012, houve a inclusão do art. 54-A na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), que visava, segundo a vontade do legislador, regulamentar os contratos *built to suit*. Entretanto, conforme veremos no tópico 2.6, que trata da análise deste artigo, a regulamentação sucinta trazida por esta alteração legislativa ensejou divergências acerca de seu condão de ter tipificado referido contrato.

De antemão, insta compreender os conceitos de contratos típicos e atípicos. Conforme lição de Álvaro Villaça Azevedo (2019), “tipicidade significa presença, e atipicidade ausência de tratamento legislativo específico”. Venosa (2017), no mesmo sentido, aduz que:

Se a avença contratual for daquelas descritas e especificadas na lei, estaremos diante de um contrato *típico* (ou nominado, embora não seja a terminologia mais correta [...]). Se a avença contratual tiver por objeto regular relação negocial menos comum ou *sui generis*, mais ou menos empregadas na sociedade, mas não descrita em lei específica, estaremos perante um contrato *atípico* (ou inominado segundo a doutrina mais antiga).

A doutrina entende, em geral, que os contratos atípicos podem ser divididos em dois grupos, a saber: i) contratos atípicos puros (ou em sentido estrito/prpropriamente ditos); e ii) contratos atípicos mistos. Os primeiros seriam aqueles marcados pela originalidade, isto é, sem basear-se em contratos já existentes, regulamentando uma situação jurídica “nova”, não prevista na legislação.

Já os segundos seriam marcados pela modificação de cláusulas de contratos já regulamentados (típicos) ou mesclando elementos de duas ou mais modalidades

contratuais, típicas ou não. Assim, os contratos mistos, segundo Azevedo (2019) reúnem, em seu corpo, dois ou mais contratos típicos, dois ou mais contratos atípicos, ou, ainda, simultaneamente, as duas categorias mencionadas

Necessário, ainda, diferenciar contratos atípicos mistos de contratos coligados. Nas lições de Benemond (2015, p. 84):

Nos contratos coligados, há a combinação de contratos completos. Já nos contratos atípicos mistos, há a combinação de elementos contratuais, enquanto possível a fusão de um contrato completo com simples elementos do outro. Pluralidade de contratos num caso, unidade no outro.

No mesmo sentido, Azevedo (2019) explica que:

[...] os contratos coligados, dois ou mais, guardam sua individualidade própria, sendo várias contratações autônomas, mas ligados por um interesse econômico específico. Já os contratos atípicos mistos são avenças que se somam e que se integram de modo indissociável, não tendo cada qual vida própria; é, portanto, contratação única, complexa e indivisível.

Entende-se que para que um contrato seja considerado típico, não basta que haja a menção de seu nome na legislação, porquanto faz-se necessário que haja expressa regulamentação de todas as suas características e peculiaridades. Daí a necessária distinção entre contrato típico e contrato nominado, na medida em que nem todo contrato nominado é típico.

A nomenclatura – *nominado* e *inominado* – é resquício de direito romano, e prevaleceu no sistema jurídico brasileiro até o fim da vigência do Código Civil de 1916, uma vez que o atual diploma não mais traz tal denominação, preferindo chamá-los de *típicos* e *atípicos*. Quanto aos contratos nominados e inominados, Ricardo Lorenzetti (s.d., p. 14) assevera que:

en el Derecho Romano se utilizó la categoría de los contratos nominados para fijar de un modo cerrado la posibilidad de crear obligaciones: sólo en los casos permitidos por la ley podían surgir obligaciones de fuente contractual. A fin de flexibilizar esta rigidez el Derecho Justiniano incorporó a los innominados.⁶

⁶ Tradução livre: “no Direito Romano, utilizava-se a categoria dos contratos nominados para estabelecer de forma fechada a possibilidade de criar obrigações: apenas nos casos permitidos por lei poderiam surgir obrigações de origem contratual. Para flexibilizar essa rigidez, o Direito Justiniano incorporou os inominados”.

Voltando à discussão sobre a diferença entre contrato típico e contrato nominado, Venosa (2017) aduz que:

[...] o contrato pode ser mencionado ou referido por uma lei, que por si só o “nomina”, mas não o converte em contrato típico. Por isto, ter um nome no sistema legal não basta, importa que o contrato além de nominado, seja regulado por lei. Esse é o sentido técnico que se dá ao contrato típico.

Isso porque uma regulamentação incompleta e/ou deficiente não é capaz de tipificar um contrato, de modo que, neste caso, ainda que haja previsão legal de sua existência, tais modalidades contratuais seriam consideradas atípicas.

Nessa esteira, Benemond (2015, p. 90) entende que os contratos *built to suit* não são considerados contratos típicos, sustentando que:

[...] mesmo após a entrada em vigor da Lei nº 12.744/2012, os contratos *built to suit* classificam-se como atípicos mistos. São atípicos, pois, a nosso ver, ainda não existe regulamentação específica razoavelmente completa para o tipo contratual, de tal modo que seja possível contratar por referência, sem que as partes tenham de clausular o fundamental do contrato.

No mesmo sentido, Gomide (2017, p. 65) afirma que:

[...] ainda que o legislador tenha, indevidamente, procurado regulamentar os contratos *built to suit* na Lei do Inquilinato, traçando, até certo ponto, alguns limites contratuais, bem como nomeando essa modalidade contratual de ‘locação’, tais fatores não tornam o *built to suit* um contrato típico de locação

Os defensores da atipicidade dos contratos *built to suit*, como visto, sustentam que as alterações legislativas trazidas pela Lei 12.744/2012 não foram suficientes para que se considere a modalidade contratual ora em comento como típica, porquanto não fora suficientemente regulamentada, bem como tentou, inadequadamente, enquadrá-la como espécie de locação.

Ainda nesse sentido, Gomide (2017, p. 80) sustenta que a discussão em relação à atipicidade do *built to suit* segue lógica similar à locação de *shopping centers*, uma vez que neste último também não há uma simples cessão de uso do imóvel, havendo, ainda, características decorrentes da prestação de serviços. Nesse sentido, o autor

sustenta que embora tanto a locação de *shopping centers* quanto o *built to suit* estejam previstas na Lei do Inquilinato, nos artigos 54 e 54-A, respectivamente, tal situação não seria capaz de torna-los típicos, porquanto possuem prestações decorrentes não apenas da locação.

Outrossim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p. 378) também sustentam a atipicidade do *built to suit*, arguindo que as alterações feitas à Lei do Inquilinato foram “tímidas” e que, embora a prestação da locação seja a propulsão necessária para para a celebração do *built to suit*, tal modalidade à ela não se confunde, porquanto várias normas tidas como cogentes na locação não são admitidas nessa modalidade.

Já em sentido oposto, Paula Miralles de Araujo (2014, p. 108/109) afirma que

À luz da análise tipológica, a solução legislativa vai no sentido de recondução do contrato *built to suit* à tipicidade do contrato de locação, sem negar, todavia, a necessidade de afastamento de algumas regras próprias a este tipo contratual. Mais que isso, ao caracterizar as prestações de construir, adquirir ou reformar o imóvel objeto da locação como prestações preparatórias que antecedem à própria relação locatícia, pode-se concluir que essas prestações não são suficientes para extrapolar a “elasticidade” do tipo legislativo de locação.

Antes mesmo do advento da Lei 12.744/2012, Luiz Antonio Scavone Junior⁷, já acompanhava essa linha de raciocínio, afirmando que “não é, por óbvio, pelo simples fato de se alterar o nome de um contrato ou de sua contraprestação que também se alterará a sua natureza jurídica”, sustentando que a natureza jurídica do *built to suit* seria pura e simplesmente a de locação de imóveis.

Ainda sobre a corrente doutrinária que defende a tipicidade do *built to suit*, Daniel Cardoso (2016, p. 53) afirma que este contrato possui elementos próprios, específicos, que o diferenciam do contrato de locação, sustentando, portanto, que a locação é gênero da qual o *built to suit* seria espécie.

⁷ Sem data. Disponível em: <<https://www.scavone.adv.br/contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato.html>> Acesso em: 19 out. 2020.

Nosso posicionamento se alinha com a primeira corrente, entendendo que, apesar da tentativa do legislador de regulamentar o *built to suit*, por meio da inclusão do art. 54-A na Lei do Inquilinato, esta foi feita de forma tímida, insuficiente para ensejar a tipificação desta modalidade contratual, de modo que não há outra alternativa senão o reconhecimento de que se trata de contrato atípico misto, porquanto originário de elementos e premissas da locação, da empreitada e, eventualmente, da compra e venda.

2.3 ELEMENTOS DO *BUILT TO SUIT*

Conforme dito alhures, os contratos *built to suit* são modelos negociais nos quais ocorre a locação de imóvel urbano não residencial, precedida de aquisição, construção ou reforma substancial do referido imóvel. Observa-se, portanto, que não se trata puramente de uma espécie de locação, uma vez que mistura elementos de outros tipos contratuais.

Ao discorrer sobre o porquê do *built to suit* não ser uma mera locação, Benemond (2015, p. 27) explicita que

Em que pese o locador, na locação, e o empreendedor, no *built to suit*, terem que conferir o uso e fruição de determinado imóvel à contratante/locatária, a obrigação do empreendedor no contrato de *built to suit* não se resume a isto. Antes [...], deve o empreendedor no *built to suit*, construir e ou reformar de acordo com o pactuado com o contratante. (**sic**)

Ainda quanto este aspecto, Bottesini e Nadeu (2008, p. 129) afirmam que o *built to suit* seria o equivalente ao arrendamento de desfrute (*Pacht*) no Direito Alemão, sendo este o arrendamento de coisas que produzem frutos e/ou rendas, diferentemente do arrendamento de uso (*Miete*).

Trata-se, portanto, de um modelo contratual complexo, nas palavras de Seco e Moreira Júnior (2014), pois envolve “a compra e venda de terreno, a empreitada, a prestação de serviços caracterizada pelo fornecimento de desenhos e projetos, a administração da obra e, por fim, a própria locação do imóvel”.

Dessa forma, embora regido pela Lei do Inquilinato, que regula a locação dos imóveis urbanos, esta espécie contratual, devido à sua própria natureza, não possui como objeto puramente a locação do imóvel.

Isso porque, conforme afirma Zanetti (2011, p. 114), “não há como dissociar as prestações. Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas”. Assim, para que haja a referida locação, faz-se imprescindível que ocorra a aquisição e/ou construção ou reforma substancial do imóvel, a fim de que este se adeque às especificidades do locatário.

Nesta linha, invariavelmente, um contrato *built to suit* vai envolver uma fase anterior à locação em si, que consiste na compra do imóvel e/ou na realização da empreitada que irá construir ou reformar este imóvel substancialmente.

Noutro giro, o *built to suit* também não se confunde com a mera coligação entre os contratos de locação e de empreitada. Isso porque, segundo lições de Benemond (2015, p. 31):

[...] ao contrário dos contratos atípicos mistos, como os de *built to suit* – os contratos coligados não perdem sua individualidade, havendo simples combinação de dois ou mais contratos completos. Desta forma, as normas atinentes à empreitada e locação seriam, neste caso, aplicadas em sua integralidade, sem que fosse considerada a equação econômica que consubstancia o *build to suit* para afastamento ou limitação de qualquer dispositivo legal.

Deste modo, pode-se afirmar que o objeto do contrato *built to suit* não é puramente a locação do imóvel, mas também a sua aquisição, construção ou reforma substancial, uma vez que são condições *sine qua non* para a realização deste modelo contratual.

Importante destacar que, em se tratando de reforma, esta deverá ser *substancial*, e não meramente pequenos ajustes no imóvel, como substituição de pisos, vidros e outros revestimentos de construção, pois, neste caso, estaríamos diante de uma locação simples, uma vez que o artigo 22, I da Lei do Inquilinato obriga que o locador entregue ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina.

A reforma, portanto, deve ser realizada sob encomenda e para os fins necessários à atividade econômica do ocupante.(GOMIDE, 2017, p. 43)

Outrossim, Gasparetto (2011, p. 50) entende que, diferentemente do contrato de locação, o *built to suit* é *intuitu personae*, pois, do ponto de vista do locador, “a figura da usuária-locatária foi essencial para a realização do negócio. O empreendedor se esmerou no histórico de crédito da locatária para avaliar se seria razoável empreender um negócio de tamanha magnitude”.

Concordamos com a ideia de que o *built to suit* se caracteriza como contrato *intuitu personae*, na medida em que a obra a ser realizada atenderá às especificações e anseios do locatário-contratante, sendo-lhe feita sob medida, o que afastaria, a princípio, o interesse de terceiros naquela edificação.

Destarte, não se pode olvidar a característica mista dos contratos *built to suit*, na medida em que possuem elementos que remetem tanto aos contratos de locação, quanto aos contratos de empreitada.

Isso porque, assim como na locação imobiliária, nos contratos *built to suit* uma parte cede a outra a posse e os poderes de uso e gozo de um bem imóvel por tempo determinado, mediando uma contraprestação pecuniária. Entretanto, diferentemente da locação comum, o preço do aluguel no *built to suit* visa não só compensar o locador-empendedor pelo uso do bem, mas também tem por escopo o ressarcimento dos valores gastos na aquisição, construção e/ou reforma substancial do imóvel.

Outrossim, verifica-se semelhanças com o contrato de empreitada, em especial a empreitada de materiais, na medida em que no *built to suit* o locador-empendedor se obriga não só a realização de uma obra no imóvel (seja construindo ou reformando substancialmente), como também é responsável pelo fornecimento dos materiais necessários em sua execução. Uma das principais diferença entre essas modalidades reside no fato de que, aqui, o locador-empendedor não só é o “empreiteiro” como também é o proprietário do imóvel.

Partindo do conceito e dos elementos desse contrato, realizado, em regra, com a aquisição de terreno pelo locador-empendedor ou, ainda, com a utilização de terreno que a este já pertencia, analisar-se-á, agora, o *built to suit* quando realizado com a outorga do direito de superfície.

2.4 CONTRATOS *BUILT TO SUIT* QUANDO REALIZADOS SOB A OUTORGA DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

2.4.1 Noções preliminares do direito de superfície

Ao conceituarmos o contrato *built to suit*, trouxemos à discussão o entendimento acerca da possibilidade da realização dessa modalidade contratual por meio da outorga de direito de superfície. Assim, insta compreendermos determinados aspectos sobre este direito, e como suas peculiaridades atingem o *built to suit* quando realizados nessa modalidade.

O direito de superfície surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro ainda no período colonial, influência direta das Ordenações Filipinas de Portugal, que fora, inclusive, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro quando da Proclamação da República, por determinação da Assembleia Constituinte⁸ na Lei de 20 de outubro de 1823, sendo extinto em 1864 por força da Lei nº 1.237, que deixou de prever o direito de superfície como ônus real.

Tal direito só voltou a existir no nosso ordenamento com o advento do Estatuto da Cidade, que o prevê como instrumento de execução de política urbana (art. 4º, V, “i”),

⁸ Art. 1º da Lei de 20 de Outubro de 1823: “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM...-20-10-1823.htm#:~:text=LEI%20DE%2020%20DE%20OUTUBRO,Cortes%20Portuguezas%20que%20s%C3%A3o%20especificados>. Acesso em 20 out. 2020.

regulamentando-o em seus artigos 21 a 24. Posteriormente, o Código Civil também disciplinou este direito real (art. 1.225, II), regulando-o em seus artigos 1.369 a 1.377.

Conforme se extrai do próprio código, em seu art. 1.369, o direito de superfície é o poder do proprietário de bem imóvel de outorgar a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Enquanto o Código Civil estabelece que outorga deve ocorrer por tempo determinado, o Estatuto da Cidade dispõe que pode ser por tempo determinado ou indeterminado⁹.

Para Ricardo Pereira Lira (2003, p. 251), o direito de superfície é um direito real autônomo, temporário, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, sendo, portanto, a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação.

Já para Rodrigo Reis Mazzei (2013, p. 266) o direito de superfície seria um “direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre os implantes”.

Diante disso, Caio Mario da Silva Pereira (2005, p. 243) afirma que o direito de superfície “caracteriza-se como um instrumento real sobre coisa alheia, e se apresenta como um desdobramento da propriedade”. Isso porque quando instaurado o direito de superfície, surge um direito real autônomo, podendo se falar, portanto, na cisão do bem imóvel em dois direitos, a saber, o domínio direto (referente ao direito de propriedade) e o domínio útil (referente ao direito de superfície). Há, portanto, patrimônios autônomos, que podem ser objetos de atos e negócios jurídicos independentes.

⁹ Art. 21 da Lei 10.257/2011 - *O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.*

Trata-se, portanto, de uma exceção ao princípio do *superfícies solo cedit*, insculpido no artigo 1.255 do Código Civil¹⁰, que dispõe que ao proprietário do solo é também garantido a propriedade dos frutos e das edificações que nele estiverem.

Como dito, este direito ressurgiu na legislação pátria com o advento do Estatuto da Cidade, sendo posteriormente previsto, também, no Código Civil. Com isso, surgiu questionamentos sobre a possível revogação das disposições sobre o instituto no primeiro, por uma revogação tácita ocasionada pelo surgimento do segundo.

Trata-se de questão polêmica e controversa até os dias atuais. Entretanto, para o intuito desta obra, e sem qualquer pretensão de esgotar a discussão sobre a matéria, nos filiamos ao entendimento no sentido de que não houve revogação, e que essas disposições coexistem e se complementam. Neste sentido, Benemond (2015, p. 59) leciona que:

Entende-se [...] que o Código Civil de 2002, ao regular o direito de superfície, não revogou o Estatuto da Cidade.
[...] o Código Civil deve ser empregado aos particulares, independentemente da destinação do terreno. Já o disposto no Estatuto da Cidade será empregado quando for utilizado como instrumento de política urbanística e quando instituído pelo Poder Público.

Outrossim, o Enunciado nº 93 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal dispõe que “as normas previstas no Código Civil regulando o direito de superfície não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), por ser instrumento de política e desenvolvimento urbano”.

No direito de superfície tem-se, de um lado, o fundeiro, que é o proprietário do solo e outorgante do direito; e do outro o superficiário, o outorgado do direito. Enquanto o primeiro manterá o domínio direto, podendo dispor do bem, o segundo terá o domínio útil, podendo usar e gozar do bem, mas ficará responsável pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel, na forma do disposto no artigo 1.371 do Código Civil.

¹⁰ Art. 1.255 do Código Civil - *Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.*

Extrai-se da redação do artigo 1.370 do Código Civil que a outorga do direito de superfície pode ser gratuita ou onerosa e, neste último caso, poderá ser pago em uma única vez ou parceladamente. A esse pagamento dá-se o nome de cânon superficiário ou *solarium*, e o seu não pagamento pode ensejar ação de cobrança e extinção da outorga por infração contratual. (VENOSA, 2013, p. 447)

Extinto o direito de superfície, o proprietário do solo irá reaver o total domínio sobre o bem, tornando-se proprietário, também, das edificações ou outras benfeitorias realizadas no solo. Pode ser acordada indenização, mas ela não é obrigatória.

2.4.2 Peculiaridades do *built to suit* realizado sob outorga do direito de superfície

O *built to suit*, quando realizado sob a outorga do direito de superfície, terá uma série de peculiaridades que deverão ser elucidadas daqui em diante. A primeira delas diz respeito ao *built to suit* na modalidade de “reforma substancial do imóvel”. Nem o Código Civil nem o Estatuto da cidade preveem a possibilidade do direito de superfície incluir acessões preexistentes no terreno.

Diante disso, tem-se divergências quanto à essa possibilidade, com parte da doutrina entendendo pela sua impossibilidade diante da omissão legislativa. Todavia, nos filiamos ao entendimento corroborado por Francisco Eduardo Loureiro (2012, p. 1432) de que a lei não prevê, mas também não proíbe expressamente a superfície por cisão.

Assim, admitindo-se essa possibilidade, seria plenamente possível a contratação do *built to suit* sob a outorga de direito de superfície na modalidade de “reforma substancial do imóvel” preexistente, podendo o locador-empendedor, também, construir outras edificações se assim requerido pelo locatário-contratante.

Realizado o *built to suit* nessa modalidade, seja com construção preexistente ou não, entendemos que o pagamento do *solarium* seriam de responsabilidade do locador-empendedor, pois figuraria, também, como superficiário. Entretanto, poderia ser

acordado para que este valor estivesse incluso no aluguel pago pelo locatário-contratante.

Em relação aos tributos e encargos incidentes sobre o imóvel, embora a lei disponha que estes sejam de responsabilidade do superficiário, seguimos o entendimento de Benemond (2015, p. 64) no qual o locador-empendedor e o locatário-contratante poderiam “estabelecer no contrato *built to suit* que os encargos e tributos incidentes sobre a área objeto do direito de superfície serão arcados pela contratante, principalmente após o término do empreendimento e início do período de uso e fruição por parte deste”.

Outrossim, deve haver especial atenção quanto à duração dos contratos, porquanto o *built to suit*, conforme já explicitado, costuma ser de longa duração. Nesta senda, entendemos que a duração do direito de superfície, se determinada, deve ser, ao menos, igual à duração do contrato *built to suit*, não podendo este ultrapassar o prazo de vigência da concessão da superfície.

Por fim, deve-se analisar o possível conflito em relação ao exercício do direito de preferência. Tanto o Estatuto da Cidade, em seu artigo 22, quanto o Código Civil, em seu artigo 1.373, instituem que em caso de alienação do imóvel, terá o superficiário direito de preferência em relação à terceiros. Do mesmo modo, dispõe a Lei do Inquilinato, em seu artigo 27, que o locatário tem direito de preferência quando da alienação do imóvel.

Neste sentido, pergunta-se: teria o locatário-contratante o mesmo direito de preferência em relação à área objeto do direito de superfície, em igualdade de condições com o locador-empendedor/superficiário?

Para Benemond (2015, p. 67), a resposta é positiva. Entretanto, ela salienta que tendo o instituto do direito de preferência a finalidade de consolidar a propriedade do bem em um único titular, “na hipótese de alienação do terreno objeto de direito de superfície no qual foi desenvolvido um empreendimento *built to suit*, caberá a preferência em sua aquisição ao superficiário e, em seguida, à contratante”.

2.5 ANÁLISE DO ART. 54-A DA LEI 8.245/91 (LEI DO INQUILINATO) E REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO *BUILT TO SUIT*

Os contratos *built to suit* já vinham sendo praticados no Brasil através da iniciativa privada há anos, uma influência direta dos Estados Unidos, onde já eram praticados, de acordo com entrevista realizada por Fábio Cilli (2005, p. 136) com empreendedor do ramo, desde a década de 1950, posteriormente expandindo-se pela Europa e Ásia

Diante do aumento de contratos *built to suit* sendo celebrados em território nacional, o legislador entendeu por bem que tal modalidade contratual merecia ganhar previsão legislativa. Assim sendo, fora editada em 2012 a lei 12.744/12 acrescentou o art. 54-A na lei 8.245/91 (lei de Inquilinato), *in verbis*:

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.

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º 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.

§ 3º (VETADO)

Entretanto, conforme já debatido, tal previsão legal deixou uma série de lacunas quanto à interpretação e quanto ao regime jurídico aplicável aos contratos *built to suit*, falhando, justamente, em sua premissa que seria a de tipificar essa modalidade contratual. Não obstante, o art. 54-A serve como panorama geral de tratamento jurídico a estes contratos, razão pela qual analisaremos ponto a ponto o dispositivo supracitado.

O *caput* do referido artigo visou conceituar os contratos *built to suit*, ainda que não utilizando o termo explicitamente. De antemão, discordamos da conceituação trazida pelo referido diploma, na medida em que, conforme já explicitado nessa obra, entendemos que a aquisição do imóvel por parte do locador-empendedor não é

requisito essencial para caracterização do *built to suit*, uma vez que este pode utilizar-se de imóvel no qual já é proprietário ou figurar como superficiário na concessão de direito de superfície.

O *caput*, ainda, estabeleceu que: **i)** o prazo deste modelo contratual deve ser determinado; **ii)** prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato e as disposições procedimentais previstas na Lei do Inquilinato. Quanto ao primeiro ponto, a lei não deixa dúvidas que o contrato deve correr por um prazo determinado. Todavia, como já dito, o prazo de vigência deste modelo contratual costuma ser alto, geralmente vigorando de dez a quinze anos.

Neste sentido, entendemos que, sendo a parte pessoa física, esta precisará da vênua conjugal exigida pelo art. 3º da lei 8.245/91 quando o prazo for superior a dez anos. Isso porque, conforme redação do próprio *caput* do art. 54-A da referida lei, na ausência de disposição específica para a modalidade *built to suit*, deve prevalecer as disposições procedimentais previstas na Lei do Inquilinato.

Já em relação ao segundo ponto, Benemond (2015, p. 147) entende que esta não seria a maneira mais adequada de regulamentar o *built to suit*, destacando que “estabelecer expressamente que o pactuado entre as partes prevalecerá sobre o disposto na lei pode gerar a interpretação de que dispositivos legais que asseguram direitos importantes às partes podem ser afastados contratualmente.”

Com a devida vênua, entendemos que não foi essa a premissa intentada pelo legislador, de modo que compreendemos tal disposição como uma forma de reafirmar a liberdade contratual por meio da autonomia privada, na medida em que prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato *built to suit*, desde que não contrárias aos dispositivos gerais da lei do inquilinato, compreendendo não somente o art. 54-A, mas os demais artigos que não sejam incompatíveis com a figura do *built to suit*.

À luz disso, por exemplo, entendemos que o contrato *built to suit*, assim como o contrato de locação comum, não pode possuir mais de uma garantia (art. 37, p. único), bem como está sujeita às mesmas condições de nulidade previstas no artigo 45.

Outrossim, concordamos no entendimento da autora no sentido de que a lei poderia ter previsto a aplicação de certas normas relativas ao contrato de empreitada (BENEMOND, 2015, p. 147), principalmente no que tange à responsabilidade civil por defeitos na construção ou reforma do imóvel.

Ainda quanto a este segundo ponto, entendemos que ao fazer referência às disposições procedimentais da Lei do Inquilinato, o legislador referia-se aos artigos 59 à 67 e 71 à 75 da Lei, que tratam sobre: i) ação renovatória; ii) ação de despejo; e iii) ação de consignação de aluguel e acessórios de locação. Exclui-se desta interpretação o disposto nos artigos 68 à 70 da lei, por tratarem de ação revisional de aluguel que, como veremos mais adiante, não é aplicável ao *built to suit*.

Já no que tange ao parágrafo primeiro, da leitura do texto normativo se extrai a possibilidade expressa de se pactuar a renúncia ao direito de revisão dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato.

Diante desta possibilidade, Adriano Ferriani (2013) aduz:

Assim determinou o legislador exatamente porque é comum nos contratos *built to suit* a renúncia do locatário ao direito de pleitear tal revisão. O texto de lei é feliz e foi acertado porque o valor da locação não corresponde necessariamente ao valor de mercado de ocupação, uma vez que nele costuma estar embutido também o investimento feito (construção ou reforma) para atender ao locatário.

No mesmo sentido, Benemond (2015, p. 148) leciona que:

[...] o objetivo da ação revisional prevista na Lei de Locação é adequar o valor do aluguel ao nível de mercado, seja em favor do locador ou em favor do locatário. Contudo, no contrato *built to suit*, o valor pago pela contratante ao empreendedor remunera, além do uso e fruição do empreendimento, a sua construção ou reforma substancial. Assim, o valor da remuneração neste tipo de contrato é, na maioria das vezes, senão sempre, acima do valor de mercado, motivo pelo qual entendemos que o disposto no artigo 19 da Lei de Locação – que trata da possibilidade de revisão contratual do aluguel – não deve ser aplicado ao *built to suit*.

Consoante com os entendimentos dispostos acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu o seguinte acórdão ao julgar uma ação revisional de aluguel fundada na modalidade *built to suit*:

LOCAÇÃO. LOCADORA QUE REALIZOU A CONSTRUÇÃO DE HOSPITAL NO IMÓVEL, SEGUNDO AS ESPECIFICAÇÕES DA LOCATÁRIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. ARBITRAMENTO PROVISÓRIO. NÃO PREVALECIMENTO. PROVIDÊNCIA NÃO COMPATÍVEL COM A PECULIARIDADE DA CONTRATAÇÃO. CONTRAPRESTAÇÃO QUE NÃO LEVA EM CONTA APENAS A REMUNERAÇÃO PELO USO DA COISA, MAS DEVE COMPREENDER O RETORNO DO INVESTIMENTO REALIZADO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. AGRAVO PROVIDO. 1. As partes realizaram a contratação da locação, tendo a locadora promovido a construção de hospital no imóvel, segundo as especificações da locatária. 2. A fixação do aluguel, segundo a livre estipulação das partes, levou em conta, não apenas a finalidade de servir de contraprestação pelo uso do bem, mas, sobretudo, o retorno do investimento realizado no local. 3. Embora se trate de contrato estabelecido antes da entrada em vigor da Lei 12.744/2012, que inseriu o artigo 54-A na Lei 8.245/1991, a matéria não comporta tratamento diferenciado, pois incompatível a aplicação pura e simples da Lei 8.245/1991, em sua primitiva redação a essa modalidade contratual. 4. Não há como cogitar, ao menos neste momento, da existência de direito à revisão contratual, pois não se trata de simples adequação de valor à realidade de mercado. 5. Não se deparando, em princípio, com a identificação da probabilidade do direito afirmado, até porque há fundado motivo para se identificar a figura da contratação "built to suit", revoga-se o arbitramento provisório, determinando-se o restabelecimento do estado anterior de coisas.

(TJ-SP 21910448420178260000 SP 2191044-84.2017.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 07/11/2017, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/11/2017)

Seguindo o mesmo entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, entendemos que mesmo não havendo previsão expressa no contrato quanto à renúncia à revisão contratual, o eventual pedido do locatário-contratante neste sentido seria incabível, uma vez que geraria enormes prejuízos ao locador-empendedor, tendo em vista as peculiaridades desta modalidade contratual e o dispêndio financeiro por ele realizado no ato da aquisição, construção ou reforma substancial do imóvel.

Não obstante, segundo Benemond (2015, p. 149), estaria resguardado às partes o direito de "requerer em juízo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato", fundado na teoria da onerosidade excessiva, desde que atendidos os requisitos do artigo 317 do Código Civil, podendo as partes, ainda, requererem a resolução do contrato, na forma do artigo 478 do diploma cível. Entretanto, a autora destaca que, neste caso, deve-se levar em consideração, na análise da desproporção do valor do aluguel, "[...] não somente o valor de mercado para locação do imóvel, mas também a remuneração que é feita em razão da construção ou reforma substancial do empreendimento e,

conforme o caso, em razão de outras condições eventualmente acordadas” (BENEMOND, 2015, p. 148).

Já no que concerne ao parágrafo segundo, este estabelece limites à multa contratual convencionada. Aqui, há uma diferença entre a multa dos contratos de locação imobiliária e a dos contratos *built to suit*. Neste, o locador-empendedor pode cobrar os aluguéis vincendos, enquanto naqueles essa cobrança é vedada, sendo permitido apenas a multa.

Para Benemond (2015, p. 149), caso os contratantes não tenham pactuado multa para a denúncia antecipada do contrato, esta deverá ser estipulada judicialmente, levando em conta os critérios da “natureza e finalidade do negócio, o contexto e as condições nas quais o negócio foi celebrado e o período de cumprimento do contrato pela contratante”.

Quanto a multa contratual nos contratos *built to suit*, o TJSP, ao julgar recurso de apelação, proferiu o seguinte entendimento:

LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL - DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO - COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ENCARGOS LOCATÍCIOS - Caracterizada a inadimplência – Contrato de locação na modalidade built to suit que não visa apenas remunerar o uso do imóvel, mas também amortizar os investimentos efetuados para a concretização do negócio (nos termos do artigo 54-A da Lei número 8.245/91)- Possível a cobrança de encargos locatícios (contraprestação pela reforma do imóvel) nas ações de despejo - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para declarar rescindido o contrato e condenar ao pagamento do valor de R\$ 263.785,48 - Cabível a condenação ao pagamento das parcelas vincendas de obrigação de prestação periódica (artigo 290 do antigo Código de Processo Civil)– Persiste a obrigação ao pagamento dos aluguéis e encargos da locação vencidos até a desocupação do imóvel (03 de novembro de 2014) - RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO DA REQUERIDA IMPROVIDOS, PARA CONDENAR AO PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS E ENCARGOS DA LOCAÇÃO VENCIDOS ATÉ 03 DE NOVEMBRO DE 2014 (INCLUSIVE), COM CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS, AMBOS CONTADOS DESDE OS VENCIMENTOS, E MULTA DE 10% DO VALOR DO DÉBITO

(TJ-SP - APL: 10629607820148260100 SP 1062960-78.2014.8.26.0100, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 24/10/2016, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/10/2016)

A permissão da cobrança dos aluguéis vincendos nesta modalidade contratual se dá justamente devido a sua natureza, uma vez que houve dispêndio de recursos por parte do locador-empendedor na construção ou reforma substancial do imóvel, sendo justo o seu ressarcimento.

Outrossim, o estabelecimento do limite da cobrança da multa em valor não superior à soma dos aluguéis vincendos não traz prejuízo à aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil, conforme dispõe o enunciado nº 67 da II Jornada de Direito Comercial:

Enunciado 67. Na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil.

Isso significa que, caso o prejuízo causado ao locador-empendedor exceda o limite da cláusula penal, este não poderá exigir indenização suplementar caso não a convencie. Já caso o tenha feito, deverá o locador-empendedor provar prejuízo que exceda o valor convencionado, que servirá como mínimo indenizatório.

Sendo assim, tem-se estabelecidas as principais questões relativas ao artigo 54-A da Lei do Inquilinato, que figura como diploma importante para o regime jurídico do *built to suit*. Entretanto, conforme explicitado ao longo dessa obra, também entendemos serem aplicáveis: i) as normas da Lei do Inquilinato que não sejam incompatíveis com o *built to suit*; ii) as normas do contrato de empreitada, no que tange à responsabilidade civil do empreiteiro; e iii) as normas gerais que regem o direito contratual e obrigacional, previstos no Código Civil.

2.6 CONTRATOS *BUILT TO SUIT* QUANDO REALIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 47-A DA LEI DO RDC)

É de conhecimento da maioria da população que, no Brasil, a Administração Pública, em geral, carece de recursos orçamentários para a realização de obras que visem o

bem-estar da comunidade, ou que visem a efetivação de direitos fundamentais como à saúde, à educação, ao lazer e à segurança, por exemplo.

Além disso, a inúmera quantidade de obras “fantasmas” – ou seja, obras que estão paradas há, muitas vezes, anos – é enorme. Muitas dessas obras, inclusive, viriam a ser escolas ou hospitais. Isso se dá, principalmente, devido à realidade orçamentária e econômica que o nosso país vem vivenciando durante a última década, além da má gestão do dinheiro público.

No que tange ao Estado, dentre as atividades finalísticas que lhe são inerentes encontra-se a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, principalmente aqueles que se encontram no artigo 6º da nossa Carta Magna, os chamados direitos sociais. E esse rol de direitos do artigo 6º, em sua maioria, necessitam de um aparato estatal físico para que possam ser efetivados.

Sendo assim, pode-se indicar o modelo contratual *built to suit* como uma possível solução para essa questão orçamentária, permitindo ao Estado a efetivação e o acesso a diversos direitos e garantias fundamentais à população, por meio da construção de estruturas físicas onde a população poderia ter acesso a esses direitos.

Ainda que não seja exclusivo às relações privadas, a utilização dos contratos *built to suit* pela Administração Pública ainda é tímida. No entanto, Nakamura (2016) aduz que: “já foram realizadas construções de Escolas e sedes de repartições públicas por meio do contrato do *built to suit*, com resultados satisfatórios ao interesse público”.

Sabe-se que o Estado além de ser carente de recursos orçamentários, sofre por culpa da má gestão daqueles que deveriam gerir os recursos públicos, o que inviabiliza que possa realizar investimentos nas construções de estruturas físicas que visem atender os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Justen Filho (2014) assevera que: “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”.

No que tange a sua utilização pela Administração Pública, antes mesmo do advento da Lei 13.190/2015, que incluiu o artigo 47-A na Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011), prevendo, expressamente, a possibilidade da Administração contratar utilizando-se do *built to suit*, o Tribunal de Contas da União opinou favoravelmente à prática, em sede de consulta ao Conselho Nacional de Justiça, sendo favorável, ainda, à dispensa de licitações com base no art. 24, inciso X da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), conforme pode-se conferir no Acórdão 1301/2013 – Plenário, processo nº 046.489/2012-6:

17. 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.

[...]

38. Demais disso, na esteira da posição adotada pela unidade técnica, vê-se que a administração pública deve demonstrar nos autos do processo da contratação *built to suit* que a opção pela “locação sob medida” mostra-se, sob quaisquer circunstâncias, mais favorável economicamente do que a adoção de outras ações institucionais, tais como, a realização de reforma para adequação de imóvel preexistente, próprio ou de terceiro, ou mesmo a realização de obra pública destinada à construção de prédio novo, em terreno 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

À luz disso, o TCU entendeu perfeitamente possível a dispensa das licitações nos casos em que a Administração optar pela modalidade *built to suit*. No entanto, ela deve demonstrar nos autos que a utilização desta modalidade é mais favorável economicamente. Este era o mesmo entendimento trazido pelo Projeto de Lei

6.814/2017 – que foi conhecido como Nova Lei de Licitações – que em seu art. 39 estabelecia:

Art. 39. Quando houver a possibilidade de compra ou de locação de bens, a contratação deverá ser precedida de análise de economicidade e de estudo comparativo de viabilidade entre as opções.

Apesar do referido dispositivo não ter entrado em vigor, tendo em vista o arquivamento do projeto de lei, nota-se que houve uma tentativa do legislador de positivar o entendimento proferido pelo TCU.

Quanto ao artigo 47-A da Lei do RDC, este entrou em vigor com a seguinte redação:

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.

§ 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns.

§ 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato.

§ 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.

Percebe-se, pelo *caput*, que a conceituação dada pelo diploma legal é similar à redação trazida pelo artigo 54-A da Lei do Inquilinato, de modo que também prevê uma locação de bem imóvel na qual o locador-empresendedor realizará prévia aquisição, construção ou reforma substancial do bem, sendo certo que, ainda que a lei não mencione o nome *built to suit*, trata-se, indubitavelmente, dessa modalidade contratual. Ressalta-se, conforme demonstrado anteriormente, que a aquisição do bem imóvel não é imprescindível para a caracterização desse modelo contratual.

Porém, o mesmo *caput* traz diferenças em relação à norma paradigma da Lei do Inquilinato, prevendo a possibilidade do locador-empresendedor também se responsabilizar pelo aparelhamento do imóvel, isto é, providenciar o que é necessário para a realização da atividade finalística do Estado para qual o imóvel será destinado. Daí decorre a menção do referido artigo à locação de bens móveis: o valor da locação, neste caso, levaria em conta, também, o aparelhamento realizado pelo locador-empresendedor.

Quanto ao §1º, este determina que esta modalidade contratual deverá sujeitar-se à mesma disciplina jurídica de dispensa e inexigibilidade de licitação referente à locação comum. De antemão, remetemos ao conceito de licitação, conforme lição de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 283):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos.

A licitação, portanto, visa resguardar o princípio da impessoalidade, na medida em que todos que cumpram os requisitos do edital poderão participar do procedimento licitatório, apresentando suas propostas, que serão avaliadas pela Administração, que deverá escolher a proposta mais vantajosa que atenda aos seus interesses. São modalidades de licitação: i) a concorrência; ii) a tomada de preços; iii) o convite; iv) o concurso; v) o leilão; e vi) o pregão.

Dito isso, a Lei 8.666/93 prevê hipóteses em que poderá haver dispensa da licitação, bem como hipóteses em que ela será inexigível. Conforme entendimento já trazido do Tribunal de Contas da União, esta modalidade contratual entraria na hipótese de dispensa consubstanciada no inciso X do artigo 24 da Lei de Licitações, que dispõe ser dispensável a licitação:

Art. 24 [...]

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades preteridas 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;

Entretanto, para José Cristóvam e Eduardo Betoncini (2018, p. 63), trata-se de hipótese de inexigibilidade, pois:

[...] em se tratando de imóvel único, não havendo nenhum outros disponível para locação, a hipótese seria típica de inexigibilidade, em virtude da inviabilidade de competição.

[...]

Por outro lado, se houver mais de um imóvel em tese capaz de satisfazer a necessidade pública específica, mas a localização de um que efetivamente condicione (de forma justificada) a sua escolha, por ser o único a realmente atender às necessidades da Administração, embora seja possível falar na

aplicação do inc. X do art. 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos, na essência haverá claro caso de inexigibilidade de licitação, vez que, mesmo existente mais de um imóvel apto à contratação, a localização de um condiciona a escolha pela Administração [...].

Entretanto, poderá ocorrer situações em que a Administração deverá licitar para realizar o *built to suit*. Isso porque a dispensa só deverá ocorrer quando for demonstrado que o processo licitatório será mais oneroso à Administração. Por isso, recomenda-se ao gestor que realize amplo planejamento licitatório, “a fim de verificar a efetiva viabilidade da contratação direta. A princípio, a contratação via licitação pública dever ser a regra, até porque isso decorre da própria ordem constitucional e resguarda tanto o contratante quanto o contratado” (CRISTÓVAM & BERTONCINI, 20018, p. 64).

Ainda quanto a este tema, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, já na vigência da Lei 13.190/2015, proferiu parecer frisando que a licitação deve ser regra, e a dispensa ou inexigibilidade pode ocorrer, de modo excepcional, aduzindo que:

2. Quanto aos aspectos legais e técnicos aplicáveis à locação “built to suit” (segundo questionamento do consultante), são aqueles atinentes à sua natureza jurídica de contrato da administração, regido pelo regime de Direito Privado, com derrogação parcial pela supremacia do interesse público. Aplica-se ainda a Lei n. 8.666/93 como procedimento para a contratação, devendo ainda obedecer ao que se segue:

2.1 Deve ser precedida de licitação, admitindo-se, no entanto, a contratação direta se preenchidos os requisitos previstos no art. 24, X, da Lei 8.666/1993 e se o terreno, onde será construído o imóvel, for de propriedade do eventual locador;

[...]

2.4 A fundamentação da decisão pela locação sob medida deve, forçosamente, embasar-se em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, com a demonstração de que a solução é mais vantajosa comparada às alternativas.

(Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - Consulta – Locação “Built to Suit” – Aplicação da Lei nº 8.666/93 ao contrato de locação sob medida – Licitação como regra – Possibilidade de aplicação do inciso X do artigo 24 da Lei 8.666/93 – Requisitos para locação sob medida. Processo TC nº 1966/2016-9. Assunto: Consulta. Entidade: Câmara Municipal de Guarapari. Consultante: José Wanderlei Astori. Data da Sessão: 07.03.2017. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Domingos Augusto Taufner.)

Quanto ao §2º, este trata da hipótese de se estabelecer em cláusula contratual que, findo o contrato, ocorrerá a reversão dos bens à Administração, isto é, o objeto do contrato passaria a integrar o patrimônio da Administração. Trata-se, portanto, de situação que muito se assemelha o *sale lease back*, tratado no tópico 2.1 desta obra,

com a diferença de que, neste caso, os bens a serem revertidos à Administração nunca foram de sua propriedade. Caso tal cláusula seja prevista, o valor do aluguel também abranger a previsão da reversão.

Já no que tange ao §3º, este impõe um limite quanto ao valor a ser pago pela Administração no contrato *built to suit*, limitando o preço à 1% (um por cento) do valor do bem locado. Esse limite abrange todos os custos que podem advir da contratação: a aquisição do imóvel, a construção ou a reforma substancial do bem, a previsão de reversão dos bens e o aparelhamento do imóvel. Para Cristóvam & Betoncini (2018, p. 55):

a preocupação do legislador em fixar o referido teto é plenamente justificável e necessária, pois caso contrário a abertura ilimitada ao administrador poderia ensejar absurdos contratuais e o próprio desvirtuamento do instituto, em total ofensa ao interesse público

Percebe-se que, em relação ao preço, o *built to suit* praticado pela Administração Pública em muito se difere daquele previsto na Lei do Inquilinato, porquanto neste não há nenhuma limitação quando ao preço do aluguel, ficando o valor a ser livremente pactuado pelas partes, dentro dos limites da autonomia da vontade.

Essa limitação de preço terá influência, ainda, quanto ao prazo de vigência do contrato, uma vez que, para atender o limite de 1% sobre o valor do bem locado, pode haver, em certos casos, a necessidade de se diluir ao longo das parcelas os valores despendidos pelo locador-empresário.

Ao tratar do *built to suit* na Administração Pública, Nakamura (2016) destaca três principais razões que justificam sua utilização, a saber:

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.

Com razão o autor, na medida em que, no *built to suit*, o dispêndio de recursos por parte da Administração ocorre de maneira diferida, de modo que esta modalidade

contratual permite melhor planejamento orçamentário, refletindo em um melhor direcionamento dos gastos públicos, de modo a melhor atender as demandas sociais. Nesse sentido, Cristóvam & Bertoncini (2018, p. 68) lecionam que o *built to suit*:

[...] tem o potencial de fomentar o acesso aos cidadãos aos bens específicos necessários para as respectivas demandas sociais, muitas vezes regionalizadas e setorizadas, com prestação de serviço público adequado, sem que haja impactos financeiros de elevada monta no orçamento público. A retribuição financeira ao contratado, que assumirá o risco inerente ao empreendimento, será diluída ao longo dos anos do contrato.

Com relação ao prazo da contratação, o artigo 57, II da Lei de licitações prevê o prazo máximo de vigência de 60 meses para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos. Entretanto, impensável a aplicação dessa regra no *built to suit*, na medida em que iria de encontro, justamente, à finalidade e às características do contrato.

Neste sentido, Cristóvam & Bertoncini lecionam que tal limitação poderia “aniquilar a efetiva viabilidade da contratação”, uma vez que “inviabilizaria a cobrança de aluguel suficiente para arcar com toda a remuneração do uso do bem e com o investimento inicial” (2018, p. 81), devido ao limite do valor do aluguel, de 1% do valor do imóvel, e o prazo de vigência insuficiente.

Neste sentido, entendemos que deve-se utilizar ao *built to suit* o mesmo entendimento trazido pelo TCU no Acórdão nº 1127 (Rel. Min. Benjamin Zymler)¹¹, que estabeleceu que o limite imposto no artigo 57 da Lei de Licitações não se aplicam aos contratos de locação em que a Administração Pública seja locatária, ficando o contrato sujeito as disposições da Lei do Inquilinato.

Por fim, importa abordar a possibilidade conferida à Administração de alterar unilateralmente o contrato, conforme previsão no art. 65, I da Lei de Licitações, que estabelece duas hipóteses para sua ocorrência, a saber: i) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e ii) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de

¹¹ Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1127%252F2009/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=f05e8c50-1e05-11eb-94b3-576df30e07f5>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

Quanto à aplicação deste instituto nos contratos *built to suit* realizados pela Administração, Cristóvam & Bertoncini (2018, p. 79) salientam que sua utilização

Indica cuidados adicionais, até porque o contrato envolve um aporte financeiro inicial do contratado, que espera ter nas parcelas do aluguel o simultâneo retorno do investimento e o preço da ocupação do bem, o que não pode ficar submetido a alterações administrativas unilaterais, sob pena de significativos prejuízos ao contratado, ensejadores da legítima busca por recomposição.

Diante de tudo quanto exposto, percebe-se que, apesar de possível a utilização do *built to suit* por parte da Administração, seu regime de contratação deve observar as peculiaridades a ela inerentes, previstas tanto no art. 47-A da lei 12.462/201, bem como as disposições da Lei de Licitações. Apesar da utilização ainda tímida, pode-se observar um potencial promissor em sua utilização, principalmente no que tange à efetivação de demandas sociais.

2.7 EXTINÇÃO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

Uma vez pactuado o *built to suit*, este pode-se extinguir de diversas maneiras. A primeira delas, por óbvio, é a natural, ocorrendo com o adimplemento do contrato que, neste caso, verifica-se: i) por parte do locador-empendedor, com a cessão do uso e fruição do bem pelo prazo ajustado, após a construção ou reforma substancial do imóvel nos moldes ditados pelo locatário-contratante; ii) por parte do locatário-contratante, com o pagamento integral dos valores ajustados, tanto à título de aluguel quanto à título de ressarcimento pela aquisição e/ou construção ou reforma do imóvel, bem como com a devolução deste ao locador-empendedor.

Isso significa dizer que, após a vigência do contrato, caso não haja e renovação e ainda sejam devidos ao locador-empendedor valores referentes à aquisição e/ou construção ou reforma substancial do imóvel, será verificado o inadimplemento do

contrato. Entendemos que, nesta hipótese, deverá o locatário-contratante indenizar o locador-empendedor, sendo garantido a este o exercício de ação de cobrança.

Entretanto, para além da seara da morte natural do contrato, tem-se hipóteses em que este se encerrará por causas supervenientes à sua pactuação, a saber: i) a extinção unilateral; ii) o distrato; iii) a resolução por descumprimento contratual; e iv) a resolução por onerosidade excessiva. Passaremos, agora, ao estudo de cada uma dessas formas.

No que tange à extinção unilateral, esta encontra fundamento no artigo 473 do Código Civil¹². Embora a lei cível disponha no mesmo artigo sobre resilição e denúncia, considerando-os sinônimos, a doutrina se encarregou de diferenciá-los quanto aos seus efeitos.

Nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo (2016, p. 95/115), a denúncia é um negócio jurídico por meio da qual uma das partes de um contrato, originariamente pactuado por prazo indeterminado, exerce, unilateralmente, o poder de fixar um termo para finalizá-lo; enquanto a resilição é o exercício de um poder, também unilateralmente, que interrompe o contrato antes do fim de sua vigência. Em resumo, “a denúncia evita que se continue a relação, [e] a resilição desfaz a eficácia a partir de determinado ponto” (LEONARDO, 2016, p. 99).

Embora alguns autores, como Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 442), tratem resilição como gênero, cujas espécies seriam a denúncia, a renúncia e a revogação, filiamo-nos ao primeiro posicionamento de que se tratam, na verdade, de institutos com finalidades distintas. Entretanto, como a lei não faz esta distinção, trataremos, para o intuito dessa obra, como sinônimos.

Ainda em relação à denúncia, a lei a distingue em duas formas, a saber: i) denúncia imotivada (ou vazia), na qual o contraente põe fim ao contrato sem qualquer

¹² Art. 473 do Código Civil – A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.
Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

justificativa; e ii) denúncia motivada (ou cheia), na qual o contraente, para pôr fim ao contrato, precisa estar amparado por uma das situações previstas em lei.

No que tange ao *built to suit*, o §2º do artigo 54-A prevê a denúncia do contrato por parte do locatário-contratante, não havendo nenhuma previsão legal de denúncia por parte do locador-empendedor. Entretanto, Gomide (2017, p. 159) defende que, mesmo não havendo previsão legal, as partes poderiam pactuar tal possibilidade, com fundamento da autonomia privada, desde que o locador-empendedor pague multa previamente estabelecida.

Em sentido contrário, Benemond (2015, p. 111) afirma que:

os aspectos de ordem econômica e financeira do *built to suit* não justificam o afastamento da regra prevista na parte inicial do artigo 4º da Lei de Locação, não podendo, portanto, o empendedor denunciar imotivadamente o contrato antes da vigência do prazo determinado

Com razão a autora. Isso porque entendemos que o contrato *built to suit*, para ser executado, envolve um longo processo de planejamento financeiro e econômico por parte da locatária-contratante, que possui a legítima expectativa de que seu empreendimento irá funcionar no imóvel escolhido, cujo o qual será feito sob medida para atender às finalidades da empresa.

Neste sentido, seria inviável a denúncia imotivada por parte do locador-empendedor, uma vez que obrigaria a parte contrária a retardar todo o planejamento do seu empreendimento, frustrando a confiança nele depositada, o que, inclusive, atentaria contra o princípio da boa-fé objetiva das relações contratuais.

Seguindo este entendimento, ainda com alicerce no princípio da boa-fé, entendemos que a locatária-contratante, em consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, somente poderá denunciar o contrato imotivadamente após o transcurso de prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos realizados pelo locador-empendedor quando da aquisição (se houver), e construção ou reforma substancial do imóvel.

Com o mesmo fundamento, entendemos que quando o *built to suit* for realizado sob a outorga do direito de superfície por tempo indeterminado, a denúncia imotivada deve ser realizada em prazo razoável, levando em conta a natureza e o vulto dos investimentos realizados pelo locador-empendedor (ora superficiário), pois, caso contrário, “haverá querela a ser dirimida pelo Judiciário, que deverá levar em conta o art. 473 parágrafo único do presente Código” (VENOSA, 2013, p. 446)

Ainda em relação à extinção unilateral, importa destacar a hipótese do *built to suit* realizado pela Administração Pública. Isso porque uma das prerrogativas inerentes à Administração é a possibilidade de rescisão unilateral de seus contratos em razão do interesse público (artigo. 79, I c/c artigo 58, II, da Lei 8.666/93).

Quanto a isso, Nakamura (2016) aduz que:

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 situação na qual a continuidade do contrato represente um prejuízo ao interesse público de maior expressão do que os prejuízos financeiros resultantes da rescisão antecipada.

Isso significa que, apesar de possível, a rescisão unilateral por parte da Administração somente deverá ocorrer quando as lesões ao patrimônio público dela decorrente forem menores do que caso se dê continuidade à contratação.

Entretanto, o autor referia-se apenas à hipótese de interesse da Administração em não dar continuidade ao contrato. Ocorre que, conforme prevê o artigo 78 da Lei de Licitações, a rescisão unilateral poderá ocorrer, também, por culpa do particular. Neste caso, Cristóvam & Bertocini (2018, p. 80) aduzem não ser devida indenização por parte da Administração, já que o particular deu causa ao fim do contrato.

Em relação ao distrato, José Fernando Simão (2010, p. 135) o classifica como rescisão bilateral, isto é, seria o acordo de vontades de ambas as partes para por fim ao contrato antes do termo de vigência estipulado. No que tange ao distrato no *built to suit*, Benemond (2015, p. 111) entende que “podem sempre as partes, de comum acordo, resiliir o contrato (distrato), conforme previsto no artigo 472 do Código Civil”.

No mesmo sentido, Gomide (2017, p. 182) leciona que por ser o *built to suit* um contrato não solene, “pode ser distratado de forma livre. Embora tenha sido firmado por escritura pública, porque a lei não estabelece forma prescrita em lei, as partes podem realizar o distrato por instrumento particular”, estando as partes livres para determinar as consequências da extinção contratual.

Em relação ao *built to suit* realizado pela Administração, o distrato também poderá ocorrer, conforme previsão no artigo 79, II da Lei 8.666/93, que prevê que a rescisão do contrato poderá ser “amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo de licitação, desde que haja conveniência para a Administração”.

Enquanto tanto a rescisão, a denúncia e o distrato possuem efeitos *ex nunc*, mantendo eficaz tudo o que fora operado durante a vigência do contrato, a resolução contratual possui efeitos *ex tunc*, isto é, põe fim à relação contratual desde a sua origem, fazendo com que as partes contratantes retornem ao *status quo ante*, excetuando-se, conforme lição de Orlando Gomes (2008, p. 210), os contratos de trato sucessivo, uma vez que as prestações cumpridas não serão restituídas.

O autor leciona, ainda, que a resolução pode se operar judicialmente, conforme modelo francês, ou extrajudicialmente, conforme modelo alemão. No Brasil, adotou-se um modelo híbrido, conforme se extrai do art. 474 do Código Civil, que estabelece que: “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. Neste sentido, a resolução por inadimplemento pode ocorrer das duas maneiras: extrajudicialmente, caso haja cláusula resolutiva expressa no bojo do contrato; ou judicialmente, caso tal previsão seja inexistente.

No que tange ao *built to suit*, entendemos que a previsão de uma cláusula resolutiva expressa, detalhando, inclusive, as hipóteses consideradas como inadimplemento pelos contratantes (como a falta de pagamento, uso irregular do imóvel, dentro outros), faz-se de extrema valia, na medida em que, por se tratar de contrato atípico misto, tais hipóteses de seu inadimplemento não estão previstas em lei.

A resolução é ato unilateral da parte que considerar que houve o inadimplemento por parte da parte contrária. Nesse sentido, Gomide (2017, p. 185) aduz que “não concordando a parte contrária com os motivos para a resolução contratual, [...] poderá manejar ação para que o contrato não seja resolvido, porque ausente qualquer infração às obrigações entabuladas na avença”.

Noutro giro, caso seja incontroverso o inadimplemento do locatário-contratante e este mesmo assim se negue a deixar o imóvel, poderá o locador-empendedor ajuizar ação de despejo em face do primeiro, sendo-lhe possível, conforme redação do incisos I, II, IV e VI do artigo 62 da Lei do Inquilinato, o pedido de “rescisão” do contrato¹³.

Ainda, por ser o *built to suit* um contrato de duração continuada, poderá operar a resolução por onerosidade excessiva que, consoante artigo 478 do Código Civil, que dispõe:

Art. 478 - Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Conforme se extrai da parte final do dispositivo, a resolução por onerosidade excessiva deverá ser necessariamente requerida e decretada em juízo, sendo impossível se falar em resolução por onerosidade excessiva extrajudicial.

A resolução por onerosidade excessiva se funda na chamada Teoria da Imprevisão, a qual já abordamos no capítulo introdutório desta obra. Entretanto, deve-se reforçar que não se considera onerosidade excessiva, segundo Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 127): i) a mera hipossuficiência econômica superveniente de uma das partes; e ii) alteração da realidade econômica.

Isso porque ambas as hipóteses são riscos inerentes à atividade comercial, não podendo o devedor valer-se de tal instrumento de forma leviana, como meio de eximir-

¹³ Embora a lei utilize o termo “rescisão”, entendemos o termo correto seria “resolução”.

se de seus deveres contratualmente estabelecidos. Deve-se, conforme redação da lei, estar-se diante de eventos extraordinários e imprevisíveis, que estejam fora do alcance do planejamento do contratante à época da pactuação.

Entretanto, inegável o caráter vago das expressões trazidas pela lei, que poderia ter, ao menos, elencado hipótese (ainda que não taxativas) de aplicação do instituto, como forma de nortear a interpretação do dispositivo legal. Em uma tentativa de clarear o entendimento acerca do instituto, o Enunciado 175 do Conselho da Justiça Federal estabelece que “a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”. Assim, Gomide (2017, p. 189) leciona que se tem:

[...] como primeiro requisito para a resolução do contrato por onerosidade excessiva, o contratante deve provar que o contrato nasceu equilibrado e um fenômeno extraordinário e imprevisível causou um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação. Seguindo a linha do Enunciado 175, embora o fato pudesse ser previsto, as consequências imprevisíveis do fato previsível também podem justificar o pedido de resolução contratual.

No que tange ao *built to suit*, por se tratar de negócio jurídico cujas prestações, para ambas as partes, são consideradas elevadas em relação a outros contratos, deve-se proceder, no trâmite processual, a uma análise cautelosa dos fundamentos do pedido de resolução por onerosidade excessiva, sendo imprescindível a análise quanto ao risco do negócio e possibilidade do evento ter sido evitado, a fim de que se verifique, objetivamente, a impossibilidade da manutenção do contrato por uma das partes.

CONCLUSÃO

Tendo em vista tudo quanto exposto, faz-se necessário a realização de determinados apontamentos quanto à modalidade contratual aqui estudada, qual seja, os contratos *built to suit*.

Iniciamos esta obra com um capítulo introdutório no qual buscamos compreender o conceito de contrato, bem como os princípios atrelados às relações contratuais. Em seguida, fizemos um breve estudo quanto a duas modalidades contratuais da qual o *built to suit* busca inspiração, guardando com eles diversas semelhanças.

Quanto ao conceito de contrato, vimos no Capítulo 1 que se trata de um negócio jurídico bilateral gerado a partir de um acordo de vontades, no qual as partes submetem-se às cláusulas nele estabelecidas, visando resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos e deveres, sendo certo que o contrato possui um viés patrimonial e econômico.

No que tange aos princípios contratuais, vimos que nas relações jurídicas contratuais impera, em regra, a autonomia da vontade, fruto do *pacta sunt servanda*, isto é, as partes vinculam-se às condições pactuadas entre elas. Embora o *built to suit* seja um contrato, em regra, paritário, cuja presunção encontra fundamento no artigo 421-A do Código Civil, devendo prevalecer a autonomia privada e as condições livremente pactuadas no contrato, desde que compatíveis com a lei, esta modalidade contratual também sofre influência dos novos princípios contratuais, sobretudo a função social e a boa-fé objetiva, previstas, respectivamente, no art. 421 e 422 do Código, bem como o equilíbrio contratual – este último sem previsão expressa na legislação cível nacional –, que servirão como um temperamento, uma releitura da autonomia privada.

Em seguida, passamos ao estudo dos contratos de locação, tendo em vista que essa modalidade contratual muito se assemelha ao *built to suit*, na medida em que, neste último, também há a cessão de uso e fruição de bem imóvel mediante contraprestação pecuniária. Outrossim, o artigo que pretendeu regular o *built to suit* foi incluído, justamente, na Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91). Já no que concerne ao contrato de

empreitada, no *built to suit* também há a presença de obra, vista na construção ou reforma substancial do imóvel segundo as determinações dadas pelo locatário-contratante, para só então haver cessão do uso e fruição do bem. Assim, imprescindível a compreensão desses dois modelos contratuais para que se possa entender como opera o *built to suit*, uma vez que tal modalidade, a fim e a cabo, é uma mistura desses dois contratos.

Após, passamos ao estudo dos contratos *built to suit* em si no Capítulo 2, sendo essencial que, antes de tudo, fosse compreendido seu conceito. Chegamos ao entendimento de que o *built to suit* é um acordo de longo prazo no qual o locador-empendedor, utilizando-se de um terreno próprio, ou adquirindo-o em razão do contrato, ou ainda, por meio de outorga de direito de superfície, constrói ou reforma substancialmente determinado edifício, de acordo com as especificações ditadas pelo locatário-contratante, cedendo, posteriormente, o uso e fruição do referido imóvel, devendo o locatário-contratante pagar valor correspondente não só ao uso e fruição do bem, mas também referente à amortização dos custos da aquisição e/ou da obra realizada no imóvel.

Entendemos, ainda, que a nomenclatura ideal para as partes contratantes seria “locador-empendedor”, para aquele que realizará a aquisição e/ou construção ou reforma substancial do imóvel, e “locatário-contratante”, para aquele que irá usar e fruir do bem após a fase de obras.

Tratamos, também, da possibilidade de se realizar o *built to suit* na modalidade residencial, ainda que nem sempre seja uma situação financeiramente viável ao locatário-contratante ou economicamente vantajosa ao locador-empendedor. Outrossim, trouxemos à baila a possibilidade do *built to suit* realizado com cláusula de *sale lease back*, no qual o locador-empendedor adquire terreno do próprio locatário-contratante para realizar o empreendimento, para então locá-lo, podendo o locatário-contratante reaver a propriedade do bem após o término da relação contratual.

Compreendido o conceito do *built to suit*, passamos a análise das divergências quanto a sua tipicidade. Embora essa modalidade contratual tenha sido inclusa na Lei do Inquilinato pela Lei 12.744/2012, que criou o art. 54-A na referida lei, entendemos que

tal previsão não foi capaz de torna-lo típico, de modo que sustentamos tratar-se de um contrato atípico misto, cujo regime jurídico envolve não só o aludido artigo, mas também as normas gerais sobre direito contratual e obrigacional e as normas relativas à responsabilidade civil do empreiteiro, ambas do Código Civil, bem como as disposições gerais da Lei do Inquilinato, desde que compatíveis com a finalidade e a natureza do *built to suit*. Trata-se, portanto, da mesma lógica aplicada à discussão quanto a atipicidade dos contratos de locação de *shopping center*.

Ainda no Capítulo 2 tratamos dos elementos do *built to suit*, destacando que não se trata puramente de uma espécie de locação de imóveis, uma vez que a fase de obras é condição *sine qua non* para sua caracterização. Defendemos, ainda, se tratar de contrato *intuitu personae*, uma vez que sua contratação só ocorre em razão das características do imóvel determinadas pelo locatário-contratante. Ademais, analisamos as diferenças do *built to suit* para com a locação imobiliária e a empreitada, de modo a compreender como o *built to suit* se difere destes contratos, ainda que o *built to suit* guarde semelhanças com os demais.

Ato contínuo, tratamos da hipótese do *built to suit* ser realizado sob a outorga do direito de superfície, uma vez que entendemos se tratar institutos plenamente compatíveis entre si, embora tal fusão contratual guarde peculiaridades e distinções em relação ao *built to suit* convencional comum.

Quanto aos contratos *built to suit* na prática, destacamos a ascensão da sua utilização pela iniciativa privada, e que alguns destes casos resultou em conflitos que necessitaram da jurisdição estatal para serem sanados. No entanto, apesar de já ser possível encontrar acórdãos de tribunais estaduais, o tema ainda carece de precedentes em tribunais superiores, sobretudo em razão de seu frescor legislativo. Neste sentido, analisamos ponto a ponto o art. 54-A da Lei do Inquilinato, a fim de entender como o legislador pretendeu regular essa modalidade contratual, ainda que tenha falhado no seu principal anseio, que seria tornar o *built to suit* típico.

Já quanto à sua prática pela Administração Pública, analisamos o artigo 47-A da Lei 12.462/2011, que prevê expressamente a possibilidade da Administração realizar essa contratação. Vimos, ainda, que mesmo antes do advento do referido dispositivo,

tais contratações já ocorriam, e órgãos como o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo já foram demandados para se manifestarem quanto ao tema, reputando, inclusive, válida a inexigibilidade de licitações nestes casos, com base no artigo 24, X, da Lei 8.666/3, desde que demonstrada a economicidade e viabilidade da utilização desta modalidade contratual.

Por fim, estudamos as formas de extinção do *built to suit*, que pode ocorrer: i) de forma natural, com o adimplemento do contrato; ii) pela extinção unilateral; iii) pelo distrato; iv) pela resolução por descumprimento contratual; e v) pela resolução por onerosidade excessiva.

Neste diapasão, à luz de tudo quanto exposto, observa-se que a Lei 12.744/2012 foi um grande avanço quanto à pretensão de regulamentação dos contratos *built to suit* no Brasil, embora não tenha sido suficiente para regular todas as peculiaridades decorrentes desta modalidade contratual. Neste sentido, sua utilização, por entes privados e públicos, encontra óbices nas diversas lacunas jurídicas decorrentes desta insuficiência legislativa, que pode gerar dúvidas e eventuais conflitos jurídicos. Todavia, apesar das críticas tecidas até aqui quanto ao tratamento legislativo dado ao instituto, não se pode negar o caráter promissor desta modalidade contratual, que pode vir a dominar grande parte do cenário contratual-empresarial do país.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAUJO, Paula Miralles de. **Contratos built to suit**: qualificação e regime jurídico. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Largo de São Francisco. São Paulo, 2014, p.108-109. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-09122015-140803/publico/Dissertacao_Paula_M_Araujo_Versao_Completa.pdf>. Acesso em: 19 out 2020.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral dos contratos. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível na Biblioteca Digital da Saraiva (<app.saraivadigital.com.br/biblioteca>). Acesso em: 19 out. 2020.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. **Contratos Built to Suit**. Coimbra: Almedina, 2013, p.24.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.

BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Kelly Durazzo. Construção para Arrendar no Sistema de Financiamento Imobiliário. In: AMORIM, José Roberto Neves; FILHO, Rubens Carmo Elias. **Direito Imobiliário**: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

BRASIL. **Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Estatuto da Cidade**. Lei nº 10.257 de 10 de Julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. **Lei de 20 de Outubro de 1823.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM...-20-10-1823.htm#:~:text=LEI%20DE%2020%20DE%20OUTUBRO,Cortes%20Portuguezas%20que%20s%C3%A3o%20especificados>. Acesso em 20 out. 2020.

_____. **Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre os contratos *built to suit* em seu artigo 54-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12744.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), de 21 de Junho de 1993.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações), de 04 de agosto de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Lei 12.744/2012 de 19 de dezembro de 2012.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **TC 046.489/2012-6.** 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. Disponível em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/315862645/4648920126/inteiro-teor315862705?ref=juristabs>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CARSOSO, Daniel. **Contratos built to suit: novas perspectivas em face da Lei 12.744/2012.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CILLI, Fábio. **Empreendimentos do tipo Built to Suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência, 2004.** 150f. Monografia (Especialização) – Curso de MBA em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://poliintegra.poli.usp.br/library/pdfs/ed53e45e833281e689283f58914e5c96.pdf>>. Acesso em 13 out. 2020.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação – questões atuais e polêmicas.** 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contrato built to suit na administração pública**: um novo modelo de contratação administrativa. Curitiba: Juruá, 2018.

DUQUE, Bruna Lyra. Análise histórica do direito das obrigações. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1445, 16 jun.2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10030>>. Acesso em: 14 out. 2020.

ESPÍRITO SANTO. **TC 1966/2016-9**. Processo TC nº 1966/2016-9. Assunto: Consulta. Entidade: Câmara Municipal de Guarapari. Consulente: José Wanderlei Astori. Data da Sessão: 07.3.2017. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Domingos Wanderlei Astori. Disponível em: <<https://servicos.tcees.tc.br/DocumentoDisponibilizado/BaixarDocumentoDisponibilizado?idDocumento=1627063&key=693da985f153401fd138244a96518420d71e7b6086de14db5aa3993cf67b60c669940a8d8b5c5e44b9f0345cb6ab6e24f8891be223d1a2312970748b26ba3246>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRIANI, Adriano. O Contrato built to suit e a lei 12.744/12 - Civilizalhas. **Migalhas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI170851,31047-O+contrato+built+to+suit+e+a+lei+1274412>>. Acesso em: 17 out. 2020.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIGUEIREDO, IVANILDO. **Direito** imobiliário. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

FRIEDMAN, Jack; HARRIS, Jack C.; LINDEMAN, J. Bruce. **Dictionary of Real State Terms**. 5ª ed. Barron's Published by Houghton Mifflin Company, 2006.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 4, contratos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

GASPARETTO, Rodrigo Ruete. **Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro**. São Paulo: Scortecci, 2009.

_____. **Contratos built to suit**. São Paulo: Fábrica de Livros, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26 ed. atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Contratos built to suit: aspectos controvertidos de uma nova modalidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOUNOT, Emmanuel. **Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étu de critique de l'individualisme juridique**. Paris: Arthur Rousseau, 1912.

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.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. n. 3. v. 7, abr-jun. 2016, p.95-115. Disponível para download em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/18/9>>. Acesso em 27 out. 2020.

LIRA, Ricardo Pereira. **O direito de superfície no novo Código Civil**. In: Revista Forense, 2003, v. 364.

LOPES, Tereza Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord). **Fundamentos e princípios contratuais dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva. 2009.

LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. 2 ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, [s.d]

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Código Civil Comentado**. Coord. Min. Cezar Peluso. 6 ed. Barueri: Manole 2012

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Direito de Superfície**. Salvador: Juspodivm, 2013.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direitos Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Boa-fé: condicionante da eficácia nas relações contratuais. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, v. 15, n. 2, p. 89-106, 11 fev. 2016. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/artic le/view/441>>. Acesso em 27 out. 2020.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit e a Administração Pública*. **Revista Jurídica Cesumar**, ISSN 1677-6402, Maringá, v. 16, n. 2, maio/ago 2016, p.349-374. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download /4653/2802>. Acesso em: 09 out. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso . A função social da propriedade como um dever fundamental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 66, p. 53-74, 2015. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1681>>. Acesso em: 21 out. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2005

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 17ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**, vol. 3, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. São Paulo: Saraiva, 1981.

SÃO PAULO. **APL: 10629607820148260100 SP 1062960-78.2014.8.26.0100**. Relator: Flavio Abramovici, DJ: 24/10/2016, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/10/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/398672834/apelacao-apl-1062960782014826010 0-sp-1062960-7820148260100>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **Agravo 21910448420178260000 SP 2191044-84.2017.8.26.0000**, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 07/11/2017, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/11/2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/518139952/21910448420178260000-sp2191044-8420178260000>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

SARMENTO, Vitor Seidel. A (im)penhorabilidade do bem único do fiador e o direito fundamental à moradia sob a perspectiva da análise econômica do direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 9, p. 165-196, 12 mar. 2012. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/104>>. Acesso em 27 out. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. **Contrato “built to suit” e a Lei do Inquilinato**. Disponível em: < <https://www.scavone.adv.br/contrato-built-to-suit-e-a-lei-do-inquilinato.html>> Acesso em: 19 out. 2020.

SECO, Andréa e MOREIRA JÚNIOR, Tarcisio José. A regulamentação dos contratos built to suit no Brasil. **Migalhas**. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI208082,41046-A+regulamentacao+dos+contratos+built+to+suit+no+Brasil>>. Acesso em: 20 out. 2020.

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Contratos. (Série Leituras Jurídicas: Provas e concursos, v. 5) São Paulo: Atlas, 2010

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1049, 16 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8384>>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. **Direito Civil**, vol. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; SOTO, Paulo Neves; et all. **Código Civil interpretado conforma a Constituição da República – vol. II**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e seus princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. **Built to suit com base em direito de superfície afasta problemas da securitização de aluguel**. Revista Capital Aberto. Edição: Ano 4, nº 45, maio de 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Direito Civil: direitos reais**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WANDERLEY, Maira Cauhi. O equilíbrio econômico do contrato. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34444/o-equilibrio-economico-do-contrato>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ZANETTI, Cristiano de Souza. Build to Suit: qualificações e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (organizadores). **Construção Civil e direito**. São Paulo: LexMagister, 2011.