

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 8 | N. 2 | JULIO/DICIEMBRE 2021 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



O contrato *built to suit* na esfera pública e a nova lei de licitações brasileira

The built to suit contract in the public sphere and the new Brazilian bidding law

RAFAEL COSTA SANTOS I,*

I Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil)

rafaelcostasant@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8771-8119>

LETÍCIA FRANCO DE SOUZA II,**

II Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba, Brasil)

leticiafranco.adv@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0003-0733-9229>

Recibido el/Received: 30.06.2021 / June 30th, 2021

Aprobado el/Approved: 17.11.2021 / November 17th, 2021

RESUMO:

A contratação no modelo *built to suit* possibilita a fruição e adequação de imóveis de terceiros ou adequação dos imóveis da Administração Pública, sem o comprometimento imediato de relevante recurso orçamentário. Em tal contratação, o aporte financeiro se dá de forma diferida, ao contrário do que ocorreria em uma obra ou serviço de engenharia executado às expensas do Poder Público. O *built to suit* auxilia na desoneração imediata do investimento público com a execução de infraestrutura e o consequente direcionamento de recursos para a concretização dos serviços públicos delineados na Constituição Federal. Contudo, com a superveniência da Lei nº 14.133/2021, que determinou a revogação dos

ABSTRACT:

The contracting in the model built to allow the enjoyment and adaptation of third-party properties or adaptation of Public Administration properties, without the immediate commitment of budgetary resources. In such contracting, the financial contribution is given in a different way, as opposed to what occurs in a work or engineering service integrated to the expenses of the Public Authority. The one built to serve helps in the immediate exemption of public investment with an infrastructure execution and the consequent allocation of resources to the realization of public services outlined in the Federal Constitution. However, with the supervening of Law No. 14,133/2021, which determined the repeal of the provisions that authorized the use of the

Como citar este artículo | *How to cite this article:* SANTOS; Rafael Costa; SOUZA, Letícia Franco de. O contrato *built to suit* na esfera pública e a nova lei de licitações brasileira. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 8, n. 2, p. 157-184, jul./dic. 2021. DOI 10.14409/redoeda.v8i2.10447.

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Estado do Paraná. E-mail: rafaelfcostasant@gmail.com.

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba, Brasil). Assessora na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná. E-mail: leticiafranco.adv@outlook.com.



dispositivos que autorizavam o emprego do instituto no âmbito publicista, gerou-se a incerteza a respeito da legalidade de utilização do respectivo modelo de contratação pela Administração Pública, sob o novo paradigma. O presente estudo pretende analisar se há suporte para a aplicação do *built to suit* no âmbito público, bem como estabelecer os parâmetros jurídicos a serem observados sob o arquétipo da Lei nº 14.133/2021.

Palavras-chave: *built to suit*; locação sob medida; contrato administrativo; locação; lei de licitação.

institute in the public sphere, uncertainty was generated regarding the legality of the use of the respective contracting model by the Public Administration, under the new paradigm. This study analyzes whether there is support for the application of built to suit in the public sphere, as well as establishing the legal parameters to be observed under the archetype of Law No. 14.133/2021.

Keywords: *built to suit*; customized lease; administrative contract; rent; bidding law.

SUMÁRIO:

1. Introdução; **2.** O regime jurídico dos contratos “*built to suit*” no âmbito público brasileiro; **3.** Possíveis formatos do *built to suit* na esfera pública; **4.** Fase preparatória; **5.** Contratação direta e o chamamento público; **6.** Duração do contrato; **7.** Equilíbrio econômico-financeiro; **8.** Alteração e rescisão contratual unilateral pela administração; **9.** Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Traduzindo a expressão para o vernáculo como *construído para servir* ou *construído sob medida*, o *built to suit* se destina a um ajuste em que o contratante busca utilizar um imóvel de terceiro (ou próprio, mas carente das adaptações necessárias para sua usabilidade), com instalações específicas que somente podem ser obtidas através de construções ou reformas relevantes.¹

O contratado passa, então, a adaptar seu imóvel ou o do próprio contratante sob os critérios e necessidades deste. Ao final, o contratante efetuará o pagamento através de prestações periódicas (costumeiramente mensais) que remunerarão tanto o investimento feito pelo contratado, como a fruição do bem durante o período de uso (caso a propriedade do bem seja do contratado) em que, dado o investimento antecipado, se justifica mais prolongado e mais estável que uma simples locação.²

A iniciativa privada brasileira passou a utilizar esta modalidade largamente e de forma atípica (uma vez que ainda não existia legislação específica para a sua

¹ NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic; QUINAN, Paula. **Contrato built to suit – origem e natureza jurídica.** In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências.* São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 102.

² NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic; QUINAN, Paula. **Contrato built to suit – origem e natureza jurídica.** In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências.* São Paulo: Quartier Latin, 2019. p.103.



operacionalização), quando houve o crescimento do mercado imobiliário nos anos noventa, após a consolidação do Plano Real.³

Sua regulação se deu, no entanto, no âmbito privado, com a alteração do art. 4º e inclusão do art. 54-A na Lei nº 8.245/91 (Lei de Locações) e no âmbito Público, com a inclusão do art. 47-A na Lei nº 12.462/11 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação - RDC).

A utilização do *built to suit* no âmbito público, se feita de forma estratégica e planejada, pode ser instrumento de concretização do princípio da eficiência, uma vez que visa a desoneração imediata do investimento público com obras e serviços de engenharia através de parceria privada. Conseqüentemente, possibilita-se o redirecionamento desses recursos para a expansão dos serviços públicos que visam garantir os direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal, como saúde, educação e segurança pública.

Além disso, tendo em vista as necessidades específicas do Poder Público, como escolas, delegacias, postos de saúde, muitas vezes as Administrações Públicas têm dificuldade de encontrar imóveis apropriados às suas finalidades em determinada área de interesse para simples locação.

Sendo assim, nas hipóteses em que não se encontra imóveis adequados para a simples locação, o *built to suit* pode propiciar ganhos de economicidade, pois a Administração obtém imóvel sob medida para sua demanda. Alie-se a isso, a vantagem de evitar o dispêndio imediato de grandes montantes de recursos para construção ou reforma, delegando esse investimento, bem como o risco e responsabilidade das adaptações, à iniciativa privada, parcelando os gastos amortizados ao longo do tempo.

É oportuno destacar, de todo modo, que as adaptações de imóveis simplesmente locados pode significar o desperdício de recursos públicos, uma vez que esses investimentos ficam imobilizados na propriedade de terceiros. Já o *built to suit* permite a reversão desses bens, numa espécie de *leasing*⁴, de forma que os investimentos públicos possam ser mais bem aproveitados com a garantia de infraestrutura para atividade permanente da Administração Pública.⁵

A Lei nº 14.133/21, publicada em 1º de abril de 2021, determina que, após dois anos da sua publicação, sejam revogados os dispositivos do RDC, o que, conseqüentemente,

³ NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic; QUINAN, Paula. **Contrato built to suit – origem e natureza jurídica.** In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências.* São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 103.

⁴ Segundo a doutrina, o arrendamento mercantil é a locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário de, ao seu término, optar pela compra do bem locado. COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 514-515.

⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contrato built to suit na administração pública: um novo modelo de contratação administrativa** – 1. ed. – Curitiba: Juruá, 2018. p. 66.



abrange o art. 47-A do respectivo diploma, que regula a modalidade de contratação *built to suit* no âmbito público.

Surge, portanto, a incerteza jurídica acerca da legitimidade da utilização do *built to suit* pela Administração Pública, bem como a necessidade do delineamento das diretrizes para sua aplicação sob as regras do novo paradigma administrativo: a Lei nº 14.133/21.

Com isso, o presente artigo pretende traçar de forma sistemática os cenários apropriados para o emprego do *built to suit* pela Administração Pública, e, ainda, estabelecer os parâmetros de aplicação do referido instituto sob os auspícios dessa nova lei.

Para enfrentar o tema proposto, este trabalho foi organizado da seguinte maneira: em primeiro lugar, analisou-se a possibilidade de utilização da contratualização na modalidade *built to suit* pelo Poder Público sob o paradigma da Lei nº 14.133/21, sobretudo quanto ao impacto da previsão de revogação do art. 47-A da Lei do RDC. Nessa oportunidade, foram explicitados os instrumentos que consubstanciam o regime jurídico dessa modalidade de contratualização no ambiente publicista.

Após isso, passou-se a examinar os formatos do *built to suit* passíveis de serem implementados no âmbito das contratações públicas e o impacto destes na configuração de negócio escolhido pela Administração Pública em aspectos pragmáticos como o cálculo da remuneração, o prazo de amortização, os elementos técnicos aptos a descrever a obra ou serviço de engenharia, e a exigência, ou não, de licitação.

Em seguida, teceram-se considerações acerca das harmonizações necessárias para a aplicação do *built to suit* no regime jurídico público, sob a vigência da Lei nº 14.133/21, explicitando as peculiaridades jurídicas a serem observadas sob pontos fulcrais como: a fase preparatória e os elementos técnicos instrutores que acompanham a instrumentação da pretensão de contratualização; as hipóteses de contratação direta; a duração do contrato; as formas de equilíbrio econômico-financeiro; e a possibilidade da alteração e rescisão contratual unilateral pela Administração.

Por fim, foram tecidas breves considerações conclusivas.

2. O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* NO ÂMBITO PÚBLICO BRASILEIRO

O *built to suit* era frequentemente utilizado na iniciativa privada, como contrato atípico. Posteriormente, foi incluído no ordenamento jurídico pelo art. 54-A⁶ da Lei nº

⁶ 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. (Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012)



8.245/91 (Lei de Locações) e pela Lei nº 12.744/12, concedendo maior higidez na utilização da modalidade.⁷ Vejamos:

No âmbito público, anteriormente à previsão expressa da locação sob medida, que ocorreu por meio da Lei Federal nº 13.190/15, que incluiu o art. 47-A na Lei nº 12.462/11⁸ (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas), a Administração, de forma discreta, já havia utilizado a respectiva modalidade de contratação. Nesse sentido, destaca-se o paradigmático Acórdão nº 1301/2013, do plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que delimitou as diretrizes da utilização do *built to suit* pelo Poder Público.

A Lei nº 14.133/21, a nova lei de Licitações, não incluiu expressamente o *built to suit* em sua redação, mas determinou a revogação dos artigos pertinentes ao Regime Diferenciado de Contratações (RDC), Lei nº 12.462/11, que faziam a previsão da locação sob medida no âmbito público.⁹

No entanto, o art. 51¹⁰, da Lei nº 14.133/21 menciona a possibilidade de adaptações nas locações, com a devida amortização do investimento, sem utilizar a expressão “*built to suit*” ou “locação sob medida” e sem detalhar minuciosamente a sua instrumentalização.

O dispositivo aparenta sinalizar a não vedação do uso da modalidade *built to suit* pela Administração Pública. Por outro lado, a referida lei não estabelece o regramento necessário para a utilização plena da locação sob medida, o que pode ser elaborado pelos atos normativos dos entes federados que venham a regular a nova Lei de Licitações.

De todo modo, não se exige a previsão expressa em lei administrativa para a utilização do *built to suit* no âmbito do direito público. Isto porque, a incidência das regras do

⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contrato built to suit na administração pública: um novo modelo de contratação administrativa** – 1. ed. – Curitiba: Juruá, 2018. p. 47.

⁸ 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. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

⁹ 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

⁹ 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

⁹ 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. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

⁹ É oportuno, no entanto, esclarecer que a Lei nº 14.133/21 foi publicada em 1º de abril de 2021 e sua vigência teve início no mesmo dia (art. 194). Contudo, até o prazo de dois anos da sua publicação, a Administração poderá optar por licitar de acordo com a nova lei, ou de acordo com as leis gerais existentes (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/11) que continuarão em vigor pelo mesmo prazo (Art. 191).

¹⁰ Art. 51. Ressalvado o disposto no inciso V do caput do art. 74 desta Lei, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários



direito privado nas contratações da Administração Pública encontra suporte no ordenamento jurídico brasileiro, conforme art. 89, da Lei nº 14.133/21.¹¹

Nesse sentido, constata-se a existência de acórdãos¹² proferidos pelo Tribunal de Contas da União, que reconhecem a licitude do *built to suit* antes mesmo da regulamentação do instituto explicitada pela Lei do RDC.

De acordo com entendimento tradicional da doutrina pátria, a Administração Pública pode figurar em dois tipos distintos de contratos, aqueles regidos pelo regime de direito Público e os regulados predominantemente pelas regras de direito privado.¹³ Contudo, mesmo que a Administração possa se servir do Direito privado, “há aspectos do Regime administrativo inafastáveis na Atuação da Administração Pública, especialmente no que concerne a aplicação dos princípios gerais do direito Administrativo”¹⁴. Isto atrai, por exemplo, a necessidade de licitação em respeito ao princípio da isonomia – em regra – e à possibilidade de alteração e rescisão unilateral, tendo em vista a supremacia dos interesses fundamentais coletivos.

Não há contrassenso, portanto, na utilização subsidiária do direito privado pela Administração Pública, em que pese a sua aplicação estar adstrita aos princípios cogentes do direito público. Uma eventual normatização insuficiente na esfera Administrativa não pode obstar a utilização do *built to suit*, uma vez que o ordenamento jurídico permite, com as adaptações necessárias e pertinentes ao regime jurídico público, a utilização de figura de direito privado pelo Poder Público.

Extraem-se, portanto, da Lei de Locações (Lei nº 8.245/91) e da Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21), o conjunto de regras que serão aplicadas nos contratos de *built to suit* que figurem a Administração Pública.¹⁵

¹¹ Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹² TCU. Acórdão nº 1301/2013. Plenário. Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013. TCU. Acórdão nº 10632/2015. Segunda Câmara. Rel. Augusto Nardes, em 17.11.2015.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 377-379.

¹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 42 e 44.

¹⁵ O Art. 2º, inciso II, da Lei nº 14.133/21 estabelece expressamente a aplicação do referido instituto aos contratos de locação. De todo modo, ressalta-se que há controvérsia na doutrina se o contrato *built to suit* é típico ou atípico, e se é uma espécie de contrato de locação ou um contrato autônomo. De todo modo, os dispositivos da Lei nº 12.744/2012 com exceção das ressalvas feitas no Art. 54-A da mesma Lei, aplicam-se ao *built to suit*. GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual**. Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-111. Nesse mesmo sentido, Rafael Leitão e Antônio Jorge reconhecem a possibilidade de utilizar por analogia a Lei de Licitações e a Lei de Parcerias Público-Privadas nos contratos do Built to Suit para complementar possíveis omissões que este tipo de contratação possui ao se analisar o regramento a respeito da locação sob medida do RDC. LEITÃO, Antônio Jorge. LEITÃO, Rafael. **Contratação built to suit na prática: por que é a vez da locação sob medida na Administração Pública? Como realizá-la?** Curitiba: Zênite, 2019. p. 48.



3. POSSÍVEIS FORMATOS DO *BUILT TO SUIT* NA ESFERA PÚBLICA

Como esquadrinhado até aqui, o objetivo do *built to suit* é delegar o investimento e a responsabilidade pela execução da obra ou adaptação de imóvel ao contratado. A Administração Pública fica incumbida de compensar a utilização do bem e o respectivo investimento através de pagamento efetuado de forma parcelada ao longo do tempo de fruição do bem.

Entretanto, existem formatos possíveis que podem ser configurados no desenho do *built to suit* no âmbito público e que influenciam diretamente: no cálculo da remuneração e prazo de amortização; nos elementos técnicos aptos a descrever a obra ou serviço de engenharia; na exigência de licitação ou na contratação direta etc. Dessa forma, é relevante que esses possíveis formatos do *built to suit*, sejam explicitados para que se tornem passíveis de implementação no âmbito das contratações públicas.

É necessário ressaltar, contudo, que o presente tópico visa apenas elucidar os possíveis cenários de implementação do *built to suit*, traçando um panorama geral. A análise pormenorizada da harmonização do *built to suit* e da Lei nº 14.133/21 será feita nos itens que seguem.

De todo modo, é necessário ressaltar que o *built to suit* nem sempre será a primeira escolha da Administração Pública ao lidar com eventuais necessidades de novos edifícios para a prestação de serviço público ou administrativo. Antes de se cogitar uma contratação na modalidade *built to suit*, cabe a Administração procurar por alternativas menos dispendiosas para os cofres públicos. A Administração, por exemplo, deverá verificar, na área de interesse, a existência de imóveis próprios subaproveitados, bem como a possibilidade de cessão por outros entes públicos, a viabilidade de permuta e eventual locação, antes de se passar para o planejamento da e uma contratação nos moldes do *built to suit*.¹⁶

Portanto, o *built to suit* será adequado, especialmente quando a) a Administração tiver um imóvel que nas condições atuais não seja compatível com o que pretende a administração, necessitando de construção ou de reforma substancial; ou b) quando a Administração não possua imóvel passível de adaptação na área de interesse e não encontre imóveis pertinentes para simples locação, necessitando de conformação relevante de imóvel de terceiro.

É oportuno, também, esclarecer que no âmbito privado o *built to suit* possui formulações com a possibilidade de participação de investidor não proprietário, que ficará incumbido de comprar o imóvel e efetuar as respectivas adaptações.¹⁷ Contudo,

¹⁶ No mesmo sentido, TCU. Acórdão nº 1301/2013. Plenário. Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013.

¹⁷ O Art. 54-A, da Lei de Locações, prevê de forma expressa a possibilidade de o locador proceder à prévia aquisição do imóvel então especificado pelo pretendente à locação.



a regra é que o *built to suit*, no regime público, seja configurado preferencialmente de forma mais simples: ou o contratado faz adaptações em imóvel estatal ou o contratado faz adaptações em imóvel de sua titularidade (o que não impede que os interessados, sabendo da pretensão da Administração, comprem imóvel na área de interesse, mesmo antes da licitação ou contratação direta). Isto porque, a intermediação da seleção do imóvel por investidor pode configurar burla ao Princípio da Isonomia¹⁸, bem como pode transparecer a dificuldade de se traçar um orçamento,¹⁹ conforme exige o art. 18, IV, da Lei nº 14.133/21.²⁰

Sendo assim, as duas formatações básicas do *built to suit* a serem executadas no âmbito público, em regra, são: a) *em terreno público* ou b) *em terreno particular*.

É possível, portanto, que o Poder Público já tenha o imóvel que necessita de construção ou adaptação relevante para estar adequado às pretensões da Administração Pública. Nessa hipótese é elementar que seja feito o procedimento licitatório, uma vez que em caso de contratação direta, em regra, as características particulares do imóvel são determinantes, e nesse caso, este já é domínio da Administração Pública. A licitação é necessária pois vários interessados (inclusive as próprias empreiteiras) podem ter interesse na execução da obra, sob a promessa de remuneração por período de tempo.

Além disso, como se tem a individualização do terreno, a Administração possui a oportunidade de ser mais precisa acerca da descrição do pretendido, possibilitando uma maior robustez dos elementos técnicos, o que permite a utilização, por exemplo, de um projeto básico completo para a descrição do pretendido.

Ademais, quando o Poder Público é titular do imóvel, é pertinente que seja disposta cláusula prevendo a reversão das construções ou benfeitorias em favor da

¹⁸ Ora, a contratação direta é uma exceção no sistema jurídico administrativo. O art. 74, V, e §5º, da Lei nº 14.133/21 dispõe que para que essa contratação direta seja feita, as características de instalações e de localização do imóvel tornem necessária sua escolha, com a devida justificativa, entre outras, da demonstração da singularidade do respectivo imóvel a ser locado e adaptado. Sendo assim, não é recomendável contratar investidor sem que esse imóvel esteja individualizado, sob o risco de que se permita o direcionamento, via intermediário de imóvel, sem que sejam configurados os requisitos exigidos em Lei.

¹⁹ As contratações públicas necessitam da maior previsibilidade possível acerca das características e detalhes do bem pretendido, bem como do custo estimado necessário para concretização do empreendimento. Dessa forma, a contratação de investidor incumbido de futura aquisição do imóvel, dificulta que a Administração consiga definir de forma assertiva o objeto (inciso II), bem como a elaboração de um orçamento, com a devida composição dos preços (inciso IV), conforme se exige o art. 18 da Lei nº 14.133/21.

²⁰ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VIII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: (...) IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;



Administração Pública.²¹ Isto porque, não é razoável que ao final do contrato a Administração seja proprietária do terreno e o particular da construção.²²

Além disso, deve ser considerada a necessidade de concessão do direito de superfície ao contratado, autorizando a construção e exploração temporária (a locação da construção em si) em imóvel de propriedade do Poder Público.²³

Por outro lado, existe a hipótese de a Administração Pública não possuir imóvel a ser adaptado na área de interesse. Nesse caso, surge a possibilidade da utilização do chamamento público para prospecção de imóveis adequados para simples locação e/ ou imóveis que necessitam de adequações relevantes (o *built to suit*).²⁴

Para a instrução do respectivo chamamento público não é possível a elaboração de um projeto básico completo com orçamento em unidades, uma vez que não se tem, ainda, o imóvel individualizado em que será implementado o respectivo empreendimento.²⁵

Em caso da existência de vários terrenos sem edificação, por exemplo, não é possível a elaboração de um projeto de implantação e complementares, tendo em vista a não individualização do terreno. Por outro lado, a incerteza pode ser ainda maior quando há a possibilidade de se encontrar terrenos edificadas, pois não é possível saber de antemão quais serão as adaptações necessárias para atender as pretensões da Administração Pública.

Nesses casos, portanto, os elementos técnicos tendem a ser menos minuciosos, inclusive para que não se limite de forma irrazoável, os interessados em contratar com o Poder Público.

²¹ O art. 47-A, §2º da Lei do RDC prevê a possibilidade de reversão dos bens à administração pública ao final do contrato *built to suit*. Contudo, mesmo sem hipótese expressa em lei administrativa, é possível a reversão, se disposta em contrato e justificada as vantagens e economicidade da Administração da opção feita.

²² Existem várias restrições para alienação de terreno público, inclusive a necessidade de autorização legislativa, conforme se verifica nos Art. 188, § 1º da Constituição Federal (A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional) e art. 76 da Lei nº 14.133/21 (A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão). Também é difícil de se imaginar o que justificaria a Administração se desfazer imóvel de sua propriedade, com edificação feita sob medida para atender às especificidades permanentes de serviço público ou administrativo.

²³ O direito de superfície é tratada no ordenamento brasileiro nos Arts. 182 e 183 da Constituição Federal, Art. 21 e 24 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, e no Art. 576 e 577 do Código Civil

²⁴ O tema foi abordado de forma mais minuciosa no tópico 5 a respeito da contratação direta e do chamamento público.

²⁵ A necessidade ou não de determinado elemento técnico instrutor como o projeto básico, por exemplo, foi abordado no tópico 4 a respeito da fase preparatória.



Nesse sentido já dispôs o Tribunal de Contas da União²⁶, que “o *excessivo detalhamento das características do imóvel que se pretende adquirir ou alugar, sem a demonstração da necessidade dessas particularidades, evidencia restrição ao caráter competitivo do certame e direcionamento da contratação.*”

Cabe, portanto, nesses casos, o setor técnico verificar o conjunto de elementos técnicos instrutores adequados para caracterização do bem, podendo ser um anteprojeto de engenharia ²⁷ ou termo de referência²⁸, a depender de cada situação.

Por outro lado, o chamamento pode ser dispensado se, de acordo com os requisitos do art. 74, V e art. 75 da Lei nº 14.133/21, configurar-se a hipótese de contratação direta. Neste caso, a Administração já tem conhecimento do imóvel que será adaptado. Recomenda-se, portanto, a utilização de elementos técnicos mais detalhados, como o projeto básico completo.

Mesmo na hipótese de *built to suit* utilizando terreno de particular, é possível à Administração optar pela reversão do bem ao fim do contrato, desde que demonstrado tecnicamente e economicamente as vantagens que esta possa obter.²⁹

Com intuito de tentar sintetizar esse panorama geral, e sem querer restringir as hipóteses de formatação do *built to suit*, sugere-se o seguinte roteiro a ser seguido pela Administração Pública, com intuito de individualizar o desenho adequado da contratação pretendida:

²⁶ TCU. Acórdão nº 1656/2015. Plenário. Rel. Marcos Bemquerer, em 08.07.2015.

²⁷ Art. 6º, XXIV da Lei nº 14.133/21.

²⁸ Art. 6º, XXIII da Lei nº 14.133/21.

²⁹ Nos casos de utilização do *built to suit* com reversão do imóvel, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1928/2021, cogitou que tal hipótese se enquadraria como uma espécie de operação de crédito, situação análoga a uma aquisição financiada de um bem, visto que as parcelas a serem pagas tem a finalidade de abater a aplicação que foi inicialmente realizada pelo investidor, o que atrairia as cautelas dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal, para o endividamento público. Pela didática transcreve-se trecho do supracitado acórdão:

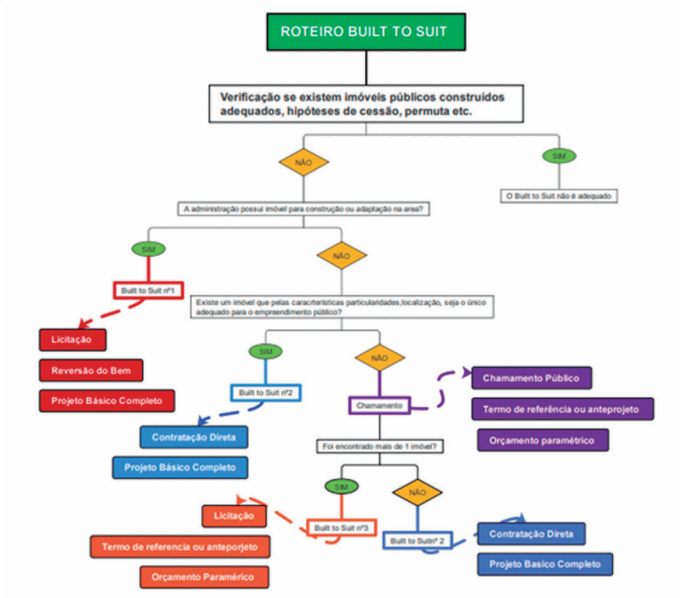
“Veja-se também que, no próprio conceito citado do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, a “aquisição financiada de bens” é definida em seu sentido amplo: conceitua-se simplesmente como a operação de crédito contratual em que não há ingresso efetivo de recursos financeiros, sendo a aquisição financiada diretamente com o fornecedor do bem apenas um dos possíveis casos.

De toda sorte, ainda que não se considerasse a prestação financiada de serviços de empreitada como uma operação assemelhada à aquisição financiada de bens, o contrato examinado importa assunção de obrigação com fornecedor para pagamento a posteriori de bens e serviços, que - caso realizada sem a devida autorização orçamentária - seria considerada operação equiparada a operação de crédito e vedada pelo art. 37, inciso IV, da LRF.

Portanto, a prestação financiada de serviços de empreitada constitui operação de crédito assemelhada à aquisição financiada de bens, enquadrando-se na definição do art. 29, inciso III, da Lei Complementar 101/2000. “TCU. Acórdão nº 1928/2021. Plenário. Rel. Benjamin Zymler, em 11.08.2021.



Gráfico 1



Fonte: Autores.³⁰

- I) Antes de se cogitar o *built to suit*, a Administração deve verificar a existência de imóveis disponíveis no âmbito da Administração Pública que atendam às necessidades da atividade a ser desenvolvida no raio da área de interesse, bem como esgotar as possibilidades de obtenção de outras entidades públicas, bem como eventuais permutas ou cessões. Caso ocorra alguma dessas possibilidades, é provável que o *built to suit* não seja a escolha adequada.
- II) Caso não se tenha imóvel adequado para as respectivas pretensões, deve a Administração verificar a hipótese de imóvel público que possa ser adaptado. Nesses casos, caso a Administração Pública reputar ser a o *built to suit* a opção que converge ao interesse coletivo, é recomendável que se opte pela reversão do bem, e como regra, utilize os elementos instrutores mais precisos possíveis.
- III) Caso não se encontre nenhum imóvel público para ser adaptado, é o caso de se conceber a hipótese do chamamento público, que visa a prospecção de imóveis adequados (o que pode levar inclusive a uma simples locação), ou imóveis que possuam condições técnicas de serem adaptados para adequação da pretensão da Administração. Ressalte-se que se a Administração já tenha conhecimento

³⁰ Imagem elaborada pelos autores do artigo.



que somente um imóvel é adequado para os fins que pretende, nos termos do art. 74, V e art. 75 da Lei nº 14.133/2021, a contratação direta pode ser feita escusando a fase do chamamento público

- IV) A contratação direta é possível quando se tenha ciência de que somente um imóvel supre as necessidades da Administração ou, ainda, se após o chamamento público restar apenas um interessado em firmar contrato com administração. Nestes casos, como se trata de um imóvel individualizado, é recomendável que a administração cogite a utilização de elementos instrutores minuciosos, inclusive a avaliação da hipótese de reversão ao final do contrato, o que, consequentemente, impactará nos valores a serem pagos ao contratado.
- V) Caso o resultado do chamamento encontre mais de um imóvel adequado às pretensões da Administração, há o dever de licitar para escolher a opção mais vantajosa.

A partir disso, passa-se a análise das diretrizes jurídicas do *built to suit* no âmbito público e as harmonizações necessárias para a sua aplicação sob a vigência da Lei nº 14.133/21.

4. FASE PREPARATÓRIA

A fase preparatória envolve o planejamento da contratação, delinea as especificidades técnicas, mercadológicas e de gestão que influenciam a contratação, devendo ser compatibilizada com o plano de contratação anual³¹, quando houver, e com as leis orçamentárias (art. 18 da Lei nº 14.133/21³²). Nesta etapa, também deve ser avaliada a viabilidade do *built to suit* em comparação com as demais opções de contratação, acompanhada das considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir no empreendimento.

O estudo técnico preliminar (ETP) é o documento que materializa a fase preparatória explicitando o interesse público envolvido e os melhores caminhos para solução do problema, de forma a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação (Art. 6, XX, da Lei nº 14.133/21).

Portanto, o estudo técnico preliminar consubstancia a fase de planejamento, para delimitar todos os possíveis percalços e deve atestar, ou não, a viabilidade do empreendimento sob os aspectos técnico, ambiental e econômico.

³¹ Segundo o art. 12, VII da Lei 14.133/21, a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma do regulamento, elaborar um plano anual de contratações, com o objetivo de que estas sejam racionalizadas, garantindo o alinhamento do planejamento estratégico para subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

³² Os incisos do Art. 18 da Lei nº 14/133/21 enumeram os elementos a serem observados pela fase preparatória da licitação.



Ressalta-se, ainda, que havendo a possibilidade de compra ou de locação de bens, o estudo técnico preliminar deverá considerar os custos e os benefícios de cada opção, com indicação da alternativa mais vantajosa (art. 44, Lei nº 14.133/21). Desta forma, cabe à equipe responsável pelo estudo técnico preliminar analisar, no que tange a pretensão de contratação *built to suit*, entre outros aspectos:³³

- I) A caracterização da efetiva necessidade do novo imóvel, com demonstração de que o imóvel até então porventura em uso não atende, ou é insuficiente para atendimento do interesse público envolvido, e, ainda, de que não comporta readequação.³⁴
- II) O delineamento da área a qual se necessita um novo imóvel para o atendimento das finalidades públicas, bem como os mapas e coordenadas da localização e abrangência.³⁵
- III) A comprovação da inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da Administração Pública que atendam às necessidades da atividade a ser desenvolvida no raio da área de interesse, bem como esgotada as possibilidades de obtenção de imóveis de outras entidades públicas, ou eventuais possibilidades de cessão, permuta etc.³⁶
- IV) A demonstração da inexistência de imóveis que potencialmente poderiam ser locados que atendam as pretensões da Administração pública, caso a Administração não tenha optado na prospecção, também, de imóveis aptos para simples locação.³⁷
- V) A fundamentação da decisão pelo *built to suit* baseada em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem a opção, com a demonstração que a solução é mais vantajosa comparada às outras alternativas, inclusive a Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade administrativa.³⁸

³³ O art. 18, §1º da Lei nº 14.133/21 estabelece uma série de itens que necessariamente devem constar do ETP. Segundo § 2º do mesmo artigo, este estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º desse art. 18 e quando não os contemplar, as devidas justificativas deverão ser apresentadas.

³⁴ TCU, Acórdão nº 1.301/2013, Plenário, Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013.

³⁵ Uma vez que o *built to suit* é alternativa subsidiária ao aproveitamento de imóveis sob domínio público, ou simples locação, é imprescindível a delimitação da área sob a qual há interesse de nova instalação do edifício público, com as respectivas justificativas da sua necessidade.

³⁶ No mesmo sentido, no Acórdão 1.301/2013, o TCU sugere a “comprovação da inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, de acordo com as “Orientações para destinação do Patrimônio da União”, que foram editadas pela SPU/MPOG em 2010; “TCU, Acórdão nº 1.301/2013, Plenário, Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013.

³⁷ No Chamamento público o ideal é que a Administração procure todos os imóveis que adequem as suas necessidades. Caso encontre imóveis para simples locação esses devem ter preferência sob aqueles que necessitam de maior harmonização.

³⁸ No presente caso, tem-se que a “locação sob medida” de imóveis por entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais. Por via de consequência, nessa hipótese, pode ser celebrada uma PPP na modalidade “concessão administrativa”. Acórdão nº 1.301/2013, Plenário, Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013.



VI) A motivação acerca da formatação de *built to suit* escolhida: se a locação será feita em terreno Público ou particular, se haverá ou não reversão do empreendimento, ao final, para titularidade do Poder Público e o eventual acréscimo de serviços a serem contratados etc.³⁹

VII) A demonstração da vantajosidade da junção de serviços (locação + execução indireta da obra), com apresentação de eventual economia de recursos, ou vantagem técnica, bem como a motivação do não parcelamento.⁴⁰

VIII) As justificativas dos valores atribuídos para remuneração, do prazo de amortização dos investimentos e para reversão bem (sendo o caso), acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte.⁴¹

Ademais, o estudo técnico preliminar é etapa anterior que dá suporte à elaboração dos elementos técnicos instrutores mais minuciosos e precisos: o anteprojeto, o termo de referência ou o projeto básico a serem elaborados, caso se conclua pela viabilidade da contratação (art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/21).

Acerca dos elementos técnicos instrutores aptos a descrever o empreendimento no *built to suit*, é preciso ater-se que este não se trata de um contrato de empreitada,⁴² mas sim de uma espécie de locação, e, portanto, está desobrigado de ser necessariamente descrito por projeto básico.⁴³

³⁹ Como explicitado no tópico 3, o *built to suit* pode ter diferentes formações. Porém, na fase preparatória devem ser feitas as respectivas escolhas, demonstrada a técnica e o acerto sob o ponto de vista econômico das opções feitas pela Administração. Destaque-se, também, a possibilidade de acréscimo de mais serviços no contrato *built to suit* a serem desempenhados pela contratada, a exemplo da execução de serviços públicos de administração patrimonial e predial em favor da Administração Pública. No mesmo sentido, NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *O built to suit e a Administração Pública*. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/ago. 2016, v. 16, n. 2, p. 349-374

⁴⁰ A administração pública deverá demonstrar (...) que a junção do serviço de locação com a eventual execução indireta de obra apresenta economia de escala e que, por isso, tal locação sob encomenda não ofende ao princípio do parcelamento. TCU. Acórdão nº 1301/2013. Plenário. Rel. André Luís de Carvalho, em 29.05.2013.

⁴¹ O ETP deve conter os orçamentos com a previsão de gastos, e a devida memória destes. No *built to suit* isso envolve uma complexa engenharia financeira, e depende das opções às quais o tópico 3 deste estudo se refere.

⁴² Segundo BONATTO, quando a execução é indireta, trata-se de contrato de empreitada, mediante o qual a empresa contratada assume o encargo perante a Administração Pública, com o propósito de realizar uma obra ou serviço de engenharia específico. Neste caso, a contratada assume o risco da obra e a direção do trabalho, remunerada pela Administração, que a fiscalizará durante toda a execução até a entrega definitiva da obra.

o regime de empreitada escolhido não reflete na contratação no modelo *built to suit*, visto que para o locatário o relevante é o que vai ser entregue com base no anteprojeto ou projeto básico, não sendo importante a escolha do regime de empreitada adotado no contrato entre uma possível empresa de construção e o locador que está realizando a obra ou uma reforma, visto que não possuem ligação.

BONATTO, Hamilton. **Governança e Gestão de Obras Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 415.

⁴³ Segundo a conceituação do art. 6º, XXV da Lei nº 14.133/21, Projeto Básico é "o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução". Veja que o *built to suit* não visa contratar uma obra, mas sim locar um imóvel adaptado.



Contudo, nada impede que a Administração se socorra dos conceitos e do detalhamento minucioso de um projeto básico completo para definir as adaptações que pretende em referido imóvel. É evidente que a Administração Pública almeja elaborar a descrição do pretendido com o fim de obter maior precisão e segurança seu objetivo, evitando percalços e imprecisões não desejosas.

Por outro lado, nas situações em que a Administração não tenha conhecimento do terreno específico em que será realizada a adaptação, fica impossibilitada de obter o projeto básico completo, com toda a descrição exigida nos termos da Lei Geral de Licitações, sobretudo pela impossibilidade fática⁴⁴ de elaboração e um orçamento em unidades, conforme a alínea f, art. 6º, da Lei nº 14.133/21.⁴⁵

Nesses casos, é possível se amparar ao conceito do anteprojeto de engenharia⁴⁶ ou ao termo de referência.⁴⁷ Ressalte-se que nessas hipóteses não é possível que a Administração Pública elabore um orçamento por unidades, e, portanto, deve utilizar das metodologias paramétrica sintética ou expedita, para elaboração da estimativa de custo mais precisa possível.⁴⁸

⁴⁴ Uma vez que nessas hipóteses não se sabe qual imóvel sofrerá a intervenção, não é possível obter com precisão quais as adaptações serão necessárias e em quais quantidades. Quando o poder público busca um imóvel privado disponível para a locação e/ou adaptação, deve levar em consideração a possibilidade de encontrar imóveis em estágios diferentes, necessitando de adaptações distintas. Mesmo considerando a possibilidade de terrenos limpos, no caso de uma construção nova, identifica-se a ausência de estudos geológicos que permitam a precisão quanto à fundação ou a necessidade de terraplanagem, o que impede obter, nesse momento, o projeto de implantação e os projetos complementares.

⁴⁵ f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei.

⁴⁶ Art. 6º, XXIV, Lei nº 14.133/21.

⁴⁷ Art. 6º, XIII, Lei nº 14.133/21.

⁴⁸ A metodologia paramétrica consiste na orçamentação do objeto com base em custos históricos, índices, gráficos, correlações ou comparações com projetos anteriores, enquanto na metodologia expedita com grau de precisão intermediário... serão utilizados os mesmos procedimentos, porém aplicando-se em segmentos do objeto. Cabe a avaliação expedita de cada unidade/etapa/parcela do objeto relevante financeiramente. ZYMLER, Benjamin; LAUREANO, Canabarro **Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada, 1ª reimpressão – Belo Horizonte. Fórum, 2014. p. 195-196.

Conforme §5º do art. 23 da Lei nº 14.133/21, sempre que necessário, e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto. O inciso I do § 2º do mesmo artigo prevê que o processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, traga o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, definido por meio da utilização, preferencialmente, da composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia.



Ressalte-se, ainda, que, a presença da matriz de riscos nas contratações *built to suit* é fundamental, independentemente do nível de descrição dos elementos técnicos instrutores.

A matriz de riscos é conceituada pelo inciso XXVII do art. 6º, da Lei nº 14.133/21⁴⁹ e se refere ao documento, parte integrante do contrato, que delinea as responsabilidades entre as partes acerca dos riscos contratuais, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes que possam impactar o equilíbrio financeiro previamente estabelecido.⁵⁰

É recomendável a utilização da matriz de riscos nas contratações *built to suit*, pois como se trata de um contrato complexo, com distintas parcelas de responsabilidade entre os participantes, é necessária maior precaução com a segurança e a previsão expressa da divisão de infortúnios futuros.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21⁵¹ definiu as balizas norteadoras da distribuição dos riscos contratuais, devendo ser considerada a natureza destes, o beneficiário das prestações a que se vinculam e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-los.

Acerca dos parâmetros para definição da remuneração do *built to suit*, o art. 47-A da Lei nº 12.462/2011 define que o montante mensal referente a locação não deve ultrapassar 1% do valor do bem. O dispositivo gera interpretações dúbias, pois não é possível compreender se o limite legal abarca, ou não, as hipóteses de *built to suit* com reversão de bens.

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1928/2021, ponderou que tal limite só seria aplicável nos casos em que o imóvel não seria revertido, considerando que não haveria sentido limitar o montante referente ao abatimento mensal do imóvel que ao final será revertido à Administração, uma vez que isso afetaria diretamente o fator tempo, podendo, inclusive, ser mais dispendioso para a Administração Pública.⁵²

⁴⁹ Nas alíneas do inciso XXVII do art. 6 da Lei nº 14.133/21, foram definidas as informações mínimas que a matriz de riscos deverá conter.

⁵⁰ Ressalta-se que tal ferramenta já era prevista na Lei do RDC (Art. 9, § 5º, Lei nº 12.462/11) e da Lei das Estatais (Art. 42, X, Lei nº 13.303/16).

⁵¹ Art. 103, §1º, Lei nº 14.133/21.

⁵² Pela didática, transcreve-se trecho do supracitado acórdão: “Não obstante, entendo que é razoável a interpretação da SeinfraUrbana e da Fiocruz/Bio-Manguinhos de que o § 3º do art. 47-A da Lei 12.462/2011 somente se aplica aos BTS sem reversão final do bem.

Isso porque, nos casos de BTS com reversão do bem, parte do denominado valor da locação corresponde à amortização do imóvel construído, de modo que um maior percentual sobre o valor do bem locado, em verdade construído de forma financiada, não significa a ocorrência de superfaturamento, mas sim uma maior amortização mensal, o que acarreta uma menor duração contratual.

Dito de outra forma, não há lógica em limitar o valor da amortização mensal do bem que será revertido à administração pública. Em minha visão, o Poder Público pode estipular as condições de financiamento que melhor lhe aprouver, segundo critérios econômicos racionais e sua capacidade de pagamento.” TCU. Acórdão nº 1928/2021. Plenário. Rel. Benjamin Zymler, em 11.08.2021.



Com a regulamentação da Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), a porcentagem pertinente ao valor da remuneração do *built to suit* poderá ser ajustada em outros níveis, tanto para menos, quanto para mais, bem como poderá ser convencionado de forma diferente nas hipóteses de reversão ou não do bem. De todo modo, na ausência de regulação, não há limites para a remuneração do *built to suit*, devendo se aplicar os princípios da Lei de Geral de Licitações, que inibem contratações acima do valor de mercado.

O valor máximo de locação deve ser estimado a partir do valor bem a ser locado, através de um laudo de avaliação. Os parâmetros para a definição do valor do bem são delineadas na NBR 14653-1.⁵³

No que tange o *built to suit*, deve-se atentar, ainda, para definição do valor da remuneração, a imbricação de todos os componentes do contrato: o montante concernente a própria locação, o investimento que foi feito pelo proprietário/locador, o prazo necessário para amortização deste investimento, bem como o valor dos bens a serem eventualmente revertidos.

5. CONTRATAÇÃO DIRETA E O CHAMAMENTO PÚBLICO

Necessário esclarecer que é permitido à Administração, excepcionalmente, eximir-se da necessidade de procedimento licitatório e realizar contratação direta, por meio dos institutos da inexigibilidade⁵⁴ ou da dispensa de licitação.⁵⁵

Nesse contexto, é necessário avaliar a titularidade da propriedade do terreno em que se pretende construir o imóvel. No caso de a Administração Pública ser proprietária do terreno e pretender que uma empresa construa a edificação na sistemática *built to suit*, não é possível vislumbrar, em regra, alguma especialidade que torne a contratação direta plausível, haja vista a viabilidade de competição entre os possíveis investidores que irão edificar o bem.⁵⁶

⁵³ <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=419099>.

⁵⁴ A inexigibilidade de licitação se relaciona com a situação fática em que não há viabilidade de competição, como por exemplo aquisição ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, o que torna a licitação um instrumento inviável (art. 74 da Lei nº 14.133/21).

⁵⁵ Em relação à dispensa (Art. 75, da Lei nº 14.133/21), trata-se de uma hipótese em que existe a liberdade do Gestor Público realizar ou não a licitação, entretanto, situações em que a realização da licitação poderia causar prejuízos a Administração, em um rol taxativo, foram presumidas, visto que o custo-benefício ou o interesse coletivo poderiam não estar tutelados. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 216.

⁵⁶ O TCU dispôs nesse sentido: “quando o terreno onde será construído o imóvel pertencer à União, julgo ser possível estabelecer uma competição entre os eventuais interessados em edificar o bem e, posteriormente, loca-lo ao Poder Público. Assim sendo, não me parece cabível utilizar a contratação direta com base no art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993.” TCU. Acórdão nº 1.301/2013 – Ministro Revisor – Benjamin Zymler, em 29.05.2013.



Por outro lado, o simples fato de se utilizar terreno alheio para a construção, ou adaptação do empreendimento, não implica na contratação direta, uma vez que diante do princípio da isonomia, deve se aventar a possibilidade de que aquela região possua mais imóveis adequados para utilização do fim que a Administração pretenda. Nestes casos, é recomendável a utilização do chamamento público.⁵⁷

Assim, é possível a utilização do chamamento público para a busca de possíveis imóveis (tanto para simples locação como para serem adaptados) que atendam as pressões da Administração e dos proprietários interessados em firmar contrato com o Poder Público.⁵⁸

O Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1479/2019-Plenário, já decidiu nesse sentido, ao orientar que “admite-se a utilização, como mecanismo de prospecção de mercado, de chamamentos públicos previamente às locações de imóveis, a fim de identificar aqueles que atendem às necessidades da Administração.”⁵⁹

O chamamento público é recomendável, pois proporciona à Administração conhecer com maior precisão os imóveis disponíveis na região para tanto e, ainda, caso haja somente um imóvel que satisfaça às necessidades da Administração, fica facilitada a demonstração da hipótese de inexigibilidade pelo gestor público.⁶⁰

Por outro lado, quando ficar demonstrado que apenas um imóvel atende às necessidades do Poder Público, seja pela particularidade do imóvel (como sua localização) ou pelas peculiaridades de eventual construção já existente, a qual visa reformar,

⁵⁷ O chamamento público trata-se de um procedimento em que é possível convocar os interessados em contratar com o poder público, nas hipóteses que o ordenamento jurídico não impõe a obrigatoriedade de licitação, como no caso do credenciamento (art. 6º, inciso XLIII, da Lei nº 14.133/21) como hipótese de inexigibilidade em que a Administração visa contratar todos os interessados, ou na escolha de entidades sem fins lucrativos para firmar parceria com a Administração Pública, que em regra não se exige licitação, seja por meio das parcerias que trata a Lei nº 13.019/14 (art. 2º, inciso XIII), ou dos convênios. O Acórdão nº 1331/2008, do Plenário do TCU, por exemplo, orientou que a Administração Pública deveria estabelecer a obrigatoriedade do chamamento público previamente à celebração de convênios. No mesmo sentido, é a Orientação Normativa nº 31 da AGU que recomendou o uso do chamamento público como regra nos casos de celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos, e que nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá ser justificado a impossibilidade fática.

⁵⁸ Nesse mesmo sentido, a Orientação Normativa nº 68, de 29 de maio de 2020, da AGU que prevê que :I) A compra ou locação de imóvel deve necessariamente ser precedida de consulta sobre a existência de imóvel público disponível; II) inexistindo imóvel público que atenda aos requisitos necessários para a instalação do órgão ou entidade, é recomendável a promoção de chamamento público para fins de prospecção do mercado imobiliário; III) caso somente um imóvel atenda às necessidades da Administração, será constatada a inviabilidade de competição, o que permitirá a contratação direta por inexigibilidade com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93; e IV) o art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666, de 1993, pode ser aplicado nos casos em que haja mais de um imóvel apto à contratação, desde que: a) o imóvel se preste para atendimento das finalidades precípuas da administração; b) as instalações e localização do imóvel sejam determinantes para sua escolha; e c) o preço seja compatível com os valores de mercado, conforme prévia avaliação.

⁵⁹ TCU. Acórdão nº 1656/2015. Plenário. Rel. Marcos Bemquerer, em 08.07.2015.

⁶⁰ LEITÃO, Antônio Jorge. LEITÃO, Rafael. **Contratação built to suit na prática: por que é a vez da locação sob medida na Administração Pública? Como realizá-la?** Curitiba: Zênite, 2019. p. 80-81.



é possível a contratação direta do contrato para simples locação ou para firmar-se o contrato *built to suit*.⁶¹

O art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, prevê que a licitação é dispensável para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração. Parte da doutrina, no contexto da Lei nº 8.666/93, entende que o supracitado artigo trata de inexigibilidade e não dispensa, uma vez que a licitação nessas condições é inviável.⁶² Neste sentido, a Lei nº 14.133/21 prevê expressamente, como hipótese de inexigibilidade, a locação ou aquisição de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem a sua escolha necessária, conforme o art. 74, V.

6. DURAÇÃO DO CONTRATO

O contrato de locação, pelo seu caráter de direito privado, ainda que seja realizado pelo Poder Público, não se sujeita aos prazos que a Lei nº 14.133/2021 propõe. O Tribunal de Contas da União já julgou no seguinte sentido, naquela feita com base na Lei nº 8.666, de 1993:

17. Também é fato que o contrato de locação de imóvel, mesmo celebrado pela Administração Pública, tem características essenciais de direito privado. No dizer da Administrativa Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

‘...quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoramente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público. (grifos nossos)’

18. Além disso, é certo que o art. 62, § 3º, inciso I, particularizou alguns dispositivos, sem olvidar as demais normas gerais, obrigando sua incidência sobre os contratos cujo

⁶¹ Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de (...) V- aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha. (...)

⁶² § 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

⁶² MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 636; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 304



conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, incluso aí os contratos de locação em que o poder público seja locatário.

19. Isso objetivando que na participação de entidade administrativa em relação contratual caracteristicamente privada houvesse sujeição do particular a algumas normas de direito público com vistas a assegurar a observância da legalidade e o respeito ao interesse público. Sujeição essa parcial, sob pena de supressão do regime de mercado ou do desequilíbrio econômico que ofenderia a livre concorrência e inviabilizaria a empresa privada.

20. Ocorre que o art. 57 que trata da duração e prorrogação dos contratos administrativos não foi mencionado entre as regras aplicáveis, no que couber (arts. 55 e 58 a 61 e demais normas gerais), aos contratos sob comento. Desse modo, entende-se plausível a argumentação de que o referido artigo possa não ser aplicável a esses contratos.

21. Nesse caso, a norma que disciplina a matéria recairia sobre a Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), a qual prevê para o imóvel urbano a livre convenção no ajuste do prazo no tocante à duração do contrato, com exceção aos que tiverem prazo estipulado igual ou superior a dez anos, por depender de vênua conjugal. (TCU - Acórdão nº1.127/09 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler)

Dessa forma, os contratos de locação se sujeitam a Lei nº 8.245/91 e não aos prazos estabelecidos na Lei geral de Licitações. Caso fosse utilizado os prazos rígidos dispostos na Lei nº 14.133/21, o contrato *built to suit* não seria vantajoso ao particular, visto que não possibilitaria a obtenção de lucro e o retorno do investimento inicial em virtude do tempo.

Necessário destacar, nesse sentido, a realidade dos contratos *built to suit*, que pelas suas características demandam a realização de uma engenharia financeira para se chegar ao cálculo referente à amortização, e desta forma, é inerente a modalidade contratual em tela longos prazos contratuais. A limitação do prazo do contrato *built to suit* tornaria difícil a capacidade de amortização do investimento realizado inicialmente, visto que as características desta contratação se referem justamente a possibilidade do pagamento da contraprestação de forma parcelada durante longo período.⁶³

O *built to suit* exige um período predeterminado de tempo para satisfação, uma vez que exige o tempo para execução da adaptação pretendida somada com o período necessário para amortização do investimento.

Essa lógica decorre do art. 51 da Lei nº 14.133/21, visto que estabeleceu que as locações devem ter o prazo de vigência consubstanciado no tempo necessário para amortização dos investimentos feitos a respeito de eventual adaptação no imóvel.

⁶³ GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira; SOARES, Renata de Souza Maeda Soares. Aspectos econômicos dos contratos de *built to suit* que justificam a previsão contida no art. 54-A. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). **Operações de Built To Suit**: a prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2019.



A vista disso, para identificar qual o prazo de vigência do contrato *built to suit*, é necessário realizar um estudo econômico com o intuito de averiguar o tamanho do investimento a ser feito pelo contratado e o tempo exigido para o retorno dos valores devidos.⁶⁴

7. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A garantia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato é prevista na Constituição Federal, por intermédio do art. 37, inciso XXI⁶⁵, bem como na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/21, no art. 104, §2º, pois estabelecem que as condições da proposta devem ser mantidas ao longo do contrato.

No *built to suit*, assim como nos demais contratos firmados pela Administração Pública, quando houver a necessidade de alteração contratual, por motivo que não possa ser imputada à contratada, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser reestabelecido.⁶⁶

Para a doutrina, existem três figuras jurídicas que possibilitam o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro: o reajuste, a revisão contratual e a correção monetária.⁶⁷

O reajuste de preços, disciplinado no inciso LVIII do art. 6º da Lei nº 14.133/21, é a forma de manutenção do valor real do contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto contratualmente, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. A Lei nº

⁶⁴ LEITÃO, Antônio Jorge. LEITÃO, Rafael. *Contratação built to suit na prática: por que é a vez da locação sob medida na Administração Pública? Como realizá-la?* Curitiba: Zênite, 2019. p. 48.

⁶⁵ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁶⁶ O equilíbrio econômico-financeiro é a proporção estabelecida entre a obrigação assumida pela empresa contratada para a execução do objeto e a compensação financeira oferecida pela Administração Pública. Tal proporção é formada pela equação econômico-financeira, projetada anteriormente à contratação e se refere ao custo total da execução e ao lucro que será obtido pela contratada. Dito isso, necessário esclarecer que ainda que a Administração esteja em uma posição superior ao contratado em razão das prerrogativas administrativas, podendo inclusive alterar e rescindir unilateralmente o contrato, a equação econômico-financeira dos contratos não pode ser atingida, devendo manter o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no momento da contratação. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1019- 2020.

Destaca-se que o pedido de reestabelecimento deve ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação, consoante o art. 131, parágrafo único, da Lei nº 14.133/21.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1021.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1021.



14.133/21⁶⁸ previu a obrigatoriedade de uma cláusula de reajuste nos contratos, bem como exige cláusulas que estabeleçam os critérios e a periodicidade do reajustamento.

Avançando, a revisão contratual fundamenta-se na teoria da imprevisão, aplicada ao direito público: a superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, alheios a vontades das partes e que modifiquem de maneira considerável o equilíbrio econômico-financeiro, implicam na alteração contratual para se mantenha a equação inicialmente estabelecida.⁶⁹

Necessário pontuar que da compreensão da Lei nº 8.666/93 infere-se que na ocorrência desses fatores imprevisíveis que modificavam o equilíbrio contratual, a Administração, na maioria das vezes, deve arcar com os eventuais encargos sobrevividos deles.⁷⁰ No entanto, com o advento da Lei nº 14.133/21, foi prevista a inclusão da matriz de riscos⁷¹, onde a divisão de responsabilidade acerca dos eventos que podem advir a impactar o equilíbrio contratual, é realizada diante das particularidades das obrigações assumidas pelos contratantes em cada caso.

Adotada a matriz de alocação de riscos, se determinado evento tenha sido atribuído ao contratado, este não poderá solicitar termo aditivo visando o reequilíbrio com fundamento neste fato. Por outro lado, se o risco de um eventual fato que foi atribuído ao Poder Público ocorresse, o contratado teria direito a alteração contratual visando o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro e o encargo pecuniário seria incumbido à Administração Pública.

A Lei de Locações (Lei nº 8.245/91), em seu art. 19, prevê, de todo modo, que não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.⁷²

Entretanto, no que tange à contratação *built to suit*, é necessária atenção ao fato de que a remuneração não reflete apenas a contraprestação acerca da disponibilidade do

⁶⁸ Art. 25, §7º e Art. 91 caput e §3º.

⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p.1034 e 1036.

⁷⁰ MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 889.

⁷¹ A matriz de riscos era prevista no art. 9º, §5º da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações) e no art. 42, inciso X da Lei nº 13.303/16, Lei das Estatais, mas não tinha previsão de aplicação na principal Lei de Licitações, a Lei nº 8666/93.

⁷² No entanto, parte da doutrina civilista, sob o manto da autonomia privada, assim como o STJ, entendem pela possibilidade de renúncia ao direito de ação revisional. Vejamos: "A rigidez, na manutenção do contrato, tal qual foi celebrado pelas partes, funda-se na norma moral de que todo homem deve honrar a palavra empenhada e no próprio princípio da autonomia da vontade. (...) O contrato de locação, livremente, pactuado pelas empresas-litigantes, independentemente de a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), no seu art. 45, prever a hipótese de nulidade de cláusulas que afrontem seus objetivos, é lei entre as partes" (STJ, AgRg no REsp 692.703/SP, 6ª Turma, rel. Min. Celso Limongi, DJe 07.06.2010).



imóvel cedido, mas também a quantia necessária para pagar o investimento feito. Isso torna a revisional focada exclusivamente no valor da locação temerária.⁷³

Nesse sentido, o art. 54-A, §1º da Lei de Locações, está expresso, que na modalidade locação sob medida existe a possibilidade de ajustar a renúncia ao direito de revisão. Portanto, visando (i) obter o retorno financeiro dos investimentos, (ii) a amortização dos investimentos pretendida e (iii) manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos *built to suit*, é recomendável que haja cláusula contratual prevendo a renúncia quanto ao direito à ação revisional, inclusive quando a Administração Pública for parte.⁷⁴

Por fim, a última figura jurídica que possibilita o reequilíbrio contratual é a correção monetária, cabível em virtude da inflação, quando a Administração atrasar os pagamentos devidos à contratada. A Lei de Licitações indica que o contrato deve conter cláusula que estabeleça os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.⁷⁵

8. ALTERAÇÃO E RESCISÃO CONTRATUAL UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO

Diferentemente dos contratos privados, a Administração possui competências singulares que estabelecem a possibilidade de alterar e rescindir unilateralmente os contratos formalizados, sem a necessidade de anuência do particular, quando realizados no âmbito público. Trata-se das cláusulas exorbitantes, que configuram deveres e prerrogativas necessárias para garantia da persecução do interesse coletivo que envolve a atuação da Administração Pública.⁷⁶

As hipóteses de alteração consensual estão previstas no inciso II do art. 124 da Lei nº 14.133/21,⁷⁷ e compreendem, principalmente, as questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como analisado anteriormente.

⁷³ GOMES, Daniel Cardoso. **Contratos built to suit: Novas perspectivas em face da Lei nº 12.744/2012**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lunem Juris, 2019. P. 113

⁷⁴ GOMES, Daniel Cardoso. **Contratos built to suit: Novas perspectivas em face da Lei nº 12.744/2012**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lunem Juris, 2019. P.114.

⁷⁵ Art. 92, V da Lei nº 14.133/21.

⁷⁶ MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p 842.

⁷⁷ Art. 124. II - por acordo entre as partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.



A alteração contratual feita unilateralmente pela Administração, fundamentada no art. 124, I, da nova Lei de Licitações,⁷⁸ envolve, geralmente, a modificação referente ao objeto do contrato, bem como a necessidade de alteração de projeto, visando o melhor atendimento dos interesses fundamentais coletivos.⁷⁹ No entanto, esta alteração não poderá transfigurar o objeto da contratação, conforme indica o art. 126, da Lei nº 14.133/21.⁸⁰

É necessário ressaltar que a alteração do projeto nos contratos *built to suit* exigem certa cautela. Isto porque, a locação sob medida é uma operação complexa em que o valor da remuneração é fruto de uma engenharia econômica que envolve uma parcela referente à fruição do bem e outra referente ao retorno do investimento feito pelo contratado, com sua devida amortização no tempo. Sendo assim, as eventuais alterações de projetos podem ensejar a reformulação do cálculo de remuneração do respectivo contrato.⁸¹

As hipóteses de rescisão dos contratos administrativos foram previstas na Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21). Podem ocorrer de forma unilateral pela Administração Pública, quando houver descumprimento das obrigações, exceto quando essa for em consequência de sua própria conduta ou, de modo consensual, quando houver acordo entre as partes e for conveniente à Administração, bem como em virtude de decisão arbitral ou judicial.⁸²

⁷⁸ Art.124. I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;
- b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

⁷⁹ MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p 883.

⁸⁰ Conforme se depreende da inteligência do Art. 124, §1º da Lei nº 14.133/21, nos casos em que ocorra falha de projeto que ensejem alteração nos contratos referentes a obras e serviços de engenharia, é necessário apurar a responsabilidade do responsável técnico pelo projeto, bem como adotar as medidas cabíveis para a compensação dos danos causados à Administração.

O art. 129 da Lei de Licitação (Lei nº 14.133/21) exara que caso o contratado tenha adquirido e disposto no local de trabalho os materiais necessários para a consecução do objeto e ocorrer a alteração contratual para a supressão de obras, bens ou serviços, a Administração deverá o remunerar pelo custo da aquisição, desde que devidamente comprovado, bem como poderá ser cabível indenização por outros danos que eventualmente possam ter ocorrido em virtude da supressão.

⁸¹ Nesse sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam e Eduardo Junqueira Bertoncini, também pleiteiam pela cautela na utilização das cláusulas exorbitantes no modelo de contratação Built To Suit, uma vez que o investimento inicial do particular objetiva o recebimento do valor investido cumulado com o valor relativo à locação e eventuais alterações unilaterais pela Administração, colocando o contratado em completa desvantagem, motivando-o a solicitar a recomposição. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contratos built to suit na administração pública: um novo modelo de contratação administrativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.79 Juruá.

⁸² Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

- I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;
- II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de



A Lei nº 14.133/21 dispôs que nos casos em que a extinção do contrato decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito à devolução da garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção e pagamento do custo da desmobilização.⁸³

De todo modo, as mesmas cautelas referentes à alteração unilateral devem ser dadas às hipóteses de rescisão deste tipo, sem que a culpa possa ser imputada à contratada. Isto porque, diante de uma simples locação em que há uma compensação mês a mês entre locador e locatário, com a utilização do bem e o recebimento do aluguel, a interrupção contratual antes do termo final estabelecido inicialmente não implica um desequilíbrio econômico-financeiro.⁸⁴

Por outro lado, no contexto do *built to suit*, a remuneração do contrato é diluída no tempo, para amortizar o investimento inicial realizado pelo contratado, que realizou as adaptações para atender às especificidades desejadas pela Administração. Dessa forma, diferente do que ocorre na simples locação, o particular não obtém o retorno do investimento mês a mês e dificilmente será compensado pelo investimento adiantado inicialmente, antes do final do contrato.⁸⁵

Nesse sentido, discorre Tadeu Ferreira Guedes:

*Muitas vezes, o retorno do capital investido somente é verificado próximo ao final do período contratado. Isso quer dizer que, até que se atinja o equilíbrio entre o valor investido por uma das partes e a remuneração paga pela outra, o contrato é absolutamente deficitário para aquele que comprou o imóvel ou nele fez investimentos consideráveis. A devolução do imóvel antes do prazo contratado e a interrupção do fluxo de pagamentos mensais coloca o investidor em absoluta desvantagem financeira, já que o equilíbrio contratual é calculado com base no prazo/extensão total do contrato e não com base na remuneração mensalmente recebida, isoladamente considerada.*⁸⁶

disputas, desde que haja interesse da Administração;

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

⁸³ Art. 138. § 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

I - devolução da garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;

III - pagamento do custo da desmobilização.

⁸⁴ GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira; SOARES, Renata de Souza Maeda Soares. **Aspectos econômicos dos contratos de built to suit que justificam a previsão contida no art. 54-A.** In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações de Built To Suit*(colocar em negrito): a prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 164 -170.

⁸⁵ GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira; SOARES, Renata de Souza Maeda Soares. **Aspectos econômicos dos contratos de built to suit que justificam a previsão contida no art. 54-A.** In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações de Built To Suit*: a prática e novas tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 164 -170.

⁸⁶ GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira; SOARES, Renata de Souza Maeda Soares. **Aspectos econômicos dos**



Sendo assim, nesse modelo de contrato, para que haja a rescisão unilateral por conveniência da Administração, deve-se indenizar o particular acerca do investimento ainda não amortizado, sobretudo porque o imóvel, feito sob medida, muitas vezes não terá grande utilidade para o mercado privado, se não forem feitas novas adequações.⁸⁷

Na mesma sintonia, a jurisprudência pacífica tem decidido que a multa para devolução antecipada do imóvel não deve superar três vezes o valor do aluguel nas locações simples.⁸⁸ No caso do *built to suit*, sobretudo pela necessidade de amortização do investimento, a devolução antecipada do imóvel poderá ter valores de multa superiores a três meses do aluguel, mas não deve exceder à soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.⁸⁹

A utilização do *built to suit* no âmbito público só será factível caso haja previsão de cláusula que considere o investimento não amortizado no valor da multa para desocupação antecipada. A ausência de um planejamento adequado pela Administração Pública, nos casos desse tipo de contratação, pode causar consequências muito mais danosas para o erário público, tendo em vista o risco de se pagar pela adequação de imóvel e não gozar da sua fruição.

Prevista na Lei nº 8.245/91, a ação renovatória tem seus requisitos no artigo 51,⁹⁰ deste diploma normativo, e cabível na contratação *built to suit*, pode ser proposta judicialmente para que o contrato de locação seja renovado, ainda que contra a vontade do locador, desde que o contrato tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado, e o prazo contratual (ou a soma de contratos ininterruptos) seja superior a 5 (cinco) anos, e que a atividade prestada seja a mesma por no mínimo 3 (três) anos, não sendo permitido o afastamento por acordo entre as partes, de acordo com o art. 45 da Lei.⁹¹

contratos de built to suit que justificam a previsão contida no art. 54-A. In: RUBINIÁK, Juliana (Coord.). **Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências.** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 170.

⁸⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contratos built to suit na administração pública: um novo modelo de contratação administrativa.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

⁸⁸ (TJSP; Apelação Cível 0007277-81.2009.8.26.0348; Relator (a): Moraes Pucci; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016). (TJSP; Apelação com Revisão 9031870-47.1999.8.26.0000; Relator: Amorim Cantuária. Órgão Julgador: 1ª Câmara do Primeiro Grupo. Julgamento: 20/03/2001).

⁸⁹ O Art. 54-A, § 2º, da Lei de Locações dispõe que a 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

⁹⁰ Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos.

⁹¹ SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antônio, Direito Imobiliário: teoria e prática. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 55.



9. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo sistematizar diretrizes jurídicas para a utilização do contrato *built to suit* no âmbito público sob paradigma da Lei nº 14.133/21.

Conclui-se que, apesar dessa lei não ter abordado de forma assertiva a locação sob medida, é possível a utilização do instituto nos contratos firmados pelo Poder Público, aplicando-se subsidiariamente os dispositivos da Lei de Locações. Contudo, a prática dessas figuras privadas está submetida aos princípios cogentes do direito público, o que atrai o regramento administrativo da nova Lei de Licitações para formação do arcabouço jurídico que rege o tipo de contratação analisado.

Apesar de deficiente no regramento, o ordenamento jurídico brasileiro oferece ferramentas suficientes para a viabilização da utilização do *built to suit*, que se utilizado de forma planejada e adequada, torna-se capaz de trazer economicidade para a Administração pública. Nas hipóteses que Administração tiver um imóvel que nas condições atuais não esteja adequado para o que pretende a administração, necessitando de construção ou de reforma substancial; ou quando a Administração não possua imóvel passível de adaptação na área de interesse e não encontre imóveis adequados para locação, necessitando de adequação relevante de imóvel de terceiro, vê-se que a utilização do instituto é especialmente vantajosa.

Nessas hipóteses, o investimento desonera o imediato impacto no orçamento público com obras e serviços de engenharia através de parceria privada, possibilitando a utilização dessa liberação de receita para a expansão dos serviços públicos atendendo à tarefa fundamental imposta pela Constituição da república aos poderes públicos.

De todo modo, o dever de planejamento adequado deve ser redobrado nas contratações *built to suit*, sobretudo pelo risco de altas indenizações pela rescisão extemporânea do contrato.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contratos built to suit na administração pública : um novo modelo de contratação administrativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.79 Juruá.

BONATTO, Hamilton. **Governança e Gestão de Obras Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa** – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERTONCINI, Eduardo Junqueira. **Contratos built to suit na administração pública : um novo modelo de contratação administrativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018.



FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOMES, Daniel Cardoso. **Contratos built to suit novas perspectivas em face da lei nº 12.744/2012**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lunem Juris, 2019.

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

GUEDES, Fábio Tadeu Ferreira; SOARES, Renata de Souza Maeda Soares. **Aspectos econômicos dos contratos de built to suit que justificam a previsão contida no art. 54-A**. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). **Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LEITÃO, Antônio Jorge. LEITÃO, Rafael. **Contratação built to suit na prática: por que é a vez da locação sob medida na Administração Pública? Como realizá-la?** Curitiba: Zênite, 2019.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O built to suit e a Administração Pública. **Revista Jurídica Cesumar**, maio/ago. 2016, v. 16, n. 2.

NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic; QUINAN, Paula. **Contrato built to suit – origem e natureza jurídica**. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). **Operações de Built To Suit: a prática e novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Duração e prorrogação dos contratos administrativos**. In: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Coord.). **Diálogos sobre a nova Lei de Licitações e Contratações. Lei 14.133/21**. Pinhais: Editora JML, 2021.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio, **Direito Imobiliário: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ZYMLER, Benjamin; LAUREANO, Canabarro **Regime Diferenciado de Contratação**. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada, 1ª reimpressão – Belo Horizonte. Fórum, 2014.