



**Parecer Jurídico nº 16/2021**

**Interessado: Presidência da Câmara Municipal de Palmas/TO**

**Assunto: Contratação “built to suit”**

## **I. RELATÓRIO:**

Anota-se de logo o caráter amplo das dúvidas suscitadas, que vão desde a utilização do instituto “built to suit” (locação sob demanda) pela Administração Pública Municipal até a sua contratação na forma direta (dispensa com base no artigo 24, X, da Lei 8.666/93), perquirindo-se, igualmente, sobre a situação na qual o terreno em que construído a edificação locável é de propriedade do Poder Público. Tudo isso à luz das normas e exigências técnicas aplicáveis à matéria.

Por certo, referida amplitude reclama a imperiosa seguimentação da presente instrução, prestigiando-se destarte a racionalidade processual necessária ao deslinde das questões trazidas.

Assim, apresenta-se, a seguir, o parecer jurídico sobre o tema.

## **II. FUNDAMENTAÇÃO:**

A Administração Pública enfrenta um problema corriqueiro, qual seja: a carência de imóveis adequados às instalações por meio dos quais são prestados os serviços de que a população necessita.

Acontece que, a indisponibilidade financeira de investimento do Poder Público, faz com que os órgãos públicos atendam a população em imóveis locados. Porém, o mercado imobiliário não acordou para a descentralização dos serviços públicos e não atentou para a necessidade de que o Poder Público tem em locar imóveis para atendimento dos serviços que coloca ao dispor da população.



ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

**Procuradoria - Geral**

As construções são feitas para fins residenciais e comerciais, em regra, sendo muito raro o surgimento de edificação destinada a prestação de serviços. Menos ainda em se tratando de serviços públicos.

Em comum, os imóveis colocados à disposição não atendem satisfatoriamente aos anseios e necessidades dos órgãos públicos. A circunstância dos órgãos precisarem estar conectados entre si para a indispensável troca de informações exige que as construções possuam infraestrutura de energia elétrica e de lógica em nada comparável com a que se costuma colocar nas edificações colocadas no mercado. A situação se agrava quando o imóvel é construído para fins residenciais.

Diante desse cenário, o desafio seria encontrar uma solução a partir do instrumento jurídico vigente para inverter o jogo econômico e maximizar os recursos públicos.

É, pois, nesse contexto que se insere a contratação do “built to suit”, que lançou no mundo jurídico uma nova modalidade de parceria público-privada.

O conjunto legislativo editado pelas Casas do Congresso Nacional para regradar parcerias público-privadas teve o mérito de contornar a escassez de recursos públicos para os investimentos em infraestrutura, tão necessário para o desenvolvimento nacional, a par das intenções lucrativas do mercado, conferindo a segurança jurídica às contratações para que não restassem frustrados os objetivos públicos que motivaram a criação do instituto.

Essa nova possibilidade é chamada pela doutrina de “**built to suit**”, uma expressão inglesa cuja tradução literal seria algo como “construído para servir”. No Brasil, esse negócio jurídico é conhecido como “locação sob medida”, “locação sob encomenda” ou “locação com obrigação de fazer”.



ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

**Procuradoria - Geral**

Trata-se de uma modalidade de locação na qual as obrigações contratuais de ambas das partes são fixadas antes da construção ou até mesmo da aquisição do imóvel. Esse tipo de negócio é novidade na administração pública, mas existe há muito tempo na iniciativa privada, sendo bastante comum nos EUA, por exemplo.

Assim, o legislador, alargou o campo do Direito Administrativo.

Desta forma, ao lado da elasticidade dada ao Direito Administrativo, que passou a interagir com outros ramos do Direito, inclusive com o Direito Civil, é possível perceber na atualidade, uma tendência a processualização e contratualização da ação administrativa.

Com efeito, o ato administrativo, que representa a vontade unilateral da Administração passou a perder o seu papel de protagonista para o processo e os negócios jurídicos, que viabilizam a participação do destinatário na formação da vontade estatal, o que garante maior legitimidade e eficiência a atuação administrativa.

Não é para menos que a própria utilização dos contratos, no âmbito da administração, demonstra a aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Civil. Ao lado dos contratos administrativos, propriamente ditos, o Estado tem a possibilidade de formalizar contratos previstos na legislação civilista.

O regime jurídico de direito privado é aplicável aos dois tipos de contrato: de forma supletiva na primeira, conforme disciplina o artigo 54 da Lei 8.666/93, e, de forma preponderante na segunda hipótese, conforme se observa do disposto no artigo 62, § 3º, I do mesmo diploma legal: Vejamos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, **aplicando-se-lhes, supletivamente,**



**os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Grifo nosso**

Art. 62. **O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades** cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - **aos contratos** de seguro, de financiamento, **de locação** em que o Poder Público seja locatário, e aos demais **cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.**

Grifo nosso

E justamente no artigo 62 § 3º, I da Lei 8.666/93, que a legislação ao mencionar exemplificativamente, contratos privados que, poderão ser utilizados pela administração, indica expressamente, o contrato de locação. Portanto, a própria Lei autorizou a celebração de contratos de locação em que a Administração Pública figura locatária, submetendo o ajuste, em regra, à Lei de Locações – Lei 8.245/1991-, com a possibilidade de dispensa de licitação na forma estipulada no art. 24, X da Lei 8.666/1993.

## **2.1. DO CONCEITO DE LOCAÇÃO SOB ENCOMENDA:**

A professora Luciana Caparelli, no estudo “Built to Suit”: Aspectos práticos da vontade de contratar, assim define a locação sob encomenda:

“O contrato de que se trata o presente, “Built to Suit”, portanto, trata-se de uma locação por encomenda, precedida das edificações ou obras que, em um primeiro momento, se fazem necessárias ao atendimento de um determinado locatário. Nesse passo, o empreendedor (locador), dispõe-se em edificar ou reformar um imóvel próprio, um projeto especialmente elaborado para certo locatário, considerando as atividades por este desenvolvidas, não sendo raro que



empreendedor-locador adquira determinado imóvel eleito pelo contratante-locatário, para ali incorporar a obra especialmente planejada.”

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8249/Built-to-Suit-aspectos-praticos-da-vontade-de-contratar>

Assim, podemos, dizer sobre a locação sob encomenda, também denominada de locação sob medida “built to Suit” que ela consiste em um negócio jurídico, por meio da qual um investidor aceita adquirir um imóvel para nele fazer a construção ou uma reforma substancial, de acordo com as necessidades de especificações do futuro locatário, alugando o imóvel para o locatário que encomendou o bem, geralmente por um longo prazo, recebendo como contraprestação, aluguéis que remuneram não apenas o uso do bem, mas também os investimentos que foram feitos.

É uma espécie de locação na qual o bem locado foi construído ou reformado pelo futuro locador de acordo com as exigências e parâmetros feitos pelo futuro locatário.

## **2.2. DA PREVISÃO LEGAL E NATUREZA JURÍDICA DO “BUILT TO SUIT” NO DIREITO PRIVADO:**

Como já dissemos, o *built to suit* existe na iniciativa privada há muitos anos, mas só recentemente foi regulamentado pelo legislador. A Lei nº 12.744/2012 inseriu um artigo da lei de locações (Lei nº 8.245/91) tratando sobre o tema:

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.

Os contratos de “*built to suit*”, geralmente, são de longo prazo e com cláusula penal muito alta para o caso de distrato.



Isso porque o valor do aluguel abrange não apenas a remuneração pelo uso do bem, mas também, um retorno para o investimento pelo locador para a aquisição, construção ou reforma da coisa locada.

O “*built to suit*” era considerado um contrato atípico, mas, o advento da Lei nº 12.744/2012, que inseriu o artigo 54-A, na lei do inquilinato, esse tipo de negócio passou a ter natureza jurídica de um contrato especial de locação.

#### **2.4. DA PREVISÃO LEGAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:**

A possibilidade de utilização do “*built to suit*” nos contratos administrativos, foi expressamente introduzida pela Lei nº 13.190/2015, no artigo 47-A da Lei nº 12.462/2011, conforme se observa da transcrição que segue:

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

Nesse tipo de contrato, é possível que, o locador já seja proprietário do bem, nele construindo ou fazendo a reforma de acordo com as necessidades da Administração, mas também, pode acontecer que o Locador não seja o proprietário e, por força do contrato, se comprometa a adquirir o bem e nele construir a edificação planejada pela administração pública.

Pode, também, acontecer de que o locador se comprometa contratualmente em construir, com recursos próprios, sobre imóvel pertence a própria Administração Pública. Deste modo, o investidor não precisará comprar o imóvel, mas apenas construir as instalações públicas (prédio) na forma determinada pela Administração Pública, sendo, portanto, para ele menos custoso. Para o Poder Público também é vantajoso porque ele não tinha recursos para construir o prédio, apesar de possuir o imóvel.



Repare que o investidor contratado, constrói as instalações públicas e irá alugar apenas o prédio (a construção realizada) e não o terreno, porque ele não pertence à Administração Pública.

O TCU tem considerado a construção em imóvel da própria administração, como forma válida de contrato administrativo. Vale ressaltar, no entanto, que, para o particular construir no terreno pertencente ao Estado, é necessário que, antes disso, o Estado conceda a ele o direito de superfície sobre o imóvel. O direito de superfície é o direito real concedido, de forma gratuita ou onerosa, pelo proprietário do imóvel a outra pessoa (chamada de superficiário) por meio do qual esta passa a ter a autorização de construir ou plantar no terreno. O direito de superfície é concedido mediante escritura pública, devidamente registrada no cartório de registro de imóveis, conforme disciplina o artigo 1369 do Código Civil.

## **2.5. É PRECISO LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO “BUILT TO SUIT”?**

Em regra sim. Os contratos de locação celebrados pela Administração Pública serão em regra, precedidos de licitação (artigo 2º da Lei 8.666/93).

Porém, a licitação não será obrigatória nos casos em que ela for dispensável, na conformidade das exceções disciplinadas no artigo 24, da Lei de Licitação e Contratações Públicas, a Lei nº 8.666/93, ou for declarada inexigível, na forma do artigo 24, do mesmo diploma legal.

No artigo 24, X, da Lei 8.666/93, existe a previsão de uma exceção muito ampla, que abrange a maior parte das hipóteses de locação de bens imóveis. Vejamos:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o



ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

Procuradoria - Geral

preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

Pergunta-se então: **Este inciso X do artigo 24 da Lei 8.666/93 aplica-se ao contrato do artigo 47-A da Lei 12.462/2012? Em outras palavras, o contrato de locação sob encomenda (*built to suit*) pode ser feito sem dispensa de licitação, com base no artigo 24, X, da Lei de Licitações?**

A resposta é **SIM**. Os artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 que tratam sobre a dispensa e inexigibilidade de licitação, são aplicáveis ao contrato de locação sob encomenda. Existe previsão expressa nesse sentido na Lei nº 12.462/2012:

“Art. 47-A (...)

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

Assim, na teoria, exige-se licitação para a locação sob encomenda. No entanto, na prática, em se tratando de bens imóveis, a contratação *built to suit* será de forma direta, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, X, da Lei nº 8.666/93.

Anteriormente a introdução do art. 47-A na Lei nº 12.462/2012 havia uma decisão do TCU afirmando que a locação sob encomenda era possível, inclusive com a dispensa de licitação, desde que o terreno onde fosse construído o imóvel fosse de propriedade do futuro locador (Acórdão 1301/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6, relator Ministro Substituto André Luís Carvalho, revisor Ministro Benjamin Zymler, 29/05/2013).

A introdução do art. 47-A pela Lei nº 13.190/2015 difundiu esse modelo de locação, que possui inúmeras vantagens para a Administração Pública, devendo, no entanto, ser utilizado com cautela e sob intensa fiscalização dos órgãos de controle para que não sirva como instrumento de corrupção e favorecimentos indevidos de terceiros.





ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

**Procuradoria - Geral**

Por outro lado, vale ressaltar que deve ser demonstrada a compatibilidade do preço com o valor do mercado, segundo avaliação prévia, sob pena de ofensa à Lei de Licitações.

Um fato interessante é que o contrato de locação sob encomenda poderá prever que, ao final da locação, o bem passe a integrar o patrimônio da Administração Pública. Assim, numa contratação pelo prazo de 20 anos, ao final do contrato, o imóvel onde funciona determinado órgão público, passa a pertencer ao Município. Tal possibilidade foi trazida pelo § 2º do art. 47-A da Lei nº 12.462/2012, inserido pela Lei nº 13.190/2015. Vejamos:

“Art. 47-A

(...)

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

Obviamente que, sendo prevista essa possibilidade, o prazo de duração do contrato deverá ser bem extenso para ser possível o retorno do investimento realizado considerando que, na verdade, não se trata unicamente de uma locação, mas sim, de uma verdadeira compra e venda diluída em longas prestações.

De outra sorte o § 3º do art. 47-A da Lei nº 12.462/2012, inserido pela Lei nº 13.190/2015, estipula um limite máximo para o valor do aluguel no caso de locação sob encomenda:

“Art. 47-A

(...)

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

Como dissemos acima, por decisão do TCU, no Acórdão 13/01/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6, a locação sob medida era permitida antes da Lei nº 13.190/2015.



ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

Procuradoria - Geral

O Prof. Ronny Charles, em sua obra sobre licitações e contratos, explica:

**“Na locação sob medida (operação *built to suit*), os contratos são firmados por prazo longo, antes mesmo da construção do imóvel, para que este seja construído de forma a atender os interesses do locatário. Mesmo sem uma regulamentação específica, alguns gestores públicos passaram a adotar essa forma de “locação”, acordando com o particular, antes mesmo da construção do imóvel, as condições exigidas para que fosse formalizada a futura contratação.” (Lei de Licitações Públicas comentadas. 6ª Ed., Salvador: Juspodium, 2015, p. 261)”** Nosso grifo.

Assim, considerando os argumentos expostos, tem-se por possível à Administração Pública efetuar locação sob demanda (*built to suit*) junto à particularidades, mediante contratação direta, a saber, via dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, X, da Lei 8666/93. Para tanto, a Administração Pública deverá atender de forma cumulativa o seguintes requisitos:

- a) As necessidades de instalação e de locação devem condicionar a escolha do imóvel para o qual a Administração pretende buscar a locação;
- b) O preço da locação deve ser compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- c) Os autos do procedimento de dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, X, da Lei 8.666/93 devem estar motivados com as razões de fato e de direito, mediante colocação de estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que regula o processo administrativo;
- d) A junção do serviço de locação (parte principal) com o da execução indireta de obra (parte acessória) deve apresentar economia de escala, garantindo, dessarte, que a reportada locação sob encomenda não ofende o princípio do parcelamento do objeto, previsto no artigo 23, § 1º da Lei 8.666/93.



Confirmada no tópico precedente a possibilidade de a Administração Pública efetuar locação sob demanda (*built to suit*) junto à particulares, mediante dispensa da licitação fundamentada no artigo 24, X, da Lei 8.666/93, cumpre, aqui, verificar se referido permissivo permanece no caso de o respectivo imóvel ou edificação ser de propriedade do Poder Público contratante (locatário) e não do particular (locador).

A questão é de fácil deslinde. Isso porque um dos requisitos para efetivação da dispensa fundamentada no artigo 24, X da Lei 8.666/93 é de que, as necessidades de instalação e de localização devem condicionar à escolha do imóvel para o qual a Administração pretende buscar a locação, conforme assentado no tópico precedente.

### **III. CONCLUSÃO:**

Pelo exposto, considerando que:

a) É possível a locação sob demanda *built to suit*, prevista no artigo 54-A da Lei 8.245/91, a qual poderá ser contratada pela Administração Pública em regime de direito privado, com base no artigo 62, § 3º, I da Lei 8.666/93, desde que demonstrada a viabilidade técnica e econômica desse tipo de contratação, se comparada com outras alternativas possíveis, devendo-se, ademais, observar as regras dispostas nos artigos 55, 58, 59, 60 e 61 da Lei 8.666/93;

b) É possível à Administração Pública efetuar locação sob demanda "built to suit" junto à particulares, mediante contratação direta, a saber, via dispensa de licitação fundamentada no artigo 24, X, da Lei 8.666/93, para tanto, a Administração Pública deverá atender de forma cumulativa os seguintes requisitos:

b.1) As necessidades de instalação e de localização devem condicionar a escolha do imóvel para o qual a Administração pretende buscar a locação;



ESTADO DO TOCANTINS  
**CÂMARA MUNICIPAL DE PALMAS**

**Procuradoria - Geral**

b.2) O preço da locação deve ser compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

b.3) Os autos do procedimento de dispensa de licitação fundamentada no art. 24, X, da Lei 8.666/93, devem estar motivados com as razões de fato e direito, mediante colação de estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios, que regula o processo administrativo;


b.4) A junção do serviço de locação (parte principal) com a execução indireta de obra (parte acessória) deve apresentar economia de escala, garantindo, dessarte, que a reportada locação sob encomenda não ofende o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23º, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

c) É possível à Administração Pública efetuar locação sob demanda (buit to suit) junto a particulares, ainda que a construção ou reforma ocorram em imóvel ou edificação de propriedade pública; nessa hipótese, é obrigatória a realização de licitação, preferencialmente na modalidade concorrência, devendo-se, antes de se operacionalizar o mencionado contrato (locação sob medida), com o particular construindo sobre propriedade pública, concedendo-lhe o direito de superfície, nos termos disposto no art. 1.369 do Código Civil.

d) Não é possível à Administração Pública efetuar locação sob demanda (buit to suit) junto a particulares, mediante dispensa de licitação fundamentada no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, quando a construção ou reforma ocorrerem em imóvel ou edificação de propriedade pública.

Esse é o **Parecer** que submetemos à apreciação superior.

Palmas/TO, 22 de Fevereiro de 2021.

  
**Khellen Alencar Calixto Neves**  
Procuradora Geral da Câmara Municipal de Palmas/TO  
Matrícula nº 23894  
OAB/TO nº 6.856