

O contrato *built to suit* e a relação custo-benefício para a Administração Pública

The built to suit contract and the cost-benefit relationship for the Public Administration

Daniela Regina Pellin¹

Rafael Fritsch de Souza²

RESUMO

A pesquisa tem como objeto a locação *Built to Suit* contratada pela Administração Pública. Como problema, a investigação tem a seguinte pergunta: como seguirá estabelecida a relação custo-benefício para a Administração Pública após a revogação do art. 47-A da Lei de nº 13.190/15 (RDC)? A hipótese reside na aplicação do *trade-off* pela Administração Pública a partir dos elementos postos no art. 51 da Lei nº 14.133/21. O objetivo geral da pesquisa é contribuir com a adequação do contrato após o vigor da Lei de Licitações. São objetivos específicos: (i) demonstrar a regulamentação e uso do contrato *Built to Suit*; (ii) analisar o cenário interpretativo realizado pelo Tribunal de Contas da União em face do uso do instrumento jurídico pela Administração Pública; e, (iii) demonstrar a relação custo-benefício entre investimento e aquisição quando da entrada em vigor do art. 51, da Lei de Licitações de nº 14.133/21. A metodologia é hipotético-dedutiva, com técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e da análise de conteúdo jurisprudencial. Os resultados indicam que o custo-benefício deste *trade-off* deverá ser devidamente avaliado e demonstrado pela Administração Pública no exercício discricionário de contratar. Já, os achados de pesquisas indicam que a continuidade do uso do contrato *Built to Suit* se constitui como instrumento de mitigação de custos de transação para a Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública; *Built to Suit*; Lei 14.133/21; TCU; Trade-off

ABSTRACT

¹ Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS. Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. dpellin@unisinors.br

² Aluno do programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios (2023/2025). Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. rafaelritsch.adv@gmail.com

The object of the research is the Built to Suit lease contracted by the Public Administration. As a problem, the investigation has the following question: how will the cost-benefit ratio for the Public Administration be established after the revocation of art. 47-A of Law No. 13.190/15 (RDC)? The hypothesis lies in the application of the trade-off by the Public Administration from the elements set out in art. 51 of Law No. 14.133/21. The general objective of the research is to contribute to the adequacy of the contract after the Bidding Law comes into force. The specific objectives are: (i) to demonstrate the regulation and use of the Built to Suit contract; (ii) analyze the interpretative scenario carried out by the Federal Court of Accounts in view of the use of the legal instrument by the Public Administration; and, (iii) demonstrate the cost-benefit ratio between investment and acquisition upon entry into force of art. 51, of Bidding Law No. 14.133/21. The methodology is hypothetical-deductive, with a research technique of bibliographic review and jurisprudential content analysis. The results indicate that the cost-benefit of this trade-off must be duly evaluated and demonstrated by the Public Administration in the discretionary exercise of contracting. On the other hand, research findings indicate that the continued use of the Built to Suit contract constitutes an instrument for mitigating transaction costs for the Public Administration.

Keywords: *Built to Suit; Law 14.133/21; Public Administration; TCU; Trade-off*

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, na falta de bem imóvel próprio para suas atividades pode se valer de contrato típico do direito privado para atender suas necessidades de instalações físicas, como é o caso do contrato de locação, que possui tipicidade encartada na Lei nº 8.245/91, a lei do inquilinato.

Outra modalidade de contrato que a Administração Pública tem utilizado é o chamado *Built to Suit* (BTS). Contudo, até pouco tempo atrás este modelo contratual não tinha nenhuma referência na lei e gerava grandes debates quando a Administração Pública locava imóveis sob a referida modalidade. Com o advento das Leis nºs 12.744/2012 (lei que incluiu o art. 54-A na lei do inquilinato), e mais especificamente, a Lei nº 13.190/2015 (que dispõe o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC), o contrato BTS ganhou tipicidade própria (ou ao menos um lugar na lei) e legitimou seu uso pela Administração Pública, não obstante, utilizado com base em posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Devido às características que o tornam um instrumento de locação imobiliária com pagamento diluído no tempo e com possibilidade de aquisição ao final, seu uso pela Administração Pública vem ganhando espaço ao longo dos anos, com destaque para a apreciação do tema perante o Tribunal de Contas da União.

O problema de pesquisa comporta a seguinte pergunta: como seguirá estabelecida a relação custo-benefício para a Administração Pública após a revogação do art. 47-A da Lei de nº 13.190/15 (RDC)? A hipótese reside na aplicação do *trade-off* pela Administração Pública a partir dos elementos postos no art. 51 da Lei nº 14.133/21. O objetivo geral da pesquisa é contribuir com a adequação do contrato após o vigor da Lei de Licitações.

A metodologia está composta pelo método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica e da análise de conteúdo jurisprudencial. Os resultados apontam na direção de que o custo-benefício deste *trade-off* deverá ser devidamente avaliado e demonstrado pela Administração Pública no exercício discricionário de contratar. Já, os achados de pesquisas indicam que a continuidade do uso do contrato *Built to Suit* se constitui como instrumento de mitigação de custos de transação para a Administração Pública, desonerando o Estado de tarefas que não lhes são próprias e permitindo a destinação de esforços para aquilo que realmente é a atividade fim estatal.

Com a racionalização da atividade administrativa, pode-se dizer que há um potencial ganho para a sociedade, pois um Estado eficiente tende a deter melhores condições de executar suas atribuições legais e garantir a promoção dos direitos fundamentais sociais.

2 A ESTRUTURA E O FUNCIONAMENTO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

A locação de bens imóveis urbanos encontra tipicidade na Lei nº 8.245/1991 (BRASIL, 1991), onde estão reguladas as locações de bens imóveis para fins residenciais (arts. 46-47), para temporada (arts. 48-50) e para fins não residenciais (arts. 51-57).

Em 2012, a Lei nº 12.744 (BRASIL, 2012), acrescentou o art. 54-A na referida legislação, o qual passou a regulamentar novel tema no Direito brasileiro, qual seja, contratos de locação empresarial, na qual o proprietário, locador, adquire o bem, por si mesmo ou por terceiros, a fim de atender especificações do contratante, locatário, cuja temporalidade contratual se presta, ao final, conferir ao locatário, a possibilidade de aquisição do bem locado. Sobretudo, confere aos contratantes a liberdade de contratar e pactuar cláusulas, a exemplo de não correção dos valores dos aluguéis durante o contrato (§1º) e em caso de denúncia antecipada, a multa não pode exceder à soma dos aluguéis a vencer. Trata-se de um contrato que visa à maximização de aproveitamento econômico, financeiro e fiscal (DE LEMOS PEREIRA, 2015).

Muito embora essa modalidade contratual tenha sido incluída na lei do inquilinato e depois em outras normas, aparentemente, não há propriamente uma tipicidade do instituto (NAKAMURA, 2016), posto que o contrato BTS pode reunir diversas relações distintas, como a relação jurídica típica da locação propriamente dita, a relação jurídica de empreitada para a edificação ou reforma do imóvel pretendido; uma operação de crédito imobiliário, de financiamento, de cessão de créditos, de securitização, entre outros (DE LEMOS PEREIRA, 2015). Além disso, a lei positivou sua existência, mas não detalhou seus requisitos específicos, e nem poderia, visto a grande diversidade de condições que pode ser entabulada pelas partes dentro do princípio da livre pactuação prevista na parte final do *caput* do próprio artigo em comento, respeitando, obviamente, os limites da função social do contrato e da boa-fé objetiva (GONÇALVES, *et al.*, 2019). Tais regras jurídicas refletem o sistema normativo a partir dos artigos 113, 421, 421-A e 425, todos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

O contrato BTS é eminentemente medida econômica, de investimento. Confere ajuste de locação sob medida. Ao locatário é conferida a prerrogativa de especificar as condições técnicas do negócio que será implantado no imóvel, o qual poderá ser adquirido pelo locador para construir ou reformar. Para isso, pode ocorrer nessa operação imobiliária a figura das redes contratuais quando, na mesma operação, houver a necessidade do envolvimento de terceiros pelo locador para a

execução do objeto contratado, constituindo relação contratual plurilateral, a exemplo de, inclusive, financiamento e securitização. (GONÇALVES, *et al.*, 2019).

Essa prática de locação sob medida, ou de locação com construção ajustada — ou *construído para servir*, numa tradução mais fiel ao termo *Built to Suit* — não é novidade no Brasil, onde já era utilizada antes mesmo da introdução do art. 54-A na lei do inquilinato, e tem mais uso em locações de maior envergadura devido ao vulto financeiro envolvido e os longos prazos ajustados, os quais visam remunerar adequadamente o locador pelo investimento realizado e a permitir que o locatário possa se estabelecer por tempo hábil ao desenvolvimento do seu negócio e obter o retorno financeiro esperado (GONÇALVES, *et al.*, 2019).

Os Estados Unidos são tidos como o berço dessa modalidade contratual em meados da década de 1950. No Brasil, as primeiras aparições teriam ocorrido em 1995, com a construção de indústria para a Gillete, no Rio de Janeiro, e posteriormente, em 2005, com a construção de unidade educacional do IBMEC-SP (HIRATA; TARTAGLIA, 2018).

De um modo geral, o locador/investidor geralmente contrai as seguintes obrigações na pactuação de contrato BTS: adquirir ou disponibilizar imóvel de sua propriedade para a locação encomendada; elaborar o projeto da obra e edificar o imóvel (ou reformar um existente) nos termos das especificações ordenadas pelo locatário; conceder ao locatário a fruição do imóvel construído ou reformado pelo prazo pactuado. O locatário, por sua vez, assume o compromisso de designar as especificações do imóvel pretendido (para embasar o projeto), a localização, aprovar o projeto, acompanhar a execução da empreitada (não assumindo qualquer responsabilidade, as quais recaem sobre o locador/investidor), receber o imóvel para uso e gozo, e pagar os valores no tempo e modo ajustados para remunerar o locador/investidor pela locação em si, bem como pelo investimento realizado.

Como se trata de ajuste entre particulares e impera a autonomia da vontade em um cenário de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19; BRASIL, 2019), pode ocorrer de o locatário possuir terreno e contratar com investidor a construção do imóvel e locação da edificação, na forma do BTS, prevendo inclusive cláusula de reversão do bem em determinado período (NAKAMURA, 2016). Nesta situação, é

necessário ao locatário providenciar a concessão do direito de superfície (HIRATA; TARTAGLIA, 2018), insculpido no art. 1.369 e seguintes do Código Civil.

Vale frisar que nesse caso o locatário assume certo risco de não lograr êxito em obter aceitação do locador/investidor sobre determinado imóvel escolhido. Como é o locatário quem dará as definições iniciais, entre elas, localização, metragem e estrutura mínima necessária, pode haver recusa do locador/investidor quanto à proposta inicial. Nesse sentido [...] *en todo caso, así sea propio o de un tercero, el beneficiario deberá presentar una propuesta viable de compra al inversionista, incluyendo una valorización razonable del inmueble.* (MERE, SIVANA, 2020, p. 339)

Em razão disso, se recomenda que a gestão do risco de o locador rejeitar a proposta seja mitigada a partir de mais de uma alternativa, uma vez que não está obrigado a aceitar a proposta. Já para o locatário, de igual forma, a gestão do risco normativo e econômico deve ser medida a partir dos interesses presentes no próprio negócio e no investimento que será realizado uma vez que:

este proceso de análisis de riesgo y cumplimiento normativo puede suponer la revisión de los antecedentes de los propietarios debido a que, al ser las entidades referidas los contratantes en la compraventa se verían directamente vinculados con el inversionista (MERE; SIVANA, 2020, p. 339).

A grande vantagem do BTS para o locatário é poder obter para uso e desenvolvimento de negócio em imóvel customizado ao interesse do negócio — em muitos casos por não encontrar imóvel nos exatos moldes do negócio que pretende explorar (DE LEMOS PEREIRA, 2015) — sem, contudo, desembolsar a quantia necessária para aquisição de terreno, contratação de empreiteira, pagamento de material e mão-de-obra, acompanhamento e fiscalização pontual da empreitada etc. (GONÇALVES, *et al.*, 2019).

No BTS, todas essas tarefas cabem ao locador/investidor. Além disso, para o locatário, o pagamento mensal pelo imóvel locado às suas conveniências evita a imobilização de capital de investimento, bem como o comprometimento do fluxo de caixa operacional em atividade fim diversa do seu objeto social. Os valores pagos no bojo do contrato BTS podem ser deduzidos dos valores pagos a título de aluguel na apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica, se tributado com base no lucro real, e da Contribuição Social sobre o Lucro. (NAKAMURA, 2015)

No fundo, o BTS é um “contrato essencialmente empresarial, o que significa a sua formação entre sujeitos que desenvolvem atividade mercantil” (RODRIGUES, 2016, p. 117), pressupondo assim maior simetria informacional, poder de negociação, e menor grau de intervenção estatal na eventual resolução e/ou revisão contratual

A vantagem para o locador/investidor, por sua vez, é garantir remuneração mensal estável que pague o investimento realizado e a cessão do espaço para locação por um longo período, isso se não houver outra operação financeira atrelada à relação locatícia, como por exemplo, a securitização da operação BTS mediante emissão dos chamados Certificados de Recebíveis Imobiliários, com o que o locador/investidor pode obter antecipação dos créditos relativos ao investimento realizado (HIRATA, TARTAGLIA, 2018) ou, até mesmo, mediante empréstimo com oferta de garantia via alienação fiduciária (DE LEMOS PEREIRA, 2015).

Há, contudo, alguns contratemplos que o locador deve gerir por ficar impedido de obter renda mensal com a locação enquanto não houver a entrega do imóvel pronto ao locatário; suportar todo ônus inicial com a negociação da compra do terreno; elaboração de projeto, aprovações nos órgãos responsáveis, contratação e acompanhamento da empreitada etc. Para o locatário, a desvantagem é o tempo que terá de esperar para ingressar no imóvel concluído e dar início ao seu negócio (MERE; SIVANA, 2020).

No que toca às disposições dos §§ 1º e 2º do art. 54-A, percebe-se também suporte à livre disposição de vontades para ajustarem questões futuras e incertas num contrato celebrado com grande ciclo de vida, suscetível a incompletudes por dificuldades na previsão das contingências futuras e ao custo elevado de transação na tentativa de previsibilidade (AMARI, 2021). Tal liberdade conferida por lei visa a estimular a cooperação entre as partes na busca das soluções mais eficientes para seus negócios, controlando-as a partir dos custos de transação envolvidos ao criar, mutuamente, os incentivos necessários para o cumprimento recíproco da avença ao facilitar os ajustes não negociados (GONÇALVES, *et. al.*, 2019).

Não obstante, é mais comum a possibilidade de ficar estipulada a renúncia à revisão do aluguel em razão da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da avença, sobretudo, para o locador/investidor, uma vez que

foi deste o maior risco do negócio ao se comprometer com o alto custo de uma empreitada, e é natural o engessamento contratual para maior previsibilidade até o fim do contrato para obter o retorno econômico do investimento realizado, com o lucro esperado. O valor do aluguel pactuado não visa remunerar somente a fruição do espaço cedido, mas também, o capital investido e o lucro almejado (NATIVIDADE, 2022).

Veja-se que, em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de Agravo de Instrumento, a parte empreiteira obteve êxito na revogação de liminar que havia deferido a revisão do valor do aluguel em contrato BTS. Nessa ocasião, o juízo de primeiro grau havia determinado a correção de locativos pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPCA) em substituição ao Índice Geral de Preços ao Mercado (IGP-M) contratado. Na decisão superior, contudo, o entendimento foi o de que o contrato BTS pressupõe a paridade das partes e que as disposições do art. 54-A da lei locatícia visam proteger o alto investimento feito pelo locador, e a simples intervenção estatal em sede de cognição sumária pode ruir o equilíbrio econômico-financeiro esperado (TJRS, 2021).

Quanto à multa em caso de denúncia antecipada do contrato (§2 do art. 54-A; BRASIL, 2021), o intuito é preservar o locador/investidor pelo investimento realizado, muito embora o legislador tenha criado como limitador a soma das prestações locatícias restantes e prestigiado o pacto contratual, sem que configure enriquecimento sem causa ao locador em contrapartida ao locatário, conforme inteligência do 473, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por se tratar de instrumento jurídico de gestão econômica, se presta a realizar negócios inclusive pela Administração Pública que, na realização de seu princípio Constitucional de eficiência, comporta a realização desse contrato para a efetividade do interesse público.

3 O BUILT TO SUIT NA PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, quando coloca imóvel seu à disposição para outras entidades da administração direta ou indireta ou, até mesmo, para a iniciativa privada, pratica ato vinculado ao regime jurídico de direito público, não se valendo da lei do inquilinato para tanto. Quando opta por obter espaço locado para realização de sua missão institucional, se encontra despida da supremacia do poder público, razão pela qual se submete ao regime jurídico de direito privado, notadamente a lei de locações (DE LEMOS PEREIRA, 2015). Trata-se de contrato da Administração e não contrato administrativo.

Basicamente, as regras do regime jurídico de direito público que deverão ser utilizadas mesmo na hipótese de contratação pelo regime de direito privado da lei do inquilinato, serão aquelas destinadas à formalização do processo interno de planejamento, autorizações e determinação da locação, bem como de seleção do contratado pelas regras gerais de licitação em vigor (Lei nº 8.666/93; BRASIL, 1993; NLLCA, Lei nº 14.133/21; BRASIL, 2021).

A Lei nº 8.666/93 será revogada em 30/12/2023, conforme previsto no art. 193, inciso II, alínea “a” da Lei nº 14.133/2021, passando esta última a regular as contratações públicas de forma geral. Existem outras normas específicas de compras na Administração Pública, como por exemplo, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016; BRASIL, 2016); Lei de Licitação para Serviços de Publicidade (Lei nº 12.232/20; BRASIL, 2020); Lei do Pregão Eletrônico (Lei nº 10.520/2002; BRASIL, 2002b); Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC, Lei nº 12.462/2011; BRASIL, 2011) etc.

Do ponto de vista da legalidade, enquanto princípio elementar vinculado à Administração Pública, consoante determinação disposta no artigo 37, da Constituição da República, foi a partir da inclusão do art. 47-A no RDC (BRASIL, 2011) que o BTS ficou positivado no âmbito da gestão pública consolidando o posicionamento do TCU (*sic*), conforme redação abaixo:

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. (BRASIL, 2011)

Uma vez que o RDC foi incorporado à Lei nº 14.133/21 (BRASIL, 2021) e o artigo 89 da mesma legislação adota o uso supletivo dos princípios da teoria geral dos contratos e disposições do direito privado, o BTS, com precedente do TCU se mantém hígido no sistema jurídico da Administração Pública. Além disso, o próprio art. 51 da NLLCA deixa clara tal possibilidade quando indica que 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”. (art. 51, Lei nº 14.133/21, BRASIL, 2021). Assim, resta claro que a Administração Pública continua apta a contratar locações pelo modelo BTS, à luz da combinação sistemática dos artigos 51 e 89 da NLLCA, e 54-A da lei do inquilinato.

As primeiras contratações via BTS realizadas pela Administração Pública tinham por base um movimento de transferência gradual de atividades não tipicamente estatais para a iniciativa privada, como é o caso da construção de prédios para prestação de serviços públicos. Referido movimento visou tornar mais eficiente a ação do Estado ao focar no seu dever, deixando para a iniciativa privada aquilo que melhor detém condições de executar (NAKAMURA, 2016).

Há uma projeção de eficiência significativa para a gestão pública pois, muitos serviços públicos dependem de imóveis específicos que nem sempre são encontrados no mercado imobiliário (escolas, postos de saúde, delegacias, presídios etc.) e os custos com reformas em imóveis eventualmente locados para tais finalidades acabam deixando rastros de investimentos que ficam em poder de terceiros ao fim dos contratos de locação, comprometendo assim a eficiência que se espera das contratações públicas (SANTOS; DE SOUZA, 2021).

Quanto à prerrogativa da Administração Pública de estipular cláusulas exorbitantes em seus contratos administrativos, há alguns pontos a considerar. Primeiro, como o contrato em questão é típico de direito privado, a Administração possui menor grau de supremacia na formulação das cláusulas chamadas

exorbitantes, como por exemplo, o poder de alterar ou rescindir unilateralmente o contrato. Ademais, não há vantagem à Administração rescindir antecipadamente o contrato BTS, pela própria previsão do art. 54-A, § 2º da lei do inquilinato.

Nisso reside que a opção pela locação de imóvel por parte da Administração Pública é ato discricionário e deve ser amparado por maior grau de motivação quanto à conveniência e oportunidade (SOLIANO, 2021). Isso obriga o agente público a se munir de informações assertivas, das tais evidências acerca da real necessidade da contratação, e da sua viabilidade técnica, econômica, financeira e operacional, no exercício de procedimento de *due diligence* (RICCIO; PURRI, 2022), pois, segundo o art. 51 da NLLCA, a locação deverá ser precedida de “avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários” (BRASIL, 2021).

Portanto, a maturação da escolha pelo administrador e a avaliação do custo-benefício para a Administração Pública se valer dessa modelagem contratual do BTS se dará, geralmente, com a realização do *due diligence*, que será instrumentalizado através do chamado Estudo Técnico Preliminar (ETP) de que trata o art. 6º, inciso XX da NLLCA, cujo instrumento consiste em documento que mapeia a primeira etapa do planejamento da demanda para atendimento do interesse público envolvido e a melhor solução dando base ao projeto, ao termo de referência ou projeto básico caso a contratação se efetive.

São nesses estudos técnicos preliminares onde devem constar a demonstração da efetiva vantajosidade para a Administração locar imóvel via BTS, o valor justo de aluguel compatível com preço de mercado, o prazo necessário para amortização do capital investido e o valor final a ser pago em caso de reversão do bem ao patrimônio da Administração Pública. Será esse instrumento o grande vetor da prática do ato discricionário pelo agente público a embasar a opção pela locação na modalidade BTS.

O mesmo procedimento será realizado pelo particular interessado em atender ao chamamento público, embora nesse caso, já terá em mãos diversos

elementos documentais da própria licitação para analisar e melhor aferir o *trade-off*³ do negócio jurídico a entabular com a Administração Pública, podendo mensurar o ganho que terá com a eventual vitória no certame.

Destarte, pode-se dizer que, a relação custo-benefício para a Administração Pública no uso do contrato BTS será apurada em instrumento próprio de ETP, no qual poderão ser encontradas as seguintes vantagens: desnecessidade de contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição de imóveis, eventuais desapropriações e deflagração de licitação para a respectiva edificação (com todos os percalços inerentes às obras públicas); desnecessidade de investimentos em reformas em imóveis locados que, ao término do contrato, podem configurar desperdício de dinheiro público em razão de benfeitorias não indenizáveis ou passíveis de retenção, e que, pela modalidade de locação eleita, não prevê a reversão para o patrimônio público; possibilidade de delimitar pontualmente as características do imóvel às reais necessidades do serviço público a executar; racionalização da atividade administrativa para os fins a que efetivamente se destina, quais sejam, a prestação de serviços públicos, e não a especulação imobiliária na aquisição e construção de prédios públicos (NAKAMURA, 2016).

Quanto às vantagens para a sociedade, que ao fim, é quem incorpora o que se denomina como “interesse público”, pode-se dizer que há um potencial ganho com o direcionamento das ações do poder público em prol do seu público alvo, que é a sociedade. A economia que se pode obter com a utilização do BTS tende a permitir que o poder executivo canalize seus esforços para o que realmente constitui na sua atividade fim, como a promoção de políticas públicas e a efetivação dos direitos fundamentais sociais. A propósito, como menciona Rodrigo Garcia Schwarz:

A escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficientemente sólido para o afastamento do imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais, na medida do possível, mas sempre se impondo o máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais. (2016, p. 273.)

³ No caso da administração pública, o “trade-off” se dá em razão de que a alocação de recursos escassos envolve a escolha do que atender e do que não atender, comprometer-se com um fim e simultaneamente decidir por não se comprometer com outro (AMARAL, 2010, p. 92).

Algumas cautelas são imprescindíveis de exame na fase de planejamento, de forma a apurar a exatidão desse custo-benefício, tema que será abordado com base na visão do TCU sobre referido modelo contratual.

4 O BUILT TO SUIT NA PERSPECTIVA DO TCU

Em decorrência de a Administração Pública estar subordinada, quanto aos atos administrativos, ao princípio da legalidade, desde 2013, a utilização do modelo contratual BTS vem sendo sacramentada no âmbito do TCU, conforme se depreende de matéria em julgamento no Acórdão 1.301/2013 (TCU; BRASIL, 2013). Na ocasião, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho formulou consulta ao TCU visando esclarecer a possibilidade de realização de Dispensa de Licitação para contratação de locação através de BTS. As questões formuladas foram as seguintes:

- a) é possível a aplicação do disposto no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 na contratação de locação de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros mínimos a serem estabelecidos por órgão da Administração Pública?
- b) em caso positivo, quais seriam os aspectos legais aplicáveis e quais as exigências técnicas necessárias para a celebração dessa modalidade de contrato administrativo? (BRASIL, 2013)

A Corte de Contas acenou positivamente e fixou parâmetros para que os órgãos públicos pudessem se valer desse modelo contratual. Em que pese um pouco extenso o rol de ponderações daquele Tribunal de Contas, vale citar os requisitos lá estabelecidos, com supressões:

- 9.2. [...] além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador;
- 9.3. [...] a administração pública deverá demonstrar claramente que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel e que o preço da locação se mostra compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, bem assim 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 o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, e no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/1993, [...]
- 9.4. [...]
- 9.4.1. caracterização da efetiva necessidade do novo imóvel, com demonstração de que o imóvel até então porventura em uso não atende mais ao interesse público e de que não comporta readequação;

9.4.2. comprovação da inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal [...];

9.4.3. fundamentação da decisão pela locação sob medida baseada em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, incluindo a necessidade de se demonstrar que, comprovada a impossibilidade de suprir a demanda por outras formas, a utilização da locação sob encomenda mostra-se inequivocamente mais favorável economicamente do que a realização de reforma ou adequação em imóvel alugado sob a forma convencional [...]. (BRASIL, 2013)

Em 2021, o Plenário apreciou outro caso envolvendo contratação via BTS pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), o TCU (Acórdão nº 1.928/2021; BRASIL, 2021b) se debruçou, entre outros pontos, sobre o exame das falhas nos estudos de viabilidade técnica-econômica-financeira do empreendimento, e nos estudos de alternativas ao BTS, sem provas de que tal escolha era a mais adequada para a execução do objeto, e falhas no orçamento da obra que impactaram no preço do aluguel. Especificamente sobre a análise do custo-benefício da opção do BTS no caso da Fiocruz, o voto do Ministro Benjamin Zymler restou assim consignado:

77. Todavia, sob a perspectiva das despesas, compreendo que persiste a falha quanto à falta de justificativa da escolha do modelo dos investimentos (BTS), uma vez que não houve avaliação de alternativas para a satisfação da necessidade pública, como exigem os princípios da eficiência e as boas práticas de gestão de projetos.

78. Por consequência, não há certeza se a opção escolhida por Bio-Manguinhos/Fiocruz será a que proporcionará a melhor relação custo-benefício para o Poder Público, o que se revela grave, considerando o volume dos investimentos requeridos e o próprio cenário de escassez de recursos públicos, em um contexto de crise fiscal persistente no curto e médio prazo.

79. No caso, avalio que houve descumprimento de uma das condições estabelecidas por esta Corte de Contas, em sede de consulta, para a contratação de locação sob demanda (BTS), a saber, a capitulada no subitem 9.4.3 do Acórdão 1.301/2013-Plenário, in verbis. [...] (BRASIL, 2021b)

Também foi reputado erro de mensuração do valor do aluguel devido a falhas de orçamentação da obra, apontando o Ministro que:

124. Dessa forma, ao basear a modelagem econômica do BTS em uma planilha de custos eivada de inconsistências, sem um orçamento fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, sem justificar adequadamente os preços unitários praticados e sem diferenciar o BDI de materiais e serviços, a Fiocruz não apenas descumpriu regras expressas da Lei 12.462/2011, mas também duas decisões deste Tribunal. Como consequência, a unidade técnica não pôde aferir a economicidade da planilha orçamentária do empreendimento. (BRASIL, 2021b)

Mais recentemente, o Plenário do TCU enfrentou novamente o tema do BTS através do Acórdão nº 755/2023 (BRASIL, 2023) no qual apreciou consulta formulada Presidente do Conselho da Justiça Federal, o qual visava saber se podia adotar o BTS para construção de imóvel em terreno da União definindo as seguintes premissas:

9.2. responder ao consulente que:

9.2.1. existe amparo legal à utilização do modelo de locação sob medida, built to suit, em terrenos da União, sendo obrigatória a reversão do bem à Administração Pública ao final do contrato, hipótese em que se fazem necessários o procedimento licitatório, a concessão do direito de superfície ao eventual vencedor do certame e o atendimento às demais exigências dispostas no Acórdão 1301/2013-TCU-Plenário;

9.2.2. os contratos de locação sob medida, built to suit, com cláusula de reversão do bem à Administração Pública ao final da avença constituem operações de crédito, desde o momento da contratação, sujeitando-se às regras orçamentárias e de responsabilidade fiscal aplicáveis à espécie, previstas na Constituição Federal, na Lei Complementar 101/2000, nas leis de diretrizes orçamentárias, nas respectivas leis orçamentárias e nos correspondentes regulamentos; [...] (BRASIL, 2023)

No corpo do acórdão, foi ratificado o reconhecimento de validade do BTS na gestão da Administração Pública à luz do que já fora decidido no Acórdão nº 1.301/2013, e com amparo na NLLCA; bem como se definiu a licitação como regra para seleção do investidor/locador quando se tratar de imóvel próprio da Administração Pública, além da necessidade de concessão do direito de superfície.

Outra questão que foi levantada na recente decisão foi a reversão do imóvel ao patrimônio da Administração, como medida obrigatória quando a edificação se dá em terreno próprio desta. Essa operação imobiliária foi considerada pelo TCU como uma operação de crédito, na forma do art. 29, inciso III da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000; BRASIL, 2000), assim redigida:

Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

[...]

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros; [...] (BRASIL, 2000)

No BTS celebrado por agentes econômicos da iniciativa privada, eventual reversão do imóvel ao patrimônio do locatário se assemelhará à operação de arrendamento mercantil (*leasing*), tipificado no art. 1º, parágrafo único da Lei nº 6.099/74 (BRASIL, 1974), com nova redação dada pela Lei nº 7.132/1983 (BRASIL, 1983), nos seguintes termos:

negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta. (BRASIL, 1983)

Registra-se, por fim, que nos casos em que não houver a reversão do imóvel ao patrimônio público, a exemplo de edificação em terreno do locador/investidor ou de terceiros, a remuneração paga não pode abranger a totalidade do capital investido na aquisição do terreno e da edificação, posto que o imóvel poderá continuar rendendo frutos ao locador/investidor. Nesse sentido:

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

A contraprestação somente poderá representar a totalidade dos custos do terreno e edificação caso a Administração Pública utilize a cláusula de reversão do bem ao final do contrato. Deverá a Administração Pública fazer prévios estudos acerca da viabilidade econômica do imóvel a ser edificado após o fim da relação contratual, para que possa, com segurança, pagar valores justos pelo uso do referido imóvel (NAKAMURA, 2016, p. 367.).

Na hipótese mais provável de reversão do bem ao patrimônio público, aí se justificaria remuneração pela totalidade do capital investido, ou ainda, naqueles casos em que a possibilidade de uso do bem na iniciativa privada se torne remota, como por exemplo, no caso da edificação de uma penitenciária, ou de algum outro imóvel que torne inviável ou remota a possibilidade de o locador/investidor obter rendas com a locação ou alienação.

Diante das decisões proferidas pelo TCU, constata-se que, desde antes da positivação do instituto no art. 47-A do RDC, já era possível a utilização do contrato *Built to Suit* por órgãos da Administração Pública. Foi no Acórdão 1.301/2013 que a

Corte de Contas (BRASIL, 2013) estabeleceu contundentes recomendações sobre a efetiva demonstração da necessidade de locação; das razões de escolha do BTS em detrimento de alternativas; da necessidade de estudos técnicos, pareceres e documentos hábeis a demonstrar a relação custo-benefício desta modelagem contratual, entre outros critérios dispostos nos itens 9.2 a 9.4.3 do dispositivo.

Considerando tais fatores, bem como as mais recentes decisões, é possível concluir que o BTS continuará sendo uma opção viável após a revogação do art. 47-A do RDC, por força da combinação dos artigos 51 e 89 da NLLCA, e do art. 54-A da lei do inquilinato.

5 CONCLUSÃO

Diante do questionamento que se propôs a responder com o presente artigo, notadamente como seguirá estabelecida a relação custo-benefício para a Administração Pública após a revogação do art. 47-A da Lei de nº 13.190/15 (RDC), observa-se que há consolidada uma base jurídica, doutrinária e jurisprudencial para que o Built to Suit siga sendo utilizado pela Administração Pública com instrumento de busca pela mitigação de custos de transação e de eficiência, seja pela positivação na lei do inquilinato, e mais recentemente na NLLCA, seja pela chancela que o TCU vem dando desde 2013 com o reconhecimento da sua aplicação na esfera pública, desde que observado todo o arcabouço principiológico e legislativo pertinente ao referido ente, bem como os processos de comparação entre o BTS e outras alternativas cabíveis, tais como, construir por seus próprios meios, locar imóvel já edificado, usar prédios próprios com as devidas adaptações, realizar permuta com outros órgãos.

A busca pela eficiência na referida modelagem contratual passa pela imperiosa e criteriosa demonstração da efetiva necessidade de novo imóvel; da pertinência entre o serviço público ou administrativo a executar com a área de abrangência onde pretende locar; da vantajosidade desse modelo contratual em termos de eficiência e economia de escala, de equivalência de preço com o valor médio de mercado, bem como definir a melhor opção entre a reversão do bem para seu patrimônio (em caso de terreno alheio) ou a devolução ao término contratual.

O BTS pressupõe relação paritária entre as partes, o que deve elevar também o nível de simetria informacional, sobretudo em razão do fato de que os gastos com a edificação recaem sobre o locador/investidor, tornando necessária a transparência e a fiscalização do locatário para que o preço ajustado seja o mais assertivo possível no equilíbrio econômico-financeiro.

Considerando que a Administração Pública deve focar no que lhe compete, o contrato BTS se constitui numa excelente ferramenta de gestão de recursos públicos; sem comprometimento de quantias significativas para a construção de imóveis e mitigando custos de transação na Administração Pública, ao repassar para o locador/investidor uma tarefa que não condiz com a atividade fim do Estado.

A sociedade, por sua vez, se beneficia, ainda que em pequena escala, da racionalização da atividade administrativa e dos esforços para a promoção da função social do Estado, que consiste resumidamente na realização das políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há Direitos Acima dos Orçamentos?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARI, Marina Luiza. **Contratos built to suit**: qualificação e revisão. Dissertação (Mestrado) — Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

BRASIL. **Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 12.232 de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. **Lei nº 12.462 de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.301/2013**. Plenário. Relator: Ministro André de Carvalho. Sessão de 29/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 755/2023**. Plenário. Relator: Ministro Antonio Anastasia. Sessão de 19/04/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento, Nº 50811740420218217000**, Décima Sexta Câmara Cível, Relator: Deborah Coletto Assumpção de Moraes, Julgado em: 23-09-2021.

DE LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi. **Controvérsias sobre o âmbito de aplicação da lei do inquilinato nos contratos built to suit**. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 5, n. 03, 2015.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; SIQUEIRA, Felipe de Poli de; MICHELETTO, Francieli. **Os contratos de locação na modalidade “built to suit” e a cooperação entre os agentes econômicos**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Unifafibe) – vol. 7, n. 3, 2019, pgs. 280 -307.

HIRATA, Alessandro; TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. **Built to suit: dos aspectos contratuais ao direito de superfície**. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 4, n. 1, p. 145-165, 2018.

MELO, Mayra Rosane; CALISSI, Jamile Gonçalves; MONTEFUSCO, Renato Zanolla. **A cláusula arbitral compromissória como meio de resolução de conflitos nos**

contratos de built to suit. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, v. 7, n. 2, p. 49-65, 2022.

MERE, Yuri Vega; SIVANA, Anthony Muñoz. **Un sastre a la medida:** breves comentarios para el desarrollo de proyectos built-to-suit. Revista Derecho & Sociedad, n° 55 / pp. 337 - 346.

NAKAMURA, Andre Luiz Dos Santos. **O Built to Suit e a Administração Pública.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 16, n. 2, p. 349-374, maio/ago. 2016.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. **Built to suit não admite revisão de aluguéis.** Consultor Jurídico - Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-17/direito-civil-atual-built-to-suit-nao-admite-revisao-alugueis>

RICCIO, Thiago; PURRI, Laura. **Aspectos gerais da due diligence imobiliária.** Consultor Jurídico – Conjur, 2022. Disponível em: ConJur - Riccio e Purri: Aspectos gerais da due diligence imobiliária

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

SANTOS, Rafael Costa; DE SOUZA, Leticia Franco. **O contrato built to suit na esfera pública e a nova lei de licitações brasileira.** Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, v. 8, n. 2, p. 157-184, 2021.

SOLIANO, Vitor. **O built to suit na nova lei de licitações e contratos administrativos.** Consultor Jurídico – Conjur, 2021. Disponível em: ConJur - Vitor Soliano: O built to suit na nova Lei de Licitações

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas:** algumas considerações. Revista da AJURIS-QUALIS A2, v. 43, n. 141, p. 265-292, 2016.