

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
COGEAE

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO

THIAGO CARVALHEIRO CRISCUOLO

***O BUILT TO SUIT***  
NOVA MODALIDADE DE NEGÓCIO IMOBILIÁRIO

SÃO PAULO  
2014

**THIAGO CARVALHEIRO CRISCUOLO**

**O *BUILT TO SUIT***  
**NOVA MODALIDADE DE NEGÓCIO IMOBILIÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Imobiliário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista, sob orientação do Prof. William Santos Ferreira.

**SÃO PAULO**

**2014**

**THIAGO CARVALHEIRO CRISCUOLO**

***O BUILT TO SUIT***  
**NOVA MODALIDADE DE NEGÓCIO IMOBILIÁRIO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Professor Orientador Prof. Dr. William Santos Ferreira**

---

**Professor Arguidor**

---

**Professor Arguidor**

**SÃO PAULO**  
**2014**

*Aos meus pais, Vicente e Ana; irmãos,  
Mariana e Rafael; Dayane.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Vicente e Ana, por todas as lições e incentivos que me dão;

Aos meus irmãos, Mariana e Rafael, por estarem sempre ao meu lado, me apoiando e incentivando;

À minha namorada Dayane, minha companheira para todos os momentos;

Aos amigos que fiz no decorrer do curso, por todos os momentos de ajuda e alegria que passamos;

Ao professor William Santos Ferreira, pelo auxílio nas aulas e no presente trabalho;

A Deus, pela minha existência e por me proporcionar o prazer de ter na vida a companhia de todas essas pessoas.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo tratar sobre o contrato de *built to suit*, especialmente no que tange as suas peculiaridades, tendo em vista sua recente previsão legal na Lei nº 8.245/91. Tratar-se-á, dentre outros pontos, da comparação entre esta modalidade contratual, e o contrato de locação, demonstrando suas diferenças e semelhanças. Uma vez o *built to suit* estar previsto junto à Lei de Locação, será visto quais as regras de direito que se aplicam àquele contrato, e quais são os aspectos levados da Lei de Inquilinato.

**Palavras-chave:** *Built to Suit*. Modalidades de Contrato. Lei de Locação. Ação Renovatória. Ação Revisional. Princípios Gerais dos Contratos

## **ABSTRACT**

This monograph aims to address on the contract built to suit, especially regarding its peculiarities in view of his recent legal provision in Law No. 8,245 / 91. It will deal, among other points, the comparison between this type of contract and the lease agreement, demonstrating their differences and similarities. Once built to suit is provided by the Lease Law, will be seen what rules of law that apply to that contract, and what are the aspects taken the Tenancy Act.

**Key words:** Built to Suit. Modalities of Contract. Lease Law. Lease renewal action. Revisional action. General Principles of Contracts

## SUMÁRIO

|                                                                          |           |
|--------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INTRODUÇÃO .....                                                         | 10        |
| <b>1. O <i>BUILT TO SUIT</i> .....</b>                                   | <b>11</b> |
| 1.1 Conceito .....                                                       | 11        |
| 1.2 Fases .....                                                          | 15        |
| 1.3 Securitização .....                                                  | 16        |
| 1.4 Exemplos de operação no Brasil.....                                  | 18        |
| <b>2. <i>BUILT TO SUIT</i> VERSUS LOCAÇÃO .....</b>                      | <b>19</b> |
| 2.1 Aspectos Gerais da Locação de Imóveis .....                          | 19        |
| 2.1.1 Conceituação e Classificação .....                                 | 19        |
| 2.1.2 Aspectos cogente da lei de locação .....                           | 20        |
| 2.2 Diferenciação entre <i>Buit to Suit</i> e Locação .....              | 22        |
| 2.1.1 De conceitos .....                                                 | 22        |
| 2.1.2 Da remuneração .....                                               | 24        |
| 2.1.3 Da liberdade de contratar.....                                     | 25        |
| <b>3. <i>BUILT TO SUIT</i> E OS DIREITOS REAIS .....</b>                 | <b>27</b> |
| 3.1 Direitos Reais.....                                                  | 27        |
| 3.2 Direito de superfície.....                                           | 29        |
| 3.3 O Buit to Suit e o Direito de superfície.....                        | 31        |
| <b>4. NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 12.744/12.....</b>              | <b>34</b> |
| <b>5. CONTRATO DO BUIT TO SUIT E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.....</b>         | <b>37</b> |
| 5.1 O contrato de <i>Buit to suit</i> .....                              | 37        |
| 5.2 Aplicação legal .....                                                | 40        |
| 5.2.1 Aplicação do Código Civil e os Princípios gerais do contrato ..... | 41        |

|                                                                 |               |
|-----------------------------------------------------------------|---------------|
| 5.2.1.1 Princípio da Autonomia da vontade .....                 | 42            |
| 5.2.1.2 Princípio da Função Social do Contrato.....             | 42            |
| 5.2.1.3 Princípio do Consensualismo.....                        | 43            |
| 5.2.1.4 Princípio do <i>Pacta Sunt Servanda</i> .....           | 44            |
| 5.2.1.5 Princípio da Relativização dos efeitos do contrato..... | 45            |
| 5.2.1.6 Princípio da Boa Fé objetiva.....                       | 45            |
| <b>5.3 Aplicação da lei de locação.....</b>                     | <b>46</b>     |
| 5.3.1 Renúncia ao direito de Ação Revisional .....              | 49            |
| 5.3.2 Rescisão antecipada do vínculo.....                       | 52            |
| 5.3.3 Possibilidade de Ação Renovatória.....                    | 55            |
| <b>5.4 As vantagens dessa modalidade.....</b>                   | <b>60</b>     |
| <br><b>CONCLUSÃO .....</b>                                      | <br><b>63</b> |
| <br><b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>                      | <br><b>66</b> |

## INTRODUÇÃO

O *built to suit*, em tradução literal “construído para vestir” ou “construído para servir”, é modalidade de negócio imobiliário, em que, um imóvel é construído/reformado para um determinado negócio, sendo possível que, aquele que construiu não seja necessariamente o proprietário do terreno, ou imóvel.

Essa modalidade está em voga no direito brasileiro, por sua recente tipificação (Lei 12.744/12) junto à Lei de Locação (Lei 8.245/91). Entretanto, em que pesem a previsão legal do *built to suit*, encontramos algumas perguntas que permanecem em discussão.

A primeira dúvida que se pode levantar é “Seria o *built to suit* modalidade de locação?”. Essa pergunta é bastante pertinente, e, buscar-se-á no presente trabalho, por meio de uma abordagem sobre as diferenças entre os dois contratos, entender o porquê de a nova modalidade estar dentro da Lei de Locação, e não em uma lei própria.

Ainda assim, será feita uma relação do *built to suit*, com os direitos reais, principalmente, direito de superfície, que conforme se demonstrará pode vir a ser parte da operação.

A busca para entender o novo instituto, passará por uma discussão de seu conceito, a fim de entender as raízes e motivações para a sua criação, bem como as suas principais características que o distingue dos outros contratos.

Ao final do trabalho, o objetivo, não é acabar com as discussões sobre o assunto, mas pelo contrário, acalorar o debate, buscando novas idéias e posicionamentos, que possam vir facilitar o entendimento do *built to suit*, seus benefícios e desvantagens, com relação às demais modalidades de negócios imobiliários.

## 1. O *BUILT TO SUIT*

A princípio deve-se analisar o conceito e a origem desse instituto, que apesar de ter recebido recente tratamento por lei, já está no dia a dia dos negócios imobiliários desde meados do século passado, principalmente nos Estados Unidos, Europa e Ásia.<sup>1</sup>

O interesse do mercado brasileiro, pelo *built to suit*, surgiu após a Lei nº 9.514/1997, que estabeleceu o Sistema de Financiamento Imobiliário, possibilitando o acesso ao mercado de capitais pelas construtoras, incorporadoras e afins, regulamentando-se a securitização do crédito imobiliário, que foi expandido com a Lei 10.931/04, criando novos títulos de créditos<sup>2</sup>, sendo agora, recebido por nossa legislação com a Lei 12.744/2012, que alterou a Lei de Locação (Lei nº 8.245/91).

Exemplificando a origem: no Brasil do início do século XX, para as grandes empresas e para o público em geral, a demonstração de solidez, segurança, sucesso e poderio financeiro, estava naquelas indústrias ou empresas que tinham a propriedade de bens imóveis. Contudo, no decorrer do século, foi se percebendo que o capital investido na “sede própria”, poderia muito bem, fazer o negócio girar, sendo que a verba que seria despendida na compra e reforma do imóvel, teria melhor destinação, se, se pudesse investir na própria finalidade da empresa, o que geraria maior rentabilidade<sup>3</sup>.

Justamente desse interesse, nasceu o *built to suit*, o qual se passará a analisar seu conceito e características.

### 1.1. Conceito

Cabe, em um primeiro momento, fazer uma crítica à denominação *built to suit*, visto que nos Estados Unidos da América, o termo é grafado como *build to suit*.

<sup>1</sup> CILLI, Fábio, **Empreendimentos do tipo *built to suit*: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência.** São Paulo, 2004, p.2-3. (Disponível em [http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Mono\\_Fabio\\_Cili.pdf](http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Mono_Fabio_Cili.pdf))

<sup>2</sup> BENEMOND, Fernanda Henneberg, **Contratos Built to Suit**, Editora Almedina, 2013, São Paulo, p.19.

<sup>3</sup> FERREIRA, William Santos, **BUILT TO SUIT – A Velocidade do Mercado Imobiliário**, publicado na Revista Fórum Jurídico, outubro/2013, p. 92-93.

É interessante verificar essa diferença, pois o verbo *to build*, em tradução livre, seria *construir*, ou seja, no imperativo, já o termo *built*, em tradução livre teríamos *construído*, no passado condicional<sup>4</sup>.

Importante fazer essa diferenciação, pois o termo no imperativo fica muito mais adequado do que o termo se utilizado no passado condicional, pois “construir para Servir”, fica mais cabível do que “construído para Servir”, pois no momento da contratação, como será demonstrado, a construção/obra, ainda não foi iniciada. Contudo, no presente trabalho, a grafia que irá ser utilizada será *built to suit* (no passado condicional), visto que é a forma mais aplicada em nosso país.

Passada essa primeira crítica, a nossa legislação não dá a definição deste instituto, se limitando a apresentar características que devem ser seguidas no *built to suit*. Prevê o caput do art. 54-A da Lei de Locação:

**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.

A lei, sequer, denominou a operação como *built to suit*, ficando a cargo da doutrina conceituar o instituto, devendo ela, ir além da simples explicação legal. Entretanto, deixar essa conceituação por parte da doutrina acabou gerando, certa confusão quanto ao seu real significado.

Mas, antes de analisar o conceito doutrinário, ainda que a previsão legal seja fraca, podem e devem ser levantadas as características apontadas pela norma como configuradoras do instituto, a saber.

A princípio ressaltam as seguintes características da norma: (i) trata-se de negócio jurídico sobre imóvel urbano não residencial; (ii) devem existir a prévia

---

<sup>4</sup> GASPARETTO, Rodrigo Ruete, **Contratos Built to Suit – um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro**, Editora Fábrica de Livros, 2009, São Paulo, p38.

aquisição, construção ou substancial reforma do imóvel; (iii) prazo determinado; (iv) condições livremente pactuadas.

Fazendo uma primeira leitura, entende-se que, o *built to suit*, nada mais é do que uma construção seguida de uma locação, posição de alguns doutrinadores, como Luiz Antonio Scavone Junior, para o qual essa modalidade é uma locação. Diz o autor<sup>5</sup>: “*Trata-se de negócio jurídico no qual uma das partes, o locatário, contrata a construção de imóvel de acordo com as suas necessidades, e o recebe por cessão temporária de uso mediante pagamentos mensais dos valores pactuados*”<sup>6</sup>.

Esse conceito, no todo não está errado, porém, com ele, perdem-se algumas características específicas, e se passaria a tratar o *built to suit*, como uma simples locação, o que, fugiria da essência do instituto.

Uma melhor definição é de Marcelo José Lomba Valença<sup>7</sup>, que conceitua este instituto, como um negócio jurídico no qual a parte interessada na ocupação de um imóvel específico, para exploração de seu ramo de atividade pactua com um empreendedor, (a) a aquisição de um terreno em uma determinada localização, escolhida pela contratante; (b) a construção de um edifício no terreno, que atenda as necessidades específicas da contratante; (c) a locação, do empreendedor, para a contratante do imóvel.

Tem-se agora um negócio jurídico muito mais complexo, não se limitando apenas a uma locação, mas também, à construção específica, à aquisição do direito sobre o terreno, ou imóvel, que não necessariamente precisa ser de propriedade do empreendedor.

Fernanda Henneberg Benemond<sup>8</sup>, vai além e apresenta um conceito ainda mais extenso, e por consequência, mais completo:

---

<sup>5</sup> SCAVONE JUNIOR, **Direito Imobiliário – Teoria e Prática.**, Editora Forense, 3ª Edição Revista e Atualizada 2011, Rio de Janeiro, p.944.

<sup>6</sup> SCAVONE JUNIOR, **Direito Imobiliário – Teoria e Prática.**, Editora Forense, 3ª Edição Revista e Atualizada 2011, Rio de Janeiro, p.944.

<sup>7</sup> VALENÇA, Marcelo José Lomba, **Built to Suit – operação de crédito imobiliário estruturada**, Revista de Direito Bancário e do Mercado Financeiro n° 27, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 329.

<sup>8</sup> BENEMOND, 2013, p. 24

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

A Autora apresenta agora, um olhar mais completo, e mais complexo do instituto, trazendo figuras que antes eram tratadas como Locador e Locatário, passam a ser denominadas Contratante e Empreendedor; observa-se, que a construção não necessariamente precisa ser realizada por esse empreendedor, mas pode ser levada a cabo por um terceiro; tem-se, ainda, que a remuneração, não necessariamente corresponde ao valor do uso do imóvel, mas também do que foi investido.

Analisando então a origem do instituto, e encaixando ao conceito apresentado pela autora Fernanda Henneberg, pode-se ver melhor o que é o *built to suit*:

Um empresário necessita de um local para sua empresa, mas, esse local, deveria ser construído de maneira específica, em área estratégica para que o negócio possa prosperar. Verifica, então, que para ter um imóvel assim, gastaria uma enorme soma de dinheiro, dinheiro esse que poderia muito bem ser investido na própria atividade de sua empresa, e que, sem esse valor, talvez, não conseguisse colocar em ação o seu negócio.

O empresário busca então, um parceiro, que se disponha a adquirir os direitos sobre determinado terreno, e que realize a obra (de construção ou substancial reforma) de acordo com suas especificações.

Esse empresário, por sua vez, empreendedor, tem como objetivo, não só receber pelo uso do imóvel, mas também pelo que ele gastou com a aquisição do bem, e a construção/reforma, logo, essa remuneração não se trata tão somente do

aluguel, mas sim de um conjunto de fatores, que serão levantados por ele para que, além de recuperar o que gastou, e além da remuneração pelo uso, possa lucrar.

Parece ser um investimento com múltiplas possibilidades, pois poderia, por exemplo: (i) o empreendedor comprar o terreno, construir por ele próprio o imóvel, e receber mensalmente a remuneração; (ii) o empreendedor, conseguir o direito de superfície sob o terreno, contratar terceiro para construir, e receber ele a remuneração; (iii) ou ainda como ultimo exemplo, adquirir a propriedade, realizar a obra por si, ou por terceiro, e ainda transferir seus créditos para uma companhia securitizadora, recebendo antecipadamente, o valor estabelecido no contrato.

Logo, conclui-se que o conceito apresentado pela Lei de Locação, se é que se pode chamar de conceito, está muito simples, perto da complexidade do instituto.

## 1.2. Fases

Feita a conceituação, verifica-se que o *built to suit* é uma sucessão de atos, que vão desde o interesse das partes, passando pela construção/reforma, e final utilização do imóvel.

Dessa forma, a doutrina<sup>9 10</sup> divide a operação em d fases: fase de formatação; e fase de implementação.

A fase de formatação seria a fase negocial da operação, ou seja, seria o momento em que se estrutura o empreendimento, formando o projeto, planejando os investimentos, as formas de captação de recurso, e preparando o contrato<sup>11</sup>.

Ou seja, nesta fase, o contratante leva ao empreendedor o projeto do que se pretende fazer, cabendo a esse analisar a viabilidade, e entender os riscos do negócio.

---

<sup>9</sup> BENEMOND, 2013, p.41 - 42

<sup>10</sup> CILLI, 2004, p.16 (notamos que, o autor divide em 4 fases, contudo, na essência, seriam 2 não se diferenciando dos demais autores)

<sup>11</sup> MONETTI, E., **Análise de risco do investimento em shopping centers**. São Paulo, 1996, p. 261.

A segunda fase, de implementação, seria a execução da obra, e da real utilização por parte do contratante, com consequente remuneração ao empreendedor. Nesta fase, verificam-se dois períodos para o empreendedor<sup>12</sup>, o inicial é o de gastar, onde o dinheiro é investido, e a obtenção do “habite-se” e certificado de conclusão de obra; já a final, seria a exploração do imóvel por parte do Contratante, e eventual recebimento da remuneração, pelo empreendedor, que como se verificou não diz respeito tão somente ao aluguel pelo uso, mas sim diz respeito ao todo investido, bem como o lucro desejado ao empreendedor, motivo pelo qual, a remuneração, é por valor acima do praticado no mercado de locação de imóvel.

### **1.3. Securitização**

Poder-se-ia, também, colocar a securitização como uma das fases da Operação, e, mesmo que sua ocorrência não seja obrigatória, é interessante fazer uma abordagem, ainda que de forma simples, sobre a questão da securitização dos recebíveis na operação *built to suit*, isto por que, demonstra o caráter de investimento da operação.

Como fora mencionado, as operações de *built to suit*, tornaram-se possíveis, e mais comuns, após a Lei 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), sendo sua finalidade promover o financiamento imobiliário em geral.

Tal lei vinha sendo sugerida, e desenvolvida, pelo setor de crédito imobiliário, de forma que a criação do SFI veio a desenvolver condições básicas para que o Brasil iniciasse uma nova fase de financiamento imobiliário.

De um modo geral, o SFI é um conjunto de normas legais criado para regular a participação de instituições financeiras, no caso bancos comerciais e de investimentos; caixas econômicas; companhias hipotecárias entre outras, e não financeiras, tais como as companhias securitizadoras, na realização de operações de crédito imobiliários com efetiva garantia dos capitais emprestados. Esse conjunto

---

<sup>12</sup> BENEMOND, 2013, 41-42

de normas pode ser aplicados em qualquer operação de comercialização de imóveis com pagamento parcelado, arrendamento mercantil e financiamento de imóveis em geral<sup>13</sup>.

A CIBRASEC (Companhia Brasileira de Securitização), em seu site<sup>14</sup>, apresenta conceitos interessantes para securitização:

A securitização representa uma fonte alternativa para a captação de recursos pelos participantes do mercado imobiliário. É um processo estruturado e coordenado por uma instituição especializada (companhia securitizadora), por meio do qual os créditos imobiliários são convertidos em títulos imobiliários (Certificados de Recebíveis Imobiliários - CRI), passíveis de negociação nos mercados financeiro e de capitais.

A securitização promove a integração dos mercados imobiliário e de capitais, de modo a permitir a captação de recursos necessários para o desenvolvimento da construção civil e do financiamento imobiliário, a partir do desenvolvimento do mercado secundário de créditos imobiliários.

Em outras palavras securitizar uma obrigação é torná-la representável por um título ou valor mobiliário livremente negociável<sup>15</sup>.

Logo, por meio da securitização, o empreendedor, após planejar e construir um determinado empreendimento, e tendo expectativa de créditos a receber em razão de futuros compradores, emite título de crédito, denominado CRI (Certificados de Recebíveis Imobiliários), que representam parcelas desses futuros recebíveis, comercializando-as no mercado de capitais.

Em uma operação *built to suit*, o empreendedor, no caso, antecipa o que iria receber (com deságio, é claro), cedendo seus direitos à uma companhia securitizadora, que, por sua vez, emitirá títulos de créditos (no caso Certificados de Recebíveis Imobiliários<sup>16</sup>), que serão adquiridos por investidores, à quem serão repassados os recebíveis na medida em que forem saldados.

---

<sup>13</sup> GASPARETTO, 2009, p.22

<sup>14</sup> <http://www.cibrasec.com.br/conceitos.html> (acesso em julho/2014)

<sup>15</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócios Fiduciários.**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 368-369.

<sup>16</sup> Art. 6º - Lei 9.514/97. O Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro.

Frise-se, novamente, que a securitização não é fase obrigatória, podendo, o empreendedor utilizar desse meio, ou não, de forma, que arcará com os custos do negócio, recebendo seu investimento no curso do contrato.

#### **1.4. Exemplos de operações no Brasil**

Podem ser citados como exemplos das operações *built to suit* no Brasil:

(i) *Edifício do Insper* em São Paulo, contrato no valor de R\$ 40.000.000,00, tendo os investidores formado uma Sociedade de Propósito Específico, retorno do investimento estipulado em 18 anos<sup>17</sup>;

(ii) *Hospital BlueLife* em 2006, na cidade de São Paulo, contrato no valor de R\$ 26.000.000,00, realizado pela empresa Omar Maksoud Engenharia, com contrato de 10 anos<sup>18</sup>;

(iii) *Lojas da Livraria Cultura* no Rio de Janeiro, contrato para construção de 2 lojas, com contrato de 15 anos<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> GASPARETTO, 2009, p.76

<sup>18</sup> GASPARETTO, 2009, p. 74

<sup>19</sup> CILLI, 2004, p.8

## **2. BUILT TO SUIT x LOCAÇÃO**

Compreendido o conceito de *built to suit*, passa-se agora a analisar uma questão que vai nos auxiliar mais para frente na conclusão do presente trabalho, as principais diferenças e semelhanças desta modalidade, com a Locação.

Em um primeiro momento, como já ressaltado, o *built to suit* poderia ser comparado a uma simples locação comercial. Desta forma, devem ser demonstradas as diferenças e semelhanças entre seus conceitos e aspectos gerais.

### **2.1 Aspectos Gerais da Locação de Imóveis**

Não se pode comparar duas modalidades de contratos, sem antes saber os seus aspectos gerais. Os aspectos gerais do *built to suit* foram analisados no capítulo anterior, dessa forma, devem ser verificados os aspectos da locação, para depois se colocar lado a lado os institutos.

#### **2.1.1 Conceituação e Classificação**

Como verificado, a Lei que rege a locação urbana é a Lei 8.245/91, sendo o contrato de locação definido por Maria Helena Diniz<sup>20</sup> como:

É o contrato pelo qual uma das partes (locador), mediante remuneração paga pela outra (locatária), se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, determinado ou não, o uso e gozo de imóvel destinado à habitação, à temporada ou à atividade empresarial.

Dessa conceituação, verifica-se que não há transferência de propriedade, mas tão somente uma cessão temporária do uso e gozo do prédio.

Maria Helena Diniz<sup>21</sup> classifica o contrato de locação como sendo bilateral; oneroso, comutativo, consensual e de execução continuada.

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena, **Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**, 13ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2014, p31.

<sup>21</sup> DINIZ, 2014, p. 32

É um contrato bilateral, pois existem obrigações tanto para o locador, como para o locatário, sendo a principal obrigação de cada um pagar pelo uso (obrigação do locatário), e ceder o imóvel (obrigação do locador).

A onerosidade do contrato se dá em razão de ambas as partes efetuarem disposição patrimonial por força do contrato.

Por sua vez, trata-se de um contrato consensual, pois não depende de forma escrita, uma vez que também é aceito na forma verbal, desde que exista consenso entre as partes contratantes.

Existe a comutatividade, quando as obrigações e vantagens são conhecidas mutuamente, desde a celebração do acordo.

A execução continuada se dá, pois, o pagamento de uma parcela não desobriga a quitação das parcelas futuras, até o fim do contrato.

Esqueceu-se a autora apenas de qualificá-lo como contrato típico, pois como se verificará, essa característica será importante para o presente trabalho.

Contrato típico ou nominado é aquele que se encontra expressamente previsto em lei, com a sua própria regulamentação<sup>22</sup>.

O Contrato de locação é um exemplo claro de contrato típico, pois é expressamente previsto em lei (8.245/91), com a sua própria regulamentação, visto que existe regramento que rege como deve ser o contrato.

Serão analisadas o conceito e características de um contrato atípico em capítulo posterior.

### *2.1.2. Aspecto Cogente da Lei de Locação*

Um aspecto importantíssimo a ser levado em consideração na Lei 8.245/91, é

---

<sup>22</sup> LISBOA, Roberto Senise, **Manual de Direito Civil, v. 3**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 129.

seu aspecto cogente, que se verifica, principalmente em seu artigo 45, que prevê

**Art. 45.** São nulas de pleno direito as cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da presente lei, notadamente as que proíbam a prorrogação prevista no art. 47, ou que afastem o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.

Esse artigo limita a autonomia da vontade das partes, que segundo a qual, as partes contratantes possuem liberdade para contratar, conforme lhes convier, na forma e como bem entenderem<sup>23</sup>.

O próprio Código Civil já trazia algumas restrições à liberdade de contratar, limitando esse poder à função social do contrato, à boa fé e a probidade, como por exemplo em seus artigos 421<sup>24</sup> e 422<sup>25</sup>, porém, vemos uma interferência muito maior.

É o chamado *dirigismo contratual*, que nada mais é do que a interferência do Estado na economia do negócio jurídico contratual, visto que, se deixasse o contratante estipular qualquer cláusula não estaria sendo verificado o equilíbrio contratual e econômico<sup>26</sup>.

No caso, entendeu o legislador que, caso as partes fossem livres para discutir as cláusulas de um contrato de locação, o locador, por ter os direitos econômicos do imóvel, poderia muito bem, fazer valer sua vontade ante ao locatário, que não teria meios de comprar um imóvel próprio.

Esse expediente de o locador ter mais poder econômico é muito mais visto em alugueis residenciais, principalmente, em imóveis de baixa renda.

Por isso, a lei de locação, veda tais abusos, colocando o artigo 45, que é uma norma de ordem pública, ou seja, não pode deixar de ser observada pela parte.

---

<sup>23</sup> LISBOA, 2010, p. 86

<sup>24</sup> **Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

<sup>25</sup> **Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>26</sup> DINIZ, 2014, p.234.

Logo, em um contrato de locação são vedadas toda e qualquer cláusulas que, entre outras:

- a) Proíbam a prorrogação automática estabelecida no artigo 47<sup>27</sup>;
- b) Imponham renúncia ao direito de preferência e, consequentemente, ao de promover a ação adjudicatória<sup>28</sup>;
- c) Imponham a renúncia ao direito à ação renovatória;
- d) Exonerem o locatário no momento da renovação do contrato, ou ainda com dupla garantia contratual;

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz, a Lei de Locação, pretende acabar com as técnicas de inserir cláusulas, sub-reptícias nos contratos locativos para burlar a lei<sup>29</sup>.

## 2.2 Diferenciação *built to suit* x locação

Passa-se agora de fato à comparação entre o *built to suit* e a locação, a fim de vermos suas semelhanças e diferenças.

Até mesmo a Procuradoria Geral da União, ao responder a consulta MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº187/2006<sup>30</sup>, se posicionou pela diferenciação dos institutos:

De fato, o contrato built-to-suit, tem caráter atípico, reunindo, ao mesmo tempo, características de uma locação e de uma prestação de serviços, porquanto compreende também a seleção, aquisição e a construção de um imóvel exclusivo, de acordo com as especificações fornecidas pelo contratante.

### 2.2.1 De conceitos

Já na conceituação é possível encontrar uma diferença gritante entre os

<sup>27</sup> Lei 8.245/91, Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga - se automaticamente, por prazo indeterminado...

<sup>28</sup> RT, 575:189, 2º TACSP, Ap. sum., 158.000, j.24-5-1983; JTACSP, 83:430)

<sup>29</sup> DINIZ, 2014, p.238.

<sup>30</sup> Processo CVM nº RJ/2005/9164 – Parecer Procuradoria Federal Especializada CVM MEMO/PFE-CVM/GJU-2/nº 187/2006

institutos.

A locação se baseia tão somente no uso e gozo de imóvel, mediante contraprestação, ou seja, a obrigação principal de cada parte é: do locador ceder seu bem, e do locatário pagar pelo uso.

No *built to suit*, essas são tão somente uma das obrigações, visto que, para existir são necessárias, dentre outros: especificação do imóvel a ser construído; a aquisição do terreno/bem; construção/reforma do bem; a cessão do direito do uso temporário; a contraprestação pelo uso, investimento e o lucro do empreendedor.

Além do mais, ainda pela conceituação das modalidades de negócio jurídico, pode ser verificado, ainda, que no *built to suit*, a existência do negócio se deve em razão do contratante ser específico, e o negócio também, podendo assim ser caracterizado como *intuito personae*.

Rodrigo Ruete Gasparetto<sup>31</sup>, afirma que:

Pode-se dizer que esse contrato é intuito personae, pois, para a celebração do negócio pelo empreendedor-locador, a figura da usuária-locatária foi essencial para a realização do negócio. O empreendedor se esmerou no histórico de crédito da locatária para avaliar se seria razoável empreender um negócio de tamanha magnitude.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>32</sup> caracteriza o contrato de locação como impessoal, tanto para o locador como para o locatário, visto que mesmo com a morte da parte o contrato continua em vigência, bem como são admitidas pelo direito brasileiro tanto a cessão como sublocação do bem. Portanto, não há que se falar em relação *intuito personae*.

Ou seja, a razão do negócio do *built to suit* existir se dá unicamente por que as partes são específicas. Ao contrário temos a locação, que é um negócio, em que não se dá em razão das pessoas, mas sim do bem, o Locatário tem interesse na

---

<sup>31</sup> GASPARETTO, 2009, p. 50

<sup>32</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais. Volume III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 286

locação de um imóvel, e não de uma construção específica para sua atividade. Da mesma forma, o Locador, não tem interesse na reforma, ou na construção de um imóvel, mas sim, da remuneração pelo uso de seu imóvel já pronto.

### 2.2.2 Da Remuneração

Outro ponto é a questão da remuneração. Como já argumentamos aqui, a contraprestação do Contrato de Locação se dá pelo uso e gozo da coisa, já no *built to suit*, o valor da contraprestação não é de simples cálculo.

Segundo Fernanda Henneberg Benemond<sup>33</sup>, a remuneração pactuada é resultado de uma equação em que se considera (i) o retorno dos investimentos efetivados com a eventual aquisição do terreno e com a construção da edificação e/ou sua reforma substancial; (ii) a remuneração pelo uso e fruição do imóvel pela contratante durante determinado prazo; e (iii) a margem de lucro do empreendedor.

Dessa forma, chegamos à conclusão de que o valor da remuneração na operação *built to suit* está muito mais acima do que aquela praticada no mercado imobiliário de locações.

### 2.2.3 Da liberdade de contratar

Como foi frisado, no capítulo anterior, o artigo 45 da Lei 8.245/91, limita a liberdade de contratar das partes, declarando nula toda e qualquer cláusula que venha a tentar ilidir o objetivo da lei.

Por sua vez, o *built to suit*, que está previsto no artigo 54-A, da mesma lei, essa limitação não é tão restrita, conforme se verifica:

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

---

<sup>33</sup> BENEMOND, 2013, p.33

no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

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

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

Desde o caput do artigo, notam-se diferenças no tocante à liberdade das partes, pois a expressão “*prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta lei*”, dá um ar de que o princípio da autonomia da vontade e os princípios gerais do contrato privado regem esse tipo de contratação.

Serão analisados alguns aspectos da parte final do caput, em capítulo adiante.

Mas, já se esclarece que conforme previsto nos parágrafos 1º e 2º, no *built to suit*, é possível a renúncia ao direito de revisão da remuneração, o que no contrato de locação não o é, e, ainda, temos que a denúncia antecipada por parte do contratante é passível de multa com valor até o montante dos aluguéis até o fim do contrato.

Essas duas diferenças serão analisadas mais a fundo no capítulo destinado ao Contrato de *built to suit*.

### **2.3 Semelhanças *built to suit* e locação**

Não podemos, entretanto, negar, que existem sim, semelhanças entre as duas modalidades, afinal, o *built to suit*, não estará completo se não houver a cessão de uso e gozo daquele imóvel, e não se pode negar que a essência da locação é essa.

Inúmeras, também, são as semelhanças entre as duas modalidades, visto que, ambas carregam em si, o aspecto da cessão de transferência temporária do uso e gozo de determinado imóvel.

Verifica-se, que tanto no conceito do *built to suit*, quanto da locação, trazida nos capítulos acima, está presente a expressão cessão temporária, e talvez seja por esse motivo, que para alguns autores, como será demonstrado, o *built to suit* é uma espécie de locação, assim como o são, locação residencial, locação não residencial e locação temporária.

Enquanto na locação o objeto principal é a cessão temporária de uso e gozo, no *built to suit*, o mesmo é tão somente uma fase, um dos objetivos.

Outras características semelhantes, como se verificará, tratam-se de contratos, onerosos; comutativos; bilaterais e consensuais e de execução continuada.

Esses são alguns exemplos de semelhanças.

### 3. BUILT TO SUIT E OS DIREITOS REAIS

Mostrar-se-á, no presente capítulo, a ligação existente entre o *built to suit* e o direito real de superfície. Essa comparação se deve ao fato de haver casos, em que o direito de superfície afeta o *built to suit*.

Em um primeiro momento se buscará analisar de forma simples, o que são os direitos reais como um todo, como se caracterizam, passando depois, a analisar o direito real de superfície, e por fim, sua ligação e efeitos na operação de *built to suit*.

#### 3.1 Direitos Reais

Os direitos reais são tratados pelo Código Civil, no Título II “*Dos Direitos Reais*”, iniciando-se no artigo 1.225, o qual prevê:

**Art. 1.225.** São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso.

Para Nelson Nery<sup>34</sup>, o direito real importa para seu titular a vivência pública de uma situação jurídica de vantagem econômica quanto ao desfrute de um específico bem, podendo seu titular retirar, do bem, vantagens econômicas.

Afirma o autor que:

A situação de vantagem do titular de direito real tem como consequência resguarda-lo, juridicamente, da pretensão que

---

<sup>34</sup> NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Comentado**, 10ª Edição, Revista ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p.1133.

qualquer outra pessoa possa vir a exercer sobre a coisa objeto desse direito

Como principais características dos direitos reais, devem ser citados *direito de sequela* e *direito de preferência*.

O direito de sequela é o direito do titular do bem de seguir a coisa em poder de todo e qualquer detentor ou possuidor, podendo se enquadrar no brocardo *uti lepra cuti*, o direito real adere à coisa, como a lepra adere ao corpo. Não importam usurpações, ou ainda, por exemplo, se o bem está gravado de servidão, nenhuma transmissão a afetará, sendo certo que qualquer novo proprietário, terá que respeitar aquele encargo<sup>35</sup>.

Por sua vez o direito de preferência é com relação à garantia real, nos termos do artigo 1.419<sup>36</sup> do Código Civil, que prevê a preferência de um credor sobre determinado bem.

Outra característica importante para se levantar dos direitos reais, só é direito real, aquele determinado por lei, não existe convenção privada de direito real, por isso se diz que o rol do artigo 1.225 do Código Civil é taxativo<sup>37</sup>.

Esta última característica é importante, pois já nos mostra uma diferença entre os direitos reais e o *built to suit*, pois a lei que o instituiu, Lei 12.744/12, não o caracterizou como direito real, sendo então direito pessoal. O mesmo vale para a Lei de Locação, de certo que a Lei 9.825/91, não denominou a locação como um direito real.

Para o presente trabalho, não se fará comparações entre o *built to suit* e todos os direitos reais, mas, se trará as características, semelhanças, e principais pontos de destaque do direito de superfície.

---

<sup>35</sup> GOMES, Orlando, Direitos Reais, 21ª Edição Revista e Atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2013, p.20.

<sup>36</sup> **Art. 1.419.** Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

<sup>37</sup> NERY, 2013, p.1135

### 3.2 Direito de Superfície

O direito de superfície está previsto tanto no Código Civil, no artigo 1.369<sup>38</sup>, quanto no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), em seu artigo 21<sup>39</sup>, sendo que é direito real autônomo, distinto do da propriedade, de construir ou de se plantar em terreno alheio por prazo determinado.

Devido ao fato do direito real de superfície está previsto em duas normas diferentes, nasce uma dúvida: Qual seria a diferença entre o direito de superfície estipulado no Código Civil e no Estatuto da Cidade?

Partindo do ponto da lei no tempo, o Estatuto da Cidade, entrou em vigor em 2001, por meio da Lei 10.257, estabelecendo o direito real de superfície como uma das diretrizes da política pública urbana<sup>40</sup>.

Por sua vez, o Código Civil, só veio a ser instituído em 2002, pela Lei 10.406/02, trazendo o rol do artigo 1.225, reestabelecendo o direito de superfície como um direito real, vez que, o mesmo não era tratado assim, no antigo Código Civil de 1916.

Dessa forma, poderíamos dizer que a lei que entrou depois, revogou a anterior, conforme artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro <sup>41</sup>(LINDB).

Porém, também se observa que, o Código Civil é lei geral, e o Estatuto de Cidade é lei específica, dessa forma, se seguiria o preceituado no parágrafo 2º do

<sup>38</sup> **Art. 1.369.** O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de registro de Imóveis.

<sup>39</sup> Estatuto da Cidade. **Art. 21.** O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

<sup>40</sup> Estatuto da Cidade. Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: V – institutos jurídicos e políticos: I) direito de superfície.

<sup>41</sup> **Art. 2º** Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. **§ 1º** A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

mesmo artigo, que diz que norma geral, não revoga especial, se assim não se declarar<sup>42</sup>.

As dúvidas persistiam ainda, pois no Código Civil, o superficiário poderia construir/plantar, tanto em terrenos urbanos quanto nos rurais, já no Estatuto da Cidade, o titular do direito de superfície só poderia construir.

Silvio de Sávio Venosa<sup>43</sup> esclarece, que ambos, por mais que um seja lei específica, e o outro geral, e que um seja posterior ao outro, convivem juntos em harmonia, pois, conforme ensina:

De qualquer forma, como sua própria autodefinição, o Estatuto da Cidade dirige-se exclusivamente aos imóveis urbanos com políticas específicas. (...) O mais recente Código Civil se aplicará sem rebuços aos imóveis rurais e aos imóveis urbanos onde não houver plano urbanístico.

Dessa forma, entende-se que ambos os artigos e leis coexistem, sendo que o Código Civil fará a previsão para imóveis rurais, ou que não estejam no plano urbanístico da cidade. Já o Estatuto da Cidade terá validade com imóveis urbanos com políticas específicas.

Em que se pese essa dúvida, já sanada, quanto a validade do direito real de superfície, em ambas as leis, como bem demonstrados nos artigos 1.369 do CC e 21 do Estatuto, o direito de superfície só se configurará como direito real, se e quando for registrado junto ao cartório de imóveis. Segundo, Lafayette<sup>44</sup>, no caso, sem a natureza de direito real, a superfície se confundiria com o arrendamento.

O direito de superfície concede propriedade ao superficiário, concessão essa resolúvel ante à necessidade de prazo determinado para seu registro.

Segundo Nelson Nery<sup>45</sup>:

<sup>42</sup> § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo, **O Direito de Superfície no Novo Código Civil**, São Paulo, 2002. Disponível em : <http://www.mail-archive.com/civil@grupos.com.br/msg00239.html>, acesso em julho de 2014.

<sup>44</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues, **Direito das Coisas**, 6ª Edição, Editora Freitas Barros, 1956, Rio de Janeiro, p. 436.

<sup>45</sup> NERY, 2013, p. 1258

O direito real de superfície quebra a regra geral de que o acessório segue o principal, ou seja, de que o dono do solo (principal) adquire, pelo só fato da acessão a propriedade do edifício (acessório): a superfície impõe ao titular do domínio pleno a suspensão do efeito aquisitivo da acessão (*superfície solo cedit*). Terminado o tempo da concessão, resolve-se a superfície e o proprietário pleno adquire, por acessão, a *res superficiaria*.

Ou seja, terminado o prazo da concessão do direito real de superfície, o proprietário passa a ser titular tanto do solo, como da construção/plantação.

Ainda assim, o direito de superfície pode ser transferido à terceiro, ou ainda por morte do superficiário aos seus herdeiros<sup>46</sup>, e, no caso de alienação, tem o direito de preferência em igualdade de condições aos terceiros<sup>47</sup>.

### **3.3. O *built to suit* e o direito real de superfície**

O Direito de superfície e o *built to suit* não podem se confundir, por alguns motivos que serão demonstrados a seguir, porém, eles podem vir a ser parte de um mesmo contrato, a medida que, como dito, o empreendedor, não necessariamente necessita ser o proprietário do terreno, mas tão somente adquirir os direitos reais sobre ele.

Não podem se confundir, pois, na superfície, você dá o direito de construir à outrem, no caso seria o empreendedor dando o direito de construir para o contratante, o que não é de interesse do ultimo, pois o que ele procura é alguém que construa por ele, e que ele possa se utilizar do imóvel e pagar pelo uso e pela construção.

Dessa forma, um contrato de *built to suit* não poderia ser substituído pelo direito de superfície.

Contudo nada impede que o empreendedor ao invés de buscar a aquisição da propriedade do terreno, obtenha o direito de superfície sobre ele, por prazo

<sup>46</sup> Código Civil. Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.

<sup>47</sup> Código Civil. Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

determinado, na qual ele construirá um imóvel, de acordo com a vontade do contratante, e, ao final, terá recebido pela aquisição do direito de superfície e pela construção e o real proprietário terá recebido o valor da cessão do direito de superfície e mais um imóvel construído, conforme verificado no capítulo anterior.

Têm-se, então, dois contratos fluindo ao mesmo tempo, um entre proprietário e superficiário e outro de *built to suit*, entre empreendedor e contratante.

Aparece agora uma questão a ser debatida, o direito de superfície vale para imóveis já construídos?

Não existe uma posição pacificada em nossos tribunais, existindo tanto quem defenda a possibilidade, como quem defenda a impossibilidade.

Analisando os conceitos legais se verifica:

**Art. 1.369.** Código Civil. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

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

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

Em ambos os textos legais, não se tem a previsão de construções já feitas no terreno, mas sim de plantar/construir no terreno. Entretanto, no Estatuto da Cidade, no parágrafo 1º do art. 21, temos a expressão “*abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo*”, o que se entenderia, que uma das possibilidades de utilização em imóveis pré-construídos.

Esse é o posicionamento de Francisco Eduardo Loureiro, que entende que quando já há uma construção, o proprietário está alienando temporariamente as

acessões, mediante constituição de direito real de superfície, remanescendo dono do solo, transferindo-se eventuais construções e plantações<sup>48</sup>.

Cabe frisar que, eventual direito de superfície, em terreno já construído, para configurar o *built to suit*, deve haver reforma substancial do imóvel.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo, **Código Civil Comentado**, Coordenador Min. César Peluso, 6ª Edição, Barueri, Ed. Manole, 2012, p. 1432

<sup>49</sup> BENEMOND, 2013, p.66

#### 4. NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA LEI 12.744/12

Como se verificou, a operação do *built to suit*, existe no Brasil, muito antes da promulgação da Lei 12.744/12, que regulamentou a operação. Dessa forma, é importante analisarmos como a doutrina e a jurisprudência se posicionavam sobre o instituto antes da existência de lei.

Existiam, até então, duas grandes posições, tanto doutrinária, como jurisprudencial. A primeira estava em caracterizar o contrato, como sendo atípico, e a segunda, como sendo uma modalidade de locação, devendo, portanto seguir as regras da Lei 8.245/91.

Essa divisão se dava, em razão do caráter cogente da Lei de Locação, que, em seu artigo 45, prevê a nulidade de cláusulas que visem elidir ou afastar a lei de locação, tentando de alguma forma causar desequilíbrio de forças entre as partes, que a legislação tanto tentou buscar.

Tal artigo dá característica de Ordem Pública para a Lei, impossibilitando o seu descumprimento, como já frisamos.

A legislação do inquilinato tem essa característica, justamente, pois verifica-se um desequilíbrio entre as partes, no caso locador e locatário, sendo que dessa forma, o locador, proprietário do imóvel, favorecido economicamente, não pode em contrato, colocar cláusulas contrárias à Lei, principalmente no tocante à renovação, revisional de aluguel e multas.

A corrente que defendia essa posição de que o *built to Suit* na verdade seria uma modalidade de locação, argumentava, conforme Luiz Antonio Scavone Junior<sup>50</sup>, o fato de o locador construir em seu terreno a fim de atender as especificações do locatário, não afasta, de maneira alguma a aplicação da Lei 8.245/91, em respeito ao enunciado no artigo. E continua ainda o autor:

---

<sup>50</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, **A Lei 12.744/12 e o Contrato “Built to Suit” – “Locação por encomenda”** (disponibilizado em <http://www.scavone.adv.br/index.php?Artigos-1811>)

Não menos relevante é a definição jurídica da locação de imóveis urbanos, ou seja, a cessão temporária de uso de imóvel para fins urbanos mediante pagamento de retribuição denominada aluguel e submetida à Lei Especial 8.245/1991, exatamente o que ocorre no contrato ‘built-to-suit’”

Desta forma, segundo os defensores desta corrente o empreendedor, no caso o Locador, ficaria sujeito à Ações Renovatórias e Revisionais, bem como seria vedada a pena de multa no valor do negócio jurídico, entre outros.

Verificar-se-á, nos próximos capítulos a aplicabilidade ou não dessas matérias no contrato de *built to suit*.

Por sua vez, a segunda corrente, defendia ser o contrato de *built to suit*, um contrato atípico, ou seja, as partes tinham liberdade para contratar, sendo seus únicos limites, aqueles elucidados no Código Civil, tais como os artigos 421 e 422:

**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

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

Nessa linha de pensamento, defendida por Mateus Leandro de Oliveira, o *built to suit*, por ser um negócio jurídico que envolvia alto montante de dinheiro, as partes estariam em igual patamar para negociação, ou seja, não existia o porque, haver proteção legal para um dos lados, possibilitando-os a liberdade de negociação. Nesse sentido, dispõe o autor:

No caso da locação *built to suit*, é evidente que não existe o desequilíbrio econômico que fundamenta a aplicação das regras cogente. Por isso, o conflito entre a locação *built-to-suit* e a Lei do Inquilinato, não deve prevalecer. Partindo do pressuposto de que a norma cogente tem a finalidade de proteger o mais fraco na relação jurídica, contra abusos da parte superior economicamente, se não há desigualdade entre as partes contratantes, não há que se falar em proteção ao hipossuficiente. Assim, se não há que se falar em proteção ao hipossuficiente, não é devida a aplicação dos dispositivos de natureza cogente da Lei do Inquilinato no caso, especificamente, da locação *Built to Suit*. O legislador equivocou-se ao abarcar sob um mesmo mecanismo de nulidade de cláusulas,

locações em que não há qualquer desigualdade econômica entre as partes

Para os autores que defendiam essa ideia, não havia desigualdade econômica, não havendo motivo para a aplicação da Lei do Inquilinato nesta modalidade de negócio jurídico, sendo que se houvesse a aplicação, fugiria da essência do *built to suit*.

A Jurisprudência à época julgava o *built to suit*, como sendo contrato atípico, ou seja, impedindo ações revisionais, por exemplo, podemos citar trecho do Agravo de Instrumento nº 0055527-64.2005.8.26.000, do extinto 2ª Tribunal de Alçada de São Paulo:

Ao contrário, conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangeu, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito *built to suit*, tal como se vê primeiramente do item a dos considerandos contidos no instrumento (fls. 77) onde se disse que se cuida de empreendimento construído de acordo com a necessidade específica do locatário, e sob sua encomenda, para o desenvolvimento de suas atividades e, mais adiante, no item 18.1 (fls. 93), quando se afirmou que a presente locação é ajustada em caráter 'Intuito personae', uma vez que a LOCADORA INPAR, através da INTERVENIENTE CONSTRUTORA, executará a construção da EDIFICAÇÃO, em regime "Built to Suit", isto é, especialmente para atender as necessidades de uso da LOCATÁRIA COMSAT e segundo suas especificações, visando os aspectos de funcionalidade e desenvolvimento específico de suas atividades.

A Lei 12.744/12 veio para tentar acabar com essa discussão, mas, como se demonstrará, no próximo capítulo, essas dúvidas ainda existem.

## 5. CONTRATO DE *BUILT TO SUIT* E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Verificado o conceito de *built to suit*, tendo sido feitas comparações com outros institutos, e analisado o posicionamento do judiciário antes da vigência da lei 12.744/12, deve-se agora analisar a vida pós legislação, com a aplicação da norma legal em um contrato da modalidade.

No presente capítulo, se abordará a classificação do contrato, debatendo um pouco mais do conceito de tipicidade e atipicidade de um contrato; o regramento aplicado, levando-se em consideração tanto o artigo 54-A da Lei de Locação, e a Teoria Geral dos Contratos; e um debate de idéias e posições sobre a Lei 8.245/91 e o *built to suit*.

### 5.1. O contrato de *built to suit*

Até a entrada em vigor da Lei 12.744/12, a tendência no judiciário era o seu tratamento como contrato atípico, mas, e agora, com a previsão do artigo 54-A, esse contrato passaria a ser típico? Quais os elementos de um contrato típico?

No capítulo destinado à locação, foi demonstrado que a tipicidade de um contrato está em existir previsão expressa na lei e regramento próprio.

O *built to suit*, está previsto em lei, não de forma expressa, pois, o artigo 54-A, não o prevê expressamente, mas abre a possibilidade deste tipo de contratação. Tem-se que:

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

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

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que

não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

Como já demonstrado no capítulo 1 do trabalho, a lei não detalhou o conceito e muito menos o procedimento, tão somente, estabelecendo as livres condições de contratação, excetuando-se os procedimentos previstos pela Lei de Locação.

Maria Helena Diniz<sup>51</sup>, explica que os contratos atípicos são permitidos por lei, conforme artigo 425<sup>52</sup> do Código Civil, desde que respeitados a lei e os bons costumes.

Os contratos atípicos existem, pois, o legislador não consegue prever toda e qualquer forma de contratação, ainda mais que a cada dia surge uma nova modalidade contratual, dessa forma, a lei prevê procedimento para os contratos mais comuns e delimita a existência dos contratos atípicos aos bons costumes, função social, etc.

É verificado então, que o artigo 54-A, não estabeleceu um regramento próprio para o *built to suit*, mas apenas estipulou limites para sua forma de contratação.

Logo conclui-se que o contrato de *built to suit*, ainda deve ser considerado atípico.

Segundo Fernanda Hennenberg Benemod:

São atípicos, pois a nosso ver, ainda não existe regulamentação específica razoavelmente completa para o tipo contratual, de tal modo que seja possível contratar por referência, sem que as partes tenham de clausurar o fundamento do contrato.

Poderiam ser citados como exemplos de contratos típicos, apenas com a finalidade de demonstrar a diferença, o contrato de locação, que tem o seu regramento estabelecido na lei 8.245/91; o contrato de compra e venda, estabelecido no Código Civil, no artigo 481.

---

<sup>51</sup> DINIZ, 2010, p.93

<sup>52</sup> **Art. 425.** É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Ainda, seguindo quanto a classificação, pode-se dizer que o *built to suit* é um contrato bilateral, oneroso, de execução continuada, comutativo, consensual, *intuitu personae*.

A *bilateralidade* se dá em razão da reciprocidade de obrigações, visto que tanto empreendedor quanto contratante são devedores e credores simultâneos entre si.

Tem-se por contrato *oneroso*, aquele que traz vantagem para ambos os contratantes, pois estes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente à um proveito almejado.<sup>53</sup>

Por sua vez é *comutativo*, pois cada contratante, além de receber do outro a prestação relativamente equivalente a sua, pode verificar, de imediato, essa equivalência. Dessa forma, cada uma das partes se obriga a dar ou fazer algo que é considerado com o mesmo peso àquilo que lhe dão ou que lhe fazem<sup>54</sup>.

A *consensualidade* é inerente a forma pois, no *built to suit*, o contrato se consuma com o consenso da parte, não sendo necessária qualquer forma especial para a celebração, diferente de uma compra e venda de imóvel, que é um contrato solene, onde a forma é importante, dependendo de escritura pública<sup>55</sup> e de assento no Registro de Imóveis<sup>56</sup>.

Diz-se contrato de *execução continuada*, pois, o contrato se caracteriza por atos reiterados num espaço de tempo. No *built to suit*, a remuneração pode ser tanto mensal, quanto semestral, dependendo da vontade das partes, dessa forma, a obrigação é cumprida ao longo do tempo, e cada parcela paga, não quita a parcela futura.

---

<sup>53</sup> DINIZ, 2010,p.78

<sup>54</sup> DINIZ, 2010, p. 80

<sup>55</sup> Código Civil. Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

<sup>56</sup> Código Civil. Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis

Já foi abordada a questão de o contrato de *built to suit* ser um contrato *intuito personae*, mas, não custa fazer um aprofundamento na questão, pois essa é de extrema importância para a discussão, e um dos pontos que mais distingue essa modalidade de negócio imobiliário das outras espécies contratuais, tais como locação, *leasing*, etc.

No contrato *intuito personae*, a pessoa do contratante é considerada pelo outro como elemento determinante de sua conclusão.

Afirma, Maria Helena Diniz<sup>57</sup>:

A pessoa do contratante, nestes contratos, tem influencia decisiva no consentimento do outro, que tem interesse em que as obrigações contratuais sejam por ele cumpridas, por sua habilidade particular, competência, idoneidade, etc.

Segundo Orlando Gomes, a natureza do contrato *intuito personae*, se diferencia dos contratos impessoais, que são aqueles em que a pessoa do contrato é juridicamente indiferente. As consequências práticas decorrentes da natureza personalíssima dos negócios pertencentes à categoria de *intuito personae*,: a) são intransmissíveis não podendo ser executados por outrem; b) não podem ser cedidos, de modo que se substitua o devedor; c) são anuláveis, quando há erro essencial sobre a pessoa do contratante<sup>58</sup>.

## 5.2. Aplicação legal

Feita a classificação do contrato de *built to suit*, parte-se para a aplicação da lei, de forma a mostrar, qual o regramento aplicável, para esta modalidade.

Uma vez ser considerado um contrato atípico, e não ter regramento próprio as limitações para o contrato estão no Código Civil, porém, a norma instituidora do *built to suit*, afirma que deverão ser observadas também as regras procedimentais da Lei 8.245/91.

---

<sup>57</sup> DINIS, 2010, p.96

<sup>58</sup> GOMES, Orlando, **Contratos**, 7ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1979, p. 97.

Dessa forma, existe a incidência tanto da legislação civil, quanto da legislação de inquilinato.

#### 5.2.1. *Aplicação código civil e os Princípios gerais do contrato*

Já fora ressaltado o caráter atípico do contrato de *built to suit*, de forma que a limitação da contratação estaria nos princípios gerais do contrato, conforme se demonstrará.

Regem os contratos os seguintes princípios gerais, os quais serão analisados um a um: *princípio da autonomia da vontade*; *princípio da função social do contrato*; *princípio do consensualismo*; *princípio do pacta sunt servanda*; *princípio da relatividade dos efeitos dos contratos*; *princípio da boa fé objetiva*.

Segundo Roberto Senise Lisboa<sup>59</sup>, tais princípios servem como parâmetros de inspiração da regulação legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos negócios jurídicos, em que se pesem as transformações pelas quais os negócios jurídicos sofreram no decorrer dos tempos.

Em artigo publicado, William Santos Ferreira<sup>60</sup>, assim comentou a liberdade de contratação:

A liberdade de contratação é semente que, para gerar frutos, precisa de solo fértil e cuidados especiais. É fundamental sensível esmero na elaboração de cláusulas contratuais claras e que na medida do possível sejam menos formais e mais operativas.

Esse pensamento é perfeito para demonstrar a limitação na liberdade de contratar e de pactuar, pois o contrato deve gerar resultados, e não problemas. Por isso a lei, o Poder Judiciário e o direito de um modo geral, não querem, ou devem interferir na liberdade, mas tão apenas delimitar os caminhos, de forma que o instrumento não venha a prejudicar a terceiros, e muito menos os contratantes.

---

<sup>59</sup> LISBOA, 2010, p. 85

<sup>60</sup> FERREIRA, 2012, p.95

Logo, se verifica que os princípios servem como parâmetro para contratar, visto que não pode o legislador apontar *numerus clausus* o que se pode ou não contratar e como se deve fazê-lo.

#### 5.2.1.1 Princípio da Autonomia da vontade

Diz esse princípio que as partes são livres para contratar, tendo elas o poder de manifestar mediante declaração de vontade, efeitos conhecidos e tutelados pela ordem jurídica<sup>61</sup>, podendo estipular livremente as disciplinas de seu interesse.

Segundo Maria Helena Diniz, esse princípio, além de dar a liberdade de criação do contrato, abrange também: (i) *a liberdade de contratar ou não contratar*, ou seja, o poder de decidir se e quando contratar; (ii) *liberdade de escolher o outro contratante*, e, (iii) *a liberdade de fixar o conteúdo do contrato*, escolhendo a modalidade, introduzindo alterações de cláusulas, ou ainda adotando novos estilos de vínculos distintos daquele previstos em lei<sup>62</sup>.

Contudo, essa liberdade não é ilimitada, pois o princípio está limitado à ordem pública e aos bons costumes, ao princípio da boa fé objetiva e da função social do contrato, conforme se verificará.

#### 5.2.1.2 Princípio da Função Social do Contrato

O artigo 421 do Código Civil estabelece o princípio da função social do contrato: *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

Em comentário a esse artigo, Nelson Nery Junior assim se manifesta:

A cláusula geral da função social do contrato é decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade e da construção de uma sociedade mais justa (CF. 3º, I). A doutrina vê também, como

---

<sup>61</sup> GOMES, 1979, p. 25.

<sup>62</sup> DINIZ, 2010, p.22.

decorrência ora da função social da propriedade (CF 5º, XXIII e 170, III).

A função social do contrato é uma forma de intervenção estatal no negócio jurídico privado, tal princípio informa que deve prevalecer o interesse da sociedade pelo do particular, devendo o interesse de um amoldar-se ao interesse de todos, por isso todo contrato deve ter uma utilidade social.<sup>63</sup>

A verificação da função social dos contratos não está no momento da contratação, mas sim, durante sua execução, pois a execução do contrato não pode vir a interferir com direito de terceiros, principalmente com direitos sociais<sup>64</sup>.

Dessa forma, existe a total liberdade de se contratar, e como se contratar, desde que se respeite a função social do contrato.

#### 5.2.1.3 Princípio do Consensualismo

O referido princípio diz respeito à vontade da parte em contratar. Mais, precisamente ao seu consenso de estar participando de um contrato. Oras, não se pode forçar ninguém a participar de um contrato, sob pena de este ser anulado<sup>65</sup>.

Ou seja, em não havendo consenso, existe vício de vontade, e, em esse existindo o ato é nulo.

Não importa a natureza do vício do contrato, se de vontade (Coação, erro, dolo), ou social (fraude contra credores, lesão, estado de perigo), o sistema lhe dá o regime da anulabilidade<sup>66</sup>.

Com a presença do consentimento, cada uma das partes assume a responsabilidade civil por seus atos, devendo reparar qualquer dano causado, decorrente tanto da inexecução do contrato, o que configuraria o prejuízo da outra

---

<sup>63</sup> DINIZ, 2010, p.23.

<sup>64</sup> BENEMOND, 2013, p.109.

<sup>65</sup> Código Civil. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores

<sup>66</sup> NERY, 2012, p. 444.

parte, como também pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais que eventualmente sofrerem terceiros, estranhos ao contrato<sup>67</sup>.

#### 5.2.1.4 Princípio do *Pacta Sunt Servanda*

O princípio do *pacta sunt servanda* (em tradução livre, somos servos do pacto), é a obrigação das partes em cumprir com a obrigação, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente<sup>68</sup>.

É com esse princípio que surge a ideia de conhecimento geral em que “o contrato faz lei entre as partes”.

Quando verificada a autonomia e o consenso entre as partes, uma vez tendo ela se vinculado ao cumprimento, não pode se escusar de cumprir sua obrigação, visto ser o contrato válido.

Sofre limitação esse princípio quando verificada, por exemplo, cláusulas leoninas, ou abusivas, como existentes, por exemplo, em alguns contratos de adesão.

Roberto Lisboa Senise<sup>69</sup>, ensina sobre essa limitação:

A intervenção do Estado nas relações negociais, com a implementação de normas jurídicas de ordem pública e a imposição governamental de um autêntico dirigismo econômico, acarretou uma série de circunstâncias inesperadas para a parte, motivo pelo qual o Poder Judiciário passou a proceder à *revisão judicial dos contratos*, na busca pelo do reequilíbrio da relação negocial(...). Acrescente-se mais que a valorização da principiologia contratual defendida pelo pensamento pós-modernistas viabilizou uma desconstrução do *sistema fechado* e conferiu ao juiz os poderes necessários para proceder ao reequilíbrio contratual.

O autor demonstra a razão de existir uma limitação ao princípio da obrigatoriedade, pois, se percebeu, que por vezes, o contrato está desequilibrado,

---

<sup>67</sup> LISBOA, 2010, p. 89.

<sup>68</sup> DINIZ, 2010, p.28.

<sup>69</sup> LISBOA, 2010, p.92.

com vantagens para uma das artes, o que causava um enorme transtorno social. Dessa forma, o judiciário, quando solicitado, intervém transformando o desequilíbrio em igualdade.

#### 5.2.1.5 Princípio da Relativização dos efeitos dos contratos

O contrato não deve prejudicar terceiro, vinculando exclusivamente as partes que nele intervieram<sup>70</sup>.

É cristalino que o ato contratual deriva da vontade das partes (salvo quando expressamente previsto em lei), dessa forma, apenas elas devem estar vinculadas às consequências do contrato, não tendo eficácia em relação àquele terceiro, estranho ao pacto.

Segundo Roberto Lisboa Senise, este princípio também, serve como proteção das partes contra intromissão de terceiro, funcionando como defesa dos interesses dos contratantes que reciprocamente pactuaram contra o estranho que venha a cometer ato atentatório a esses direitos<sup>71</sup>.

#### 5.2.1.6 Princípio da Boa Fé Objetiva

O princípio da boa fé objetiva está previsto no Código Civil em pelo menos, três artigos diferentes, artigos 113<sup>72</sup>, 187<sup>73</sup> e 422<sup>74</sup>, e, está vinculada à interpretação do contrato, e também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que a parte deverá agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade, denodo e confiança recíproca<sup>75</sup>.

Diz Maria Helena Diniz, sobre este princípio:

---

<sup>70</sup> DINIZ, 2010, p.30.

<sup>71</sup> LISBOA, 2010, 94.

<sup>72</sup> **Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>73</sup> **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>74</sup> **Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>75</sup> DINIZ, 2010, p.33.

Isto é proceder com boa fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, procurando o equilíbrio nas prestações respeitando o outro contratante, não traindo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas, etc.

É o princípio que determina o dever de conduta dos participantes, como devem se portar.

### 5.3 Aplicação da Lei de Locação

Verificou-se que os contratos de *buit to suit*, são considerados atípicos, dessa forma, estariam adstritos unicamente aos princípios gerais do contrato, sendo limitados tão somente pelo Código Civil.

Entretanto, o artigo 54-A da Lei de Locação, apresenta limitação à liberdade contratual:

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

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

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

A parte final do artigo é expressa a limitar a liberdade contratual, também aos procedimentos previstos na Lei 8.245/91, mas quais seriam esses procedimentos?

Segundo a própria lei de locação os procedimentos seriam: *ação de despejo; ação de consignação de aluguel e acessórios da locação; ação revisional dos aluguéis; e ação renovatória.*

Por conseguinte, segundo o caput do mencionado artigo, todas as outras previsões legais, tais como as referentes às garantias; aos prazos; aos deveres e obrigações das partes; ao direito de preferência; entre outros, e até mesmo quanto à rescisão antecipada do vínculo poderiam ser negociados pela parte.

Eis, então, que nos parágrafos do artigo, encontram-se novas exceções, sendo que as partes podem acordar a renúncia da revisão dos alugueis no prazo de vigência, e pode ser pactuada multa por rescisão antecipada do vínculo, em valor não superior ao valor da soma dos alugueis até o término do contrato.

Essas limitações geram tanto contentamento por parte da doutrina, como descontentamento.

Os descontentes alegam que essas limitações estariam fugindo da essência do *built to suit*, que existe, justamente, devido à liberdade das partes, e em sendo assim, por encontrarem-se no mesmo pé de poder econômico, podem decidir pelas cláusulas de modo que melhor os convier.

Entre os defensores desta corrente, temos Rodrigo Ruete Gasparetto, para quem a liberdade de contratar é o que pauta o *built to suit*. Afirmo o autor<sup>76</sup>:

A relação entre as partes não pode ser considerada como mera locação, contrato típico por meio do qual o proprietário disponibiliza imóvel de sua propriedade para uso e gozo do locatário, em que não estão envolvidos elementos próprios do *built to suit*, tais como a compra do imóvel de escolha de quem irá utilizá-lo, a realização de obra por encomenda também de quem o utilizará, tudo isso demandando grande investimento da contratada, que conta com a percepção de uma remuneração mínima que compense o investimento realizado

O autor concorda que as partes encontram-se em pé de igualdade na negociação, podendo dessa forma, compactuar livremente, cláusulas que foram impostas na lei, para situações onde esse equilíbrio não existe.

---

<sup>76</sup> GASPARETTO, 2009, p.54

Da mesma forma que há quem concorde, existem autores que discordam, como Luis Antonio Scavonne Junior, que vê que o *built to suit*, é modalidade de locação por encomenda, sendo contrato típico, não podendo se afastar da regra cogente do artigo 45 da Lei de Locações, não podendo então as partes renunciarem à direitos salvo aqueles expressos no artigo 54-A e seus parágrafos.

Diz o autor<sup>77</sup>:

Tratando-se de contrato típico, regulado por lei especial e normas em regra cogentes, as partes não podem afastar a aplicabilidade da Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato), mas podem incluir pactos peculiares à modalidade de locação por encomenda, notadamente quanto aos parâmetros da construção, reforma ou aquisição pelo locador, prazo para a conclusão das obras, inícios da relação locatícia e alugueis, além de penalidades em razão do desrespeito a esses prazos, entre outras avenças peculiares.

Existe também um posicionamento, no sentido de que não só se aplicariam as normas procedimentais, mas, também alguns aspectos da norma material, visto que, nesta corrente, o *built to suit* é um contrato atípico misto, sendo a convergência de diferentes tipos de contratos em um só.

Nessa linha de raciocínio, defendida por Fernanda Henneberg Benemond,, tem-se que<sup>78</sup>:

Por ser o *built to suit*, a nosso ver, um contrato atípico misto, que apresenta elementos típicos de empreitada e locação, porém sem haja a combinação completa desses tipos contratuais – tendo em vista que “*se constrói para alugar e aluga-se porque foi construído*” e que a remuneração do empreendedor possui diversas finalidades – entendemos que as normas devem ser aplicadas com ressalvas, sempre considerando a autonomia da vontade das partes, a boa fé contratual, função social do contrato e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da operação.

São três posições distintas, porém muito bem pensadas, cada uma delas focando em um aspecto da modalidade, sendo o primeiro pensamento tem-se que o *built to suit* é modalidade nova e diferente das demais, de forma que, por estarem

---

<sup>77</sup> **A Lei 12.744/12 e o Contrato “Built to Suit” – “Locação por encomenda”** (disponibilizado em <http://www.scavone.adv.br/index.php?Artigos-1811>

<sup>78</sup> BENEMOND, 2013, 110

em pé de igualdade, não haveria o porquê, de existir interferência da lei na elaboração das cláusulas. Já a segunda, prevê que não há que se falar em nova modalidade contratual, mas sim de uma espécie de contrato de locação, não podendo as partes divergirem da lei de locação; e por fim, uma terceira, que acredita que o *built to suit*, por ser um misto de contratos típicos, deveria seguir as regras dos elementos que os caracterizam.

Contudo, na realidade da norma, as partes só poderiam decidir sobre os aspectos materiais do contrato, não podendo negar os procedimentos previstos na legislação do inquilinato, salvo no tocante à revisional.

Deve-se, então, fazer uma análise dessa limitação da lei, e as características que essas podem ou não trazer para o contrato de *built to suit*, serão analisados o direito à renovação, a rescisão antecipada, e o direito a ação renovatória, por serem os temas mais polêmicos.

### 5.3.1 Renúncia ao direito de Ação Revisional

O artigo 19 da Lei de Locações é que mostra quando e o porquê de se pedir uma revisional de aluguel:

**Art. 19.** 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.

Esse artigo é uma limitação clara ao princípio do *pacta sunt servanda*, pois, no caso da aplicação total desse princípio, uma vez convenionado em contrato o valor locativo, uma parte não teria qualquer direito à rever esse valor seja para mais ou para menos.

Os valores da locação, como sabido, variam de local para local, levando em considerações a região que o imóvel se encontra, as facilidades desta região, se é próxima de grandes avenidas, se abastecida por transporte público, se possui residências de alto padrão, se possui residências de baixo padrão, ou seja, de uma

série de fatores, e esses fatores vão se modificando com o tempo e de acordo com o mercado imobiliário.

Dessa forma, a lei previu um prazo mínimo para se realizar esse reajuste de preço de mercado, três anos.

No *built to suit*, a lei permitiu a renúncia a esse direito, tendo em vista que entendeu, não ser o aluguel tão somente a remuneração pelo uso do imóvel, onde se observa o local em que se encontra, mas também, é correspondente ao investimento realizado pelo empreendedor para concretizar a operação.

Neste sentido temos o posicionamento de Cristiano de Souza Zanetti<sup>79</sup>, que entende:

O build to suit tem por objetivo trocar a construção em dado imóvel, seguida da cessão de uso e fruição, por certo pagamento. A preservação do escopo contratual impede, assim, que o valor da locação seja revisto com arrimo no artigo 19 da Lei 8.245/91. A remuneração devida pelo ocupante não se confunde com um simples aluguel. o Locatário paga apenas pela cessão temporária do uso e fruição do imóvel. A prestação do ocupante, por sua vez, também tem em mira remunerar os gastos incorridos com a construção, levada a efeito especialmente para atender suas necessidades. Permitir a revisão do valor para que o ocupante passe a pagar apenas pelo uso e fruição violenta o pactuado de sentindo econômico a operação contratada.

Logo, agiu por bem, para não descaracterizar o tipo de negócio, a Lei de Locação entendeu ser possível a renúncia à ação revisional.

Isso não significa, no entanto, que uma das partes não possa buscar a discussão dos valores do contrato. Isto por que o Código Civil prevê, em seu artigo 317<sup>80</sup>, que quando por motivos imprevisíveis sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, para que se verifique o real valor da prestação

<sup>79</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to suit: qualificação e consequências. BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Orgs.) **Construção civil e direito**. São Paulo: Lex: Magister, 2011, p. 118

<sup>80</sup> **Art. 317.** Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação

Ensina Nelson Nery que, o artigo trata de uma hipótese exemplificativa, podendo qualquer uma das partes requerer a revisão do contrato ao juiz, em razão da quebra objetiva do contrato; do desequilíbrio contratual; desproporção da prestação; entre outros<sup>81</sup>.

Ainda, poderia se invocar o previsto no artigo 478<sup>82</sup> do Código Civil, que, no caso de a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes, com extrema vantagem para a outra, poderá o devedor pedir a resolução do contrato, tal resolução pode ser evitada se a outra parte modificar equitativamente, a cláusula que trouxe problema (art. 479 do Código Civil<sup>83</sup>).

Pode, ainda, o contrato ser mantido por determinação judicial, caso a parte onerada deseje a manutenção do contrato, isso se deve a função social do contrato, a boa fé objetiva, e a natureza de ordem pública desta norma<sup>84</sup>.

Contudo, deve se levar em conta o todo do valor da remuneração, e não tão somente, o aluguel.

Fernanda Henneberg Benemond, apresenta um exemplo interessante onde seria cabível tal revisão:

- (i) determinado momento (e.g.: celebração do contrato), o valor de mercado para a locação de certo imóvel é de “x”. Assim, para remunerar o empreendedor no contrato de built to suit, estabelece-se que o valor da prestação a ser paga pela contratante é de (“x” + 4), possuindo 4 as demais finalidades da remuneração.
- (ii) Após certo tempo em virtude do desenvolvimento do mercado imobiliário local, aquele mesmo imóvel passa a ter um valor de mercado para locação de (“x”+3). Assim, para se reestabeleça o equilíbrio contratual é preciso que a contratante passe a pagar prestações no valor de (“x” + 3+4), ou seja (“x” +7), e se ajuíza a ação.

---

<sup>81</sup> NERY, 2012, p.561.

<sup>82</sup> Código Civil. Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

<sup>83</sup> **Art. 479.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

<sup>84</sup> NERY, 2012, p. 692

O exemplo cabe, pois, a autora demonstrou que por causa do valor pelo uso no mercado de locação estar superior ao cobrado, toda a parcela se torna abaixo, de forma que o contratante está em benefício em relação ao empreendedor.

Dessa forma, se verifica que por mais que o *built to suit* não caiba a revisão do aluguel, é cabível a revisão do contrato.

### 5.3.2 A Rescisão antecipada do vínculo

Quanto a possibilidade de rescisão antecipada do vínculo, nos contratos de *built to suit*, devem ser considerados alguns aspectos, em termos de comparação junto à lei de locação.

Em uma locação comum, quando contratada por prazo determinado, fica vedada ao locador a possibilidade de rescisão do vínculo e assim, ser lhe retornado o imóvel, salvo exceções legais, como falta de pagamento dos alugueis, ou ainda necessidade de se realizar obras públicas, e não ser possível que o locatário permaneça no local<sup>85</sup>.

Por sua vez, pode o locatário rescindir unilateralmente o vínculo, desde que pague a multa estipulada, que será calculada proporcionalmente ao período de cumprimento do contrato. Tal previsão é expressa na lei de locação:

**Art. 4** Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. Parágrafo único. O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência.

---

<sup>85</sup> Lei 8.245/91 Art. 9º A locação também poderá ser desfeita: I - por mútuo acordo; II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual; III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las.

Em um primeiro momento, poderia ser entendido, tal dispositivo legal, como semelhante ao parágrafo 2º do art. 54-A, cuja previsão é de que a multa pactuada, não pode exceder ao valor das parcelas vincendas, mas ao compara-las, nota-se claramente a diferença.

O disposto no artigo 4º, da lei de locação, estipula que a multa será proporcional ao tempo que o locatário permaneceu no imóvel, de forma que, em um contrato de 30 meses, com multa de 3 meses de aluguel, no valor de R\$ 1.000,00, por mês, em se operando a rescisão, por parte do locatário no mês 17, a multa aplicada seria de R\$ 1.300,00, visto que a multa deve ser calculada de forma proporcional ao tempo que o contrato esteve em vigor.

Contudo, em uma operação *built to suit*, a multa, não poderia ser calculada dessa forma, ante a todo o montante investido por parte do empreendedor, se, assim se operasse, o risco de se investir nesse negócio subiria de forma exponencial.

Dessa forma, entendeu o legislador, que a multa pode ser cobrada, até o montante dos valores das remunerações vincendas até o término do contrato, que por sua vez, a remuneração foi pactuada de maneira a cobrir todo o investimento feito pelo empreendedor, e ainda lhe proporcionar lucro.

Tal medida também já estaria revista no Código Civil, nos termos do artigo 472 e 473:

**Art. 472.** O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

**Art. 473.** A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

O artigo 472 do Código Civil é caracterização explícita do princípio do *pacta sunt servanda*, pois, obriga as partes a cumprir a multa conforme previsão contratual.

Da mesma forma, mostra o artigo 473 que, dependendo da natureza do contrato, e, se verificando soma vultuosa de investimento, a rescisão por parte do contratante só seria possível após transcorrido prazo compatível para que quem investiu tenha o retorno.

No caso do *built to suit*, frise-se novamente, não valeria a pena para os investidores, se o contratante pudesse devolver o imóvel antes do tempo, pagando-se multa proporcional ao seu uso.

Ainda existe uma questão a ser levantada, no tocante ao valor da multa, e uma eventual ação de indenização. Entende-se, que, seria possível, além de se cobrar a multa convencionada, o empreendedor propor ação de indenização face ao contratante, quando devidamente previsto no instrumento contratual.

É o que mostra Fernanda Henneberg Benemond, que entende que se o empreendedor optar pela utilização da cláusula de multa ele está dispensado da necessidade de demonstrar prejuízo e de sua liquidação.

Diz a autora<sup>86</sup>:

Assim, via de regra, o empreendedor não poderá, de acordo com a regra do artigo 416, *caput*, do Código Civil, exigir da contratante o valor suplementar pelos prejuízos sofridos, quando este ultrapassar o valor da cláusula penal. Ressalva-se, porém, a hipótese convencionarem o contrário, estabelecendo no contrato que o empreendedor poderá mediante comprovação do prejuízo excedente, requerer, além da multa contratual, uma indenização por perdas e danos sofridos em razão da denúncia imotivada do contrato pela contratante.

Dessa forma, em havendo prejuízo maior que a multa, por parte do empreendedor, causado pela rescisão do contratante, desde que o contrato preveja

---

<sup>86</sup> BENEMOND, 2013, p. 117.

está possibilidade, pode se ingressar com ação de indenização, ficando o ônus da prova para quem se sentiu lesado.

### 5.3.3 Possibilidade de Ação Renovatória

O procedimento da ação renovatória vem destacado no artigo 71 da Lei de Locação<sup>87</sup>, demonstrando o meio processual, de como o locatário alcançara o seu direito à renovação do aluguel.

Porém, é no artigo 51 da mesma lei, que se encontra o principal: os requisitos para o cabimento da ação renovatória. Mencionados requisitos serão analisados, para se entender o seu cabimento junto aos contratos de *built to suit*.

A princípio devem ser entendidos os motivos para a Lei de Locação prever como direito do locatário a renovação de seu contrato.

A primeira norma que regulamentou essa garantia de renovação foi a denominada Lei de Luvas (Dec. 24.150/1934), que tinha como objetivo regular a renovação nos contratos de locações não residenciais.

Foi verificado à época, que os proprietários cobravam determinado valor para renovar um contrato por prazo determinado, o que era considerado um abuso, e o é ainda hoje, visto que, ele se aproveitava da situação do comerciante, com bom ponto comercial, cobrando altas taxas para que o locatário continuasse com seu ponto.

---

<sup>87</sup> **Art. 71.** Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com: I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51; II - prova do exato cumprimento do contrato em curso; III - prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia; IV - indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação; V - indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira; VI - prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for; VII - prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário.

Na exposição de motivos do Decreto 24.150/1934, encontramos uma noção da situação da época, e de como agiu o legislador para coibir tais abusos.

Considerando que, se, de um modo geral, essa necessidade se impôs, mais ainda se torna impreterível, tendo em vista os estabelecimentos destinados ao comércio e à indústria, por isso que o valor incorpóreo do fundo de comércio - se integra, em parte, no valor do imóvel, trazendo, destarte, pelo trabalho alheio, benefícios ao proprietário;

Considerando, assim, que não seria justo atribuir exclusivamente ao proprietário tal quota de enriquecimento, em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino que criou o valor;

Considerando que uma tal situação valeria por um - "locupletamento" - condenado pelo direito moderno;

Foi verificado pela primeira vez em lei, que o fundo de comércio tinha valor, e com a cobrança de luvas para a renovação, estaria o proprietário tendo enriquecimento para o qual quem deu causa fora o locatário.

Segundo Gildo dos Santos, as "luvas", significam dinheiro que se dá para se conseguir um negócio, notadamente no terreno da locação comercial, mas não se constava em recibo ou no contrato<sup>88</sup>.

Diz ainda o autor sobre o direito de renovação que<sup>89</sup>:

A fim de livrar o comerciante e o industrial dessa conhecida exigência dos locadores por ocasião da renovação do contrato, veio o Dec. 24.150, de 20.04.1934, que foi sem dúvida uma grande conquista do direito brasileiro, que perdurou até ser agasalhada pela atual lei.

Tal medida visou, e ainda visa à proteção ao fundo de comércio, criado pelo Locatário, que poderia ser conceituado como um conjunto patrimonial agrupado para a produção, sendo constituído por bens e serviços, ou melhor, uma universalização de bens, constituído, desde o prédio físico e seus maquinários (bens materiais), como também, pela clientela, por exemplo (bens imateriais)<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> SANTOS, Gildo Do, **Locação e Despejo** – Comentários à Lei 8.245/91, 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011, São Paulo, p. 334.

<sup>89</sup> SANTOS, 2011, 334.

<sup>90</sup> DINIZ, 2014, p259.

Contudo, essa renovação não se dá em todo e qualquer caso de locação comercial, pois a Lei de Locação apresenta requisitos que devem coexistir para que o locatário tenha essa garantia, que são: contrato por prazo determinado, com pelo menos 5 anos de vigência, seja em um único instrumento ou pela soma de tempo ininterruptamente, e que, o locatário esteja explorando a mesma atividade comercial por no mínimo 3 anos.

**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.

Rodrigo Ruete Gasparetto, em seu livro *Contratos Built to Suit – um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*, não se manifesta especificamente sobre a aplicação ou não do direito à ação renovatória. Porém, é um dos maiores críticos à aplicação da Lei de Locação nessa modalidade contratual, pois verifica que *built to suit* e locação, possuem essências diferentes, já que, o primeiro foi criado como uma forma de investimento, onde as partes em conjunto elaboram passo a passo como, e onde alugar, estando em igualdade de poder, sendo livres para estabelecer as cláusulas<sup>91</sup>

Entretanto, sua aplicação nos contratos de *built to suit* é amplamente aceita pela doutrina, que vê como uma forma de proteção ao fundo de comércio constituído pelo contratante.

Dos defensores da possibilidade, poderiam ser citados Luiz Antonio Scavone Junior, e Fernanda Henneberg.

---

<sup>91</sup> GASPARETTO, 2009, p.57.

Para Scavone, a ação renovatória é aplicada ao *built to suit*, pois é uma norma cogente, e a norma cogente de forma alguma pode ser afastada por vontade das partes<sup>92</sup>.

Para Fernanda Henneberg<sup>93</sup>, o motivo da aplicação é a razão da existência da ação renovatória, ou seja, a proteção ao fundo de comércio criado pelo contratante no decorrer do contrato, ou seja, nas palavras da autora:

Tendo em vista que o intuito da lei ao regular a ação renovatória é proteger o fundo empresarial, formado pelo locatário, não vemos qualquer impedimento para a aplicação das mesmas regras previstas na Lei de Locação. Relativas à ação renovatória ao *built to suit*. Entendemos que o fundo empresarial constituído pela contratante no empreendimento também deverá ser protegido, devendo ser facultado, assim, à contratante a propositura de ação renovatória, uma vez preenchidos os requisitos previstos na Lei de Locação.

Logo, o direito à renovatória se daria em razão da proteção ao fundo de comércio, da mesma maneira que a Lei 8.245/91 protege o fundo em contratos de locação não residencial.

Ainda assim, restaria uma dúvida, pois, o artigo 54-A da Lei de Locação, declara que nos contratos de *built to suit*, os procedimentos serão respeitados, e dentre esses procedimentos, estaria a ação renovatória, entretanto, os requisitos para se auferir a renovação, se estabelecem no artigo 51 da mesma lei, ou seja, fora dos procedimentos, dentro dos aspectos materiais, dessa forma, seria possível a alteração dos requisitos?

A própria lei nos dá essa resposta ao trazer como um dos requisitos da petição inicial da Ação Renovatória ser a comprovação dos incisos I, II e III do artigo 51, que são respectivamente: *contrato escrito; prazo de 5 anos; e, exploração do mesmo ramo comercial por no mínimo 3 anos.*

---

<sup>92</sup> SCAVONE, 2011, p.947.

<sup>93</sup> HENNEBERG, 133

**Art. 71.** Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com:

I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51;

Deve ser observado o fato de que o contrato de *built to suit*, não pode ser comparado à um contrato de locação, pois, cada um, possui especificidades próprias que os diferenciam.

Em razão disto, em uma eventual ação renovatória, não poderia por exemplo, ser renovado o dever de o empreendedor construir ou reformar o imóvel pois o imóvel já se encontra devidamente pronto para o uso, seja do contratante, ou de qualquer futuro inquilino. Ou ainda, não poderia a remuneração ser a mesma ao qual estavam acostumadas as partes a pagar/receber, pois a remuneração no contrato de *buil to suit*, fora calculada com base no valor de mercado do imóvel, o investimento realizado pelo empreendedor, e ainda uma margem de lucro.

Ou seja, após a renovatória, estaria um novo contrato sendo elaborado, dessa vez, um contrato de locação, que aí sim seguirá em sua totalidade a Lei de Locação.

Para o caso de uma ação renovatória, em sendo ela decorrente de um contrato de *built to suit*, devem ser levados em considerações, de que não será a renovação de um contrato, mas sim o nascimento de um novo, pois, neste deverão ser observados os aspectos materiais da lei de locação, que no outro, puderam ser dispostos livremente.

Portanto, verifica-se, que a possibilidade da ação renovatória ser aplicada gera uma certa confusão, pois não se vê a renovação de um contrato, pois não se terá nova construção, ou nova reforma, ou novo detalhamento de obra, ou uma remuneração com base no que o empreendedor investiu, a bem da verdade, poderá inexistir novo investimento por parte do empreendedor, restará a renovação do direito de usar, serão estipulados, novos prazos, novos valores, e novas obrigações de cada partes, dessa vez com base na Lei de Locação.

Uma vez ser uma lei nova, de 2012, inexistiu posição dos tribunais à esse respeito, dificuldade ainda maior de se ter, se, se levar em consideração que o uso de cláusula arbitral em contratos de *built to suit*, devido ao grande vulto de dinheiro, logo, não se sabe a posição do judiciário, porém alguns autores, consideram que terminado o contrato de *built to suit*, em sua renovação deverá o magistrado/arbitro, agir em conjunto com as partes, para verificar o valor da locação e por assim dizer do novo contrato.

Na opinião de Fernanda Henneberg Benemod, quando da apresentação da petição inicial, o contratante, deverá apresentar além do disposto do artigo 71 da Lei de locação, ou seja: *prova do cumprimento exato do contrato, comprovante de recolhimento de impostos, etc.*, deverá indicar as cláusulas da renovação, incluindo e sem limitação ao valor do aluguel à ser pago<sup>94</sup>.

Sabrina Carbone<sup>95</sup> em artigo publicado, demonstra em palavras exatas, qual deverá ser a atuação do juiz, se e quando instado:

Caberá, ao Poder Judiciário, quando instado a se manifestar sobre outras questões que não só aquelas limitadas pelo artigo 72 da referida lei, enfrentá-las de forma a estancar os pontos divergentes e apaziguar as partes, outorgando-lhes uma prestação jurisdicional integral.

Ou seja, quando da ação renovatória, deverão ser verificados quais cláusulas serão renovadas, e quais serão deixadas de lado, visto que a partir de então se terá um contrato de locação.

#### **5.4 As vantagens desta modalidade**

As vantagens nesse tipo de contratação são muitas, variando desde o aspecto operacional, chegando até mesmo à aspectos tributários, dessa forma, não se poderiam dizer todos as vantagens, mas sim, as principais.

---

<sup>94</sup> BENEMOND, 2013,p.132.

<sup>95</sup> CARBONE, Sabrina Berardocco, O valor do aluguel na ação renovatória envolvendo o contrato built to suit. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184950,101048O+valor+do+aluguel+na+acao+renovatoria+envolvendo+o+o+contrato+built+to>). Acesso em 05 de agosto de 2014.

A priori, a principal vantagem seria de o contratante ter um imóvel personalizado, na localização que mais lhe agrade, sem depender da disponibilidade de imóveis vagos no mercado<sup>96</sup>.

Para o contratante é a maior das vantagens, pois, ao invés de imobilizar o seu patrimônio, ou ainda locar um imóvel e ter que gastar com uma reforma de modo a fazer que o imóvel se adapte à sua atividade, ele terá um imóvel em que detalhou toda e cada característica, sendo que quem arcará com o custo será o empreendedor, que receberá em parcelas tudo que investiu.

Ainda, por não imobilizar o seu patrimônio, na compra do imóvel, ou terreno, o contratante pode utilizar o dinheiro em *core business*, ou seja, na parte principal de seu negócio, na sua atividade<sup>97</sup>.

Para o empreendedor, a vantagem é ter um investimento não especulativo, pois conhece desde o início o contratante que utilizará o empreendimento<sup>98</sup>, de forma que a remuneração do que foi investido está acertada desde o começo.

Dentre as vantagens, encontramos os aspectos tributários, pois, se comparadas as tributações entre o *built to suit* e a aquisição do terreno, temos que aquele é mais vantajoso que este, pois, como afirma Rodrigo Maito da Silveira<sup>99</sup>:

A vantagem, para a empresa contratante, dessa modalidade, reside na possibilidade de dedução dos alugueis para fins de apuração de IRPJ e CSL, ao invés da sujeição à sistemática de depreciação (que pode chegar a 25 anos no caso de imóvel edificado), que seria aplicável se a própria empresa efetuasse a aquisição do terreno e construísse a edificação.

Ou seja, o pagamento da remuneração do *built to suit* tem redutor do valor do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro

---

<sup>96</sup> BENEMOND, 2013,p.25

<sup>97</sup> NAVARRO, Adriana. **O contrato de built to suit como forma de investimento para o mercado**. Boletim Informativo. Julho/2006. Disponível em: <http://www.mederadvogados.com.br/boletins/OcontratodeBuilt.pdf> visto em agosto/2014

<sup>98</sup> CILLI, 2004,p.9

<sup>99</sup> SILVEIRA, Rodrigo Maito da, Tributação no setor da Construção Civil. In: Construção Civil e Direito. São Paulo: LexMagister, 2011, p.153.

Liquido (CSLL) a maior do que a simples depreciação permitida pela lei fiscal para as edificações.

Dessa forma, verifica-se que o *built to suit* é um negócio não só vantajoso para quem investe, no caso, o empreendedor, mas também para quem vai utilizar o imóvel, o contratante.

## CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho que a ideia e prática do *built to suit*, apesar de recentemente ter sido recebido pela legislação brasileira, já está presente no dia a dia dos negócios imobiliários há alguns anos, principalmente em países da Europa e nos Estados Unidos.

O conceito de *built to suit* vai além daquele estabelecido no artigo 54-A da Lei de Locação, visto que, este dispositivo não demonstra a característica de investimento que essa modalidade contratual é em sua essência.

De seu conceito, pode se levantar como destaque, o fato de ser uma construção, ou reforma substancial, em que o contratante, interfere em cada detalhe da obra, de forma que o empreiteiro, que não necessariamente é o dono do terreno, mas obrigatoriamente detém direitos reais sobre ele, vai receber, dentro do prazo contratado, pelo uso do imóvel, pelo que investiu e ainda terá uma margem de lucro.

Destaque-se, também, a possibilidade de o empreendedor, ceder os Recebíveis (CRI) para um agente financeiro, que lançará Certificados de Recebíveis Imobiliários, junto ao mercado financeiro e de ações.

Em razão das características apresentadas, não poderia a modalidade de *built to suit*, ser igualada à modalidade de locação não residencial, visto que ambos possuem essências diferentes em sua criação, e contrato.

Dentre as diferenças, a mais importante seria quanto a tipicidade do contrato de locação, que deve sempre respeitar a Lei 8.245/91, que rege este tipo de contratação.

A razão de o contrato de locação não fugir as regras da Lei 8.245/91, se dá em razão de seu aspecto cogente, ou seja, de Ordem Pública, estabelecido principalmente em seu artigo 45, que prevê como nula qualquer cláusula que venha tentar afastar a incidência da lei no contrato, em especial o direito à renovação, e a revisional de aluguel.

Com isso, os contratos de locação ficam limitados aos preceitos legais, diferentemente do contrato de *built to suit*.

Quanto ao *built to suit*, foi verificado que sua atipicidade lhe é conferida pela própria lei que o institui, sendo que o artigo 54-A da Lei 8.245/91, prevê que as partes são livres para estabelecer as regras do contrato, porém, a própria norma apresenta as limitações desta liberdade, que são os procedimentos da lei de locação.

Contudo, a Teoria Geral do Contrato, apresenta outras limitações à liberdade de contratar, sendo certo que esses limites devem ser respeitados por todos, sem exceção.

Na Teoria Geral do Contrato, estabelece o princípio da liberdade contratual; do *pacta sunt servanda*; da boa fé; da função social do contrato e do consensualismo, sendo eles pilares para os contratos atípicos como é o *built to suit*.

Quanto à incidência ou não da lei de locação, foi verificado que o próprio artigo 54-A, previu a possibilidade de as partes acordarem sobre o direito a revisional no curso do contrato, da mesma forma que deixou à cargo dos contratantes a estipulação de um valor para a multa no caso de rescisão antecipada, desde que, esta multa não seja superior ao valor das parcelas vincendas até o final do pacto.

Ainda assim, mesmo que o contrato estipule a não possibilidade de se exercer o direito à ação revisional no curso do contrato, uma vez que este se torne muito oneroso para uma das partes, este pode buscar o Poder Judiciário para que o contrato se torne equilibrado novamente.

Quanto aos procedimentos da Lei de Locação, se ressaltou que, na forma que o *built to suit* encontra-se estabelecido na norma, fica clara a possibilidade do contratante exercer o direito à ação renovatória.

Esse direito à renovatória foi criado para proteger o fundo de comércio criado pelo contratante, sendo este fundo abrangido por bens materiais e imateriais.

Logo, mesmo que fuja da essência do instituto, que tem como inspiração a liberdade contratual, vemos que a aplicação da Lei de Locação existe, e deve ser respeitado nos contratos de *built to suit*.

As vantagens são inúmeras, para ambas as partes, pois é uma forma de investimento segura para o empreendedor, tendo em vista seu caráter não especulativo, que tem, por exemplo a bolsa de valores, e da mesma forma é interessante para o contratante, visto que este não possui custos iniciais vultuosos como teria no caso de uma eventual imobilização de seu patrimônio.

O *built to suit* é modalidade interessante, que, mesmo existindo antes de sua previsão legal, ainda engatinha no mercado brasileiro, motivo pelo qual, não se verificou grandes discussões, seja nos tribunais ou ainda nas câmaras arbitrais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino de; **Manual de Prática de Locação – Lei do Inquilinato Anotada**. Ed. Atlas, 4ª Edição, 2014.

BENEMOND, Fernanda Henneberg, **Contratos de *Built to Suit***. Coleção Insper, 1ª Edição, 2013, São Paulo.

CARBONE, Sabrina Berardocco, O valor do aluguel na ação renovatória envolvendo o contrato built to suit. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184950,101048O+valor+do+aluguel+na+acao+renovatoria+envolvendo+o+contrato+built+to>, Acesso em agosto/2014)

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócios Fiduciários.**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CILLI, Fábio, **Empreendimentos do tipo *built to suit*: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência**. São Paulo, 2004.

DINIZ, Maria Helena, **Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada**, 13ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

FERREIRA, William Santos, **BUILT TO SUIT – A Velocidade do Mercado Imobiliário**, publicado na Revista Fórum Jurídico, outubro/2013.

GASPARETTO, Rodrigo Ruete, **Contratos de *Built to Suit***. Ed. Scortecci, 1ª edição, 2011, São Paulo.

GOMES, Orlando, **Direitos Reais**. (Coord. Edvaldo Brito), 21ª Edição, Editora Forense, 2012.

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

LISBOA, Roberto Senise, **Manual de Direito Civil, v. 3**, 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo, **Código Civil Comentado**, Coordenador Min. César Peluso, 6ª Edição, Barueri, Ed. Manole, 2012

MONETTI, E., **Análise de risco do investimento em shopping centers**. São Paulo, 1996

NAVARRO, Adriana. **O contrato de *built to suit* como forma de investimento para o mercado**. Boletim Informativo. Julho/2006. Disponível em: <http://www.mederadvogados.com.br/boletins/OcontratodeBuilt.pdf> Acesso em agosto/2014

NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código Civil Comentado**, 10ª Edição, Revista ampliada e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, **Direito das Coisas**, 6ª Edição, Editora Freitas Barros, 1956, Rio de Janeiro

SANTOS, Gildo Do, **Locação e Despejo – Comentários à Lei 8.245/91**, 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011, São Paulo

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, **Direito Imobiliário – Teoria e Prática**. Editora Forense, 4ª Edição, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, **A Lei 12.744/12 e o Contrato “Built to Suit” – “Locação por encomenda”**. Disponível em <<http://www.scavone.adv.br/index.php?Artigos-1811>> Acesso em 05 de agosto de 2014.

SILVEIRA, Rodrigo Maito da, **Tributação no setor da Construção Civil**. In: **Construção Civil e Direito**. São Paulo: LexMagister, 2011

SOUZA, Sylvio Capanema de, **A Lei do Inquilinato Comentada Artigo por Artigo**. Editora Forense, 8ª Edição, 2013.

VALENÇA, Marcelo José Lomba, **Built to Suit – operação de crédito imobiliário estruturada**, Revista de Direito Bancário e do Mercado Financeiro nº 27, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo, **Lei do Inquilinato Comentada – Doutrina e Prática**. Ed. Atlas, 12ª Edição, 2013.

\_\_\_\_\_, **O Direito de Superfície no Novo Código Civil**, São Paulo, 2002.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Build to suit: qualificação e consequências.

BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Orgs.) **Construção civil e direito**. São Paulo: Lex : Magister, 2011.