PAULA MIRALLES DE ARAUJO

**CONTRATOS *BUILT TO SUIT*
QUALIFICAÇÃO E REGIME JURÍDICO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

SÃO PAULO

2015

PAULA MIRALLES DE ARAUJO

**CONTRATOS *BUILT TO SUIT*
QUALIFICAÇÃO E REGIME JURÍDICO**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À BANCA EXAMINADORA
DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO
PAULO, COMO EXIGÊNCIA PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO, NA ÁREA DE
CONCENTRAÇÃO DIREITO CIVIL, SOB A ORIENTAÇÃO DO
PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2015

ARAUJO, Paula Miralles de

Contratos *Built to suit*. Qualificação e Regime Jurídico. São Paulo, 2015, 146 pp.

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Professor Titular Dr. Fernando Campos Scaff

AGRADECIMENTOS

A todos os familiares e amigos que apoiaram e compreenderam o tempo e a energia dedicados a este trabalho, especialmente à minha MÃE e à amiga e colega de trabalho JÉSSICA RICCI GAGO. A todos que contribuíram para o texto, principalmente ao meu irmão CAIO MIRALLES DE ARAUJO e às amigas ROBERTA VISCONTI e PATRÍCIA BIAVA pela revisão e comentários.

ARAUJO, Paula Miralles de. Contratos Built to suit. Qualificação e Regime Jurídico. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, 146 pp.

RESUMO: O objetivo desta dissertação é apresentar uma análise profunda sobre os contratos *built to suit* ou contratos de “locação nos contratos de construção ajustada”. Para tanto, parte-se do exame das peculiaridades, obrigações e dos deveres inerentes a esse modelo contratual. A partir daí, com base na teoria dos contratos atípicos, busca-se apresentar as variáveis e os critérios que podem nortear sua qualificação e, como consequência, a definição das regras a ele aplicáveis. Pretende-se também apresentar o exame do contrato no contexto de conexão negocial no qual ele normalmente se insere na prática jurídica. As conclusões dessa análise serão, ao final, examinadas à luz da Lei do Inquilinato, especialmente das alterações incluídas pela Lei nº. 12.744, de 19 de dezembro de 2012.

Palavras-chave: Contratos. *Built to suit*. Contratos atípicos. Locação. Qualificação contratual.

ARAUJO, Paula Miralles de. Built to suit contracts. Qualification and Applicable Rules. Master degree. Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2015, 146 p.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to present an in-depth assessment of built to suit contracts or “lease agreements in adjusted construction contracts.” To that end, this essay will first analyze the particularities, obligations and duties that are inherent to that contractual type. Subsequently, based on the unregulated contracts doctrine, this essay will seek to present the variables and criteria that may serve as guidelines to qualify those contracts and, accordingly, to unveil the rules applicable to them. This paper will also examine those contracts in their business context from a legal practice perspective. Lastly, the conclusions of this assessment will be considered in light of the Brazilian Tenancy Law, and more specifically of the amendments brought by Law No. 12,744, of December 19, 2012.

Keywords: Contracts. Built to suit. Unregulated contracts. Lease. Contract qualification.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
 1. ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	
1.1. O OBJETO DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	15
1.2. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> NO CONTEXTO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS MERCANTIS	19
1.3. TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> E O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL IMOBILIÁRIO.....	24
1.4. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> NO MERCADO IMOBILIÁRIO NORTE AMERICANO	29
 2. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> NO CONTEXTO DA TEORIA DA ATIPICIDADE CONTRATUAL	
2.1. TIPICIDADE CONTRATUAL: RACIONALIDADE E FUNÇÃO.....	37
2.2. CONTRATOS ATÍPICOS PUROS E CONTRATOS MISTOS	43
2.3. DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS MISTOS E CASOS DE UNIÃO DE CONTRATOS	47
2.4. NEGÓCIOS JURÍDICOS INDIRETOS.....	50
 3. A PROBLEMÁTICA DA QUALIFICAÇÃO E DA DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS	
3.1. O PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL E SUA UTILIDADE. A INSUFICIÊNCIA DO RACIOCÍNIO DE SUBSUNÇÃO COM BASE NOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO	55
3.2. O MÉTODO TIPOLÓGICO: A RECONDUÇÃO AO TIPO.....	60
3.3. O RECURSO À IDEIA DA CAUSA COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL.....	63
3.4. AS TEORIAS DA ABSORÇÃO, COMBINAÇÃO E APLICAÇÃO ANALÓGICA. O CASO DOS CONTRATOS MISTOS	66
3.5. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> E O CENÁRIO DOS DIFERENTES MÉTODOS DE QUALIFICAÇÃO.....	69
 4. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> COMO “OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA”	
4.1. O CENÁRIO DE INTER-RELAÇÃO CONTRATUAL DA CHAMADA “OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA” <i>BUILT TO SUIT</i>	75

4.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGRAMENTO DA CESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE.....	77
4.3. A SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS	83
4.4. A DINÂMICA DA UTILIZAÇÃO DA CESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E DA SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS ASSOCIADAS AOS CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i>	86
4.5. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CENÁRIO DE CONEXÃO CONTRATUAL VERIFICADO NOS CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i>	91
4.6. CONSEQUÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO CENÁRIO DE CONEXÃO CONTRATUAL.....	96
4.7. EFEITOS DA CONEXÃO CONTRATUAL NA DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS	98
 5. A ANÁLISE DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> À LUZ DA LEI DO INQUILINATO	
5.1. A LEI 12.744/12 E A ATIPICIDADE DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	103
5.2. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DOS ALUGUÉIS E ALTERAÇÃO DO REGIME DA MULTA CONTRATUAL PARA O CASO DE DENÚNCIA PELO LOCATÁRIO.....	111
5.3. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCEDIMENTAIS E DAS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI DO INQUILINATO	117
5.4. DA OBRIGAÇÃO DO EMPREENDEDOR DE CONSTRUIR O IMÓVEL. O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> E OS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO	122
 CONCLUSÃO	127
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
 JULGADOS CONSULTADOS	145

INTRODUÇÃO

O aquecimento econômico do país nas últimas décadas impulsionou investimentos e possibilidades de financiamento empresarial, incentivando investidores e empresas a atuar de modo mais efetivo e presente em diferentes localidades do território nacional, por meio do estabelecimento de novos centros de distribuição ou filiais¹. Associado a isso, foram superados antigos modelos industriais e comerciais, o que direcionou as empresas à modernização, otimização e renovação de seus espaços operacionais e produtivos, também motivadas por novos padrões de produção e de responsabilidade ambiental.

O crescimento e o desenvolvimento de negócios empresariais não poderiam deixar de refletir no desenvolvimento de figuras contratuais mais condizentes e adequadas à dinâmica desse mercado. Nesse contexto, a fim de fazer frente às necessidades dos atores do mercado imobiliário, ganham espaço novos tipos de contratos de construção civil e de utilização de imóveis.

Trata-se de contratos de longa duração, geralmente integrados a uma cadeia contratual complexa destinada a conclusão de grandes empreendimentos e que vêm se tornando cada vez mais comuns àqueles que operam no direito empresarial. Essas estruturas contratuais assemelham-se a modelos típicos, mas criam arranjos obrigacionais particulares.

Assim, paralelamente aos tipos contratuais já familiares ao nosso Código Civil², a prática aponta para a crescente presença de contratos atípicos, tais como os contratos de “EPC” (*engineering, procurement and construction*); o “EPCM” (*engineering, procurement and construction management*); o “FEED” (*Front End Engineering Design*); o “turn-key”. Todos esses contratos visam, em última análise, à consecução de uma obra de construção complexa. Contudo, diferem-se, principalmente, no que diz respeito à definição

¹ Esse contexto incentivou investimentos no setor imobiliário:

“The real estate industry holds enormous potential. Primary and secondary markets are expanding at a considerable rate. Brazil is an agricultural, commodities, and industrial juggernaut. The growth in these three areas is creating a gigantic demand for all sorts of real estate – residential (for-sale, service apartment, and rental), office (CBD and R&D), retail (malls, power centers, shops), hotel (luxury and business class), and industrial (warehouse and logistics, particularly at the ports), with double-digit GDP growth on a large base, and much of this growth its concentrated in the large cities”.

LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment. Investing in China, India, and Brazil*. Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2010, p. 173.

² Pode-se apontar como contratos usualmente empregados na Construção Civil os contratos de prestação de serviços (artigos 593 e seguintes, do Código Civil) e os contratos de empreitada (artigos 610 e seguintes, do Código Civil).

do preço, ao escopo das obrigações atribuídas a cada uma das partes, à distribuição de riscos e responsabilidades, dentre outras particularidades³.

A configuração contratual que se nomeou de *built to suit*⁴ também se insere nesse contexto. Todavia, tem como escopo a entrega de imóvel “encomendado” construído conforme especificações do contratante e para mera locação, que permanecerá em propriedade daquele que o construiu. Assim, as partes contratam a construção de imóvel conforme as especificações do futuro ocupante, para que o uso desse imóvel seja a ele cedido mediante o pagamento de prestações mensais que deverão remunerar tanto a construção do imóvel, quanto seu uso durante determinado período.

Nesse sentido, o *built to suit* tem sido visto como opção para empresas que pretendem expandir territorialmente sua atuação ou renovar suas instalações sem imobilizar alto capital para a aquisição de imóveis adequados à sua atividade.

Embora se trate de modelo de contrato utilizado já com bastante frequência, sua disciplina jurídica, até recentemente, não havia sido definida com clareza. Com efeito, o contrato *built to suit* era completamente estranho à nossa legislação e somente foi objeto de regulamentação pela Lei nº. 12.744, de 19 de dezembro de 2012 (“Lei 12.744/12”), que introduziu, na Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991 (“Lei do Inquilinato”), alterações aplicáveis aos contratos *built to suit*, denominando-os como “*locação nos contratos de construção ajustada*”.

A Lei nº. 12.744/12 originou-se da preocupação de que a aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit* poderia gerar desequilíbrio entre os contratantes caso

³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos de Engenharia e Construção*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo e PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, pp. 13-42.

Para esse autor, os contratos de EPC e *turn-key* podem ser classificados como variações de empreitada, mas dela se diferenciam quanto à distribuição de riscos, forma de pagamento, complexidade da obra, sem fugir, contudo, das regras gerais daquele tipo contratual. Já quanto ao contrato de EPCM, em que pese seu objeto envolver obrigações de fazer, as obrigações diferem-se daquelas do empreiteiro, sendo mais adequado caracterizá-lo como um novo tipo contratual ou um tipo de prestação de serviços.

⁴ Cf. FABIO CILLI, o termo, cuja tradução literal para o português pode ser dada como “construído para servir” ou, mais especificamente “construído sob encomenda”, tem origem nos Estados Unidos.

CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 7

Nos artigos acadêmicos e na prática de mercado é comum encontrar a denominação “built to suit” (verbo “to build”, que significa “construir”, no passado), com e sem hífen. No presente estudo, opta-se pela utilização da denominação sem hífen.

se desconsiderassem as especificidades desse contrato, muito embora se reconheça sua proximidade e similitude ao contrato de locação.

Dadas as características desse contrato a preocupação mostrou-se fundamentada. Isso porque as prestações oriundas do contrato, para o empreendedor imobiliário, ultrapassam a simples obrigação de disponibilizar ao ocupante o uso e fruição de imóvel, abrangendo também a sua construção ou reforma conforme encomendado pelo ocupante. De outro lado, a prestação atribuída ao ocupante ultrapassa a simples remuneração do uso do bem, cabendo-lhe, também, a obrigação de remunerar a construção ou reforma do imóvel.

Desse modo, as obrigações de construir o imóvel e ceder seu uso e, respectivamente, a obrigação de remunerar a construção e o uso do imóvel são elementos essenciais do modelo contratual *built to suit* e, portanto, a ele indissociáveis, o que pode desqualificá-lo como mera locação. Daí porque se afirmou que esse contrato não estaria submetido à Lei do Inquilinato ou se desenvolveram esforços de afastá-lo da seara dessa lei^{5- 6}.

Ainda que a Lei 12.744/12 tenha, em certa medida, buscado afastar a insegurança relacionada à ausência de definição da disciplina jurídica do contrato *built to suit*, não se pode dizer que todos os seus aspectos mais relevantes tenham sido regulamentados expressamente. Além disso, doutrina e jurisprudência sobre o assunto são bastante escassas e não apresentam a análise desse contrato em um contexto mais amplo e em termos mais profundos que justifiquem as razões do afastamento ou da aproximação do contrato *built to suit* dos termos da Lei do Inquilinato.

Nesse sentido, o presente estudo pretende investigar a racionalidade e os fundamentos jurídicos por trás do afirmado descabimento da aplicação direta da Lei do Inquilinato e de outras regras próprias de outros tipos contratuais ao contrato *built to suit*.

⁵ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Insegurança nos contratos built to suit*. Valor Econômico. 15/09/2011 Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit>

⁶ “The leasing law in Brazil allows tenants to end the lease at will in certain cases, regardless of the tenant lease length, so these leases will never be totally solid, especially in the current economic environment. Some exceptions that allow the relationship to be excluded from regulation by the leasing legislation are the build-to-suit projects and other agreements like forcible arbitration”.

LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment*. Investing in China, India, and Brazil. Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, 2010, p. 203.

Essa análise passará não apenas pelo exame pontual do contrato, mas também pelo exame da operação imobiliária na qual ele poderá estar envolvido, principalmente quando associado a operação de securitização de créditos como meio de captação de recursos, mecanismo apontado como responsável pela popularização desse tipo de contrato⁷.

A abordagem que se apresenta considera a superação da visão rígida da dicotomia entre tipicidade e atipicidade contratual, resultado da crescente dinamização das relações contratuais atuais e das atuais possibilidades oferecidas à liberdade privada.

Para tanto, a pesquisa apresenta cinco capítulos. Em seu capítulo introdutório, busca-se fornecer ao leitor os elementos necessários à individualização e à identificação da autonomia do contrato objeto de estudo, por meio da apresentação de seus traços essenciais e de seu objeto, bem como pela diferenciação de figuras contratuais semelhantes.

Além disso, com o intuito de limitar o escopo do estudo, o capítulo introdutório estabelece importante premissa, tomando o *built to suit* como um contrato de caráter empresarial. Finalmente, sem a pretensão de apresentar uma análise de direito comparado, analisa-se a suposta origem norte-americana do contrato *built to suit* buscando explorar sua regulamentação originária, de modo a evidenciar a problemática da “importação” direta desse modelo contratual sob as regras da legislação nacional.

Demonstradas as especificidades do contrato *built to suit*, a fim de se expor as premissas dogmáticas da análise de sua tipicidade ou atipicidade, serão apresentados os principais conceitos atinentes à matéria e à sua abordagem atual.

Nesse sentido, serão também expostas as classificações doutrinárias dos contratos atípicos com a finalidade de fornecer os subsídios necessários para a análise qualificativa e para a definição das regras aplicáveis ao contrato que, ao final, pretende-se responder com este trabalho. Evita-se, porém, atribuir maior relevo às classificações do que

⁷ “No mercado imobiliário, é fácil perceber que, para atender à crescente demanda por imóveis, sobretudo nos grandes centros urbanos, é indispensável mobilizar financiamentos e investimentos de longo prazo, tanto para produção como para a comercialização.

É nesse contexto que surge a securitização de créditos imobiliários, mecanismos de captação de recursos no mercado de capitais por meio de venda de títulos vinculados a créditos oriundos de negócios imobiliários.

Por esse mecanismo, a empresa que seja titular do crédito correspondente aos saldos a receber de compradores de imóveis cede esses direitos creditórios visando antecipar receitas e, assim, financiar sua atividade empresarial”.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2012, p. 460.

o necessário à compreensão da exposição do objeto central de pesquisa, sob pena de se pecar pelo excesso de categorização, fugindo da utilidade prática que devem ter.

Exposta a problemática da matéria, passa-se à análise da atividade de qualificação contratual, mediante a abordagem das dificuldades do tema frente a fluidez dos conceitos envolvidos, e das diferentes soluções desenvolvidas pela doutrina.

Acredita-se que, a partir daí, todos os elementos necessários para o exame da qualificação e da disciplina jurídica do contrato em análise terão sido apresentados, sendo possível, assim, compreender a posição adotada nesta pesquisa quanto à qualificação do contrato *built to suit* como uma espécie de contrato de locação, embora não se possa afirmar por sua rígida tipicidade.

Em razão da necessidade de se considerar todos os aspectos do contrato, inclusive o contexto fático em que ele é normalmente celebrado, o quarto capítulo busca apresentar o exame do contrato *built to suit* dentro do cenário de conexão contratual no qual costuma estar envolvido. Apresentam-se, também, as importantes consequências interpretativas que resultam desse cenário e, inclusive, as consequências relacionadas à definição das regras incidentes à disciplina contratual – o que foi reconhecido indiretamente pela Lei 12.744/12.

Com efeito, não se pode perder de vista o fato de que a prática do mercado imobiliário tem utilizado o contrato *built to suit*, com grande frequência, de modo associado a diversos outros negócios jurídicos. Chama atenção, sobretudo, a sua associação à operação de securitização de créditos imobiliários e, muitas vezes, à cessão de Direito de Superfície, contratos que, juntos, constituem relevante cenário de coligação negocial.

A inegável conexão verificada entre esses contratos acarreta consequências diretas à interpretação do contrato *built to suit*, que motivaram a alteração legislativa da Lei do Inquilinato como resultado da rápida mobilização de empresas e advogados na propagação da insegurança que a ausência de regras claras aplicáveis ao contrato poderia causar.

Assim, o último capítulo busca analisar as consequências da Lei 12.744/12 à definição das regras incidentes sobre o contrato *built to suit*. Serão abordados, nesse sentido, a prevalência das condições estabelecidas pelas partes, bem como a possibilidade de

aplicação subsidiária da Lei do Inquilinato, o regime especial da revisão de aluguéis e da cláusula penal.

Da mesma forma, sem desprezar as prestações relacionadas à construção ou reforma do imóvel, também se analisará a conveniência da aplicação, aos contratos *built to suit*, de regras próprias do contrato de empreitada e contratos de construção em geral, ainda que por analogia.

Como resultado dessa análise e tendo em vista a dinâmica e fluidez dos conceitos envolvidos, bem como a valorização da dinamicidade contratual e da liberdade das partes, pretende-se apresentar, ao final, uma resposta à qualificação e à definição das regras aplicáveis aos contratos *built to suit*.

1. ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

1.1. O OBJETO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

Cada vez mais frequente no mercado imobiliário nacional, o contrato *built to suit* tem se mostrado uma boa opção àqueles que buscam se utilizar de imóvel projetado e construído especificamente para atender às suas exigências técnicas, operacionais, de localização e de disposição de espaço (nem sempre disponível no mercado de locação comercial), sem, no entanto, assumir o ônus de adquirir o imóvel para si.

Por meio desse contrato, um empreendedor imobiliário (a quem se denominará “empreendedor” ou “locador”) se compromete a construir ou reformar imóvel de sua propriedade de acordo com as especificações definidas pelo contratante (denominado, por sua vez, de “ocupante” ou “locatário”), para, ao final da construção ou da reforma, ceder a ele o uso desse imóvel, por tempo determinado, mediante o pagamento de prestações periódicas (“aluguéis”) que remunerarão tanto o uso do bem quanto sua construção ou reforma.

Em sua configuração mais comum⁸, sob a aprovação do futuro ocupante do imóvel, o empreendedor se encarrega da aquisição de terreno adequado e em localização conveniente, assim como da construção do imóvel especificado em contrato, o que se dá, normalmente, conforme projeto previamente aprovado pelo ocupante ou por terceiro por ele contratado e, finalmente, de entrega do imóvel para pronta ocupação, uso e, a depender do tipo do imóvel, operação.

Em contrapartida, a partir do início da utilização do imóvel ou de outra data convencionada em contrato⁹, o ocupante pagará ao empreendedor a remuneração pelo uso do imóvel e por sua construção.

Assim, indistintamente da variação de sua estrutura obrigacional, o objeto do contrato *built to suit* diz respeito, de um lado, à construção ou à reforma de determinado

⁸ Dada a ausência de regramento legal específico aplicável a todos os seus aspectos, o contrato *built to suit* poderá assumir diversas configurações no que tange às obrigações e deveres das partes, garantias contratuais, distribuição de riscos, etc. Diante da impossibilidade de se abordar todas essas variáveis, em razão da limitação do tema e espaço deste estudo, a análise apresentada considera, a princípio, a configuração mais comum verificada na prática do mercado.

⁹ Pode-se convencionar, por exemplo, uma data certa para início do pagamento dessa remuneração, independentemente do término da obra, seja em razão de eventuais atrasos, seja em razão da limitação dos investimentos iniciais.

imóvel e à sua cessão para uso pelo empreendedor e, de outro, ao pagamento de remuneração pela construção e uso desse imóvel pelo ocupante.

Trata-se de contrato bilateral, oneroso, consensual e de trato sucessivo, largamente utilizado na prática do mercado imobiliário, a despeito da ausência de regramento legal detalhado a ele aplicável. Apesar da recente edição da Lei 12.744/12, que o nominou como “locação nos contratos de construção ajustada”, o contrato *built to suit* permanece carente de regramento legal completo, o que possibilita, na prática, a adoção de diferentes configurações no que diz respeito à distribuição de obrigações, deveres e responsabilidades, bem como no que diz respeito à sua interação com diferentes contratos com que pode estar relacionado.

A Lei 12.744/12 introduziu o artigo 54-A na Lei do Inquilinato, definindo o contrato *built to suit*¹⁰ como a “*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*”. Nota-se que o legislador compreendeu o contrato como mera locação, diferenciada, no entanto, pelo fato de que é precedida de construção, reforma substancial, ou aquisição do imóvel pelo locador e, também, pelo fato de que o objeto do contrato é imóvel “especificado” pelo locatário.

Contudo, desde muito antes da edição da Lei 12.744/12, esse tipo de contrato vem sendo utilizado como meio de proporcionar a oferta de imóveis corporativos, comerciais, galpões industriais e logísticos, centros de distribuição¹¹, dotados de especificidades técnicas e operacionais definidas conforme a atividade do ocupante que, ao mesmo tempo, não se vê obrigado a imobilizar alta soma de capital para aquisição desse imóvel. O contrato *built to suit* também tem sido utilizado no âmbito das contratações com o Poder Público¹² como meio de contornar a indisponibilidade imediata de recursos para a

¹⁰ Embora a Lei 12.744/12 não se utilize dessa denominação, o Projeto de Lei que lhe deu origem, bem como a justificção de sua propositura, faz referência expressa ao *built to suit*.

¹¹ GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*. Revista de Finanças Aplicadas, disponível em <http://www.financasaplicadas.net/ojs/index.php/financasaplicadas/article/view/171>, consulta em 26/07/2014.

¹² CAVAZANI, Cecília Reia. *Built-to-suit: formas de contratação pela administração pública*. 12ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society, Setembro 2012, disponível em <<http://www.lares.org.br/2012/images/633-946-1-DR.pdf>>

aquisição, construção ou adaptação de imóveis para a instalação de órgãos ou entidades públicas¹³.

A ausência de necessidade de imobilização de capital pelo ocupante é apontada pelas empreendedoras e construtoras que oferecem o contrato *built to suit* como “produto” ao mercado imobiliário como uma das vantagens associadas a esse tipo de contratação¹⁴. Outro atrativo refere-se à possibilidade de equiparar, contabilmente, a despesa arcada pelo ocupante do imóvel para remuneração de sua construção e uso à despesa de aluguel e, portanto, à despesa operacional. Desse modo, desde que o imóvel esteja relacionado à atividade objeto da empresa, a despesa de sua utilização será dedutível, hipótese mais vantajosa em termos tributários¹⁵.

Do ponto de vista do empreendedor imobiliário, o contrato *built to suit* também apresenta benefícios. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a construção do imóvel, desde a escolha do local e da elaboração do projeto, é direcionada a um ocupante pré-definido, o que lhe poupa os esforços de oferta e de venda do imóvel no mercado imobiliário¹⁶. Além disso, ele conta com diversas opções de financiamento para a construção do empreendimento, tal como a captação de recursos no mercado financeiro ou no mercado de capitais, razão pela qual nem sempre será necessário o emprego imediato de altos investimentos iniciais suficientes à construção completa do imóvel.

Pode-se dizer, assim, que o contrato *built to suit* é “figura particularmente vocacionada a disciplinar os diferentes interesses que cercam a edificação de obras

¹³ Menciona-se, nesse sentido, acórdão do Tribunal de Contas de União, nº. 1301/2013, proferido no processo nº. 046.489/2012-6 e, especificamente, voto do Ministro Benjamin Zymler:

“Para justificar a estruturação dessa operação no setor público, os motivos informados pelos gestores públicos situam-se, em essência, na inexistência ou no contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição plena de terrenos e construção completa de imóveis, no alto custo das reformas realizadas em imóveis alugados pela administração pública junto ao setor privado sem devolução posterior pelo locador dos valores não amortizados e na falta, junto ao mercado imobiliário, de edificações que atendam às necessidades de estruturação operacional dos órgãos, de forma a melhor prestarem os serviços públicos”.

¹⁴ É grande a quantidade de construtoras que oferecem o produto com base nessas vantagens. A título de ilustração, vide <http://www.lax.ind.br/financiamentos/built-to-suit/> e <http://www.otus.com.br/samba/nossos-negocios/built-to-suit>

¹⁵ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Insegurança nos contratos ‘built to suit’*. Artigo publicado em Valor Econômico, 15.09.2011. Disponível em <<http://www.valor.com.br/legislação/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit>>.

¹⁶ VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to Suit – Operação de Crédito Imobiliário Estruturada*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n. 27, ano 8, jan-mar, Editora RT, 2005.

marcadas por características bastante específicas”, razão pela qual se tem mostrado de larga utilização no mercado imobiliário empresarial¹⁷.

Salvo estipulação diversa dos contratantes, o empreendedor imobiliário poderá realizar a construção do imóvel por si mesmo ou por terceiros. Geralmente, ficam a seu cargo, perante o ocupante e eventual construtor contratado, as despesas relativas à construção da obra. Além disso, em regra, a contratação de terceiro para a construção do imóvel depende da aprovação do futuro ocupante, que poderá, inclusive, supervisionar a obra, por si ou por terceiro, a fim de assegurar-se de que a remuneração do construtor será mantida em conformidade com eventual preço máximo definido no contrato de construção ou no próprio *built to suit*, já que isso refletirá diretamente no valor da remuneração a ser paga ao empreendedor pelo uso do imóvel.

Embora a celebração do contrato possa ser anterior à existência do imóvel, as obrigações do futuro ocupante, de pagamento de contraprestação por sua construção e ocupação, somente serão exigíveis após determinada data estipulada em contrato, estabelecida, usualmente, após a entrega do imóvel com a emissão do “habite-se” e o atendimento das exigências legais e administrativas necessárias para a sua ocupação, que poderão ser contratualmente caracterizados como condição suspensiva das obrigações do ocupante¹⁸.

Em razão da especificidade do imóvel a ser construído, dada a dimensão dos investimentos necessários à sua construção e também em razão da complexidade da prestação das partes, a cessão do uso do imóvel é contratada por longo prazo, sendo comum verificar-se prazos de dez a vinte anos. A depender do interesse das partes, o contrato poderá prever a outorga de opção de compra do imóvel ao ocupante, ao término do prazo de ocupação contratado.

Da dinâmica descrita, observa-se que o contrato *built to suit* é contrato complexo estruturado por prestações indissociáveis e interdependentes, combinadas de modo a atingir uma única finalidade¹⁹. Observa-se, também, que essas prestações são

¹⁷ ZANETTI, Cristiano. *Build to suit: Qualificações e Conseqüências*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção Civil e direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, pp. 101-122.

¹⁸ CILLI, Fabio, *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 19.

¹⁹ “A complexidade negocial é marcada pelo fato de que a estrutura do contrato comporta várias declarações de vontade, as quais não se justapõem umas às outras, mas combinam-se entre si em função da unidade de causa”.

características dos contratos de construção (à medida que o empreendedor se compromete a entregar ao ocupante o imóvel “encomendado” de acordo com projeto previamente aprovado), e de contrato de locação (à medida que o imóvel sob construção será destinado à cessão para uso pelo futuro ocupante). Daí se concluir, desde um primeiro momento, que a combinação dessas prestações foge ao esquema contratual típico de uma locação comum, o que, por consequência, atrai toda a problemática de qualificação e definição do regime jurídico aplicável a esse contrato.

Somado a isso, a análise da dinâmica das prestações do contrato *built to suit* revela ser bastante comum sua associação a uma série de contratações paralelas, direta ou indiretamente a ele relacionadas, necessárias à consecução da construção da obra desde a fase de pré-construção (elaboração do projeto, estudo do solo, estudo de custos) até a finalização da obra por completo (incluindo a compra ou acordo de outra natureza para a utilização do terreno no qual será construída e a sua vinculação a uma estrutura complexa de financiamento e captação de recursos)²⁰. Cabe ao empreendedor a coordenação dessas relações, que poderão, em maior ou menor medida, conforme a estrutura contratual adotada, influenciar de modo significativo a interpretação e a execução do contrato *built to suit*²¹.

Este é o cenário contratual adotado como ponto de partida da presente pesquisa.

1.2. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* NO CONTEXTO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS MERCANTIS

Na escassa produção acadêmica e jurisprudencial a respeito do tema, a abordagem do contrato *built to suit* é normalmente relacionada a contratos imobiliários empresariais, comerciais e industriais voltados ao desenvolvimento de unidades produtivas

COMPARATO, Fábio Konder. *O Irredentismo da “Nova Contabilidade” e as operações de “Leasing”*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 68, pp. 50-62, 1987.

²⁰ “No Brasil, a indústria da construção é bastante fragmentada, como em quase todos os países do mundo. Ao lado das grandes construtoras brasileiras, há um imenso número de profissionais especializados em cada uma das fases construtivas. A coordenação da atuação e da contribuição dos vários atores para a obra exige um grande investimento de tempo e de recursos. A coordenação é central para o sucesso do projeto”

CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 56.

²¹ Essa interação contratual, que será mencionada ao longo de todo o presente estudo, é objeto específico do capítulo 4.

fabris, galpões, centros de distribuição, hotelaria²². Pouco (ou quase nada) se fala a respeito de sua utilização por pessoas físicas, consumidores e não empresários.

Nesse cenário, à primeira vista, revela-se característica marcante do contrato *built to suit* sua forte associação ao contexto empresarial. Tanto é que o legislador, ao alterar a Lei do Inquilinato para tratar especificamente desse contrato (com a introdução do artigo 54-A), assim o fez na Seção III desse diploma legal, que aborda especificamente as locações não residenciais.

No entanto, com base nas características do contrato, não há nenhum impedimento para a sua utilização pelo Poder Público, em obras de infraestrutura, educação e saúde, por exemplo; por sujeitos não empresários, como associações ou fundações de caráter não empresariais²³; ou mesmo por pessoas físicas.

Não se pode deixar de considerar, no entanto, que, no âmbito do Direito Privado, o maior ou menor grau de especialização e *know how* dos contratantes quanto ao objeto e às obrigações relacionados ao contrato refletirá diretamente na interpretação contratual ou até na definição do regime jurídico aplicável. Quer-se dizer que, havendo possibilidade de que o contrato *built to suit* seja celebrado fora do contexto empresarial, para sua adequada interpretação, não se poderá automaticamente classificá-lo como um contrato mercantil sem a análise do caso concreto e, principalmente, sem a análise da condição de cada uma das partes e da finalidade do negócio.

Isso se mostra ainda mais relevante diante do fato de que o empreendedor imobiliário, parte indispensável do contrato, será sempre empresário, em decorrência da

²² O contrato *built to suit* é frequentemente mencionado como solução para o setor industrial e de distribuição, inclusive em análises sobre oportunidades de investimento no setor imobiliário no país:

“The industrial sector is dominated by owner-occupiers. Build-to-suit and sale-leaseback are potential opportunities, especially when creditworthy tenants present opportunities to outsource the management of their building. New infrastructure – ports, airports, and ring roads – is being developed/planned throughout Brazil on a massive scale. The development of distribution facilities at strategic locations relative to this new infrastructure will likely be necessary”.

LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment. Investing in China, India, and Brazil*. Hoboken, New Jersey: Wiley & Sons, Inc. 2010, pp. 171-172.

²³ É o caso, por exemplo, do contrato *built to suit* firmado entre a Sociedade Esportiva Palmeiras, entidade desportiva (sem fins lucrativos) e a construtora WTorre que se tornou popular por referências na imprensa em razão do desentendimento entre as partes quanto a questões decorrentes da execução contratual.

Vide, nesse sentido: <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2013/10/1364275-escritura-da-arena-indica-que-palmeiras-tem-razao-em-briga-com-wtorre.shtml>; <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/palmeiras-x-wtorre-a-disputa-por-cadeiras-no-allianz-parque>

natureza de sua atividade²⁴, fator relevante a se considerar a fim de se evitarem eventuais abusividades contra o ocupante que, não necessariamente, atua no exercício de atividade empresarial.

Como consequência, a análise da qualificação das partes resultará na verificação da possibilidade ou não de aplicação de princípios próprios e específicos aos contratos empresariais ou, por outro lado, constatada vulnerabilidade de uma das partes, na possibilidade de aplicação de regras protetivas²⁵.

Assim, diante da necessidade de limitação do objeto de estudo, adota-se como premissa o contrato *built to suit* celebrado no contexto empresarial, entre partes de equivalente poder econômico e negocial, cuja atividade visa à obtenção de lucro. A abordagem proposta, portanto, aplica-se à relação mercantil e paritária, que afasta, a princípio, a aplicação de leis protetivas ou de interpretação mais benéfica a qualquer uma das partes.

Essa delimitação é importante à medida que, muito embora a discussão sobre as especificidades dos contratos mercantis em relação aos contratos civis seja bastante antiga, ela ainda se mostra vívida atualmente e enseja diferenças práticas relevantes, principalmente no que diz respeito à interpretação contratual.

Sinal da atualidade dessa discussão no Brasil é a recente proposição de um Projeto de Lei para a elaboração de um novo Código Comercial²⁶ tendo como objetivo, segundo o relatório de seu Anteprojeto, a ampliação da segurança jurídica do trato empresarial por meio da consolidação de “*princípios e regras próprias do direito comercial*,

²⁴ “Sendo, portanto, comerciais as empresas de construção de imóveis (ou de incorporação e construção), segue-se que assumem a qualificação de mercantis os atos e negócios jurídicos por elas realizados em cumprimento dessa atividade empresarial”

COMPARATO, Fabio Konder. *As empreitadas de Construção Imobiliária e o art. 138 do Código Comercial*, Revista de Direito Mercantil, n. 56.

²⁵ “Da qualificação de um instituto no direito comercial ou no direito civil, no direito substantivo ou no processual, no direito de família ou no das obrigações e assim por diante, decorrem, com efeito, não apenas consequências quanto à legislação internacionalmente competente, mas, também, no âmbito de cada direito interno, quanto à aplicabilidade de uma série de normas, princípios, critérios interpretativos diversos, conforme a diversidade da qualificação”.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 36-37.

²⁶ Projeto de Lei do Senado nº. 487/2013.

do negócio jurídico empresarial” em razão do alegado “*descompasso*” entre a tendência solidarista do Código Civil e os efeitos do processo de globalização dos negócios²⁷.

A despeito da discussão acerca da necessidade ou não da elaboração de um novo Código Comercial (o que não cabe à presente pesquisa), não se pode negar que a identificação de uma relação jurídica empresarial atrairá a aplicação de regras e princípios próprios, essenciais para a sua correta interpretação²⁸. Isso porque o empresário é o “agente econômico” que atua no intuito de obter lucro²⁹. Como consequência, o diferencial dos contratos comerciais está no seu inafastável “escopo de lucro bilateral”, que norteia o comportamento das partes, a vontade comum dos contratantes e, consequentemente, a função econômica do negócio, revelando-se como meio para a consecução do escopo econômico da empresa, sua própria finalidade³⁰. Daí porque a identificação da figura do empresário e de sua atividade atrai dinâmica jurídica peculiar.

Disso decorre, especificamente na atividade interpretativa do contrato, (i) a maior relevância dos usos e costumes do mercado em que atuam as empresas contratantes, já que a prática comercial própria do empresário é que lhe garantirá a previsibilidade necessária à segurança do trato negocial; (ii) a maior valorização da força obrigatória dos contratos e do *pacta sunt servanda*; e, como consequência, (iii) a tutela do crédito e da confiança na conduta do empresário, o que inclui também a confiança na possibilidade de ocorrência de erros de estratégia por parte de qualquer dos contratantes³¹.

Como resultado, dá-se maior ênfase à livre iniciativa, à autonomia e à intenção comum das partes, limitando a esfera da intervenção do Estado³², longe da qual a

²⁷ Que seria evidenciado, nos dizeres do relatório do Anteprojeto, pela “*excessiva ingerência do Estado-juiz no conteúdo contratual, mediante exacerbação da revisão judicial das cláusulas, poupando indevidamente os empresários das consequências de seus erros, distorcendo a competição empresarial e afugentando investimentos*”.

Relatório final disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131119-03.pdf>

Mais informações em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/11/18/juristas-concluem-anteprojeto-do-novo-codigo-comercial>

²⁸ BULGARELLI, Waldirio. *A regulação dos contratos mercantis*. Revista de Direito Mercantil.

²⁹ O conceito de empresa não escapa a “*um substrato econômico, consistente na organização dos fatores de produção, realizada pelo empresário, no sentido da atividade empreendedora, visando à obtenção de lucro e correndo o risco correspondente*”.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. 2ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 39.

³⁰ FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010, p. 23.

³¹ FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 119.

³² “*As diferenças, que assinalam a obrigação comercial, obedecem à simplicidade das fórmulas, levadas a cabo pelos mercadores em labôr de séculos, derogando e modificando certos princípios dos contratos civis, que entorpeciam e dificultavam a vida comercial (...). Destinada a obrigação mercantil a facilitar o problema circulatória da riqueza, não podia, em geral, acomodar-se às formas hieráticas e solenes dos contratos civis.*”

tutela em casos de desigualdades entre os contratantes será fundada em princípios do próprio sistema, notadamente pela repressão ao abuso de direito e pela valorização da boa-fé objetiva³³. Por outro lado, em uma relação contratual não paritária, a livre iniciativa, a autonomia das partes e o *pacta sunt servanda* estarão mais suscetíveis à flexibilização diante de determinadas circunstâncias.

Ganham espaço, nesse contexto, a busca da manutenção do equilíbrio entre os contratantes, mediante a aplicação de institutos protetivos albergados pelo novo Código Civil (como é o caso da lesão e demais regras interpretativas dos artigos 421 a 424), e, ainda, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que adquiriu importantíssimo papel no contexto dos negócios jurídicos ultrapassando a antiga unidade e formalismo da teoria contratual clássica, sobretudo no que diz respeito à interpretação contratual³⁴. Tanto assim que doutrina e jurisprudência tem se mostrado receptivas à possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos nos quais, ainda que se possa considerar os contratantes como empresários, houver uma relação de dependência em razão da hipossuficiência econômica e da vulnerabilidade de um deles perante o outro³⁵.

Todavia, a identificação dessas situações nem sempre é clara, principalmente nos casos em que se verificar a participação de agentes que, a princípio, seriam considerados

(...) A conveniência das transações comerciais reclama, em alguns casos, modificações ou restrições aos princípios do direito comum. Há a obedecer, então, aos da lei comercial. Ou os usos e costumes mercantis". FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944, pp. 236-237.

³³ É o que já dispunha o antigo Código Comercial, em seu artigo 131:

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

(...)

³⁴ “Um sistema de proteção e de defesa fundado sobre a premissa de que é justo que o contratante vulnerável seja legalmente fortalecido frente à disparidade de poder negocial que o distância do outro contratante, constitui, sem dúvida, uma quebra da unidade e do formalismo da teoria contratual clássica”.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

³⁵ “A ‘vocalização expansionista’ do CDC, ou, por outras palavras, a influência do chamado ‘direito do consumidor’ sobre o direito civil em geral (justificada pela coerência constitucional dos princípios ali estabelecidos) leva à extensão dos mecanismos de proteção a todo e qualquer contrato em que se verifique um análogo desequilíbrio de forças entre os contratantes.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, pp. 305-306.

Essa vertente decorre da mitigação do conceito de “consumidor” previsto pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor e a conseqüente aceitação da possibilidade de reconhecer “a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade” e, como conseqüência, de se interpretar o conceito de consumidor com vistas à “finalidade protetiva da norma”.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

“não empresários”, mas que atuam no mercado econômico, ainda que em atividade não lucrativa, concorrendo diretamente com sociedades empresárias³⁶. Por essa razão, a análise da natureza empresarial ou não empresarial de determinado negócio jurídico deverá levar em consideração todos os seus aspectos concretos, tais como a atividade desenvolvida pelos contratantes, o respectivo *know how* de cada um deles nessa atividade e a finalidade do contrato relativamente à atividade dos contratantes³⁷.

Por essas razões, como já se afirmou, a adequada qualificação do contrato *built to suit* como contrato empresarial ou não empresarial terá reflexo significativo em sua interpretação e mostra-se como primeiro passo para a análise de sua disciplina legal.

Dessa forma, sendo necessário delimitar o escopo do presente estudo, adotar-se-á como hipótese de análise os contratos *built to suit* celebrados no ambiente empresarial e, conseqüentemente, passíveis de tratamento baseado nos princípios próprios aplicáveis a esse contexto, sob a premissa da existência de relação paritária entre os contratantes. Eventuais ressalvas quanto a uma situação diversa (contratações com o Poder Público ou contratações que envolvem situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência de uma das partes perante a outra) serão feitas expressamente.

1.3. TRAÇOS DISTINTIVOS ENTRE O CONTRATO *BUILT TO SUIT* E O CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL IMOBILIÁRIO

Na escassa produção acadêmica sobre o contrato *built to suit*, é frequente sua comparação ao contrato de arrendamento mercantil imobiliário (*leasing*), tipo contratual de uso mais comum no meio empresarial para possibilitar a utilização de imóvel por longo

³⁶ “Não há como se negar a semelhante atuação (econômica) de associações, fundações, em determinados mercados, com suas concorrentes sociedades empresárias. Todas elas se socorrem ao crédito. Ainda para sustentar a semelhança entre os empresários e os não-empresários agentes econômicos, todos eles podem estar inseridos no mesmo mercado relevante, para fins de aplicação da lei da concorrência. Não parece correto, destarte, excluir as sociedades simples e as cooperativas, dentre inúmeros outros agentes econômicos não-empresários, da destinação das regras constantes da Lei de Recuperação de Empresas e Falências”.

PROENÇA, José Marcelo. *Os novos horizontes do direito concursal – uma crítica ao continuísmo prescrito pela Lei 11.101/2005*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 151, p. 47-64, 2009.

³⁷ “Nessa esteira, não deve o direito comercial restringir-se, em suas disciplinas, à regulação da atividade empresária. Mais que isso, deve atentar para questões afetas a não-empresários, também atuantes no mercado, implicando a superação da discussão sobre a dicotomia entre direito civil e direito comercial”.

FORGIONI, Paula A.. *Teoria Geral dos Contratos empresariais*, p. 218.

prazo³⁸. Não se pode negar que a análise do contexto da utilização de cada uma dessas contratações evidencia semelhança entre as duas figuras, razão pela qual, a fim de contribuir para a individualização e melhor identificação do contrato objeto do presente estudo, faz-se necessária uma breve comparação entre as duas figuras.

Pelo contrato de arrendamento mercantil, uma pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, adquire determinado bem móvel ou imóvel para arrendá-lo a pessoa física ou jurídica (arrendatário), durante prazo determinado, contra o recebimento de remuneração. Ao final desse prazo, o arrendatário poderá optar pela aquisição do bem mediante pagamento do chamado “valor residual garantido”. Esse contrato é regulado pela Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974 (“Lei 6.099/74”)³⁹, que, em seu artigo 5º, apresenta seus elementos essenciais: “a) *prazo do contrato*; b) *valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre*; c) *opção de compra ou renovação do contrato, como faculdade do arrendatário*; d) *preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula*”.

Da definição legal observa-se que a opção de compra do bem arrendado é elemento essencial do contrato, sem o qual ele se descaracteriza⁴⁰. Isso fica claro da interpretação do artigo 11 da Lei 6.099/74, segundo o qual, caso o contrato não atenda às suas disposições e não contenha todos os elementos ali enumerados, ele será considerado uma operação de compra e venda a prestações, inclusive para fins tributários⁴¹. Assim, a utilização do bem durante determinado prazo contra o pagamento de remuneração, e, principalmente, a previsão de opção de aquisição do imóvel ao final desse período são elementos essenciais do negócio. Conforme reconhece FABIO KONDER COMPARATO “a

³⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Lelly Dyrizzo. *Construção para arrendar no Sistema Financeiro Imobiliário*. In AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Coord.). *Direito Imobiliário: questões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built-to-suit – Operação de crédito Imobiliário Estruturada*.

³⁹ Art 1º *O tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil rege-se-á pelas disposições desta Lei.*

Parágrafo único - Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *O Irredentismo da “Nova Contabilidade” e as operações de “Leasing”*.

⁴¹ Art 11. *Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil.*

§ 1º *A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei, será considerada operação de compra e venda a prestação.*

Assim, desde que a aquisição do bem arrendado dê-se de acordo com as disposições legais, serão consideradas como despesa operacional ou custo do arrendatário aquelas contraprestações pagas no âmbito do contrato de arrendamento mercantil.

*relação de arrendamento não existe desvinculada dessa opção de compra, que a qualifica substancialmente”*⁴².

O arrendamento mercantil é também regulamentado pelo Conselho Monetário Nacional por meio da Resolução BACEN 2.309, de 28 de agosto de 1996 (“Res. Bacen 2.309/96”). Essa resolução estabelece, em seu artigo 1º, que somente podem figurar na qualidade de arrendador, nas operações de arrendamento mercantil, pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática desse tipo de operação⁴³. Trata-se de entidades que integram o Sistema Financeiro Nacional, submetidas aos termos da Lei nº. 4.595 de 31 de dezembro de 1964 (“Lei 4.595/64”)⁴⁴.

A Res. Bacen 2.309/96 prevê, ainda, dentre outras disposições, a disciplina do registro dos contratos de arrendamento e as especificações que devem estar contidas no instrumento público ou particular pelo qual se formaliza o negócio (artigo 7º); o prazo mínimo do contrato (artigo 8º); a possibilidade de subarrendamento (artigos 15 a 18); as fontes de financiamento às quais a sociedade arrendadora está autorizada a recorrer (artigos 19 e seguintes). Assim como faz a Lei 6.099/74, a Res. Bacen 2.309/96 estabelece, em seu artigo 33, que o desatendimento de suas regras descaracteriza o negócio jurídico como arrendamento mercantil.

Ainda conforme a Res. Bacen 2.309/96, nos termos de seu artigo 11, é prevista a modalidade de arrendamento mercantil financeiro, na qual (i) as contraprestações devidas pela arrendatária devem ser suficientes para que a arrendadora recupere o custo do

⁴² “A relação de arrendamento não existe desvinculada dessa opção de compra, que a qualifica substancialmente. Nem se pode dizer que o acento tônico da operação esteja na relação locatícia, ou então na promessa de venda. Ambas as relações se entrelaçam e combinam, influenciando-se reciprocamente, no mesmo nível de importância.
(...)”

A verdadeira causa, o escopo permanente do negócio, em todos os casos, é justamente essa alternativa deixada à escolha do arrendatário. É ela, como elemento *in obligatione* – e não apenas *in executione* – que diferencia substancialmente o leasing de todos os demais negócios típicos. É a sua diferença específica, para usarmos da clássica terminologia aristotélica”.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Irredentismo da “Nova Contabilidade” e as operações de “Leasing”*.

⁴³ Art. 1º As operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº. 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei nº. 7.132, de 26.10.83, somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil, pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e pelas instituições financeiras que, nos termos do art. 13 deste Regulamento, estejam autorizadas a contratar operações de arrendamento com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele coligadas ou interdependentes.

⁴⁴ Art. 4º As sociedades de arrendamento mercantil devem adotar a forma jurídica de sociedades anônimas e a elas se aplicam, no que couber, as mesmas condições estabelecidas para o funcionamento de instituições financeiras na Lei nº. 4.595, de 31.12.64, e legislação posterior relativa ao Sistema Financeiro Nacional, devendo constar obrigatoriamente de sua denominação social a expressão “Arrendamento Mercantil”.

bem arrendado durante o prazo contratual da operação, obtendo, ainda, retorno sobre os recursos investidos; (ii) as despesas de manutenção e serviços relacionados ao bem objeto de arrendamento correm sob responsabilidade da arrendatária; e (iii) o preço de exercício de opção de compra pode ser livremente pactuado⁴⁵.

Além disso, a Resolução prevê a possibilidade de arrendamento contratado com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas, denominado *lease back* ou *leasing back*⁴⁶. Trata-se de operação de desmobilização de ativos por meio da qual uma empresa vende imóvel de sua propriedade e, concomitantemente, contrata a cessão do uso do imóvel com o novo proprietário para sua própria ocupação por tempo determinado⁴⁷. Também nessa modalidade, o vendedor e ocupante do imóvel terá, ao final do prazo de arrendamento, a opção de readquirir o bem mediante o pagamento do valor residual predeterminado⁴⁸. A operação, nesse sentido, pressupõe que aquele que cumpre o papel de arrendatário seja uma sociedade de arrendamento mercantil, caso contrário, a operação não estará sujeita às regras aplicáveis ao contrato de arrendamento mercantil.

O contrato de *leasing* imobiliário, portanto, é contrato típico e, por envolver sociedade integrante do Sistema Financeiro Nacional, está rigidamente disciplinado pelo órgão regulador de sua atividade. Diferentemente do que ocorre no *built to suit*, o contrato de *leasing* imobiliário não pressupõe a construção ou reforma do imóvel que será objeto de

⁴⁵ Art. 5º Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;

II - as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;

III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado.

⁴⁶ Art. 13. As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas neste Regulamento.

⁴⁷ Aponta-se como motivação para se optar por essa modalidade de arrendamento a obtenção de capital de giro, a baixa rentabilidade do capital imobilizado e a sua baixa valorização em curto e médio prazo, o que torna mais vantajoso o pagamento de remuneração para uso do imóvel do que a imobilização de ativos.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Privado*. v. III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 584.

⁴⁸ Embora não se conheça a estrutura do contrato, a título de ilustração, podem-se citar dois casos de operações semelhantes envolvendo o Banco Santander e o Banco do Brasil, que venderam imóveis próprios a fundos de investimento imobiliário, alugando-os posteriormente para formação de fundo de investimento lastreado nos aluguéis desses mesmos imóveis.

http://www.vam.com.br/web/site/bb_progressivoII/pt/fundo/fundo_diferenciais_conceitos.html
http://www.riobravo.com.br/EstrategiasInvestimento/Paginas/FII_SantanderAgencias.aspx

arrendamento, muito embora o bem arrendado possa ser adquirido especificamente para atender à finalidade do contrato.

Ainda, no *leasing*, ao final do prazo contratualmente previsto para o uso do imóvel, o arrendatário terá, necessariamente, as opções de adquirir o bem pelo valor residual previamente estabelecido em contrato; renovar o contrato, tomando por base o valor residual para a fixação das contraprestações ao uso; ou encerrar o contrato, devolvendo o bem à sociedade arrendadora. No contrato *built to suit*, por outro lado, a opção de compra ao final do prazo de ocupação do imóvel é mera possibilidade e depende da vontade das partes.

Outra diferença entre os dois contratos diz respeito às opções de financiamento disponíveis para a aquisição do imóvel em cada um dos casos. Nos termos da Res. Bacen 2.309/96, a sociedade arrendadora do imóvel tem como fontes de recursos aquelas listadas em seu artigo 19 e outras formas de captação autorizadas pelo Banco Central do Brasil⁴⁹. Trata-se, portanto, de rol limitado. Já no contrato *built to suit*, a sociedade que constrói ou adquire imóvel para disponibilizá-lo para uso do outro contratante (empreendedor imobiliário) não se submete às regras do Banco Central do Brasil e, portanto, tem opções de financiamento mais variadas, tais como a captação de recursos no mercado de capitais⁵⁰.

Os contratos também diferem na fase de execução, já que o contrato de arrendamento mercantil imobiliário está expressamente excluído da aplicação da Lei do Inquilinato, nos termos de seu artigo 37⁵¹. De outro modo, o contrato *built to suit* poderá se submeter às regras da Lei do Inquilinato, a despeito da prevalência das condições pactuadas pelas partes⁵².

⁴⁹ Art. 19. As sociedades de arrendamento mercantil podem empregar em suas atividades, além de recursos próprios, os provenientes de:

I - empréstimos contraídos no exterior;

II - empréstimos e financiamentos de instituições financeiras nacionais, inclusive de repasses de recursos externos;

III - instituições financeiras oficiais, destinados a repasses de programas específicos;

IV - colocação de debêntures de emissão pública ou "particular e de notas promissórias destinadas à oferta pública;

V - cessão de contratos de arrendamento mercantil, "bem como dos direitos creditórios deles decorrentes;"

VI - depósitos interfinanceiros, nos termos da regulamentação em vigor;

VII - outras formas de captação de recursos, autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

⁵⁰ VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit. Operação de crédito imobiliário Estruturada*.

⁵¹ Art. 37. As operações de arrendamento mercantil de imóveis não se aplica a legislação pertinente à locação de imóveis residenciais, não residenciais ou comerciais.

⁵² Conforme artigo 54-A da Lei do Inquilinato. As consequências práticas dessa previsão serão analisadas no Capítulo 5.

Em suma, embora seja possível apontar semelhanças entre as figuras contratuais do *leasing* e do *built to suit*, não se pode deixar de notar que o contrato de arrendamento mercantil tem disciplina regulada pela Lei 6.099/74 e pela Res. Bacen 2.309/96, ao passo que o contrato *built to suit* não está sujeito a regulamentação tão rígida, o que possibilita a atuação significativamente mais ampla da autonomia e da liberdade contratual.

1.4. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* NO MERCADO IMOBILIÁRIO NORTE AMERICANO

Como efeito da globalização e da facilitação da fluência das informações, e tendo em vista o fortalecimento da atuação de empresas transacionais no país, o Direito Comercial brasileiro tem rapidamente incorporado práticas e modelos contratuais internacionais, principalmente do Direito norte-americano.

Nesse contexto, e em razão de sua recente utilização no Brasil⁵³, afirma-se que o contrato *built to suit* teria sua origem no mercado imobiliário dos Estados Unidos da América, expandindo-se para utilização em mercados da Ásia e da Europa em momento posterior⁵⁴. Todavia, os trabalhos acadêmicos que tratam do assunto não indicam com precisão a fonte dessa afirmação, tampouco apontam como teria ocorrido o desenvolvimento do contrato em questão e sua posterior expansão no Brasil⁵⁵.

Por sua vez, os textos estrangeiros disponíveis sobre o assunto, a grande maioria norte americanos e poucos de cunho estritamente acadêmico, também não são claros a respeito do surgimento e do tratamento jurídico desse tipo de contrato. A conclusão a que se chega é a de que, no mercado norte-americano, embora haja figuras contratuais semelhantes que podem ter dado origem ao modelo contratual do *built to suit* nos moldes utilizados no Brasil, não há uma estrutura contratual rígida que espelhe exatamente a mesma

⁵³ Menciona-se a utilização do contrato *built to suit* na imprensa a partir da década passada.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit: Qualificação e Consequências*.

⁵⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit: Qualificação e Consequências*. No mesmo sentido, BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Insper, 2013, p. 19.

⁵⁵ Essa informação repetida em diversos artigos é extraída de entrevista com empreendedor do setor imobiliário não identificado reproduzida por FABIO CILLI em dissertação apresentada à Estola Politécnica da Universidade de São Paulo.

CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit*.

formatação e possa fornecer, diretamente, subsídio para a determinação das regras aplicáveis.

Por outro lado, é inegável a força da ideia e da racionalidade de se buscar um imóvel construído especificamente para possibilitar o desenvolvimento da atividade da empresa, sem a assunção do ônus de aquisição desse imóvel.

Assim, não se identifica a preocupação com a individualização do que se poderia denominar como “contrato built to suit” dentro do contexto dos contratos de “lease” (figura mais próxima do nosso contrato de locação⁵⁶), embora seja comum a menção às expressões “built to suit leases”⁵⁷ ou “built to suit to lease”⁵⁸ sem nenhuma distinção específica de seu tratamento. O conceito “build-to-suit”⁵⁹ (ou “built-to-suit”) é empregado de modo independente da estrutura do “lease”, inclusive quando se trata de aquisição de propriedades e construção⁶⁰ como aquela “specifically constructed to meet the design, location and physical specifications of a major user”⁶¹.

Segundo o *dictionary of real estate terms*, a expressão *built-to-suit* associada ao contrato de “lease” é definido como “an arrangement whereby a landowner offers to pay to construct on his or her land a building specified a potential tenant, and then to lease land and building to tenant”⁶². Ou seja, um único contrato no qual o ocupante do imóvel contrata o empreendedor imobiliário para construir determinado imóvel em terreno de propriedade do ocupante ou do próprio empreendedor, imóvel esse que será objeto de locação posterior – figura bastante parecida com o que se utiliza no Brasil.

⁵⁶ “A lease is a bilateral contract which, as a general rule, confers an estate in the land capable of binding third parties. The contract is one “for the exclusive possession and profit of land for some determinate period”. MEGARRY, Robert; WADE, William. *The Law of Real Property*, p. 743.

Pode-se definir o contrato de lease como:

“1. A contract by which a rightful possessor of real property conveys the right to use and occupy the property in exchange for consideration, usu. Rent. The lease term can be for life, for a fixed period, or for a period terminable at will. (...). 5. A contract by which the rightful possessor of personal property conveys the right to use that property in exchange for consideration”.

Black’s Law Dictionary. GARNER, Bryan A. (editor-in-chief). Saint Paul, MN. Thomson Reuters, 2009, p. 970.

⁵⁷ REED, John H.; OH, Andrew D.; Hall, Nicholas P., *the Structure and Operation of the Commercial Building Market*. Disponível em http://www.energytaxincentives.org/files/proceedings/2000/data/papers/SS00_Panel4_Paper23.pdf acesso em 03.08.2014.

⁵⁸ Fitzgerald, Mark C. *A new Approach for a New Facility*.

⁵⁹ Com o verbo “build” no presente.

⁶⁰ GOLAN, Mark. *The own v. lease decision – Myth and reality*. Journal of Corporate Real Estate, v. 1, number 3, 1999, MCB UP Ltda.

⁶¹ LARSEN, Mark. *The Build to Suit. Is it for you?* Larsen Commercial International. Disponível em http://www.larsencommercial.com/people/mark_larsen_articles3.html

⁶² BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*, p. 22.

Por outro lado, também é comum tratar dos “*built to suit leases*” como união de contratos independentes entre si: (i) um contrato de construção, resultado da proposta de contratação que define o relacionamento entre o locador e locatário, do desenvolvimento até a construção do imóvel; e (ii) um contrato de locação que estipula o termo de ocupação após a construção do imóvel⁶³.

Tratado como um único contrato ou como a junção do contrato de locação ao contrato de construção, o exame da utilização dos “*built-to-suit leases*” está normalmente relacionado ao contexto das análises empresariais de “*own vs. lease decision*”, nas quais se discutem as vantagens e desvantagens das opções de comprar ou alugar determinado imóvel⁶⁴. Semelhante ao entendimento da doutrina nacional, conclui-se dessas análises, com base em critérios de flexibilidade, valor do capital a ser empregado e eventual retorno do investimento, que a opção pela aquisição ou locação de um imóvel construído sob medida mostra-se vantajosa nos casos em que a empresa busca maximizar os investimentos em sua atividade e tem possibilidade de se comprometer em uma relação contratual de longo prazo, além da ponderação de vantagens fiscais⁶⁵.

Observa-se também que esses contratos mostram-se bastante abrangentes quanto à complexidade da obra e do empreendimento, tratando desde reformas de imóveis de pequeno porte até construção de prédios comerciais, com previsões contratuais diferenciadas em cada caso⁶⁶. Também se verifica que são relacionados a esses contratos

⁶³ “A build-to-suit lease contains two agreements: one, a lease agreement; and, two, a construction agreement, usually in the form of a work letter”.

BLISS, Robert Harms. *Build-to-suit Leases: Tiptoeing Through the Construction Minefield*. Disponível em acrel.org (American College of Real Estate Lawyers).

⁶⁴ “(...) the own/lease decision is predominantly a financial issue. How a decision is analysed is therefore central to the outcome. Although the methodologies used in an analysis are universal, one common situation where they can best be seen is a build-to-suit. In a build-to-suit the asset is identical whether you choose to own or lease. Only the financial structure and risk sharing differ”.

GOLAN, Mark. *The own v. lease decision – Myth and reality*.

⁶⁵ “Firms that have owned space in the past are finding that owning buildings may have some disadvantages and many new firms do not want to own buildings. Ownership limits flexibility and requires firms to develop expertise in property acquisition and management, thereby diverting attention from the firm’s core business. National and regional commercial property firms are building and leasing and increasingly large amount of commercial space.

Within the leased space market (...), space is built to suit for a specific client or it is built for speculation and is finished when it is leased. The majority of the lease market is the former”.

REED, John H.; OH, Andrew D.; Hall, Nicholas P. *The Structure and Operation of the commercial Building Market*.

⁶⁶ “As the amount of the construction escalates, certain lease provisions change. The amount of construction required by a build-to-suit lease ranges all the way from the petite (remodel of existing space) to the profound (construction of a high rise office building on a ground lease)”.

BLISS, Robert Harms. *Build-to-suit Leases: Tiptoeing Through the Construction Minefield*.

diferentes estruturas no que diz respeito à distribuição de responsabilidades e obrigações às partes, ao tratamento contábil e fiscal do imóvel e dos valores pagos pela sua utilização, bem como ao modo de financiamento da obra.

Não se identifica uma estrutura rígida, sendo comum falar-se na utilização de categorias de contratos de locação denominadas “*full service lease*”, “*net-lease*”; “*triple net lease*” quanto à distribuição dos ônus e obrigações contratuais entre as partes; e “*leaseback*” e “*synthetic lease*” no que tange à estrutura do contrato relativamente ao financiamento da obra ou seu ao tratamento contábil e fiscal. Todavia, reconhece-se que a terminologia empregada para designação de uma mesma modalidade contratual pode variar⁶⁷.

Não se pretende, aqui, apresentar um estudo detalhado dessas estruturas. Todavia, é possível identificar que no chamado “*full service lease*”⁶⁸, a remuneração paga pelo locatário inclui todas as despesas operacionais do imóvel, não havendo nenhuma despesa relacionada a sua utilização que não esteja incluída nesse preço⁶⁹. A remuneração paga pelo locatário serve de contraprestação ao locador por todo o custo relacionado ao bem objeto de locação e, ainda, é suficiente para refletir o retorno do investimento feito pelo locador⁷⁰. Por sua vez, nos casos em que se menciona a estrutura de contratos “*net lease*”, “*net-net lease*” ou “*triple net lease*”, o locatário fica obrigado a pagar, adicionalmente ao aluguel pelo uso do bem, determinadas despesas relacionadas a tributos, seguros, manutenção, reparos, benfeitorias e licenças^{71 -72}. Dentre essas, é mais comum a menção à estrutura “*triple net lease*”⁷³, na qual o locatário paga diretamente aos fornecedores os serviços prestados relacionados ao prédio, assim como as taxas e seguros, além de suportar os custos de eventuais reparos, de modo que essas despesas de uso do imóvel não estão

⁶⁷ “*Industry lease definitions vary in meaning from place to place but are nevertheless useful in understanding general industry jargon*”.

ISOM, Terry A. *Handbook of leasing: Techniques & Analysis*. New York: Petrocelli Books, 1982, p. 54.

⁶⁸ “*A lease in which the lessor agrees to pay all maintenance expenses, insurance premiums, and property taxes*”.

Black’s Law Dictionary. GARNER, Bryan A. (editor-in-chief). Saint Paul, MN. Thomson Reuters, 2009, p.971.

⁶⁹ LARSEN, Mark. *The Build to Suit. Is it for you?*

⁷⁰ ISOM, Terry A. *Handbook of leasing*, p. 50.

O autor ressalta a ausência de uniformidade do termo empregado para esse tipo de *lease* no mercado industrial.

⁷¹ ISOM, Terry A. *Handbook of leasing*, pp. 52-53.

⁷² “*A lease in which the lessee pays rent plus property expenses (such as taxes and insurance)*”.

Black’s Law Dictionary. GARNER, Bryan A. (editor-in-chief). Saint Paul, MN. Thomson Reuters, 2009, p. 972.

⁷³ “*A lease in which the lessee pays all the expenses, including mortgage interest and amortization, leaving the lessor with an amount free of all claims*”.

Black’s Law Dictionary. GARNER, Bryan A. (editor-in-chief). Saint Paul, MN. Thomson Reuters, 2009, p. 972.

incluídas no valor pago a título de aluguel e são arcadas pelo locatário diretamente. Ainda, poderá se estipular como obrigação do locador, a depender da conveniência das partes, a reforma ou implementação de reparos decorrente de qualquer eventualidade⁷⁴.

Quando se está diante de contrato que exige a compra de determinado terreno ou imóvel, os modelos contratuais podem envolver estrutura de financiamento da obra. É comum, nesses casos, a menção a outras formas de estruturação do contrato⁷⁵, com ampla referência aos chamados contratos de *sale-leaseback* [de imóveis “*built to suit*”] e “*synthetic leases*”⁷⁶. Esses termos referem-se não apenas à relação de “locação” que se forma tendo como objeto determinado imóvel, mas englobam, também, o modo de financiamento da operação de compra e construção ou reforma do imóvel, incluindo o seu tratamento contábil.

Optando pela operação de “*sale leaseback*” de um imóvel “*build to suit*”, está-se diante da venda de determinado imóvel a terceiro para que ele continue a ser utilizado por seu antigo proprietário, com base em contrato de aluguel por tempo determinado. A operação pode dar-se, também, com base no chamado “*synthetic lease*”⁷⁷, operação de financiamento de construção e locação de imóvel que é contabilmente tratada como uma locação operacional e, para fins de tributação, como propriedade do locatário⁷⁸, permitindo ao ocupante financiar o custo da ocupação do imóvel a uma taxa menor, associado, ainda, a benefícios fiscais⁷⁹. Percebe-se que, independentemente da estrutura de financiamento, o

⁷⁴ BLISS, Robert Harms. *Build-to-suit Leases: Tiptoeing Through the Construction Minefield*

⁷⁵ COOKKE, Jennifer F. *Synthetic Leasing: A Viable Alternative for the Corporate user?*. Submitted to the Department of Architecture in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Real Estate Development at the Massachusetts Institute of Technology, 2001.

⁷⁶ COOKKE, Jennifer F. *Synthetic Leasing: A Viable Alternative for the Corporate user?*

⁷⁷ “A method for financing the purchase of real estate, whereby the lender creates a special-purpose entity that buys the property and then leases it to the ultimate user (usu. a corporation). A synthetic lease is treated as a loan for tax purposes, so that the “lessee” can deduct the property’s depreciation and the loan’s interest yet keep both the asset and the debt off its balance sheet”.

Black’s Law Dictionary. GARNER, Bryan A. (editor-in-chief). Saint Paul, MN. Thomson Reuters, 2009, p. 972.

⁷⁸ “A structure deal can be designed that blends characteristics of not ownership and leasing to meet the needs of a particular user. Good examples are the synthetic leases being offered by numerous financial institutions. They are designed to exploit the narrow gap between tax and accounting rules regarding operating leases. A synthetic lease is structured as a lease for generally accepted accounting principles (GAAP) purposes and as ownership for tax purposes. This allows the user to keep the building off the balance sheet yet retain control as well as the tax benefits of depreciation. Synthetic leases are really a form of ownership, since the financial institution ‘owner’ in the deal takes no substantial risk”

GOLAN, Mark. *The own v. lease decision – Myth and reality*.

⁷⁹ “Under a synthetic lease, the property owner retains all the benefits and burdens of ownership, while transferring title (for financial accounting purposes only) to an unrelated third party that serves as the lessor. The lessor is typically a special-purpose entity, created to facilitate the financing of a real estate project” (...)

In order to structure a synthetic lease, an entity unrelated to the intended user (true “lessor”) is created to purchase the property and enter into a lease with the company. (...) The property may be raw land or a

contrato de *lease* mantido entre o proprietário do imóvel e o ocupante é, na maioria das vezes, do tipo “*triple-net*”⁸⁰ - ⁸¹ na qual o locatário paga, como “locativo”, valor suficiente para remunerar o investimento do “locador”, o valor pelo uso do imóvel negociado pelas partes e todos os custos associados com a propriedade e manutenção e administração do empreendimento ao longo do prazo contratual.

Da breve exposição sobre as conclusões que decorrem da análise de artigos norte-americanos, acadêmicos e comerciais a respeito do tema, nota-se que, em que pese o uso de algumas estruturas pré-definidas, a liberdade das partes tem amplo espaço de atuação, de modo que as principais disposições dos contratos de locação de imóveis “*built to suit*” poderão ser livremente pactuadas pelas partes.

Isso decorre da própria cultura jurídica anglo-saxã, na qual o direito, proveniente da *common law*, é essencialmente jurisprudencial, sendo suas regras fundamentalmente encontradas na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores⁸². Desse modo, a intervenção judicial (e, legislativa, em certa medida) é essencialmente posterior à atuação das partes⁸³, o que dá margem ao surgimento de variados modelos contratuais por derivação da autonomia privada.

Com efeito, embora o ordenamento da *common law* preveja, hoje, regulamentação aplicável aos principais tipos de contrato, essas normas têm, em geral, caráter supletivo, aplicando-se “*unless otherwise agreed upon*”⁸⁴. As disposições normativas são vistas como um direito excepcional⁸⁵ e não há equivalente ao processo de tipificação tal como na cultura dos países de direito continental⁸⁶. Nesse sentido, dado o caráter

completed or partially completed building; the synthetic lease provides for construction or renovation to the lessor's specifications. Using the corporation's lease (...) as security, the lessor obtains financing (generally non-recourse) to fund 100% of the total cost of the project. (...).

COOKKE, Jennifer F. *Synthetic Leasing: A Viable Alternative for the Corporate user?*

⁸⁰ COOKKE, Jennifer F. *Synthetic Leasing: A Viable Alternative for the Corporate user?*

⁸¹ “*The lease terms are generally short, frequently three to seven year (not counting renewals), and usually “triple-net”, placing all operating costs – insurance, maintenance, and taxes – on the tenant. The rent payments are generally structured to cover the SPE's debt service and little or nothing more*”.

WEIDNER, Donald J. *Synthetic Leases: Structured Finance, Financial Accounting and Tax Ownership*. University of Iowa (The Journal of Corporation Law), 2000.

⁸² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 408.

⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 21.

⁸⁴ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 35.

⁸⁵ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 36.

⁸⁶ “*(...) l'esperienza dei paesi di common law dimostra che la tendenza a tipizzare non si riscontra dovunque vi sia la previsione di tipi legali, ma soltanto là dove la presenza dei tipi sia un fenomeno radicato nel sistema e non si collochi in posizione eccezionale*”.

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 42.

“excepcional” da regra legislativa (*statute law*), as leis e regulamentos, frequentemente, limitam-se à colocação de princípios diretores aos contratantes⁸⁷.

Em muito maior grau do que no Brasil e principalmente no contexto empresarial⁸⁸, as partes têm liberdade quase absoluta na estruturação de seus negócios jurídicos, prevalecendo a ideia de que o direito contratual é supletivo à vontade das partes (“*default rule*”), sendo raras as exceções dos princípios ou estruturas que se sobrepõem à essa autonomia⁸⁹. Em que pese alguns esforços de sistematização⁹⁰, o Direito contratual da *common law* é lastreado no princípio da liberdade contratual (“*freedom of contract*”), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato negociado pelas partes.

Como consequência, o que se verifica é a grande preocupação com a negociação cuidadosa das regras contratuais⁹¹, principalmente aquelas relacionadas à construção do imóvel⁹².

Pode-se mencionar como exemplo a definição do valor do locativo a ser pago pelo uso do imóvel, que levará em consideração fatores diversos daqueles considerados em contratos de locação de imóveis já construídos, nos quais a definição do aluguel pode ser facilmente estabelecida desde o início das negociações. Outro exemplo diz respeito às disposições atinentes ao controle do custo da construção do imóvel, tal como a possibilidade

⁸⁷ DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 412.

⁸⁸ “(...) where a contract has been negotiated between parties of equal bargaining power, with the benefit of legal advice, the courts are generally reluctant to go behind express provisions clearly indicating the parties’ intentions as to the legal effect of the agreement they have executed. As a consequence, it is becoming increasingly clear that, in the business context, the courts are less likely to adopt an interventionist approach (...)”.

MEGARRY, Robert; WADE, William. *The Law of Real Property*. London: Sweete & Maxwell, 2012, p. 757.

⁸⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: Uma introdução ao direito contratual norte americano*. RIDB, ano 1 (2012) nº. 1, disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf (acesso em julho/2013).

⁹⁰ Do que se pode citar o *Uniform Commercial Code* (UCC), conjunto de regras aplicáveis a determinados tipos de contratos (por exemplo, compra e venda e locação de bens e seus instrumentos de garantia), elaborado por entidades privadas (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e pelo *American Law Institute*), mas adotado como poder de lei por todos os estados norte-americanos. Semelhante é o que ocorre com o *Second Restatement of Contracts*, obra de caráter doutrinário e não vinculante elaborado pelo *American Law Institute* que busca sistematizar precedentes jurisprudenciais em matéria de disposições gerais de contratos (tais como a oferta, extinção do contrato e sua execução).

⁹¹ BLISS. *Build-to-suit Leases: Tiptoeing through the Construction Minefield*. Disponível em acrel.org (*American College of Real Estate Lawyers*).

⁹² “The construction aspect of this arrangement is usually the key issue and the most complicated, warranting close attention to the landlord’s and the tenant’s responsibilities in this regard”.

IAMUNDO, Natalia. *Laying the foundation for a Build-to-suit lease*.

de se estabelecer qual das partes arcará com eventual custo excedente da construção⁹³. Da mesma forma, ocorre com as disposições referentes à possibilidade de cessão e sublocação do contrato⁹⁴.

Em suma, as preocupações quanto à negociação e redação contratual refletem o reconhecimento da maior complexidade do contrato de “locação” quando se está diante da necessidade de construção do imóvel que será objeto desse contrato, o que implicará a necessidade de se formular a redação contratual com maior cautela e de se levar em consideração fatores diversos do que aqueles empregados na negociação de um contrato de locação comum⁹⁵. Quer-se dizer que, em razão da natureza do direito contratual da *common law*, o modelo contratual da locação de imóveis *built to suit* nos Estados Unidos da América é campo muito mais suscetível à atuação da liberdade contratual.

Consequentemente, a “importação” inadvertida desse modelo contratual para uso no Brasil desconsiderou, a princípio, peculiaridades próprias do direito norte-americano e o fato de que, naquele contexto, a liberdade contratual é muito mais ampla do que a atuação permitida às partes no âmbito da Lei do Inquilinato. Da mesma forma, essa “importação” desconsidera a natureza cogente da Lei do Inquilinato e o cuidadoso regramento legislativo aplicado à locação comercial.

Daí o intenso debate quanto à regulamentação contratual e alegada “insegurança” desse tipo de contratação, bem como quanto à necessidade de analisar cuidadosamente a qualificação contratual e as consequências para a definição das regras a que está submetido o contrato *built to suit*.

⁹³ “Rent. As a general matter, if the rent is fixed, so are the construction costs; that is, the construction costs are built into the rent and the landlord takes the risk of exceeding the construction allowance. In lower end BUILD-TO-SUIT Scale leases, landlords have a tenant finish-out allowance. If the allowance is exceeded by change orders, the excess cost is either paid directly to the landlord or contractor or is rolled into the rent with an appropriate rate of interest. Needless to say, this is treacherous field for the naive tenant and a fertile ground for drafting with the experienced tenant. If the rent is to be determined per square foot as constructed, there sometime can be a fight to the death over the proper measurement of the total square feet of the finished building. Many long term ground leases that are build-to-suit have provisions providing for an appraisal every few years and the rent is adjusted according to a predetermined percentage”.

BLISS, Robert Harms *Build-to-suit Leases: Tiptoeing through the Construction Minefield*.

⁹⁴ BLISS, Robert Harms *Build-to-suit Leases: Tiptoeing Through the Construction Minefield*.

⁹⁵ “The negotiation and documentation of a build-to-suit transaction will take significant time and planning, being considerably more complex than the negotiation of a typical office lease. In a build-to-suit lease transaction, provisions relating to transaction structure, rental pricing, project control, construction issues, performance standards, environmental issues, title, non-disturbance and subordination all play a very major role. Tenant concerns to early termination, renewal, expansion and contraction are also frequently found in a build-to-suit lease”.

LARSEN, Mark. *The Build to Suit. Is it for you?*

2. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* NO CONTEXTO DA TEORIA DA ATIPICIDADE CONTRATUAL

2.1. TIPICIDADE CONTRATUAL: RACIONALIDADE E FUNÇÃO

Individualizado e definido o contrato *built to suit*, a fim de determinar a possibilidade de seu enquadramento em certo modelo legislativo, impõe-se o exame da racionalidade do sistema de tipicidade contratual adotado pelo legislador em nosso ordenamento jurídico. Essa análise revelará a medida da importância e da necessidade de definição da qualificação do contrato, bem como conduzirá o raciocínio para a identificação do regime jurídico a que ele está sujeito.

Com efeito, a definição da adequação ou exclusão de determinado contrato em relação a certo quadro legislativo passa, inevitavelmente, pela análise de sua tipicidade. Isso porque, a princípio, o juízo de conformidade de determinado contrato perante um modelo contratual definido em lei permitirá sua submissão à disciplina jurídica pré-estabelecida para aquela hipótese.

Foram os juristas romanos os primeiros a terem consciência da “*existência de formas de conduta reiteradamente seguidas por uma comunidade e, como tais, suscetíveis de serem objeto de uma disciplina normativa de tipo jurídico*”⁹⁶. Assim, a origem do conceito de tipicidade remete ao direito romano e a seu rol fechado de possibilidades de contratação.

A comparação entre o atual conceito de tipicidade e aquele desenvolvido no Direito romano, no entanto, não é de todo equivalente. A tipicidade romana referia-se às ações da lei para tutela dos interesses particulares e não necessariamente às contratações a eles permitidas. Além disso, muito embora os tipos contratuais romanos tenham formado uma série fechada e limitada, alguns deles possuíam certa “elasticidade” de seu conteúdo que, a despeito da rigidez de forma, permitiam a concretização de grande variedade de negócios. Exemplo disso é o caso da *stipulatio*, na qual, pelo respeito à forma estabelecida, era possível concretizar amplo conteúdo negocial⁹⁷.

⁹⁶ REALE, Miguel. *A vida e morte dos modelos jurídicos*. In *Nova Fase do Direito Moderno*, 2. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, pp. 163-171.

⁹⁷ “(...) a comparação assim feita está viciada pela diferente qualidade dos termos. (...) A diferente qualidade dos termos da comparação radica assim na oposição entre o formalismo (no duplo sentido da necessidade e da suficiência da forma) do Direito Romano e o consensualismo (no duplo sentido da necessidade e da

O conceito de tipicidade tal como se conhece hoje deriva do jusnaturalismo seiscentista e da formulação do conceito consensualista de contrato⁹⁸. Trata-se, portanto, de tema relativamente recente na história do Direito⁹⁹, já que, sobretudo a partir do movimento de codificação é que a teoria do Direito contratual se desprende da análise dos vários contratos singulares para se dedicar à análise de seu conceito abstrato, possibilitando, como consequência, o desenvolvimento da racionalidade da tipificação contratual nos códigos modernos¹⁰⁰. Assim é que, já no Código de Napoleão, reconheceram-se os contratos nominados e a possibilidade de contratação de negócios estranhos àqueles, raciocínio que se repetiu no Código Civil italiano de 1865¹⁰¹.

Os tipos contratuais não nascem de criação legislativa, e sim de produto de indução em decorrência da reiteração de práticas negociais na sociedade. Pode-se dizer, por essa razão, que a tipicidade é uma característica temporal e espacial, já que derivada de reconhecimento legal de estruturas contratuais utilizadas na prática, ainda que não definidas em todos os seus termos¹⁰², às quais se pode referir como negócios socialmente típicos.

Dessa forma, ao absorver as práticas negociais, o legislador recorre a diversos elementos para a formação de tipos, sem atenção a critério sistemático. Nesse sentido, os tipos contratuais podem ser caracterizados pelo conteúdo das obrigações de cada parte, pela natureza do objeto do contrato, pela qualidade das partes, pela prática de determinados atos,

suficiência do consenso) do Direito hodierno. Nessa oposição, e não num diferente grau de liberdade de seleção de tipos, se deve buscar a essência das diferenças. Em outras palavras: a necessidade social a que na actualidade a liberdade contratual dá resposta já existia em Roma e era respondida pelo Direito Romano; só que por meio diverso daquele por que o é hoje. O contrato contemporâneo não teve um correspondente funcional único no Direito Romano, pois que as funções que aquele desempenha eram alcançadas por diversas figuras no Direito Romano; este nunca conheceu uma figura geral equivalente à do contrato no sentido contemporâneo ou, se a conheceu, não lhe reconhecia força obrigatória automática”.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 57-58.
(...)

⁹⁸ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 56.

⁹⁹ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO afirma que apenas há duzentos anos é que foram desenvolvidas as teorizações a respeito do negócio jurídico como categoria abstrata. “A primeira formulação do negócio jurídico foi feita, ainda durante a época do Iluminismo, em 1749 (...) A dogmática fundamental do negócio jurídico é devida, porém, a Savigny e aos pandectistas alemães do século passado”.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, 1986, p. 3.

¹⁰⁰ “A transição operou-se já no Código civil francês, por influência de DOMAT e POTHIER, com a proclamação das primeiras regras comuns a todos os contratos”.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed., v.1, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 215-216.

¹⁰¹ O Código Civil Italiano substituiu a contraposição “contrato nominado” e “contrato inominado” pela contraposição “contrato não pertencente ao tipo ou contrato pertencente ao tipo”.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Tomo Secondo, Terza Edizione, UTET, p. 440.

¹⁰² ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos. Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p 186.

pela pré-existência de determinada situação, dentre outros critérios. São, portanto, “heterogêneos os elementos conducentes à tipificação”¹⁰³.

Assim, com base em diferentes critérios, as definições legislativas buscam identificar os elementos essenciais para a diferenciação de cada tipo contratual, definindo os elementos que o individualizam, sem os quais determinado negócio jurídico não existe como um negócio de certa categoria (como, por exemplo, a coisa, o preço e o consenso na compra e venda)¹⁰⁴.

Porque as definições legais de tipo se pautam na estrutura do negócio é que KARL LARENZ designou como “tipos jurídicos estruturais” os modelos de contratação absorvidos pelo legislador e que se referem à estrutura particular de cada uma das criações negociais¹⁰⁵. Assim é que, para o mesmo autor, o “tipo” como forma de pensamento serve para a caracterização mais pormenorizada de certas espécies de relações jurídicas nos casos em que, “o conceito geral-abstrato e o sistema lógico destes conceitos não são suficientes por si para apreender um fenômeno da vida ou uma conexão de sentido na multiplicidade das suas manifestações”¹⁰⁶. Seria dizer, portanto, que diante da insuficiência da disciplina geral dos contratos frente à complexidade negocial, os tipos contratuais possibilitam o tratamento de hipóteses mais específicas desse universo.

Dessa forma, na prática jurídica, a disciplina dos tipos atende a diversas funções. Por exemplo, a de auxiliar as partes e os tribunais, fixando subsidiariamente a disciplina aplicável aos pontos em que as convenções redigidas pelas partes forem omissas;

¹⁰³ “(...) A locação se identifica através da contraprestação que incumbe ao figurante que recebe a posse do bem. Este dado permite distingui-la do comodato. A locação de imóveis se reconhece mediante a condição do bem e, conforme sua destinação, tratar-se-á ou não de locação de imóveis urbanos. E a corretagem se caracteriza tanto pelo modo de adimplir a prestação que incumbe ao corretor, ensejando a aproximação e o contrato dos interessados, quanto em virtude da qualidade da parte, pois se pressupõe a inexistência de vínculo prévio do corretor com tais interessados”.

ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; PESSOA ALVES, Francisco Glauber. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 5., Rio de Janeiro: ed. Forense, 2007, p. 129.

¹⁰⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, p. 27.

¹⁰⁵ “Os tipos de relações jurídicas, em especial os tipos contratuais, são tipos jurídico-estruturais surgidos na realidade jurídica, que se referem à estrutura particular de cada uma das criações jurídicas. É assim que eu os denomino. Alguns deles, como os dos direitos subjectivos, são produtos da ciência do Direito; a maior parte deles, tais como todos os tipos de contratos obrigacionais, devem o seu surgimento ao tráfego jurídico. O legislador regulamentou-os, porquanto os encontrou previamente na realidade da vida jurídica, apreendeu-os na sua tipicidade e adicionou-lhes as regras que considerou adequadas para um tal tipo de contrato. Não os inventou, mas descobriu-os”.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 663.

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 656 - 662.

a de fixar normas imperativas ditadas pelos princípios básicos do sistema, a serem aplicadas a despeito de eventual conflito de interesses dos particulares; e a de fixar normas dispositivas aplicáveis ao contrato, inspiradas na vontade presumida das partes e no que se entende, pelo legislador, ser a solução mais razoável e equilibrada à situação¹⁰⁷.

Em última análise, esses modelos legais facilitam e conferem segurança à contratação. Os contratantes podem simplesmente fazer remissão ou adotar um modelo já descrito e regulado na lei, cujas regras já estão delimitadas e adequadas à ordem pública, evitando, assim, a necessidade de maior detalhamento contratual. Assegura-se também a clareza e conhecimento dessas regras pelas partes, resultando não somente em segurança jurídica, mas também, no âmbito econômico, na redução dos custos de transação do contrato¹⁰⁸. O tipo contratual pode também atuar como medida de controle à imposição de poder negocial de uma das partes, à medida que impede a descaracterização de determinado contrato de um tipo para outro, atraindo, se caso for, o regramento jurídico correspondente¹⁰⁹.

Considera-se “típico”, portanto, o contrato que encontra regulamentação legislativa suficiente a ponto de identificar a disciplina básica completa ou quase completa de seus aspectos mais relevantes, a ponto de possibilitar às partes e ao juiz a identificação das regras aplicáveis para fins de interpretação e integração quando isso se fizer necessário¹¹⁰.

Ou seja, a definição do “tipo” contratual a que se identifica um contrato concreto, por meio do exercício de comparação e “assimilação”, possibilita a aplicação de um determinado regime jurídico legalmente preestabelecido. Todavia, esse juízo comparativo nem sempre se mostrará uma tarefa simples ou suficiente, razão pela qual esse raciocínio tem sido criticado pela doutrina¹¹¹. Dada a dinâmica prática das relações jurídicas,

¹⁰⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 273.

¹⁰⁸ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de Los Contratos*.

¹⁰⁹ “Nessa linha da visão conflituosa em tema de contratos, é que o tipo – antes visto com desconfiança perante o conceito assumiu uma nova configuração como freio a certas imposições do poder negocial. A tipificação contratual (sobretudo do tipo aberto) impede a descaracterização do contrato de um tipo para outro, evitando assim, p. ex., que se passe de um tipo em que se protege a parte mais fraca para outro em que essa proteção não exista”.

BULGARELLI, Waldirio. *A Regulação dos Contratos Mercantis*.

¹¹⁰ UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Comentários ao Código Civil*, v. 5. In AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

¹¹¹ ALPA, Guido. *Il contratto in generale. Principi e Problemi*. Milão: Giuffrè Editore, 2014.

o contrato concretamente analisado poderá se revelar, em maior ou menor medida, em desacordo com os modelos típicos previstos pelo legislador.

Isso não significa, necessariamente, que a *fattispecie* analisada estará automaticamente afastada da aplicação das regras estabelecidas ao tipo contratual a que corresponde (ainda que parcialmente). Em decorrência da heterogeneidade dos elementos que conduzem à tipificação e caracterizam os tipos contratuais, os negócios jurídicos legalmente típicos podem se submeter, em determinados casos, a certa flexibilidade¹¹².

Essa conclusão, para GIORGIO DE NOVA, deriva do fato de que a determinação de tipos baseada na doutrina dos elementos essenciais dos negócios resultou na “tipificação” de “conceitos” contratuais e não de “espécies” propriamente ditas¹¹³. Conforme se verá mais adiante, esse entendimento deu origem ao “método tipológico” que permite a recondução de certo contrato ao tipo de maior “conformidade” e não exatamente idêntico a ele¹¹⁴.

Daí porque o tipo legal poderá ser mais ou menos flexível ao prever normas dispositivas que poderão ser afastadas pelas partes ou, ainda, poderá adquirir caráter “elástico”, revelando certas variações práticas¹¹⁵. Assim, quanto mais “baixa a definição do tipo”, maior será sua elasticidade¹¹⁶. É o que acontece, por exemplo, com a compra e venda, da qual derivam a compra e venda de imóveis, compra e venda de bens móveis, compra e venda de tecnologia, de patentes, de empresas, etc. – modalidades de contratações que poderão apresentar especificidades distintas, sem se afastar do tipo que lhes dá origem¹¹⁷.

¹¹² O que será exposto em maiores detalhes no capítulo seguinte.

¹¹³ “*Gli essentialia sono le caratteristiche necessarie e sufficienti di un dato tipo contrattuale: solo in presenza di tutti gli essentialia si ha quel tipo, in assenza anche di un solo essenziale non si ha più quel tipo. Le nozioni, che raccolgono gli essentialia, hanno allora natura di definizioni di un concetto, e non natura di descrizioni di un tipo.*”

Di ciò si ha conferma considerando la natura del processo di identificazione di un tipo legale rispetto agli altri, e di enucleazione di un tipo nuovo: che è il processo per genus et differentiam specificam, il processo cioè con cui nella logica classica si elabora e definisce un concetto”.

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, pp.131-132.

¹¹⁴ Vide tópico 3.2.

¹¹⁵ “*Os negócios jurídicos legalmente típicos podem ser absolutamente típicos, quando as partes não podem afastar-se da regulamentação legal, como ocorre nos chamados negócios familiares, tais como o casamento, o reconhecimento de filho, a adoção, ou relativamente típicos, quando podem dispor em contrário das normas dispositivas: é o que ocorre nos negócios patrimoniais. O que quer dizer que todas as normas que disciplinam aqueles tipos de negócios, não patrimoniais, são de natureza imperativa.*”

UBALDINO MIRANDA, Custodio da Piedade. *Comentários ao Código Civil*, v. 5. JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio (coord.). São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 114.

¹¹⁶ ROPPO, VINCENZO, *Il Contratto*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 425.

¹¹⁷ “*Esses dados levam à conclusão de que há tipos contratuais de alta e de baixa definição e, neste último caso, adquire caráter elástico. Somente há compra e venda, consoante o art. 481, se ‘um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro’. À luz desse dispositivo, não se concebe compra e venda gratuita. É uma hipótese de tipicidade máxima. De seu turno, a*

Como consequência, conclui-se que os tipos legais não têm pretensão de exaustão. Pelo contrário, há entre eles “espaços lógicos” dentro dos quais se podem formar variações derivadas daqueles modelos contratuais idealizados pelo legislador. A descrição conceitual baseada nos elementos essenciais de cada contrato permite que o tipo se mantenha apto a alcançar casos que, dentro de certos limites, não se identificam diretamente com o tipo original, mas ainda se enquadram dentro da “graduabilidade” de cada um deles¹¹⁸. Evidentemente, essa possibilidade somente será aferida como resultado da análise do caso concreto.

Ante a mencionada “elasticidade” dos tipos contratuais, o desafio que se apresenta ao intérprete de determinado contrato – tal qual o desafio que se propõe na presente pesquisa, especificamente em relação ao contrato *built to suit* – é o de identificar o limite da tipicidade do contrato sob exame¹¹⁹. Trata-se de desafio corriqueiro da prática jurídica, dado o crescente desenvolvimento econômico e informacional que dá azo, cada dia mais, a novas modalidades de contratação derivadas dos usos e costumes, de legislação especial e da vontade dos particulares.

Assim, das nuances da racionalidade da tipificação contratual é que decorre a dificuldade de se determinar, nos contratos *built to suit*, sua qualificação jurídica e disciplina legal.

Não se pode negar que se está diante de contrato “socialmente típico”, dada sua reiterada e comum utilização na prática negocial, ainda que de modo não padronizado. Da mesma forma, não se pode deixar de reconhecer que o legislador buscou definir essa modalidade contratual (por meio da Lei 12.744/12), apontando as características do modelo contratual, seus elementos essenciais: “*locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma*” do imóvel.

tipicidade do mandato se revela assaz baixa, porque variável: de um lado, ao mandante pode ou não tocar uma contraprestação; de outro, nenhum parâmetro fixado se estabelece para a incumbência recebida pelo mandatário, e, conseqüentemente, à sua prestação”.

ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; PESSOA ALVES, Francisco Glauber. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, p. 129.

¹¹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*.

¹¹⁹ É o contexto que RICARDO LUIS LORENZETTI chama de “crise de tipicidade”. “*La crisis de la tipicidade, como modelo, es normal en un período de mutaciones sociales como el que vivimos y se expande a todo el Derecho Privado*”. No entendimento desse autor, o tipo mínimo, menos exaustivo e detalhista, mas mais efetivo para enfrentar mudanças seria a tendência mais adequada ao equilíbrio desses problemas.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*, p. 18.

No entanto, partindo da premissa de que a tipicidade pressupõe a definição legal das regras aplicáveis ao contrato e tendo em vista que o legislador remeteu a identificação da disciplina contratual, preferencialmente, às partes, não se pode afirmar estar-se diante de contrato estritamente típico. Por outro lado, se considerada a “elasticidade” do tipo contratual da locação, o contrato *built to suit* poderia, em certa medida, ser entendido como uma modalidade desse tipo de contrato.

O ponto central da solução desse problema exige definir em que medida a prestação de construção, reforma ou aquisição do imóvel (e todas as suas consequências na dinâmica contratual) ultrapassa (ou não) a estrutura elementar daquele tipo a ponto de caracterizar o contrato *built to suit* como um contrato atípico, o que torna necessário expor, a seguir, as linhas gerais da teoria da atipicidade contratual.

2.2. CONTRATOS ATÍPICOS PUROS E CONTRATOS MISTOS

Os tipos contratuais no âmbito do Direito Privado não são taxativos. No exercício da autonomia da vontade, os contratantes estão autorizados a fugir do que é delimitado pela lei, dentro dos limites do domínio da ordem pública e das regras gerais aplicáveis aos contratos¹²⁰. Com efeito, “*a vida é mais rica do que a tipificação jurídica*”¹²¹ e, sendo o negócio jurídico a expressão do auto-regulamento de interesses das partes¹²², é natural que as necessidades contratuais impulsionem a criação de negócios jurídicos diversos daqueles previstos pelo legislador. Nesse sentido, se, conforme ressalta ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o que fundamentalmente importa para a caracterização de um negócio jurídico é o “*reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos*”, não há como se negar a recepção e tutela do contrato atípico pelo direito posto, que, evidentemente, lhe regulará a validade e eficácia¹²³, limitando e disciplinando a iniciativa privada.

¹²⁰ Art. 425 do Código Civil: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

¹²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo III, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 210.

¹²² “(...) o negócio não é fonte de normas, ainda que subordinadas e complementares, nem é aplicação de leis, como a providência, mas um auto-regulamento de interesses que se realiza na vida social por iniciativa espontânea dos próprios sujeitos que deles são os gestores (...)”.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo II, p. 233.

¹²³ “(...) não é o direito posto, o direito estatal, que dá o caráter de negócio jurídico a determinados atos, o direito posto recebe, quase sem refração, o que é considerado negócio jurídico pelo grupo social. O direito posto contenta-se, salvo uma ou outra situação de exceção, com regular a validade e eficácia dos atos negociais (não a sua existência)”

Nasce, assim, da autonomia privada e em decorrência da insuficiência dos tipos contratuais perante a evolução negocial e social, a criação de modelos contratuais diversos daqueles previstos legalmente. O fenômeno de reconhecimento da atipicidade contratual e o expresse reconhecimento de sua legalidade dentro dos limites impostos¹²⁴, principalmente no âmbito do Direito empresarial, favorece a satisfação de necessidades negociais e possibilita o livre desenvolvimento da liberdade de contratar¹²⁵.

No âmbito das contratações comerciais, por exemplo, é bastante frequente a utilização de contratos comuns em outros países como resultado da integração entre os atores nacionais e internacionais e do desenvolvimento econômico local. É o que ocorreu com o contrato *built to suit*, e também com o *leasing*, o *engineering*, o *factoring*, o *franchising*, o *know how* e a *joint venture*¹²⁶. Em alguns casos, tamanha a frequência de utilização desses contratos já “socialmente típicos”¹²⁷ que eles fornecem ao legislador os elementos para apreensão do novo modelo contratual a ser regulamentado em lei, a exemplo do que aconteceu com o próprio *built to suit* por meio da Lei 12.744/12.

A tipicidade social de determinado negócio jurídico, no entanto, embora possa desempenhar a função de limitar e orientar a autonomia privada “*na medida em que se realiza, remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social (...)*”¹²⁸, não torna um determinado contrato “típico”, no sentido de definir seu regramento legal. Tampouco a nominação expressa do contrato em lei assim o faz, sem que se preveja a regulamentação suficiente dos aspectos mais relevantes do negócio.

Assim é que, no desenvolvimento das contratações que fogem aos modelos típicos, as partes podem criar arranjos contratuais originais e que sejam completamente

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, pp. 6-8;

¹²⁴ No Brasil, não havia, no Código Civil de 1916, disposição expressa que tratasse de contratos atípicos, muito embora fossem eles permitidos. O Código Civil de 2002 é que introduziu o artigo 425 ao Capítulo das Disposições gerais sobre os Contratos, segundo o qual “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

¹²⁵ “*Hoy se sostiene um “critério contrario a la tipificación, por entender que la atipicidad favorece la satisfacción de necesidades, possibilita el juego amplio de la libertad de contratar y contractual, al no encerrar la figura em moldes rígidos (Mosset Iturraspe)*”.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos. Civiles, Comerciales, de Consumo*, p. 185.

¹²⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 229.

¹²⁷ Na opinião de CRISTIANO ZANETTI, anterior à edição da Lei 12.744/2012, a ampla utilização e definição das linhas estruturais do negócio tornam possível qualificar o *built to suit* como um contrato socialmente típico. ZANETTI, Cristiano de Souza, *Build to Suit: Qualificação e Conseqüências*.

¹²⁸ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, pp. 373-374.

diversos daqueles previstos na lei, os quais a doutrina denomina de contratos “atípicos puros”¹²⁹.

Na maioria dos casos, todavia, os contratos atípicos terão se derivado de modelos típicos previstos pelo legislador, por combinação, modificação ou adição de elementos diversos daqueles originários do tipo. As partes têm a possibilidade de incluir em um único contrato cláusulas derivadas de diversos tipos contratuais ou cláusulas por elas mesmas criadas, combinadas àquelas ou não, podendo ou não ser necessário o emprego de disposições de adaptação que assegurem a concatenação e a manutenção da unidade das diversas obrigações pactuadas¹³⁰.

Surgem, assim, os chamados contratos “atípicos mistos”, que reúnem elementos de dois ou mais tipos de contratos, articulados entre si em um negócio jurídico unitário¹³¹. Individualizam-se pelo fato de não corresponderem diretamente a um único modelo típico, embora mantenham “proximidade importante”¹³² com os tipos que os formam e, conseqüentemente, suscitarem problemas próprios de definição de regime. Conforme afirma PONTES DE MIRANDA, a compreensão da estrutura dos negócios jurídicos mistos parte do princípio de que “*os tipos legais não são rígidos, não são tipos em si, mas apenas, tipos em que os negócios jurídicos entram, ou a que os negócios jurídicos se prendem, ou se assemelham*”¹³³.

Assim como os negócios complexos, nos contratos mistos, não se está diante de pluralidade contratual, já que a pluralidade de prestações não implica, necessariamente, a existência de mais de um contrato¹³⁴. A diferença entre os negócios complexos e os negócios

¹²⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 212.

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 364.

¹³¹ “*Diz-se misto o contrato no qual se reúnem elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei. Em lugar de realizarem um ou mais dos tipos ou modelos de convenção contratual incluídos no catálogo da lei (contratos típicos ou nominados), as partes, porque os seus interesses o impõem a cada passo, celebram por vezes contratos com prestações de natureza diversa ou com uma articulação de prestações diferentes da prevista na lei, mas encontrando-se ambas as prestações ou todas elas compreendidas em espécies típicas diretamente reguladas na lei*”.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, Pp. 279-280.

¹³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, p. 214.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III, p. 210.

¹³⁴ “*A pluralidade de prestações (objetos) não exclui, só por si, a unidade do negócio jurídico. Por exemplo: A empresta a B, dono da casa X, cem mil reais, recebendo esse como aluguel o que corresponde aos juros. Tem-se de procurar o fim e a importância econômica das duas ou mais prestações, para se saber se, a despeito da pluralidade delas, o negócio jurídico é único.*
(...)”

Antes de qualquer tratamento dos problemas da unidade (e pluralidade) dos negócios jurídicos e da unitariedade (e complexidade) deles, temos de frisar que a discussão sobre ser unitário ou complexo o negócio

mistos decorre do fato de que, enquanto a complexidade contratual pode resultar do ponto de vista subjetivo (pluralidade de partes), volitivo (pluralidade de manifestações de vontade, pelos menos, uma das partes) ou objetivo (pluralidade de prestações a serem efetuadas por pelos menos uma das partes), o contrato misto pressupõe somente uma complexidade objetiva e específica, relacionada à pluralidade de prestações derivadas de contratos de diferentes tipos¹³⁵. Desse modo, o que confere autonomia aos contratos mistos é o fato de não corresponderem a um único modelo típico, e sim a tipos que foram modificados ou misturados.

Com base em classificação de ENNECERUS e LEHMANN, é comum o agrupamento dos contratos mistos em diferentes categorias, quais sejam (i) contratos combinados ou gêmeos, no qual se está diante de várias prestações principais, próprias de vários tipos contratuais, em contrapartida de uma contraprestação unitária; (ii) contratos mistos em sentido estrito, que contêm um elemento que representa contrato de outro tipo; e, finalmente (iii) contratos de duplo tipo, nos quais o conteúdo do contrato se encaixa em dois tipos distintos¹³⁶.

Em suma, a constituição dos contratos mistos pode partir da modificação de um tipo ou da junção de dois tipos diversos. No caso dos contratos mistos em sentido estrito (constituídos da modificação de um tipo contratual específico), as partes elegem um tipo contratual como base do negócio, geralmente, referindo-se à sua disciplina típica na contratação e acrescentando-se convenções que estipulam as alterações necessárias para que o tipo em referência atenda aos interesses dos contratantes. Já na hipótese de junção de dois ou mais modelos típicos, como ocorre nos contratos combinados ou contratos de duplo tipo, não há um modelo contratual que possa ser tomado como principal, o que, a princípio, impossibilita a identificação do tipo base ou de referência¹³⁷.

jurídico já assenta na convicção de que é único o negócio jurídico. A complexidade supõe que não exista pluralidade de negócios jurídicos. O negócio jurídico é que ou é unitário ou é complexo". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo III, p. 209.

¹³⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 111.

¹³⁶ Cita como exemplo das respectivas categorias: (i) prestação de transporte somada à prestação de um dormitório e à prestação de alimentos, em troca de contraprestação global; (ii) *negotium mixtum cum donatione*, contrato de transação em que a concessão de uma das partes corresponde à venda de certa coisa por preço inferior ao de mercado; e (iii) cessão de uso de um quarto em troca da prestação de aulas de piano ou da realização de uma obra, ou a habitação em troca da prestação de serviços de portaria.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 112.

¹³⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*, p. 227.

Desse raciocínio é que se pode aproximar o contrato *built to suit* de um contrato atípico misto, à medida que sua estrutura denota a combinação entre prestações típicas do contrato de locação e do contrato de empreitada, já que o empreendedor imobiliário se obriga perante o ocupante a construir o imóvel objeto do contrato.

Essa é a opinião de FERNANDA HENNEBERG BENEMOND. No entendimento da autora, o contrato é atípico, pois “*ainda não existe regulamentação específica razoavelmente completa para o tipo contratual, de modo que seja possível contratar por referência, sem que as partes tenham de clausular o fundamental do contrato*”. Além disso, esses contratos são mistos “*por apresentarem elementos típicos de empreitada e locação, porém sem [que] haja a combinação completa desses tipos contratuais*”.

Assim, caso se entenda que o contrato *built to suit* caracteriza-se como um contrato misto, a definição de sua disciplina legal poderá remeter àquela dos contratos que o formam¹³⁸.

2.3. DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS MISTOS E CASOS DE UNIÃO DE CONTRATOS

A doutrina dos contratos atípicos diferencia os contratos mistos dos casos de união de contratos. A relevância dessa distinção reside no fato de que, enquanto nos contratos mistos forma-se uma nova espécie contratual de obrigações unas e indivisíveis, na união de contratos está-se diante de uma pluralidade contratual formada, em que cada um dos contratos mantém sua individualidade¹³⁹.

Sob essa ótica, poder-se-ia entender o contrato *built to suit* como resultado de coligação contratual entre contratos de empreitada e locação, conforme é o entendimento de FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO¹⁴⁰. Cada um desses contratos estaria submetido à disciplina própria de seu tipo correspondente, sem qualquer problemática de interseção

¹³⁸ Conforme será tratado no capítulo seguinte.

¹³⁹ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 216.

¹⁴⁰ “*Vê-se, pois, que o negócio imobiliário de tipo built to suit se qualifica, em seu modelo mais simples, como uma coligação contratual formada por contrato de empreitada e contrato de locação*”.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 185.

O raciocínio desse autor, no entanto, parte da premissa de que os contratantes celebram dois contratos diversos: o primeiro deles tendo por objeto a aquisição, por parte do locador, do imóvel desejado pelo locatário, e a construção do prédio a ser utilizado pelo locatário, de acordo com suas especificações. Paralelamente, as partes celebrariam um contrato de locação que poderá ou não integrar o mesmo instrumento contratual.

entre elas. Todavia, conforme será tratado a seguir, o contrato *built to suit* tal como utilizado na prática, ultrapassa a união de contratos e configura um só contrato.

Daí porque a distinção entre as referidas categorias é essencial, à medida que, a princípio, a disciplina jurídica dos negócios jurídicos que formam uma união de contratos é definida de modo autônomo: cada um dos contratos será submetido à sua própria disciplina legal. No contrato misto, por outro lado, a determinação do regime jurídico deve levar em consideração a fusão das prestações das diferentes espécies contratuais que o forma e a unidade contratual que dela resulta¹⁴¹.

TULIO ASCARELLI ressalta a aparente impossibilidade de formulação de critérios formais para a distinção *a priori* entre essas hipóteses, sugerindo como um dos possíveis elementos decisivos dessa análise a observância de conexão de vários fins objetivados pela vontade das partes. Assim, um índice determinante seria, por exemplo, a unicidade da contraprestação¹⁴².

Da mesma forma, PAES DE VASCONCELOS ressalta que a problemática da diferenciação entre contratos mistos e união de contratos revela, na prática, que sua solução deve ser concretamente aferível. Para isso, podem-se adotar diferentes critérios que indicarão a unidade ou pluralidade negocial, conforme o caso: critério subjetivo, relacionado à vontade contratual; critério objetivo, quanto à função ou causa do contrato, na acepção da função econômica ou social, ou mesmo critério formal¹⁴³.

Reconhecida a união de contratos, verifica-se que ela pode partir de diferentes formas, por meio de um nexo exterior, acidental ou mesmo funcional decorrente da intenção das partes. Um dos contratos, por exemplo, pode ser condição, contraprestação ou mesmo o motivo ou base negocial do outro.

Além disso, a união poderá ser meramente extrínseca, quando os contratos têm entre si ligação somente externa ou acidental, proveniente da circunstância fortuita de

¹⁴¹ O que será tratado no capítulo 3.

¹⁴² “(...) parece-me que cumpre reconhecer sinceramente a impossibilidade de formular critérios formais quanto à distinção das duas hipóteses: a do negócio único e a de mais negócios, objetivamente distintos, mas concluídos uno actu. O elemento decisivo é a conexão dos vários fins objetivados pelas vontades das partes: quando as intenções econômicas das partes estão estreitamente ligadas entre si, há um negócio único. Um índice – mas apenas um índice – desta conexão das várias intenções das partes e, por conseguinte, da unicidade do negócio, é constituído pela unicidade da contraprestação, por exemplo, a unicidade do preço pago por dois ou mais serviços diversos”.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas*, pp. 164-165.

¹⁴³ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, pp. 217-128.

terem sido celebrados ao mesmo tempo e no mesmo instrumento formal, o que não enseja necessariamente dependência entre eles; a união será com dependência, nos casos em que as partes formulam contratos como um conjunto econômico, ligado por um nexo funcional, unilateral ou bilateral; e, finalmente, a união poderá ser alternativa, quando, verificados dois contratos, que, seguidos ou não de determinado evento, apenas um deles se reputará celebrado desde o início^{144 - 145}.

A despeito do tipo de união que vincula os contratos, diferentemente do que ocorre com os contratos mistos, não se permite considerar a união de contrato como um contrato unitário. Como já se mencionou, essas contratações, ainda que relacionadas, preservam sua respectiva autonomia formal.

No entanto, deve-se levar em conta o fato de que, quando se está diante de vínculo de dependência, a união de contratos poderá ter efeitos na interpretação e, em última análise, na determinação do regime legal de um desses contratos¹⁴⁶.

Ainda assim, é importante, todavia, refletir acerca da necessidade da diferenciação entre essas categorias de modo rígido e previamente à atividade de qualificação ou definição das regras jurídicas aplicáveis ao contrato (ou contratos, conforme o caso). Conforme ressalta CARLOS NELSON KONDER, a distinção somente se mostra essencial quando importar em efetivas diferenças de tratamento jurídico de determinado negócio unitário ou, por sua vez, de contratos conexos¹⁴⁷.

Dito isso, especificamente no que tange à análise do contrato *built to suit*, a prática de mercado dá conta do fato de que as partes costumam formular um único contrato prevendo as condições de construção e de locação, num mesmo instrumento. Em contrapartida, as prestações do locatário de remuneração da construção e locação são

¹⁴⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 87-88.

¹⁴⁵ “a) A união de contratos pode ser só externa; por exemplo, na mesma escritura pública (compra-e-venda do prédio e locação ao vendedor, ou promessa de locação);
b) A união de contratos pode ser interna; por exemplo, locação do prédio por x cruzeiros e sublocação ao locador de um apartamento, descontado do preço x/3;
c) A união de contrato pode ser alternativa; por exemplo, loco o prédio A ao diplomata X, caso ele fique no Brasil a 1º de janeiro, ou o prédio B, se tiver que embarcar, ocupando-o a família. Um dos dois contratos foi concluído”.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1952, p. 47.

¹⁴⁶ O que será tratado no capítulo 4.

¹⁴⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154.

indissociáveis e, em verdade, fundidas entre si. Por essa razão, a premissa da presente análise é a de que não se pode entender o contrato *built to suit* como mera união de contratos.

2.4. NEGÓCIOS JURÍDICOS INDIRETOS

A doutrina dos negócios atípicos trata, ainda, dos chamados negócios jurídicos indiretos, cujo exame se apresenta neste capítulo não apenas como contribuição para a completude sistemática do assunto, mas também pela sua importância no exame de outros negócios jurídicos que podem estar associados ao contrato *built to suit*¹⁴⁸.

Com efeito, com fundamento na análise funcional do negócio jurídico, os contratos indiretos preocupam-se com a utilização de negócios jurídicos típicos com o objetivo de alcançar finalidade prática diversa daquela normalmente almejada pelo mesmo negócio. Trata-se de manifestação do descompasso entre a estrutura de determinado instituto jurídico e sua função, diante do processo de evolução das necessidades negociais¹⁴⁹, reflexo, também, da superação do conceito puramente estruturalista do negócio jurídico, que predominou no Direito até pouco antes da segunda metade do século XX¹⁵⁰.

Nesses negócios, a modificação do tipo não incide sobre as obrigações pactuadas, e sim sobre a finalidade do contrato. As partes celebram contrato típico, sujeitando-se à sua disciplina formal e substancial, mas visando a atingir finalidade diversa daquela que o mesmo contrato celebrado normalmente almeja¹⁵¹.

Nesse sentido, TULLIO ASCARELLI afirma que, embora dentro de determinados limites, diante da “*fixidez da finalidade típica de cada negócio*”, o contrato pode ser disciplinado ou empregado pelas partes de modo que não só possa realizar o escopo que lhe é típico, mas também outros objetivos, conferindo, assim, diversidade à configuração contratual para consecução de outras finalidades além daquelas tipicamente previstas¹⁵².

Mais precisamente, ORLANDO DE CARVALHO explica que o “*complexo harmônico*” que individualiza um tipo negocial é idealizado para realizar designada função

¹⁴⁸ Como, por exemplo, a cessão do direito de superfície, conforme será exposto no capítulo 4.

¹⁴⁹ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas*, p. 155.

¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri-Sp: Ed. Manole, 2007, p. 53.

¹⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. *A Retrovenda*, 2 ed, Ed. RT, São Paulo, 1987, p. 13.

¹⁵² ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas*, p. 172.

econômico-social, que diferencia aquele tipo dos demais¹⁵³. Assim, ao celebrarem negócio jurídico indireto, as partes declaram e regulam seus interesses conforme certo modelo negocial típico, no entanto, buscam produzir função diversa daquela prevista pelo legislador àquele tipo contratual:

As partes dizem ter realizado um negócio típico *a*. Com isto manifestam a vontade dos efeitos jurídicos correspondentes; mas, em última análise, esses efeitos parecem não ter ali cabimento, pois o intuito das partes é que o negócio desempenhe uma função *b*, que, em abstracto, não só lhe não compete, como tem aptidão para constituir, por si mesma, o objetivo dum negócio diferente¹⁵⁴.

Os contratos fiduciários também são reconhecidos como categoria de negócios indiretos. Trata-se de contrato “*construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação*”¹⁵⁵.

Tradicionalmente, os negócios fiduciários visam à transmissão de bens ou direitos, cuja eficácia é efetivamente desejada entre as partes e perante terceiros. No entanto, o adquirente obriga-se a somente exercitar o seu direito em vista de certa finalidade específica e determinada, de modo que, tradicionalmente, esses negócios assentam-se mais na confiança do fiduciante no fiduciário do que nos meios legais de tutela contratual¹⁵⁶.

Entre o fiduciante e o fiduciário é celebrada uma convenção de natureza obrigacional pela qual este se obriga perante aquele a não exceder, no exercício, o que seja necessário para se atingir o objetivo do contrato, e a restituir a coisa uma vez alcançado este objetivo. Como exemplo típico de negócio fiduciário, dá-se, por exemplo, a transferência da

¹⁵³ CARVALHO, Orlando. *Negócio Jurídico Indirecto*. In *Escritos*. Páginas de Direito I, Coimbra, Almedina, 1998, p. 47.

¹⁵⁴ CARVALHO, Orlando. *Negócios Jurídicos Indirectos*, p. 37.

Prossegue o autor com o seguinte exemplo:

“É, v.g., um depósito que desempenha fins de garantia; um mandato que desempenha fins de liberalidade; uma compra-e-venda que desempenha fins de liberalidade ou de garantia; etc. Deveriam – parece – ter usado respectivamente de um penhor ou de outra forma de garantia sobre móveis, de uma doação, para a liberalidade, de uma hipoteca, para a garantia sobre imóveis, e assim por diante”.

¹⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 259.

¹⁵⁶ PAES DE VASCONCELOS expõe a classificação de Gernhuber quanto às espécies de negócios fiduciários, que define o negócio fiduciário como “uma relação jurídica tendo como objeto um bem que o fiduciante transmite ao fiduciário de pleno direito, mas ficando perante ele obrigado a usar o bem fiduciado apenas dentro de limites convencionados”. Consoante o fim tido em vista, distinguem-se três modalidades de fidúcia: a fidúcia em garantia, a fidúcia em administração e a fidúcia em cumprimento.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 255-256.

propriedade para fins de garantia, sendo a transmissão efetivamente desejada pelas partes, não para objetivo de troca, mas para garantia¹⁵⁷.

Ao longo da história, os contratos fiduciários serviram para a criação e desenvolvimento de novos tipos contratuais, o que evidencia o emprego dessa categoria contratual como mecanismo de adaptação de institutos jurídicos tradicionais a novas necessidades negociais, em verdadeira funcionalização de contratos típicos e, novamente, resultado da atenção dada à análise da função do negócio, paralelamente à sua estrutura. O penhor, o comodato, a cessão de créditos, o *factoring*, o *trust*, os acordos parassociais, nasceram a partir da modificação fiduciária dos respectivos tipos de referência¹⁵⁸.

Nos negócios jurídicos indiretos, mostram-se relevantes, portanto, dois aspectos: o tipo contratual adotado na contratação e a finalidade desejada pelas partes (“finalidade indireta”).

O tipo contratual escolhido pelas partes atrairá a disciplina típica do negócio, a ser aplicada ao contrato concretamente. Com efeito, as partes querem alcançar o “fim indireto” através do modelo regulativo do tipo de referência escolhido, o que não se trata de uma escolha aleatória¹⁵⁹. As partes têm o intuito de se sujeitarem não apenas à forma, mas também às regras daquele negócio.

Já o fim visado pelas partes, embora não seja fator determinante para a qualificação do negócio indireto, é de essencial importância para a interpretação do contrato, pois revela a real vontade das partes.

¹⁵⁷ ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas*, p. 160.

¹⁵⁸ “Os contratos fiduciários continuam a ser uma fonte muito rica de novos modelos e práticas contratuais, e é possível afirmar que continuarão no futuro a constituir a origem de novos tipos contratuais.

Para além desta qualidade geradora de novos tipos contratuais, os contratos fiduciários permitem ainda, dentro do campo da atipicidade contratual, a adaptação dos tipos contratuais existentes às necessidades e conveniências concertadas das partes e a funcionalização de situações jurídicas de origem contratual em termos que, embora com algum risco têm uma maleabilidade e eficiência que se não encontram nos tipos legais”.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 295.

¹⁵⁹ “O fim tido em vista pelas partes ao celebrarem um contrato não é tudo, no que respeita à sua qualificação. É apenas um dos índices que contribui para a qualificação em concorrência com outros índices que no caso sejam disponíveis. No caso do contrato indirecto, o fim tido em vista pelas partes, como índice de qualificação, colide desde logo com a estipulação do tipo de referência, que é diferente. Qualificar o contrato globalmente como do tipo correspondente ao fim tido em vista, ou qualifica-lo globalmente como do tipo de referência significa desrespeitar a vontade contratual. O que as partes querem, no caso, é alcançar aquele fim indirecto através da base regulativa do tipo de referência. Isto significa que querem seriamente a base regulativa do tipo de referência e não a de um outro tipo qualquer”.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 245.

Assim é que, nos contratos indiretos, a interpretação assume caráter peculiar à medida que as partes adotam, efetivamente, um tipo negocial determinado, embora com finalidade diversa da que lhe é típica. O fim visado pelas partes constitui elemento fundamental da celebração do contrato. Trata-lo como irrelevante implicaria a simples aplicação da disciplina do contrato típico empregado pelas partes, o que não necessariamente é o que elas desejam¹⁶⁰.

Assim, a concretização da boa-fé, da exigibilidade concreta, dos deveres acessórios, a consideração da justiça interna e do sentido do contrato não poderão descuidar da vontade das partes, qual seja, a de atingir a finalidade indireta em questão¹⁶¹. Por exemplo, no campo tributário, a finalidade de elisão fiscal é relevante pela configuração econômica dos tipos legais, através da consideração do resultado econômico como elemento essencial do tipo. A relevância do fim indireto, portanto, é de ordem extracontratual e diz respeito à incidência da lei sobre situações de fato criadas como consequência dos contratos indiretos¹⁶².

Finalmente, é importante notar que a doutrina do negócio indireto importa em diferenciar a utilização indireta dos tipos contratuais da simulação. A simulação pressupõe que as partes atuem com o intuito de enganar terceiros, em verdadeira aparência de negócio, pressupondo, assim, a declaração dissociada da real vontade, declaração não verdadeira destinada a realizar negócio conforme sua estrutura e causa típica, mas não para atingir o resultado decorrente dessa causa¹⁶³.

Diferente é o que ocorre com o negócio jurídico indireto, em que as partes, verdadeiramente, desejam o resultado criado pelo tipo contratual escolhido – embora para finalidade diversa daquela a que esse tipo se propõe. Logo, ao classificar como indireto determinado negócio, afastam-se os defeitos de fraude e simulação¹⁶⁴.

¹⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, pp. 251 - 252

¹⁶¹ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 252.

¹⁶² VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 251.

¹⁶³ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Simulação e negócio jurídico indireto. No *Direito Tributário e à luz do novo Código Civil*. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 8, nº. 48, p. 9-25, nov./dez. 2010.

¹⁶⁴ Paes de Vasconcelos ressalta opinião de F. FERRARA, para quem “*os negócios oblíquos ou indirectos são uma classe mais ampla que se subdivide em fiduciários e fraudulentos consoante o escopo econômico se situe fora da lei ou contra a lei, consoante o fim seja lícito ou ilícito*”.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p 246.

Conforme será observado mais adiante, a doutrina dos negócios jurídicos indiretos relacionada à análise dos contratos *built to suit* mostra-se relevante no estudo dos casos de utilização da cessão do direito de superfície no âmbito das chamadas “operações imobiliárias” como substituição do modelo de locação¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Vide capítulo 4.

3. A PROBLEMÁTICA DA QUALIFICAÇÃO E DA DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS

3.1. O PROCESSO DE QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL E SUA UTILIDADE. A INSUFICIÊNCIA DO RACIOCÍNIO DE SUBSUNÇÃO COM BASE NOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO

A classificação do contrato *built to suit* como um contrato atípico ou como contrato típico tem reflexos diretos na definição da disciplina jurídica à qual ele poderá estar submetido.

Essa classificação decorre da “operação lógica” por meio da qual o intérprete individualiza o tipo contratual a qual pertence determinado negócio jurídico concreto, consistente em sua “qualificação”¹⁶⁶, a mais direta via para a submissão de um contrato a um determinado regime delineado pela lei¹⁶⁷. O mesmo processo afastará, conforme o caso, a aplicação de certas regras caso se constate que o contrato concretamente analisado é atípico.

Deve-se reconhecer que, nos contratos atípicos, conta-se, prioritariamente, com as estipulações contratuais formuladas pelas partes¹⁶⁸. Consequentemente, nesses casos, prevalece a autonomia privada e é ainda de maior importância e a estipulação cuidadosa das declarações negociais, principal fonte da interpretação contratual e da vontade das partes. As dificuldades surgirão em caso de omissão ou quando as estipulações das partes forem consideradas inválidas¹⁶⁹, quando a necessidade de qualificação de seus termos será inevitável.

A princípio, o meio mais natural de condução do raciocínio de qualificação contratual se faz com base em um juízo de subsunção direta do contrato em análise a certo tipo legal, tendo como critério seus elementos essenciais, a fim de permitir o juízo de inclusão ou exclusão do contrato ao tipo em comparação. Assim, se, conforme se mencionou, os elementos estruturais do negócio o individualizam enquanto tipo¹⁷⁰, a presença desses

¹⁶⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad.: COIMBRA, Ana; C. GOMES, M. Januario. Coimbra: Almedina, 1988, p. 133.

¹⁶⁷ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 61.

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 375.

¹⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*, p. 366.

¹⁷⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 663.

elementos determinará se o contrato em análise pode ser entendido como um certo tipo ou outro.

Esse juízo de subsunção será automático e até natural quando se estiver diante de um contrato típico puro. No entanto, a natureza dos tipos contratuais e a pulverização de suas variações acarretam, em diversos casos, a inadequação desse processo, razão pela qual a suficiência do juízo de subsunção se mostra cada vez mais raro¹⁷¹ e superado como método qualificativo prevalente, já que tem o resultado a redução da atividade hermenêutica¹⁷².

Exemplo disso é facilmente verificado de uma primeira análise do contrato *built to suit*, pela qual se verifica que suas prestações não são diretamente correspondentes ao tipo contratual da locação.

Como já se disse, para o locador, sua prestação envolve necessariamente, a construção ou reforma do imóvel objeto do contrato, associada à de cessão de uso do bem. Para o locatário, sua prestação inclui não apenas a remuneração do uso do imóvel mas também a remuneração de sua construção, não se podendo equiparar a do locatário em uma locação comum. Da mesma forma, a prestação do locador também não é diretamente equivalente ao tipo contratual da empreitada, à medida que o imóvel mantém-se como sua propriedade.

Assim, as dificuldades de se restringir o exame qualificativo ao juízo de subsunção surgem, em maior ou menor medida, nas hipóteses de contratos atípicos, quando as obrigações ou elementos do negócio jurídico em análise não correspondem diretamente a um único tipo contratual “*ou porque tem algo a mais, ou porque tem algo a menos, ou porque tem algo de diferente, ou porque se subsume a mais de um tipo*”. Essas hipóteses conduzem a uma atividade de “subsunção falhada”¹⁷³, tal como aquela que decorre da análise do contrato *built to suit* sob esse raciocínio.

Vê-se, pois, que a problemática está em se determinar o limite da tipicidade ou da atipicidade de determinado contrato e a consequente possibilidade de aplicação aos contratos atípicos das normas previstas para os contratos típicos. Em suma, impõe-se a

¹⁷¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 12.

¹⁷² Conforme menciona EDUARDO KATAOKA, nas suas origens a subsunção procurou retirar toda atividade axiológica da interpretação e aplicação do Direito, visando a reduzir o papel do juiz, que no Antigo Regime era protetor de interesses dos poderosos e não da igualdade, meta, juntamente com a liberdade, da legislação liberal.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 17.

¹⁷³ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, pp. 221-222.

difficuldade de se estabelecer os “*critérios de recondução dos contratos atípicos aos tipos legais*” e o “*alcance dessa recondução*”¹⁷⁴.

Contribui como fator de dificuldade o fato de que não há homogeneidade de critérios adotados pelo legislador para a formulação de tipos contratuais, razão pela qual não se pode definir os índices determinantes do juízo de adequação de determinado contrato àqueles tipos legalmente previstos.

Tamanha a dificuldade do tema que já se negou a própria necessidade de qualificação do contrato em determinadas situações. Conforme expõe RUI PINTO DUARTE, essa é a sugestão de GIUSEPPE SBISÀ, para quem seria possível prescindir a qualificação dos negócios jurídicos por meio da referência à disciplina da prestação singular do contrato, essa, sim, reconduzível a uma categoria menos restrita, mas ainda autônoma (coisa, trabalho, direito), determinando-se o regramento do contrato pelo resultado das prestações que o compõem¹⁷⁵.

Também nesse sentido, criticando o extremo apego da doutrina e da jurisprudência à necessidade de qualificação dos contratos, RODOLFO SACCO e GIORGIO DE NOVA propõem como primeira medida, antes de se passar à qualificação contratual, a qualificação de suas prestações mediante a tipificação de suas cláusulas, a fim de se identificar seu regramento legal como resultado das disciplinas singulares das prestações que lhe compõe¹⁷⁶.

Esses autores, todavia, não chegam a ponto de negar a importância ou necessidade do processo de qualificação, mas sugerem a qualificação das prestações individuais como um primeiro expediente para se chegar à definição da disciplina jurídica de determinado contrato, o que pode ser suficiente para esclarecer as dúvidas de regime jurídico do contrato em questão e afastar a necessidade de se recorrer a um tipo especial¹⁷⁷.

No entanto, conforme ressalta RUI PINTO DUARTE, a negação à ideia de qualificação do contrato como um todo desconsidera a racionalidade do legislador de organização da disciplina contratual em torno dos tipos, e que tem como primeiro passo,

¹⁷⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 27-30.

¹⁷⁵ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 107.

¹⁷⁶ “*Um primo expediente, preliminar alla tipizzazione dei contratti, consiste nella tipizzazione delle clausole, nella creazione – cioè – di corrispondenze fisse tra voluto e conseguenze ulterior (effetti naturali della clausola, ossia effetti riconosciuti da una norma dispositiva alla dichiarazione)*”.

DE NOVA, Giorgio. SACCO, Rodolfo. *Il Contratto*. 3.ed. Tomo II, UTET, p. 445.

¹⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de Los Contratos*, p. 22.

justamente, a ideia da qualificação¹⁷⁸. Além disso, a qualificação contratual possibilita a verificação da aplicação de leis inderrogáveis a determinado contrato, regulando os efeitos de eventuais disparidades de poder negocial entre os contratantes e a consequente necessidade de aplicação de medidas protetivas¹⁷⁹.

Da mesma forma, KARL LARENZ afirma a importância da classificação do contrato concreto em determinado tipo contratual ou sua qualificação como atípico por duas razões: a primeira diz respeito ao fato de que, dessa atividade, pode resultar a exigibilidade de pressupostos de validade especiais para o contrato em questão; a segunda, refere-se ao fato de que, dessa classificação, depende a aplicabilidade de normas legais de natureza dispositiva que complementam a regulamentação elaborada pelas partes¹⁸⁰.

Nesse cenário de insuficiência do raciocínio de subsunção e de reconhecimento da utilidade e necessidade de qualificação, as diferentes teorias desenvolvidas para a solução da problemática colocada apoiam-se em diferentes “incides do tipo”: *“a estipulação das partes no conteúdo contratual, o fim do contrato, a causa no sentido da função econômico-social do contrato, o objeto mediato, as prestações contratuais de cada uma das partes, enfim, tudo quanto possa ajudar na qualificação do contrato como pertencendo a determinado tipo contratual”*¹⁸¹.

Nenhuma delas se mostra mais ou menos legítima. Se a própria lei não estabelece o critério adequado para a verificação da tipicidade ou atipicidade contratual, não há como se justificar a prevalência de determinada técnica de análise sobre outra, ou mesmo a necessidade de utilização de um mesmo critério qualitativo para todos os tipos legais e situações concretas¹⁸². Daí porque o resultado da aplicação de cada uma dessas teorias ou dos diferentes critérios que as determinam, por vezes, poderá resultar em uma mesma conclusão, diferindo apenas quanto às premissas teóricas adotadas.

¹⁷⁸ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*.

¹⁷⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*.

¹⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 420.

¹⁸¹ UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Comentários ao Código Civil*, pp. 110.

¹⁸² “Não há qualquer razão de ordem lógica que imponha que o critério qualitativo – ou a natureza deste – seja igual para todos os tipos legais. Bem ao contrário, cremos que ele deve variar com os modos e os elementos de previsão normativa e que a correção dos diferentes critérios defendidos na Doutrina é, em parte, função desses modos”.

O autor entende que, a cada situação concreta (a depender do regime legal e definição de determinado contrato, bem como a depender do contrato concreto em análise) uma ou outra teoria se mostrará útil.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 123-124.

Desse cenário observa-se a necessidade de se questionar, uma vez feita a análise qualificativa à luz de determinado tipo legal, a adequação da aplicação do regramento típico à hipótese concreta que se analisa. Com efeito, de um juízo de qualificação “provisória” sobrevirá a “qualificação definitiva” que indicará a tipicidade ou a atipicidade do contrato¹⁸³. Nesse sentido “a pergunta ‘como deve o contrato ser qualificado?’ tem de ser sempre acompanhada pela pergunta ‘justifica-se a aplicação, no caso concreto, do regime do tipo contratual em causa?’”¹⁸⁴.

Além disso, a operação de qualificação deve ser tomada com cautelas, à medida que o esforço do intérprete e da jurisprudência, de acomodação de contratos atípicos nos tipos legais e de supervalorização da atividade qualificadora no intuito de resolução de conflitos pela aplicação pura e direta da regra legal, cria o risco de se renegar a vontade dos contratantes, que, pode ser, justamente, afastar o regramento legal típico¹⁸⁵. É importante atentar, portanto, à necessidade de se assegurar a prevalência da vontade das partes, ainda que diante da qualificação do contrato atípico a seu “tipo mais próximo”¹⁸⁶.

A atividade de qualificação contratual é, portanto, maleável e sensivelmente sujeita às circunstâncias concretas do contrato a ser qualificado. Não por outro motivo é que a qualificação do contrato *built to suit* e a consequente definição das regras a ele aplicáveis deve levar em consideração todos os aspectos concretos do contrato, bem como a necessidade de se acomodar os interesses das partes e sua função econômica.

¹⁸³ “Em nosso entender, o que pode dizer, no fundo, é que a atração em bloco das normas reguladoras do tipo legal, na disciplina de subsunção-qualificação, será sempre provisória, na medida em que pode haver, entre as normas reguladoras do tipo, as que por sua inaplicabilidade à espécie contratual em causa acabem por revelar que a identificação provisória tem sempre de ser confirmada pela verificação da aplicabilidade de todas e cada uma daquelas normas ao contrato em espécie, para uma qualificação definitiva desse contrato como típico ou atípico”.

UBALDINO MIRANDA, Custodio da Piedade. *Comentários ao Código Civil*, p. 112.

¹⁸⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 121-122.

¹⁸⁵

“Di fronte ai contratti che non appartengono a nessun tipo legale (e dunque sono contratti atipici), scatta nella giurisprudenza um riflesso condizionato che la porta a cercare qualche tipo legale, cui il contratto sai riconducibile. (...).

Questa forzosa riduzione dei contratti atipici ai tipi è comprensibile: essa risolve il problema d’individuare la disciplina applicabile al contratto; e la individua in regole che prima facie promettono um equilibrato temperamento degli interessi delle parti, essendo generalmente questa l’ispirazione della disciplina legale dei tipi. Tuttavia essa presenta um rischio: disattendere la volontà delle parti, deformare arbitrariamente l’assetto d’interessi perseguito col contratto, che le parti possono aver voluto atípico (come l’ordinamento consente loro) proprio per sottrarlo alla disciplina legale di qualsiasi tipo”.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, p. 431-431.

¹⁸⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*, pp. 29-30.

3.2. O MÉTODO TIPOLÓGICO: A RECONDUÇÃO AO TIPO

O método tipológico busca solucionar a insuficiência do método de subsunção, por meio do processo de recondução do contrato concreto ao tipo normativo subjacente mais adequado.

Trata-se de um processo de reaproximação do contrato em análise ao tipo mais “próximo”, mediante o reconhecimento de um suficiente grau de “conformidade”, que permite analisar a maior ou menor pertinência do contrato a determinado tipo com a consequente aplicação, em maior ou menor medida, da disciplina legal que lhe é correspondente¹⁸⁷.

O raciocínio tipológico parte da diferenciação entre o “conceito tipo” e o “conceito classificatório”¹⁸⁸ e a consequente graduabilidade dos tipos normativos, que permite o desenvolvimento de hipóteses intermediárias entre eles. Assim, sob a análise tipológica, os contratos mistos são contratos atípicos que se situam numa posição intermediária entre tipos¹⁸⁹.

Tipo e conceito representam formas de pensamento representativas do abstrato, elaboradas pelo recurso a uma série de qualidades ou caracteres. A diferença entre várias concepções reside na forma de combinação dos elementos que os formam e no grau de correspondência necessário para a recondução da espécie concreta a cada um deles¹⁹⁰. Assim, “o âmbito de um conceito é fixado de modo concludente pelas notas que formam a sua definição, enquanto o tipo não o é”. Como consequência, os traços que caracterizam o tipo surgem sob diferentes graus de intensidade e podem, dentro de certos limites, substituir-se reciprocamente, tornando o tipo mais rico em conteúdo do que o conceito, que é mais limitado¹⁹¹.

Assim, para GIORGIO DE NOVA, enquanto o conceito é abstrato e tem o intuito de definir o seu objeto, o tipo é concreto, mais próximo da realidade e meramente descritivo¹⁹². Desse modo, os elementos constitutivos de um conceito são em número determinado e devem estar necessariamente presentes para sua verificação. Por outro lado,

¹⁸⁷ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 14.

¹⁸⁸ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 97.

¹⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 222.

¹⁹⁰ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 98-99.

¹⁹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 426.

¹⁹² DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 125.

os traços característicos de um tipo não constituem uma moldura rígida e, ainda que algum deles esteja ausente, ainda se poderá afirmar estar-se diante do tipo¹⁹³.

Como resultado, na análise do tipo, pode-se levar em consideração a presença maior ou menor de determinados elementos, daí porque é cabível falar-se em recondução ao tipo, mesmo na ausência de algumas qualidades, e, diferentemente, subsunção ao conceito, que exige a verificação de todas as qualidades dele integrantes¹⁹⁴. No processo de recondução, mais do que uma análise comparativa do caso concreto com o tipo legal, busca-se o sentido global do tipo por meio de análise comparativa que admite gradação¹⁹⁵.

Conclui-se que o tipo é aberto, graduável e dotado de organicidade. Essas características, segundo o raciocínio de GIORGIO DE NOVA decorre do fato de que o legislador, ao definir tipos com base em elementos essenciais, teria recebido não propriamente os tipos abertos, mas sim conceitos, resultando na incongruência entre a definição legal do contrato e o esquema que resulta de sua disciplina. Ou seja, a definição abstrata do tipo legal é demasiadamente abrangente, enquanto seus respectivos quadros legislativos são demasiadamente restritos¹⁹⁶.

Daí porque se legitima a leitura tipológica e a busca de uma conformidade suficiente de maior ou menor pertencimento ao tipo. Da incongruência entre a abrangência da definição dos tipos e as regras a eles aplicáveis, conclui-se que o contrato concreto pode

¹⁹³ ALPA, Guido. *Il contratto in generale*, p. 57.

¹⁹⁴ “(...). Per il concetto, è indifferente l'intensità maggiore o minore con cui un elemento caratteristico si presenta nel caso concreto: determinante à la sussistenza o la mancanza di ciascuna caratteristica. Di conseguenza, un dato individuale rientrerà nel concetto se ne presenta le caratteristiche essenziali, non vi rientrerà in caso contrario: il problema dell'appartenenza al concetto si pone in termini di netta alternativa, esclusa ogni terza soluzione. Per il tipo, non essendo decisivi tanto i singoli dati caratterizzanti, quanto il quadro generale, è invece determinante l'intensità maggiore o minore con cui si presentano nel caso concreto le caratteristiche tipizzanti. In fatti, l'intensità cui si presente una delle caratteristiche può compensare l'assenza di un'altra caratteristica, e fondare l'appartenenza al tipo. Inoltre, la maggiore o minore intensità con cui si presentano i tratti caratterizzanti può consentire un'appartenenza maggiori o minore al tipo. Di conseguenza, il problema della appartenenza al tipo non si pone come un aut-aut, ma consente una risposta graduata. In termini più concisi, mentre al concetto si attaglia il processo di sussunzione, al tipo si confà un processo di riconduzione.”

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 127.

¹⁹⁵ “A recondução ao tipo e a subsunção ao conceito seriam operações logicamente diversas; enquanto nesta “nada mais” haveria a fazer que verificar se os elementos em que o conceito é decompontível – e todos eles – estariam presentes no caso concreto (o que, visto de outro ângulo, implicaria a redução dos factos a um esquema conceitual, com vista a verificar se este se “encaixaria” no conceito geral abstracto), naquela o juízo de correspondência, mais do que uma análise comparativa do conceito com o concreto, exigiria a apreensão do sentido global de ambos. Por outro lado, enquanto a subsumibilidade ao conceito só seria susceptível ou de um juízo afirmativo ou de um juízo negativo, a pertença ao tipo ofereceria aspectos quantitativos e por isso se poderia falar do carácter gradativo do tipo. Decorrentemente, as fronteiras entre os tipos seriam fluidas”. DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 99-100.

¹⁹⁶ DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 137.

ser afastado da disciplina legal prevista para o tipo ao qual é reconduzido, ainda que possua as suas características. Da mesma forma, pode ser submetido à determinada disciplina ainda que não apresente todas as características do tipo definido na lei¹⁹⁷.

Ou seja, ainda que um contrato *in concreto* possa ser qualificado como de um determinado tipo, isso não significa dizer, necessariamente, que toda disciplina legal prevista para esse tipo será adequada a esse contrato¹⁹⁸.

Essa consideração “tipológica” possibilita classificar adequadamente as transformações e combinações de tipo, não por meio de uma análise meramente positiva ou negativa, mas por meio de um exame de integração total ou parcial.

A diferença entre o raciocínio exposto e aquele desenvolvido por KARL LARENZ diz respeito ao fato de que esse autor limita o método de recondução ao tipo como expediente subsidiário aos casos em que a subsunção não se mostrar adequada¹⁹⁹.

Dessa forma, a classificação do contrato concreto na esfera de um tipo legal ocorre, primeiramente, pela via de “um silogismo de subsunção”, que somente será suficiente quando se estiver diante de todas as notas distintivas que caracterizam determinado modelo legal. Dado o espaço lógico de variações entre os tipos definidos pelo legislador, esse raciocínio nem sempre se mostrará suficiente, já que “*existem tipos por detrás das fixações conceptuais da lei*”²⁰⁰, ocasião em que a recondução ao tipo tomará espaço.

A ressalva feita ao método tipológico diz respeito ao fato de que, embora seja ele mais flexível e, portanto, adequado a atender casos limites e as necessidades decorrentes da liberdade contratual, ele é menos seguro juridicamente, tendo em vista a ausência de critérios definidos para pautar o raciocínio da recondução do contrato ao tipo e abertura para julgamentos intuitivos²⁰¹.

Transportado ao contrato *built to suit*, esse raciocínio pode justificar a sua aproximação (ou verdadeira recondução) ao contrato de locação, bem como ao contrato de

¹⁹⁷ ALPA, Guido. *Il contratto in generale*, p. 57.

¹⁹⁸ “*Il ricorso al tipo normativo ha portato ad escludere, in tutto o in parte, l'applicazione della disciplina legale a contratti sussumibili nel tipo legale, ma non riconducibili al tipo normativo sottostante*”

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*, p. 147.

¹⁹⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, pp. 428-429.

²⁰⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 425.

²⁰¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 428.

empreitada no que diz respeito às obrigações relacionadas à construção do empreendimento. Com efeito, não se pode negar que o tipo mais próximo ou de maior conformidade com esse contrato é o da locação; da mesma forma, não se pode negar que o contrato contém prestações semelhantes à da empreitada, razão pela qual, ao menos em parte, mostrar-se-á necessário o tratamento de certas cláusulas como próprias desse tipo.

Resultado disso seria a possibilidade de aplicação, ao contrato *built to suit*, da Lei do Inquilinato e, quando necessário, às regras do contrato de empreitada, no que cabível. Pode-se dizer que essa é, justamente, a solução dada pela Lei 12.744/12, conforme será exposto em capítulo específico²⁰².

3.3. O RECURSO À IDEIA DA CAUSA COMO ELEMENTO DE QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL

Também como alternativa ao raciocínio da subsunção por identificação dos elementos essenciais, recorre-se à causa objetiva do contrato como critério de determinação de sua qualificação jurídica.

Matéria de ampla discussão doutrinária, a causa do contrato consiste no objetivo do negócio, na função econômica buscada pelas partes por meio de sua celebração²⁰³ e que “*permite identificar os objetivos jurídicos específicos de cada transação*”²⁰⁴. Apesar da ampla discussão acerca dos diferentes conceitos da causa no contrato²⁰⁵, é sua concepção objetiva que importa para a ideia de qualificação contratual. Trata-se da causa como função econômico-social do negócio jurídico²⁰⁶.

²⁰² Vide capítulo 5.

²⁰³ GOMES, Orlando. Contratos, 22ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, p.19.

²⁰⁴ “A causa, por outro lado, consiste no objetivo do negócio, que permite identificar o objetivo econômico da operação. Assim, na compra e venda, o objetivo de transferir a propriedade de um bem contra o pagamento de uma quantia, etc.

(...) É na definição dos tipos contratuais e na construção das listas de tipos que se acaba por identificar os objetivos jurídicos específicos de cada transação. Portanto, e esse ponto é muito importante, é da causa, objetivo ou função econômica que se deduz o objetivo jurídico e não vice-versa”.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 45, n. 141, jan-mar 2006, pp. 7-30.

²⁰⁵ “Causa pode ser causa-fato jurídico (causa efficiens); causa-motivo (causa impulsiva), se motivo psicológico, e causa-justa-causa, se motivo objetivo; causa da juridicidade (civilis ou naturalis); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (causa finalis com três concepções diferentes)”.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio Jurídico e Declaração Negocial, pp. 127-128.

²⁰⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio Jurídico e Declaração Negocial, pp. 127-128.

Segundo o entendimento preconizado por EMILIO BETTI, a causa enquanto função econômica de determinado contrato típico é imutável e a ele indissociável. Ela será a mesma para negócios de um mesmo tipo e diferente em negócios de tipo diverso, podendo, portanto, servir como critério individualizador do tipo. Para o autor, a causa é a síntese dos elementos essenciais do contrato, “*como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada*”²⁰⁷, sendo uniforme e constante em todos os negócios pertencentes ao mesmo tipo. A causa seria, em resumo, a função do interesse social da autonomia privada:

Os elementos necessários para a existência do negócio são também elementos indispensáveis da função típica que é sua característica. A sua síntese, assim como representa o tipo do negócio, na medida em que é negócio causal, também lhe representa, igualmente, a função típica²⁰⁸.

No mesmo sentido, GIOVANNI B. FERRI e CESARE BIANCA elevaram a causa como função econômica do negócio a critério único de qualificação. O problema de recondução dos negócios aos tipos consistiria, assim, no estabelecimento de correspondências entre seu sentido e as causas negociais²⁰⁹.

Dessa forma, segundo o raciocínio desses autores, um negócio jurídico concreto somente é qualificável como negócio de um determinado tipo legislativo na medida em que “*cumpra e função econômico-social que o caracteriza, ou seja, sua causa*”²¹⁰. Justamente por isso é que, nos contratos indiretos, em que as partes adotam determinado tipo contratual a fim de alcançar finalidades diversas daquelas a que o tipo se propõe caracteristicamente, a modificação do tipo incide sobre sua finalidade, mas a causa do negócio típico deverá fazer-se presente.

Embora não prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico, a causa negocial deve existir como fator de ligação entre elementos necessários à própria existência do contrato, ao acordo de vontades e à função social, sendo, assim, elemento natural para a existência do negócio²¹¹.

²⁰⁷ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 350.

²⁰⁸ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, p. 351.

²⁰⁹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 95.

²¹⁰ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Tomo I, pp. 335-336.

²¹¹ “*Contrato sem função não é expressão de manifestação de vontade exatamente porque nessa hipótese é impossível garantir que a liberdade de contratar esteja respeitando seus limites (sociais). Daí porque parece ser possível concluir que, ainda que não prevista expressamente a causa, a mesma deve existir por sua íntima ligação a dois elementos necessários para a própria existência do contrato: o acordo de vontades e função social. A causa, portanto (que deve existir, ainda que não seja declarada), é elemento*

Daí porque ela poderia influenciar a tipologia dos contratos permitindo descaracterizá-lo como um tipo para defini-lo como outro²¹².

Diferentemente do método tipológico, o recurso à causa do contrato não se mostra suficiente para a definição da qualificação do contrato *built to suit*. Com efeito, caso se identificasse sua causa, sua função econômica, como própria do contrato de locação (cessão de uso de propriedade imóvel contra pagamento de remuneração), poder-se-ia considerá-lo como pertencente a esse tipo.

Entretanto, esse raciocínio desconsideraria o fato de que a função econômica do contrato *built to suit* pressupõe que o imóvel cedido seja específico tal qual encomendado pelo futuro ocupante e construído para atendimento às peculiaridades por ele desejadas; bem como o fato de que a prestação do locatário remunera também a construção desse imóvel e não apenas sua ocupação. Desse modo, a causa contratual não se mostra a solução mais adequada à definição das regras aplicáveis a este caso.

Nesse sentido é que a valoração da causa negocial como critério de qualificação contratual também encontra críticas. Por exemplo, RUI PINTO DUARTE chama atenção para o fato de que a doutrina que adota a causa como critério de qualificação do contrato não exclui a necessidade de exame dos elementos essenciais do negócio, cuja síntese, em última análise, representa-se pela própria causa do negócio²¹³ e, dessa forma, remeteria a juízo semelhante àquele da subsunção.

Daí porque, para o autor, “as doutrinas funcionalistas de qualificação do contrato utilizam uma ideia de função exterior ao Direito” e, não se podendo equiparar os

natural para a existência do negócio jurídico. Negócios para serem abstratos devem ser expressamente reconhecidos como tais pela legislação.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 45, n. 141, jan-mar 2006. Pp. 7-30.

²¹² “Daí decorrem duas outras consequências importantes. Em primeiro lugar, colocada no plano da existência, a causa influencia a tipologia dos contratos. Conforme demonstram as famosas Typenreihen, de Larenz, o estudo da função econômica de um negócio jurídico (causa) permite descaracterizá-lo como um tipo para caracterizá-lo como outro. A teoria dos negócios indiretos nada mais faz do que uma alteração tipológica a partir da função econômica do negócio jurídico.

Uma outra interessante consequência dessa forma de construção da causa é que, colocada no plano da existência, a mesma não exaure sua função no momento da constituição do contrato. Exatamente por definir a existência do contrato deve conduzir sua interpretação. Dessa forma, a causa passa a ser determinante para a vida e a aplicação do contrato”.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 45, n. 141, jan-mar 2006. Pp. 7-30.

²¹³ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 93.

tipos legais a normas, as funções desempenhadas por cada um deles não podem servir de critérios suficientes de aplicação do direito²¹⁴.

3.4. AS TEORIAS DA ABSORÇÃO, COMBINAÇÃO E APLICAÇÃO ANALÓGICA. O CASO DOS CONTRATOS MISTOS

Tratando-se de negócios atípicos e, conseqüentemente, não previstos pelo legislador como contratos sujeitos a um regime jurídico específico, os contratos mistos regem-se, a princípio, pelas regras estabelecidas pelas partes²¹⁵.

Todavia, naquilo em que as partes não previram, não se pode dizer, sem maiores questionamentos, que se aplicam diretamente as normas próprias de cada um dos tipos formativos do contrato. Justamente porque é atípico, o contrato misto não corresponde diretamente a nenhum deles.

Não se pode negar, no entanto, que os tipos formativos do contrato misto servem como “referência” e podem atuar, com limitações e dentro de certa medida, como modo de controle da atuação das partes. Destarte, em determinadas circunstâncias, contudo, excepcionalmente e naquilo que as partes não estipularem contratualmente, a lei deverá interferir e poderá se mostrar necessário recorrer ao tipo contratual que compõe o contrato misto²¹⁶.

Assim, o tipo de referência é aquele que as partes elegem para desempenhar “*papel de instrumento de base e a cuja disciplina típica as partes se referem na contratação*”²¹⁷. A referência a certo tipo contratual tem importância crucial na interpretação dos contratos atípicos, à medida que revela a intenção negocial dos contratantes de receber, daquele tipo, a base regulativa do contrato²¹⁸.

É possível afirmar que, ao contratar e indicar um tipo de referência, as partes o adotam como seu “centro de gravidade”, propiciando a aplicação de regras dirigidas a esses aspectos preponderantes²¹⁹. A influência do tipo de referência pode variar conforme a maior

²¹⁴ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 95-96.

²¹⁵ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 226.

²¹⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*, p. 364:

²¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 226.

²¹⁸ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, 377.

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*, p.366.

ou menor tipicidade do contrato em análise, conquanto esteja ele mais ou menos próximo do seu tipo de referência²²⁰.

Entretanto, a indicação implícita ou expressa na denominação utilizada pelas partes não basta para configurar todo o conteúdo do negócio, embora deva ser tomada como índice de valoração dos efeitos pretendidos pelos contratantes²²¹. De fato, as partes podem dar uma “falsa qualificação” ao contrato, o que deve ser corrigido pelo intérprete²²².

No caso de contrato misto múltiplo, por exemplo, em que ocorre a conjunção de mais de um tipo, as partes podem fazer remissão a dois diferentes tipos, de modo que não há um único tipo contratual de referência que possa dar ao negócio a base de sua disciplina, o que exigirá maiores esforços hermenêuticos. Além disso, nem sempre será simples a tarefa de determinar se há um “tipo de referência” a que as partes elegeram²²³, pois nem sempre a fronteira entre os contratos tipificados será de fácil percepção.

Nesse cenário, a fim de determinar as regras aplicáveis aos contratos mistos, a doutrina tradicional desenvolveu as teorias da absorção, da combinação e da analogia. Novamente, ressalta-se que essas teorias, tomadas isoladamente, “*levantam dúvidas e prestam-se a críticas*”²²⁴, razão pela qual a aplicação de cada uma delas deve levar em conta as circunstâncias concretas do pacto que se analisa e a adequação de sua submissão a certa disciplina legal. Com efeito, “*o interprete não deve enfeudar-se a nenhuma delas, para não correr o risco de cair em puro conceitualismo lógico-formal, que significa a inversão da ordem real dos valores servidos pelo direito*”²²⁵.

Com fundamento na teoria da absorção, procura-se identificar a prestação predominante dentre aquelas que compõem o contrato misto em análise, a fim de se definir sua “prestação principal”. Consequentemente, identificado o regime geral relacionado a essa prestação, ele deverá “absorver” os demais elementos formativos do contrato, tanto na

²²⁰ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 377.

²²¹ BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I, p. 169.

²²² BESSONE, Darcy. *Do contrato*. 1 ed., Rio de Janeiro: Cia. Ed. Forense, 1960, pp. 230-231.

²²³ PAES DE VASCONCELOS cita o exemplo do contrato de construção “turn key”: “*Este caso constitui um bom exemplo de que entre os contratos de tipo múltiplo e de tipo modificado não existe uma fronteira firme. O tipo da empreitada é de tal modo dominante que o contrato está efetivamente mais próximo do contrato de tipo modificado que do de tipo múltiplo. O tipo da empreitada funciona, sem dúvida, como tipo de referência, tendo os outros tipos uma função complementar que é característica dos pactos de adaptação. A base da disciplina contratual, além do estipulado, irá ser pedida ao tipo da empreitada. O domínio do tipo empreitada é tão importante que se pode duvidar se o contrato, em vez de misto, não é mesmo típico*”

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 229.

²²⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*, p. 365.

²²⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 290.

qualificação quanto na disciplina do negócio. A teoria da absorção mostra-se adequada quando “*o contrato misto se reconduz, pelo menos basicamente, a determinado tipo legal*”²²⁶.

Nesses casos, o problema que se coloca diz respeito ao critério a adotar para a determinação do tipo predominante no negócio quando essa preeminência não for expressa ou facilmente aferível. VINCENZO ROPPO sugere a adoção do critério econômico, mediante a identificação da prestação economicamente prevalente ou parâmetro normativo, baseado na “*força de cada um dos tipos*”²²⁷.

Seria o caso, por exemplo, entendendo-se o contrato *built to suit* como um contrato misto formado de elementos dos contratos de locação e empreitada, de reconhecer a “prevalência” das características do contrato de locação sobre as suas demais características. Como resultado, atrair-se-iam as regras próprias da relação jurídica locatícia. A solução, a princípio parece adequada, todavia, a depender das disposições contratuais, algumas questões intimamente relacionadas à prestação de construção do imóvel poderiam ficar sem resposta.

Daí porque, em casos nos quais não se pode facilmente determinar o elemento principal do contrato misto, com fundamento na ideia de que não se justifica a extensão indiscriminada do regime aplicável conforme o elemento “preponderante” da relação contratual, a teoria da combinação busca harmonizar (combinar, propriamente dito), as normas aplicáveis a cada um dos elementos típicos que integram o contrato misto *in concreto*. Essa técnica seria aplicável quando “*o contrato misto resulta do concurso de diferentes espécies contratuais que concorrem para a sua formação*”²²⁸ e, como resultado, a disciplina dos diversos tipos componentes do negócio serviria para fixar o regime próprio de cada um deles.

²²⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 86.

Faz-se, por exemplo, uma venda por preço de favor. O contrato em si enquadra-se na categoria legal da compra e venda, em que se deixa absorver e cujas disposições lhe são aplicáveis primacialmente. Mas nele insinua-se um elemento de liberalidade e por isso o regime das liberalidades será também chamado a participar na regulamentação do todo” pp. 86-87.

²²⁷ ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*, pp. 428-429.

²²⁸ *Por exemplo, contra remuneração única prometem-se, a título principal, várias prestações correspondentes a tipos contratuais distintos. Assim, na hospedagem proporciona-se a utilização de um imóvel (como no arrendamento ou subarrendamento), de móveis (como no aluguer ou subaluguer), de serviços (como na prestação de serviços). O que está naturalmente indicado é fazer a conjugada aplicação das disposições respeitantes às espécies concorrentes*”.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*, p. 87.

Novamente caso se entenda ser o contrato *built to suit* um contrato misto, a teoria da combinação atrairia as regras aplicáveis à relação locatícia e à relação de empreitada. Essa solução não parece gerar maiores conflitos, tendo em vista a possibilidade de se reconhecer, em certa medida, a individualidade de cada prestação.

O que se observa é que o contraste entre as teorias da absorção e da combinação é, de certa forma, limitado. Cada uma delas, no entanto, se mostra mais adequada a determinados casos. Assim, a teoria da combinação não se mostra cabível nos casos em que for insuperável a diferença entre os regimes dos tipos que formam o contrato misto em questão. Por sua vez, a teoria da absorção não pode deixar de considerar a existência de um tipo dominante e elementos estranhos a ele, aos quais as normas daquele tipo poderão não ser aplicadas²²⁹.

Como consequência, a doutrina se inclina para posição eclética dessas teorias, consubstanciada na aplicação analógica das regras dos contratos típicos formativos do contrato misto. Trata-se de recorrer à integração das lacunas do negócio, com fundamento no regime específico dos contratos análogos àqueles que formam o contrato misto.

Muito embora fundada em base teórica distinta, o método da analogia não fornece, necessariamente, resultados diversos das teorias da absorção e da combinação. Seria o equivalente a dizer, em última análise, que ao contrato *built to suit* podem aplicar-se, analogamente, as regras dos contratos de locação ou de empreitada, a depender da obrigação sob exame.

3.5. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* E O CENÁRIO DOS DIFERENTES MÉTODOS DE QUALIFICAÇÃO

Expostos os conceitos de tipicidade e atipicidade e os esforços da doutrina para a sistematização do raciocínio de qualificação contratual, evidencia-se a fluidez entre as diversas técnicas e teorias relacionadas a esse processo frente à diversidade que as situações concretas podem apresentar.

²²⁹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pp. 146-149.

O autor chama atenção para o Código Civil Holandês, que codificou a questão, na tendência do ecleticismo das correntes (art. 215, livro 6 do CC Holandês): “quando um contrato corresponda à descrição de duas ou mais espécies particulares de contratos reguladas na lei são aplicáveis concorrentemente as disposições próprias de cada uma dessas espécies, excepto na medida em que tais disposições não sejam compatíveis ou em que a finalidade, atenta a natureza do contrato, se oponha a essa aplicação”.

Com efeito, não se pode desprezar o fato de que a sociedade e, principalmente, as relações empresariais, sofisticaram-se imensamente diante das facilidades informacionais e negociais. Como reflexo disso, as relações jurídicas tornam-se cada vez mais dinâmicas e diversificadas, acarretando a adaptação da concepção clássica da tipicidade e atipicidade contratual e, como resultado, a verdadeira insuficiência da visão rígida e binária desses conceitos²³⁰.

Diante disso, o primeiro passo para enfrentar as dificuldades que se colocam frente à necessidade de qualificação e definição de regramento legal aplicável aos contratos atípicos (ou não totalmente correspondentes ao tipo) reside no desprendimento da rigidez das teorias desenvolvidas e na aceitação de sua intercomunicação e complementação.

Nesse desafio, revela-se como principal dificuldade a definição do limite da moldura formada pelo tipo legal e, conseqüentemente, o limite de sua “elasticidade”, conforme a maior ou menor autonomia de determinada regulamentação aplicada a um contrato concreto.

Daí porque nem sempre será clara e estanque a atividade qualificativa assim como ocorre com o desafio da diferenciação entre um contrato misto e a hipótese de união de contratos, ou, ainda, entre um contrato típico acrescido de cláusulas acessórias e um contrato atípico formado pela modificação de um tipo legal²³¹.

Nesse sentido, pode-se dizer que, uma vez que os critérios adotados pela lei para tipificação de contratos não são rígidos (o que dá margem à já referida pluralidade de técnicas e mecanismos de submissão de determinado contrato a certo quadro legal) o grau de exatidão das fronteiras entre o típico e o atípico dependerá do rigor formal com que se adote a noção de tipo²³². Muito embora essa posição possa gerar riscos de subjetivismos, ela permite o melhor aproveitamento da fluidez dos conceitos e técnicas desenvolvidas e, como resultado, possibilita a melhor adequação dos casos concretos às hipóteses legais.

²³⁰ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 45

²³¹ “Saber onde se encontra a autonomia suficiente para que haja uma união de contratos e não um contrato misto, qual o limite cuja ultrapassagem distingue um contrato típico com cláusulas acessórias atípicas de um contrato atípico de tipo modificado, é algo que a doutrina tradicional mal consegue expor e dificilmente consegue pôr em prática. Como quase sempre, a abordagem conceitual e classificatória é mais clara na exposição que na aplicação, ao contrário da tipológica que é mais clara na aplicação do que na exposição”. VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 218

²³² DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*.

Justamente pela ausência de fatores determinantes para nortear essa análise, as opiniões acerca da qualificação do contrato *built to suit* divergem.

Com efeito, já se conceituou esse contrato (i) como socialmente típico, remetendo-se sua disciplina às regras gerais dos negócios jurídicos e, na falta de disciplina particular, aos usos e costumes e, assim, à Lei do Inquilinato por analogia²³³; (ii) como resultado de coligação contratual entre contratos de empreitada e locação, característica que fundamentaria a derrogação parcial do regime jurídico reservado à locação simples²³⁴; (iii) como contrato atípico misto, resultado da junção de elementos típicos de locação e empreitada²³⁵; e, ainda, (iv) como contrato de locação, sujeito, portanto, à Lei do Inquilinato²³⁶.

No entanto, o cenário de discussão quanto à sua qualificação não reflete, na mesma medida, a divergências sobre seu regramento legal. Nesse aspecto, invariavelmente, as soluções propostas pela doutrina aceitam, em maior ou menor medida, a aplicação das regras reservadas ao contrato de locação, podendo-se dizer que aquele é o seu “tipo de referência”, seu tipo de maior “conformidade” ou mesmo tipo a qual ele pertence.

Da mesma forma, antes mesmo da edição da Lei 12.744/12, a jurisprudência, em poucos julgados que tratam do tema²³⁷, já apontava essa opinião, ainda que demonstrando a preocupação em considerar e diferenciar as peculiaridades desse como medida necessária à análise da possibilidade ou não de aplicação da Lei do Inquilinato.

Pode-se citar como exemplo decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³⁸ no qual se reconheceu o caráter especial do *built to suit*, afastando sua equiparação

²³³ ZANETTI, Cristiano de Souza, *Build to Suit: Qualificação e Consequências*.

²³⁴ “Vê-se, pois, que o negócio imobiliário de tipo *built to suit* se qualifica, em seu modelo mais simples, como uma coligação contratual formada por contrato de empreitada e contrato de locação”.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 185.

²³⁵ BENEMOND, Fernanda Henneberg, *Contratos Built to Suit*.

²³⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Contrato Built-to-Suit e a Lei do Inquilinato*. In: Revista de Direito Imobiliário, n. 1. Jan-fev, 2011.

²³⁷ São poucos os julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo e que tratam profundamente da matéria. Parte dos julgados localizados e que têm como pano de fundo o contrato *built to suit* não adentram a análise de suas peculiaridades legais (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 1128054-0/0, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 27.11.2007; TJSP Agravo de Instrumento nº. 982.912-00/6, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 21.11.2005; TJSP, Agravo de Instrumento nº. 1.058.706-0/7, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 28.08.2006; TJSP, Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº. 0060699-40.2012.8.26.0000/5, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araujo, j. 20.05.2012; TJSP, Agravo nº. 1.019.061-00/5, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 29.05.2006).

²³⁸ TJSP, Agravo de Instrumento nº. 0457603-20.2010.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sá Duarte, j. 31.01.2011

a um simples contrato de locação. O julgado, anterior à Lei 12.744/12, embora não tenha adentrado à disciplina jurídica aplicável ao contrato, faz menção a suas características específicas e, principalmente, à sua atipicidade e a consequente possibilidade de afastar, por convenção, a Lei do Inquilinato, aplicável subsidiariamente²³⁹⁻²⁴⁰.

A íntima proximidade entre o contrato *built to suit* e a locação tornou-se inegável diante da opção legislativa de tratar das regras aplicáveis a esse contrato no bojo da Lei do Inquilinato. Como consequência, embora se tenha dado prevalência às condições pactuadas pelas partes, a disciplina do contrato *built to suit* poderá ser regida inteiramente pela Lei do Inquilinato caso as partes não estipulem nenhuma ressalva a respeito. É o que decorre do artigo 54-A introduzido pela Lei 12.744/12²⁴¹.

Assim, não se pode negar que o contrato *built to suit* foi qualificado legalmente como uma espécie de locação, opção que, a nosso ver, é acertada. Primeiramente, porque não se pode negar que o contrato *built to suit* pode ser facilmente reconduzido ao contrato de locação, contendo, inclusive, seus elementos essenciais. Além disso, porque o

²³⁹ Destaca-se trecho do voto do Desembargador Relator:

“Built to suit (em português ‘construído para servir’) é uma expressão conhecida no mercado imobiliário usado para identificar contratos de locação a longo prazo no qual o imóvel é construído para atender os interesses do locatário, já predeterminado. Trata-se, portanto, um contrato atípico (cc art. 425).

Traço marcante deste contrato é o fato do terreno e a construção que nele será feita atenderem, de forma especial no que se refere à locação e características, a pessoa que posteriormente irá aluga-lo, por um prazo bastante longo.

Não havendo regulamentação legal desse tipo de contrato, as partes podem ainda ajustar regras especiais não contempladas na Lei 8.245/91. O locador, por exemplo, tem a possibilidade de captar fundos para o investimento, mediante garantia com os recursos advindos da locação do empreendimento, emitindo títulos reportados a valores imobiliários. Como a locação se faz, com garantia de cumprimento da obrigação do locatário, durante longo prazo (geralmente 10 ou mais anos), ao término da avença, o empreendedor recupera totalmente desembaraçado o imóvel, valorizado pela planta erguida no seu terreno.

Não é, portanto, uma singela locação de imóveis”.

TJSP, Apelação nº. 0036632-84.2007.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Amorim Cantuária, j. 11.05.2011.

Cabe ressaltar que, no Superior Tribunal de Justiça, apenas um julgado se refere ao contrato *built to suit*, sem, no entanto, tratar de suas particularidades:

“Civil. Processo civil. Recurso Especial. Ação de indenização. Contrato de incorporação no modelo built to suit. Construção de imóvel sob medida para utilização e no interesse de terceiros pré-determinados. Contrato posterior de empreitada. Obra que foge aos padrões determinados, de forma a ter sua utilidade reduzida. Reparação dos danos pleiteada (...). Condenação a reparar os gastos verificáveis para dar à obra a utilidade desejada, assim como para indenizar os prejuízos sofridos pela limitação de uso. (...)”.

STJ, REsp nº. 885.910-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.04.08

²⁴⁰ Também a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) já emitiu parecer opinando pela atipicidade contratual e pela inaplicabilidade da Lei de Inquilinato aos contratos *built to suit*, sob a justificativa de que se trataria de contrato de caráter atípico, opinando, inclusive, pela alteração da Lei para exclusão expressa dos contratos *built to suit* de seu alcance. Processo CVM RJ/2005/9164. Assim menciona o MEMO/PFE-CVM/GJU-2/Nº187/2006.

²⁴¹ As consequências dessa alteração legislativa serão tratadas detalhadamente no capítulo 5.

exame da extensão da autonomia das prestações adicionais que são apostas à figura contratual da locação (aquisição, construção ou reforma do imóvel) não são suficientes para desviar o contrato do referido tipo legal.

Com efeito, o contrato de locação é tipo contratual aberto que costuma ser acrescido, em maior ou menor medida, de cláusulas acessórias, as quais, a depender de sua autonomia poderão ou não extrapolar o tipo contratual²⁴².

Desse modo, no que diz respeito à obrigação de construção do imóvel pelo locador, pode-se dizer que o dever de entregar ao locatário o imóvel nos termos estipulados contratualmente (inerente à relação locatícia), reflete extensão da obrigação do locador de entregar ao locatário o bem em condições de uso a que se destina - obrigação, essa, já prevista na própria Lei do Inquilinato (artigo 22). Com efeito, os deveres do locador enumerados pelo artigo 22 não são taxativos. Assim, embora sejam típicos, não impedem a previsão de outros no contrato²⁴³.

Desse modo, a obrigação de entregar o imóvel “*em estado a servir ao uso a que se destina*” compreende todas as reparações de que o prédio necessite. Conforme ressalta AGOSTINHO ALVIM, a expressão “*o uso a que se destina*” pode se referir à própria natureza do imóvel ou ao destino que o inquilino pretende lhe dar²⁴⁴. Não havendo clareza na lei quanto a necessidade de adaptação ou unicamente reparos para o exercício da funcionalidade do imóvel, para o mesmo autor, “*não será necessário que o locador assuma expressamente a obrigação de adaptar*”, no entanto, assim o fazendo, sendo parte essencial do contrato a destinação que o inquilino pretende dar ao imóvel, estar-se-á diante de verdadeira obrigação contratual²⁴⁵.

É, justamente, o que ocorre no contrato *built to suit*, em que a obrigação de entregar o imóvel tal qual especificado pelo ocupante (futuro locatário) é expressamente

²⁴² A título de ilustração da dificuldade de se definir os limites do tipo, PONTES DE MIRANDA expõe exemplo relacionado ao contrato de locação e à possibilidade de adição de prestações acessórias:

O conceito de locação conserva-se incólume, se os contraentes introduzem no contrato cláusulas que não se referem ao usar ou ao fruir, porém de algum modo se ligam a um ou ao outro: obrigação de limpeza dos móveis que ficaram na casa, aguação do jardim, poda anual das árvores, dragagem dos rios, ou abertura de caminho. Mas, se foi posta a cláusula de fornecimento de comida pelo locatário ao locador, ou de manter dois quartos com as malas do locador, juntas, ou não, às do locatário, as circunstâncias podem forçar o ter-se em conta outro contrato, metido no de locação do prédio. (...)

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1952, p. 28.

²⁴³ MIRANDA, Ubaldino Custorio da Piedade. *Locação de Imóveis urbanos*, p. 66.

²⁴⁴ ALVIM, Agostinho. *Aspectos da Locação Predial*. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 68.

²⁴⁵ ALVIM, Agostinho. *Aspectos da Locação Predial*. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, pp. 70-71.

assumida pelo empreendedor imobiliário (que atuará como futuro locador). Assim, a obrigação de construir, reformar ou mesmo adquirir o imóvel pode ser entendida como uma extensão dos deveres do locador, caso assim se estipule no contrato.

Embora seja notável a semelhança dessa prestação àquela própria do contrato de empreitada, a obrigação de construção recai sobre imóvel de propriedade do locador – e não do locatário. Além disso, ao final da relação locatícia, o imóvel voltará à propriedade do locador, o que diferencia essa prestação daquela própria da empreitada. Em verdade, o locador não assume, necessariamente, perante o locatário, a obrigação de construir, reformar ou adquirir o imóvel, e sim a obrigação de providenciar para locação o imóvel por ele desejado (o que se dará por meio da construção, reforma ou aquisição).

Desse modo, não parece possível afirmar que a adição de prestações relacionadas à construção do imóvel é suficiente para extrapolar as prestações de um contrato de locação. Todavia, também não parece possível afirmar que a proximidade dessas prestações adicionais àquelas próprias do contrato de empreitada não poderá atrair a aplicação, ainda que por analogia, de algumas disposições específicas previstas para esse tipo contratual, principalmente no que diz respeito à discrepância da obra com o que solicitado pelo locatário.

Finalmente, embora se possa chegar à conclusão de que o contrato *built to suit* é uma espécie de contrato de locação, não se pode considerar de todo toda inadequada a sua qualificação como um contrato atípico. Como se disse, a definição da tipicidade ou atipicidade contratual depende, em grande medida, da rigidez com que se adote o conceito de tipo ou da extensão que se atribui à sua elasticidade.

Do exposto sobre a teoria dos contratos atípicos, a caracterização do contrato *built to suit* como contrato atípico misto atrairá, do mesmo modo, a aplicação das regras da Lei do Inquilinato e, em certa medida, do contrato de empreitada, seja com fundamento na teoria da combinação, seja com fundamento na teoria da analogia.

Essa possibilidade comprova a fluidez das teorias desenvolvidas pela doutrina da atipicidade e qualificação contratual.

4. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* COMO “OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA”

4.1. O CENÁRIO DE INTER-RELAÇÃO CONTRATUAL DA CHAMADA “OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA” *BUILT TO SUIT*

A análise profunda de determinado contrato implica a necessidade de se considerar a realidade econômico-social na qual ele se insere, incluindo todas as situações, relações e interesses reais que estão em jogo²⁴⁶.

Assim, o exame do *built to suit* tal como utilizado na prática do mercado imobiliário não pode deixar de considerar que, para além da relação jurídica de cessão de uso do imóvel, esse contrato envolve a construção de um empreendimento imobiliário complexo, seja pelo próprio empreendedor, seja por um terceiro.

Por sua própria natureza, a consecução desse empreendimento exige a celebração de contratos de longa duração, naturalmente caros e extremamente dinâmicos quanto ao relacionamento entre os contratantes, sendo comum o decorrer de muitos meses ou até anos para que a obra seja completamente finalizada²⁴⁷. Com efeito, a construção de imóvel industrial ou comercial operacional trata-se de atividade que se caracteriza por sua complexidade, não apenas jurídica (multiplicidade de sujeitos ou obrigações), mas também técnica e operacional.

Como consequência, a consecução do empreendimento demanda uma série de relações jurídicas necessárias para permitir o desenvolvimento de cada etapa do negócio, criando-se uma verdadeira cadeia contratual que deve buscar, idealmente, acomodar as características inerentes à finalidade do negócio e os riscos dela decorrentes. Em suma, o contrato que visa à construção de uma obra de grande porte exigirá a articulação de uma série de obrigações e contratações, bem como a integração da dinâmica dos fatores externos

²⁴⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*, pp. 7-8.

²⁴⁷ “As prestações no contrato de construção serão tanto mais complexas e exigirão tanto mais articulação quanto maior for o nível de complexidade técnica, tecnológica e financeiro do projeto. Ainda, quanto mais abrangente for o escopo do programa contratual, ou quanto mais especialidades envolvidas, mais interações serão exigidas pela dinâmica da relação das partes”.

CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, p. 142.

com o contexto econômico-financeiro do contrato, uma vez que sua execução requer altos investimentos que poderão ser objeto de diferentes estruturas de financiamento²⁴⁸.

Nesse contexto, pode-se dizer que o contrato *built to suit* dá origem a uma real “operação imobiliária”²⁴⁹ integrada por uma rede composta de diversas relações contratuais ligadas à construção, ao financiamento e à alocação de riscos. Assim, sua análise no contexto negocial prático remete ao exame dessa cadeia contratual a fim de não se desconsiderar importantes consequências de sua estrutura negocial.

Nesse sentido, MARCELO VALENÇA menciona algumas relações contratuais geralmente associadas à “operação imobiliária” *built to suit*: (i) a constituição de uma sociedade de propósito específico que adquirirá o terreno no qual o imóvel será construído e funcionará como mecanismo de isolamento dos riscos assumidos na operação em relação aos riscos de outros negócios em que o mesmo empreendedor imobiliário estiver envolvido; (ii) a contratação de empreitada com terceiro para a construção do imóvel, caso o empreendedor imobiliário não opte por construir o imóvel por si mesmo; (iii) a cessão dos créditos relacionados ao contrato *built to suit* para subsidiar operação de securitização, por meio da qual será obtido o financiamento para a construção do imóvel; e (iv) a celebração de contrato de cessão de direito de superfície que, em diferentes contextos, poderá justificar a utilização do terreno para a realização da obra ou justificar a própria cessão do imóvel construído²⁵⁰.

Nesse contexto de verdadeira conexão contratual, muito embora cada um desses contratos mantenha sua individualidade em relação aos demais e tenha um interesse imediato próprio, todos são celebrados tendo, em última análise, a finalidade de permitir a realização da obra objeto do contrato *built to suit* e sua cessão ao ocupante do imóvel²⁵¹.

²⁴⁸ “Em linhas gerais, pode-se afirmar que coexistem quatro grandes blocos de contratos na plêiade de um megaprojeto: o contrato de construção, o de financiamento (nos moldes de um *Project finance*, ou *debêntures*, etc), o de organização ou colaboração empresarial (sob a forma de uma sociedade de propósito específico, uma *joint venture* ou um consórcio) e o securitário”.

CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, p. 157.

²⁴⁹ VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit. Operação de crédito imobiliário Estruturada*.

²⁵⁰ Evidentemente, as partes poderão optar por diferentes tipos de contratação para possibilitar a consecução das obrigações que lhes cabem. Todavia, a cadeia contratual formada em torno do contrato *built-to-suit*, e aqui descrita de modo sucinto, é verificada com bastante frequência na prática negocial, e, portanto, é de suma relevância para o entendimento do contrato em análise.

²⁵¹ “É defensável até que os contratos preservem a sua causa final individual, mas é certo que na coligação haverá uma causa final sistemática que unirá o conjunto, e que só será alcançável por meio do cumprimento de todos os contratos coligados”.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º. 132, ano LXII, out-dez 2003.

Conforme será analisado mais detidamente, algumas dessas relações poderão influenciar, direta ou indiretamente, a execução ou a interpretação do contrato *built to suit*, do que decorre a importância do estudo desse quadro de conexão contratual. Dentre as diversas relações contratuais envolvidas nesse contexto, opta-se, no presente estudo, pelo exame dos principais aspectos relacionados à securitização dos créditos imobiliário derivados do contrato e à cessão do Direito de Superfície, dada sua relevância nesse conjunto contratual.

Com efeito, tamanha a frequência com que essas contratações são verificadas de modo associado umas às outras que é possível se falar em uma conexão contratual quase “típica”²⁵², daí a inevitável análise desses instrumentos contratuais a fim de se chegar ao estudo profundo do contrato *built to suit*.

Ademais, a importância do exame dessas estruturas também se justifica em razão de suas consequências na atividade interpretativa do contrato, tal a ponto de ter motivado a alteração legislativa da Lei do Inquilinato, diante da preocupação dos contratantes em assegurar a manutenção da continuidade do fluxo dos créditos cedidos, mediante o afastamento da possibilidade de revisão do contrato e alteração dos valores pagos a título de locativo²⁵³.

4.2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGRAMENTO DA CESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE

Na cadeia contratual que envolve a “operação imobiliária” originada do contrato *built to suit*, é comum verificar o emprego da cessão do Direito de Superfície como fundamento legal para a utilização do terreno em que será construído o imóvel ou mesmo como fundamento da cessão do uso do imóvel objeto do contrato, com a intenção de afastar

²⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 146.

Como, por exemplo, as coligações entre contrato de franquia e locação ou sublocação de imóveis, ou mesmo união de contrato de financiamento e venda para consumo.

²⁵³ Vide Capítulo 5.

A motivação do projeto de lei que deu origem à Lei nº. 12.744/12 tem, justamente, essa premissa ao afirmar que “o contrato *built to suit* precisar (sic) ser longo de modo a viabilizar o investimento do Empreendedor e assegurar, por um lado, o retorno dos recursos vertidos – a amortização do investimento – por meio de pagamento dos aluguéis até o término do ajuste e, por outra, a fruição do imóvel pelo tempo de interesse do ocupante”.

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110373&tp=1>

a aplicação da Lei do Inquilinato. A compreensão dos desdobramentos da utilização desse instituto nesse contexto exige uma breve observação de seus principais aspectos legais.

O Direito de Superfície foi concebido como meio de proporcionar ao proprietário de determinado terreno a possibilidade de promover a utilização desse bem por terceiros, com a finalidade de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social²⁵⁴. Nesse sentido, o Direito de Superfície foi concebido como “*instrumento de socialização dos direitos reais*” e de política urbana que visa a conferir efetividade à utilização de propriedade privada²⁵⁵.

Trata-se de direito real de plantar ou construir sobre solo alheio, constituído mediante escritura pública registrada em cartório e cedido de modo oneroso ou gratuito. Se onerosa a concessão, a retribuição a que faz jus o cedente será pagável em periodicidade livremente convencionada na respectiva escritura. Cabe às partes definir, nesse caso, qual o valor devido, o modo de pagamento, a periodicidade e os critérios de reajuste²⁵⁶.

A constituição do Direito de Superfície implica a separação entre a propriedade do terreno e a propriedade sobre a plantação ou construção sobre ele edificada, acarretando verdadeira exceção ao princípio *superfície solo cedit*, segundo o qual tudo que é plantado ou edificado no solo passa a integrá-lo e a seu dono pertence, e suspensão ao princípio da acessão.

Durante a vigência da cessão do Direito de Superfície, cria-se propriedade separada do solo, que pode ser disposta (inclusive onerada) autonomamente pelo superficiário (cessionário)²⁵⁷. Ao final de seu prazo, a construção ou plantação desenvolvida

²⁵⁴ VIANA, Marco Aurelio S. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 543.

²⁵⁵ “[O Direito de Superfície] vem propiciar ao proprietário a possibilidade de fazer acordos com grandes empresas para que a sua propriedade seja usada; ele cede o uso da superfície para que seja construído, por exemplo, um conjunto que, passados anos, reverterá ao seu patrimônio. A mesma coisa acontecerá no relacionamento do proprietário com o Poder Público para realizações de equipamentos urbanos reclamados pela coletividade. De maneira que é um instrumento do Direito Romano que, modernizado e atualizado, é trazido para o nosso tempo como um instrumento de ação, ao mesmo tempo benéfica para o proprietário e para a coletividade”.

REALE, Miguel em publicação do Ministério da Justiça, 1984, p. XXVII *apud* TUCCI, José Rogério Cruz. *A Superfície no Novo Código Civil*. In Revista Síntese Direito Imobiliário.

²⁵⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001*, p. 103.

²⁵⁷ “Nesse sentido, Ricardo Pereira Lira ensina que o fenômeno da edificação, *inaedificatio*, e da plantação, *plantatio*, é dominado pelo princípio *superfícies solo cedit*, por força do qual tudo que se planta ou constrói em solo alheio é da propriedade do dono do solo, *dominus solio*. Pode ocorrer, contudo, a suspensão dos efeitos da acessão, quando se terá a superfície temporânea, ou a interrupção dos efeitos da acessão, quando se consubstanciará caso de superfície perpétua. Não incidirá, nessas hipóteses, o aludido princípio *superfícies*

na superfície reverte ao patrimônio do proprietário do terreno, sem custo adicional, salvo se assim pactuado expressamente entre as partes.

O negócio se formaliza mediante escritura de concessão, mas o direito real com validade e eficácia perante terceiros somente nasce de seu registro. Constitui-se, assim, o domínio útil do imóvel ao superficiário²⁵⁸, que, conseqüentemente, terá a propriedade (resolúvel) sobre a construção e plantação que vier a desenvolver.

Trata-se, em suma, de direito real limitado, imobiliário (pois se aplica sobre bem imóvel apenas), autônomo, temporário e transmissível, que confere a seu titular o uso e o gozo de terreno de propriedade de outrem para nele construir ou plantar e manter a construção ou plantação durante o prazo da concessão do direito²⁵⁹. Como direito real, confere a seu titular ação real contra todos, bem como o direito de sequela e oponibilidade.

Embora suas origens sejam bastante antigas²⁶⁰, o Direito de Superfície foi incluído no rol dos Direitos Reais apenas pelo Código Civil de 2002, nos artigos 1.369 a 1.377. Pouco antes disso, a Lei 10.257 de 10 de julho de 2001 (“Estatuto da Cidade”), buscando regular os artigos 182 e 183 da Constituição Federal por meio do estabelecimento de diretrizes gerais de política urbana, previu, também, a possibilidade de constituição e cessão do Direito de Superfície, em seus artigos 21 a 24.

A definição dos traços legais deste instituto cumpriu relevante papel de permitir aos particulares intensificar o uso do solo, solucionando conflitos decorrentes da

solo cedit, pois a propriedade da construção ou plantação é de quem a realizou, continuando o terreno no domínio do dono do solo. Essa suspensão e interrupção resulta do direito da superfície”.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*. v. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 351.

²⁵⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, p. 100.

²⁵⁹ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p. 262.

²⁶⁰ O conceito remonta ao direito Romano e, no Brasil, vigorou com base nas Ordenações Filipinas, de Portugal, mesmo após a independência, tendo sido extinto pela Lei 1.237, de 24.09.1864.

DERBLY, Rogério José. *Direito de Superfície*. In Revista dos Tribunais, v. 741, Abr. 2002.

Há, ainda, autores que afirmam que o sistema jurídico do *lease* imobiliário inglês constituiu uma aplicação do direito de superfície:

“Sob o conceito de lease (arrendamento), o direito inglês une todas as formas de rendas sobre propriedade imóvel (senso de fincas), desempenhando o papel de arrendamento de uso, de arrendamento de uso e desfrute e, também, direito de superfície. Está presente em Londres, onde o solo encontra-se em propriedade de uns poucos magnatas, estando a maior parte das casas edificadas sobre terrenos de umas building-leases [agrupamento dos tipos de contratos superficiários. O lease-holder tem um direito real que é eficaz contra todo terceiro, inclusive contra o novo adquirente. O direito é temporariamente limitado, quase sempre a 80 ou 90 anos. Depois de transcorrido o prazo em questão, a propriedade, com todas as construções se reverte ao proprietário (Landlord)”.

VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 544.

omissão legislativa e da consequente limitação das partes ao arrendamento, à locação ou à prática dissimulada de um “*pseudo-direito de superfície*”, no âmbito do qual se realizavam atos equiparados à cessão, sem, contudo, fundamento legal²⁶¹.

No entanto, a pluralidade de diplomas legais tratando da matéria levou à discussão sobre o suposto conflito entre as normas do Estatuto da Cidade e do Código Civil e à consequente análise da prevalência de um sobre o outro, principalmente porque as diferenças entre os diplomas legais evidenciam a extensão mais ampla do Direito de Superfície regulamentado pelo Estatuto da Cidade.

Com efeito, o Estatuto da Cidade prevê que a extensão do Direito de Superfície abrange também o subsolo e o espaço aéreo (artigo 21, §1º), enquanto, no Código Civil, a superfície limita-se ao solo, exceto se a utilização do subsolo for inerente ao objeto da concessão (artigo 1.370), como ocorre nos casos de implantação ou construção alicerces, garagens, passagens de cabos e tubulações ou mesmo construção de pavimentos sob o solo, ligados a obra externa²⁶².

Os diplomas legais também divergem quanto ao prazo da concessão do Direito de Superfície, à medida que o Código Civil admite apenas a concessão por prazo determinado (artigo 1.369) enquanto o Estatuto da Cidade dispõe a possibilidade de concessão por prazo indeterminado (artigo 21, *caput*).

Além disso, também em relação aos tributos e encargos atribuídos ao superficiário há diferença, à medida que, em ambos os casos, os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel serão arcados pelo superficiário; todavia, no âmbito do Estatuto da Cidade o superficiário será responsável, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, quanto aos encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, ressalvada disposição contratual em contrário (artigo 21, § 3º).

Quanto às demais regras, o Estatuto da Cidade e Código Civil coincidem. Assim, no que diz respeito às hipóteses de extinção da cessão do Direito de Superfície, estabelece-se que, findo o prazo da concessão, o proprietário recupera o pleno domínio do imóvel, acrescido das construções ou plantações realizadas, sem ter o superficiário direito à

²⁶¹ Joel Dias Figueira Jr. *Novo Código Civil Comentado*, p. 1.206 apud BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*, p. 349.

²⁶² LOUREIRO, Francisco Eduardo apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*. v. III, São Paulo: ed. Renovar, 2011, p. 755.

indenização, salvo expressa estipulação contrária no instrumento de cessão. Além disso, caso o superficiário dê ao terreno destinação diversa daquela para qual o Direito de Superfície foi cedido, também será extinta a concessão.

No caso de alienação do imóvel ou do Direito de Superfície, o superficiário ou o proprietário, conforme o caso, terá direito de preferência em igualdade de condições à oferta de terceiros. O direito de preferência é, portanto, recíproco: em caso de alienação de imóvel pelo cedente, o superficiário terá preferência na aquisição; por outro lado, caso o superficiário aliene o direito real de superfície, o proprietário do imóvel terá preferência²⁶³.

O cedente é obrigado a respeitar o direito real do concessionário por todo o prazo de duração da concessão, respondendo por eventuais perdas e danos que vier a causar por violação da propriedade do superficiário. Por sua vez, o superficiário é obrigado a pagar a retribuição avençada e tem o direito de exercer livremente sua propriedade e a posse sobre a construção ou plantação.

A despeito de diferenças entre o tratamento do Direito de Superfície no Estatuto da Cidade e no Código Civil, as regras previstas em cada um desses diplomas devem ser conjugadas. O Código Civil é regra geral do instituto e, portanto, derrogaria em parte as disposições do Estatuto da Cidade naquilo em que são incompatíveis. Contudo, sendo o Estatuto da Cidade lei especial, suas regras continuarão a vigor na parte em que não for conflitante com o Código Civil²⁶⁴. Além disso, as regras do Estatuto da Cidade não se aplicam à cessão do Direito de Superfície sobre imóveis rurais²⁶⁵ -²⁶⁶.

Com base nas linhas gerais da disciplina desse instituto, observa-se que, para o proprietário do imóvel que não queira ou não tenha recursos para sua utilização, a cessão do Direito de Superfície é bastante vantajosa à medida que gera receitas e o exonera de

²⁶³ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, p. 105.

²⁶⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade*, p. 101.

²⁶⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 70.

²⁶⁶ Há opiniões quanto a aplicação do Estatuto da Cidade somente nos casos em que a cessão do direito de superfície estiver relacionada à política de desenvolvimento urbano. Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, *Código Civil Interpretado*, p. 750.

Esse entendimento é objeto de Enunciado da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nº. 93: “As normas previstas no Código Civil, regulando o Direito de Superfície, não revogam as normas relativas a Direito de Superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), por ser instrumento de política urbana”.

encargos relacionados à manutenção e à guarda do imóvel, transferindo para o superficiário a responsabilidade pelos tributos incidentes.

Além disso, as construções e plantações resultantes da concessão do direito de superfície serão de propriedade do superficiário em caráter resolúvel, de modo que, expirado o prazo da concessão, o imóvel ou plantação incorpora-se ao patrimônio do proprietário do solo, sem que para ele haja necessidade de indenizar o superficiário.

Sendo direito real, decorre da autonomia da propriedade superficiária (durante o prazo de sua concessão) sua principal vantagem e potencialidade econômica para o mercado imobiliário. Com efeito, o sucesso do instituto advém, em grande parte, do fato de que a superfície pode ser onerada de modo independente do solo e de autorização do proprietário. Como consequência, a cessão do Direito de Superfície atribui autonomia à construção e a separa juridicamente do solo, de modo que superfície (e imóvel ou plantação) e solo permanecem incomunicáveis durante o prazo da concessão do direito de superfície²⁶⁷.

Assim, a propriedade superficiária pode ser objeto de garantia real, tal como hipoteca e a propriedade fiduciária (artigo 1.473, X, §2º, CC; artigo 22, IV, da Lei 9.514/97) sem atingir direitos do proprietário do terreno. Da mesma forma, sendo as propriedades autônomas, admite-se a constituição de hipoteca somente sobre a propriedade do terreno (de titularidade do cedente), que, da mesma forma, não alcançará a construção ou plantação realizada pelo cessionário. Evidentemente, a garantia terá prazo limitado ao prazo da concessão do Direito de Superfície, já que, extinta a concessão, o cedente recebe a coisa superficiária não onerada, extinguindo-se os direitos reais instituídos pelo superficiário²⁶⁸.

Essa autonomia é que permite a oneração da superfície e do imóvel a ser construído independentemente de se atingir o terreno, o que possibilita, por exemplo, a obtenção de financiamentos para realizar os empreendimentos que serão erigidos sobre ele²⁶⁹ - o que tem sido um forte atrativo para a utilização desse instituto nos contratos *built to suit*.

²⁶⁷ Exemplo disso é a previsão do artigo 1.376, segundo o qual “no caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um”.

²⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, Código Civil Interpretado, p. 760.

²⁶⁹ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, p. 269.

4.3. A SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS

A securitização²⁷⁰ de créditos se originou nos Estados Unidos da América, na década de 70²⁷¹. No Brasil, as primeiras operações registradas ocorreram no início da década de 90²⁷².

A Lei 8.668 de 25 de junho de 1993 (“Lei 8.668/93”) previu, pela primeira vez, a securitização de base imobiliária no Brasil e definiu, também, o conceito de fundos de investimento imobiliário, um dos veículos dessa operação. Aponta-se, contudo, a Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 (“Lei 9.514/97”) como diploma legal que permitiu o pleno desenvolvimento do sistema de securitização de créditos, com a criação do Sistema de Financiamento Imobiliário, a previsão da possibilidade de constituição de garantia por meio de alienação fiduciária de imóvel e a afetação do patrimônio envolvido nas operações financeiras imobiliárias. Mais tarde, a Lei 10.931 de 2 de agosto de 2004 (“Lei 10.931/04”) consolidou esse sistema com a criação da Cédula de Crédito Imobiliário.

O Sistema de Financiamento Imobiliário tem por finalidade “*promover o financiamento imobiliário em geral*”²⁷³ ou, nos termos da exposição de motivos da Lei 9.514/97, “*estabelecer condições mínimas necessárias ao desenvolvimento de um mercado de financiamento imobiliário*”, criando “*novos instrumentos e mecanismos que possibilitam a livre operação do crédito para o setor e a mobilização dos capitais necessários à sua dinamização*”. Um dos instrumentos criados para possibilitar a mobilização de capitais para o mercado imobiliário é, justamente, a securitização de créditos, mecanismo de captação de recursos no mercado financeiro.

A Lei 9.514/97 define a securitização de créditos imobiliários como “*a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de*

²⁷⁰ O termo “securitização” vem de ‘securitisation’, neologismo originado da palavra ‘security’, que em português, aproxima-se de valor mobiliário.

CAMINHA, Uinie. *A securitização – Função econômica e regime jurídico*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004, p. 39.

²⁷¹ MATIAS, Armino Saraiva. *Titularização: um novo instrumento financeiro*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 112, out/dez 1998, São Paulo.

²⁷² As primeiras operações de securitização teriam envolvido as empresas Embratel e Varig. A Embratel securitizou o fluxo de créditos futuros que teria com a empresa americana AT&T. Da mesma forma, a Varig teria securitizado créditos futuros com a venda de passagens aéreas feitas no exterior e pagas com cartão de crédito.

Cf. MENDES, Roberto Ferreira, *Mercado Imobiliário brasileiro: demanda por crédito e a securitização como alternativa de captação de recursos*. 11ª conferência Internacional da Latin American Real Estate Society. Disponível em <http://www.lares.org.br/2011/trabalhos.html>

²⁷³ Artigo 1º da Lei.

títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora (...)²⁷⁴. Em outros termos, é negócio jurídico complexo que se inicia com a cessão de direitos creditórios, seguida da emissão de títulos específicos e a posterior colocação desses títulos no mercado secundário.

Os créditos relacionados a um contrato imobiliário darão lastro à emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários a serem emitidos pela companhia securitizadora, títulos específicos criados pela própria Lei 9.512/97 para integração do sistema financeiro com o sistema imobiliário. Esses títulos são colocados no mercado de valores mobiliários, para serem adquiridos por investidores que, mais tarde, após amortização da dívida representada pelos créditos, serão remunerados por seu investimento. Assim, ao ceder seus créditos, o cedente receberá a antecipação da receita a ser empregada em sua atividade, em decorrência do investimento daqueles que adquirem os títulos ou quotas emitidos e que serão remunerados futuramente.

Essa estrutura de financiamento demanda a criação de mecanismos societários e contratuais destinados a isolar e melhor alocar os riscos relacionados às receitas direcionadas ao projeto²⁷⁵.

Assim, como mecanismo de segregação de riscos sobre o patrimônio que lastreia os títulos, a Lei 9.514/97 prevê a instituição de regime fiduciário sobre os créditos afetados a uma emissão, separando-os do restante do patrimônio da companhia securitizadora²⁷⁶. Dessa forma, os créditos que dão lastro a esses títulos constituirão

²⁷⁴ Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido;

II - a identificação dos títulos emitidos;

III - a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Parágrafo único. Será permitida a securitização de créditos oriundos da alienação de unidades em edificação sob regime de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

²⁷⁵ “Criam-se mecanismos societários e contratuais a fim de isolar o risco relativamente às receitas e atividades vinculadas ao projeto. Em razão das características desse tipo de financiamento (que envolve maiores riscos ao financiador e envolve pesados investimentos), o financiador exige que os riscos sejam mitigados por meio de uma complexa rede contratual que tem por objetivo alocar os riscos do projeto às partes que melhor possam suportá-los, (sociedade de propósito específico, contratos de mútuo, garantias, contratos de fornecimento com fornecedores diretos, seguros, etc.)”.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*.

²⁷⁶ Art. 9º A companhia securitizadora poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis objeto desse regime.

patrimônio especial segregado do restante de seu patrimônio e o seu produto será destinado, exclusivamente, ao resgate dos títulos emitidos²⁷⁷. Adicionalmente à proteção da segregação patrimonial, a Lei 9.517/97 prevê a possibilidade de constituição de garantias adicionais à operação, como, por exemplo, a alienação fiduciária de imóvel²⁷⁸. No caso de securitização de créditos originados de contrato *built to suit*, por exemplo, o mesmo imóvel em construção poderá garantir a operação.

Também para o cedente dos créditos há a possibilidade de criação de patrimônio de afetação. Caso constituído, o cedente obriga-se a manter em separado o patrimônio relativo a todos os bens e recursos destinados a determinado empreendimento imobiliário do qual se originam os créditos²⁷⁹, medida que reduz o risco para os investidores.

O combustível desse sistema é, portanto, o crédito imobiliário, que pode ser objeto de securitização pelas companhias securitizadoras e dar lastro à emissão de Certificado de Recebíveis Imobiliários. Embora não haja definição legal do conceito de crédito imobiliário – apto, portanto a lastrear aqueles títulos - tampouco haja consenso na doutrina sobre sua definição²⁸⁰, da análise da própria Lei 9.514/97 é possível entendê-lo como aquele originado de operações próprias do âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário, ou seja, do financiamento imobiliário em geral, inclusive para a consecução de contratos *built to suit*²⁸¹.

²⁷⁷ “Qualifica-se a securitização pela existência de um lastro constituído por créditos do ativo da companhia securitizadora, cujo produto é destinado, com exclusividade, ao resgate dos títulos a que estiverem vinculados”.

CHALHUB, Melhim Namem. *Securitização de créditos imobiliários*.

²⁷⁸ BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Kelly Durazzo. *Construção para arrendar no Sistema Financeiro Imobiliário*.

²⁷⁹ Medida Provisória nº. 2.221, de 4 de setembro de 2001.

²⁸⁰ “A expressão ‘créditos imobiliários’ não é definida em lei. Entendemos que o seu significado pode ser aferido a partir da leitura do art. 1º da Lei 9.514/97, que dispõe: ‘o Sistema Financeiro Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos’. Assim, créditos imobiliários seriam aqueles derivados de financiamentos imobiliários, isto é, financiamentos destinados à construção (em acepção ampla, abrangendo reforma, ampliação, etc.) e comercialização de bens imóveis”.

LIMA, Caio Moyses de. *Aplicabilidade da Resolução 2.493/98 às Companhias Securitizadoras de Créditos Imobiliários*. In *Revista de Direito Mercantil*, n. 115, pp. 79-82.

²⁸¹ Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários já se posicionou quanto à possibilidade de que os créditos originados de contratos *built-to-suit*, ainda que não relacionados ao financiamento de imóveis pelo SFI, sejam aptos a lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários. Processo CVM RJ 2001/1981, Reg. 3267/01. Íntegra do Parecer disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2002-020D14052002.htm>

No mesmo sentido, vide Processo CVM RJ-2008-10219, Reg. nº 6261/08, Ata da Reunião do Colegiado n. 41, de 28.10.2008; e Processo CVM RJ-2009-1676, Reg. nº 6513/09, Ata da Reunião do Colegiado n. 20, de 02.06.2009.

Conforme se verificará a seguir, essa possibilidade tem incentivado em grande medida o desenvolvimento desses contratos.

4.4. A DINÂMICA DA UTILIZAÇÃO DA CESSÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE E DA SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS ASSOCIADAS AOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT*

Os altos investimentos necessários à construção do empreendimento objeto de um contrato *built to suit* demandam, com frequência, a elaboração de estrutura de investimento adequada.

O financiamento da construção de projetos de alto vulto costuma ser embasado em uma combinação de investimento em capital, emissão de dívida e garantia, buscando equilibrar “*a estrutura de financiamento com o andamento e a execução da obra, além de prever a constituição de garantias diversas em benefício dos financiadores*”²⁸².

Evidentemente, cada projeto segue racionalidade própria, conforme a opção e a capacidade econômica do empreendedor ou do proprietário da obra. Nas obras de menor porte, por exemplo, são utilizados financiamentos bancários tradicionais para o setor imobiliário, que incorrem em custos fixos menores e não implicam a necessidade de operações mais complexas.

Todavia, para obras de maior magnitude atreladas à contratação *built to suit*, tem-se mostrado bastante comum a utilização da estrutura da securitização de recebíveis relacionados ao próprio contrato²⁸³.

Assim, embora o empreendedor tenha à sua disposição outros meios de captação de recursos, a securitização dos créditos é apontada como principal incentivo e facilitador desse tipo de contratação. A título de exemplo, cabe mencionar que, no ano de 2007, as emissões de Cédulas de Recebíveis Imobiliários por companhias securitizadoras de créditos imobiliários, relacionadas a operações *built to suit*, alcançaram o equivalente a R\$ 350 milhões de reais²⁸⁴.

²⁸² CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, p. 243.

²⁸³ Estima-se como valor mínimo para a realização dessa operação em torno de 10 milhões de reais por operação, mas exceções são frequentes.

GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*.

²⁸⁴ GASPARETTO, Rodrigo Ruete, *Contratos built to suit: um estudo da natureza, conceito e aplicabilidade dos contratos de locação atípicos no direito brasileiro*. São Paulo: Scortecci, 2009, pp. 69-76.

Paralelamente, diante de questionamentos e da indefinição que vigorava antes da Lei 12.744/12 acerca da aplicação da Lei do Inquilinato ao contrato *built to suit*, os contratantes passaram a caracterizá-lo como outorga do direito de superfície - e não como cessão de uso do imóvel, que poderia ser entendida como “locação”. Isso afastaria a aplicação da Lei do Inquilinato e asseguraria a manutenção da constância do fluxo dos pagamentos securitizados, necessária para assegurar o funcionamento da estrutura de financiamento²⁸⁵.

Essa prática é amplamente difundida no mercado e tem como motivação a suposta “inconsistência” dos créditos imobiliários lastreados em contrato de locação, já que, na eventualidade de extinção da locação antes do prazo de integralização dos créditos cedidos, também estaria extinta, como consequência, a fonte dos créditos correspondentes aos aluguéis futuros (de modo que os recebíveis perderiam, assim, seu lastro). Além disso, diferentemente do que ocorre na cessão da superfície, o crédito locatício não tem lastro real²⁸⁶.

Assim, a vantagem da utilização da cessão do Direito de Superfície nesses casos decorreria do fato de que a remuneração paga nesses casos (remuneração única e não sujeita a variações, embora possa ser paga em parcelas) conferiria maior segurança ao contrato, afastando a aplicação da Lei do Inquilinato e eventuais riscos de alteração no fluxo de pagamentos em decorrência de possível revisão ou rescisão contratual.

Como exemplo dessas operações, o autor cita os seguintes “projetos”:

Projeto Atento: contrato built-to-suit entre a empresa Atento Brasil S.A. (prestadora de atendimento telefônico do Grupo Telefônica) com a empreendedora imobiliária Belenzinho Investimentos e Participações, em 2006, para ocupação, pelo período de 10 anos, de imóvel a ser construído. Com base no referido contrato, o empreendedor imobiliário cedeu o crédito imobiliário lastreado no contrato à securitizadora Pátria Companhia Securitizadora de Créditos Imobiliários, que, por sua vez, efetuou, por meio da CVM e Bovespa, a emissão e distribuição pública de Certificados de Recebíveis Imobiliários no valor total de R\$ 26.649.247,68. Esses recursos foram utilizados pelo empreendedor imobiliário para comprar e edificar a construção contratada.

Projeto Petrobrás: contrato built-to-suit firmado entre a Petrobrás e um fundo imobiliário, para ocupação, por 10 anos, de imóvel a ser construído conforme especificações apresentadas pela Petrobrás. A construção, desenvolvimento e implementação dos imóveis foram financiadas por meio de uma operação de securitização imobiliário, ou seja, a emissão e oferta de CRI pelo empreendedor imobiliário para o mercado de capitais, na qual a Rio Bravo Securitizadora S.A. emitiu CRIs no valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), com prazo de 10 (dez) anos, lastreados em créditos imobiliários advindos de contrato.

²⁸⁵ Afirmação que se tornou comum no mercado. Vide, nesse sentido, reportagem disponível em <http://www.capitalaberto.com.br/boletins/built-to-suit-com-base-em-direito-de-superficie-afasta-problemas-da-securitizacao-de-aluguel/#.VFoS-nF-bM>

²⁸⁶ CHALUB, Melhim Namem. *Notas sobre a separação patrimonial no direito de superfície*.

Adotando essas premissas, diversos são os arranjos contratuais que se verificam na prática e utilizam a securitização de créditos imobiliários associada à cessão do Direito de Superfície.

O primeiro exemplo dessas estruturas diz respeito aos casos em que o ocupante do imóvel já é proprietário do terreno e concede o Direito de Superfície em favor do empreendedor durante o prazo estabelecido em contrato, ao longo do qual o imóvel ficará em propriedade daquele, que o disponibilizará ao ocupante mediante pagamento de contraprestação²⁸⁷. Nesse modelo, a construção ficará em poder do empreendedor durante o prazo estipulado, ao final do qual, a propriedade se consolida nas mãos do ocupante do imóvel, dono do terreno²⁸⁸.

Outro modelo visto na prática é aquele no qual o empreendedor, que figurará como “locador” perante o ocupante, associa-se com terceiro proprietário do terreno, para, com base na cessão do direito de superfície, construir o imóvel nesse terreno. Ao final do prazo de ocupação do imóvel, o proprietário do terreno terá a propriedade da construção (pagando ou não eventual indenização ao empreendedor, caso assim pactuado).

Todavia, o que pode ensejar maiores discussões diz respeito ao uso da cessão do Direito de Superfície como alternativa para justificar a cessão do uso do imóvel pelo ocupante, a fim de afastar eventual relação locatícia. Isso se dá mediante a “*outorga do direito de superfície sobre o imóvel ao ocupante por um determinado prazo (“prazo”) com pagamento do correspondente preço em parcelas anuais ou mensais (“preço da outorga”)*”, como se fosse uma locação.

²⁸⁷ “Nos casos em que o ocupante já é proprietário do imóvel, a experiência dá conta da constituição do direito real de superfície em favor do empreendedor durante o prazo contratual. Costuma-se conferir o direito de superfície ao empreendedor para garantir que a construção ficará em seu poder por determinado período, ao final do qual a propriedade restará consolidada nas mãos do ocupante. Nada impede, de outro lado, que o direito de superfície também seja empregado nos casos em que o ocupante se proponha a adquirir o imóvel imediatamente antes do início da construção. Tudo depende da conveniência das partes”.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit: Qualificações e Consequências*.

²⁸⁸ Como exemplo, pode-se mencionar a operação “Imboassica”, na qual “a Petrobrás, proprietária do terreno, constituiu superfície em benefício da Rio Bravo S.A.; a referida, como estatuído na escritura, construiu nos termos avençados com a Petrobras, e locou o bem para ela (locação built to suit). A superfície, inicialmente concebida no Estatuto da Cidade como instrumento de planificação urbana, acaba encontrando uso como meio de planejamento tributário, alienando-se à Rio Bravo o dever de arcar com os tributos relativos ao imóvel (Código Civil, art. 1.371). A Petrobras, além disso, arca com o custo decorrente do pagamento do aluguel, restando todo custo imobiliário concentrado no passivo imobilizado, o que é interessante do ponto de vista tributário. Do ponto de vista operacional, também é alternativa benéfica, pois representa alienação de custos operacionais e de depreciação, pagando-se preço fixo”.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Usufruto e Superfície no Direito Empresarial*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, abr./jun. 2006, v. 142, pp. 87-98.

Nesse modelo, o que fundamenta legalmente o uso do imóvel pelo ocupante é a cessão da superfície e o pagamento da remuneração da cessão funcionaria como pagamento de “aluguéis”, no valor dos quais se inclui o custo da construção. Ao final da outorga da cessão, a propriedade do imóvel consolida-se na propriedade do empreendedor, dono do terreno²⁸⁹.

Também nesses casos as partes poderão prever multa equivalente à remuneração total pendente de pagamento ao empreendedor pelo prazo contratual originalmente previsto. Essa estipulação *“busca igualmente evitar que o empreendedor sofra prejuízos em virtude do inadimplemento alheio, sobretudo diante das dificuldades que se antepõem à tentativa de comercializar um imóvel especialmente construído para dado ocupante”*²⁹⁰.

Dois aspectos chamam atenção ao se analisar o emprego da cessão do Direito de Superfície nas hipóteses anteriormente colocadas. O primeiro deles refere-se à possibilidade de constituição de cessão de superfície sobre edificação já construída, a chamada cessão de superfície por cisão. O segundo trata da utilização do instituto da cessão de superfície com finalidade que não lhe é própria, podendo-se afirmar que se está diante de seu uso como negócio jurídico indireto.

Primeiramente, observa-se que não há consenso na doutrina quanto à possibilidade de constituição de superfície sobre construções preexistentes no terreno, ou seja, a constituição de direito de superfície sobre imóveis ou plantações já existentes sobre o terreno²⁹¹. Diante da omissão legislativa a respeito, essa prática mostra-se comum e,

²⁸⁹ Cf. MARCELO VALENÇA, “o grande desafio do modelo de superfície é considera-lo como uma venda do imóvel, com financiamento do preço da outorga, sem que haja impacto nos índices de liquidez do Ocupante e que continue gerando despesa dedutível”.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built-to-suit – operação de crédito imobiliária estruturada*.

²⁹⁰ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit: Qualificações e Consequências*.

²⁹¹ “(...) há quem entenda que a possibilidade do direito de superfície referir-se às construções existentes no terreno não existe, consoante o que decorre implicitamente do artigo 21 do Estatuto da Cidade, caput e parágrafo único (“direito de superfície do terreno” e “direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo”). Por outro lado, há quem entenda que não há qualquer vedação na lei civil para que o direito de superfície incida sobre o terreno já construído ou em fase de construção. Neste sentido, afirma Francisco Eduardo Loureiro, que a lei não prevê, mas também não proíbe a modalidade de superfície por cisão. Em tal figura, o imóvel já se encontra construído ou plantado, por acessão. O proprietário aliena, temporariamente, as acessões, mediante constituição de direito real de superfície, remanescendo como dono do solo; em outras palavras, transfere construções e plantações já existentes”.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit*, p. 65-66.

“(...) suas disposições [do Direito de Superfície] não abrangem apenas a área não edificada. Nesse sentido, entendemos que o conceito jurídico de superfície abrange tudo aquilo que estiver edificado sobre o solo,

inclusive, é vista como “*importante instrumento de atração de investimentos e capitais, permitindo a multiplicação de novos empreendimentos imobiliários*”²⁹².

A cessão de superfície é utilizada, nestes casos, como fundamento da outorga do uso do imóvel e não para a finalidade que a lei lhe atribui, “*de construir ou de plantar*”²⁹³. Pode-se dizer que se está diante da funcionalização do instituto, à medida que deixa de ser utilizado para consecução do escopo originalmente concebido (de instrumento de planejamento urbano), para servir como mecanismo de minimização de riscos em contrato eminentemente privado²⁹⁴.

Pode-se dizer, ainda, que o uso da cessão do Direito de Superfície como desdobramento da funcionalização desse instituto representa a utilização do contrato com finalidade indireta. Como já afirmado anteriormente, surge o negócio indireto quando as partes recorrem à utilização de um negócio jurídico típico “*para alcançar um fim prático ulterior que não é normalmente atingido por meio desse negócio*”²⁹⁵. Sendo esse o esquema contratual típico efetivamente desejado pelas partes, que se sujeitam, justamente, às regras a ele aplicáveis, não se está diante de simulação ou qualquer violação à lei, já que não há impedimento para a utilização do negócio jurídico nesse sentido²⁹⁶.

Consequência da opção da utilização da cessão do Direito de Superfície é o fato de que não se aplicarão ao contrato as regras da Lei do Inquilinato – nem mesmo as de natureza procedimentais, afastando o contrato da seara de incidência do artigo 54-A da referida lei.

observado o princípio romano do instituto, podendo por via de consequência o superficiário usar, fruir e dispor de uma edificação já existente, além da terra nua”.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade*.

²⁹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*, v. III, Ed. Renovar, São Paulo, 2011, p. 753.

²⁹³ 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.

²⁹⁴ NEVES, Gustavo KLOH Muller. *Usufruto e Superfície no Direito Empresarial*.

²⁹⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *A Retrovenda*, p. 17.

²⁹⁶ (...) *sendo esquema negocial realmente querido, e portanto, sério e real, não se trata de simulação, devendo sua validade ser aferida da infringência, ou não, direta ou indireta, de preceito legal proibitivo”.*

ALVES, José Carlos Moreira. *A Retrovenda*, p. 17.

4.5. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CENÁRIO DE CONEXÃO CONTRATUAL VERIFICADO NOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT*

Conforme se observou nos tópicos anteriores, o contrato *built to suit* pode estar inserido no contexto de conexão contratual que gera inevitáveis consequências à sua interpretação ou mesmo à sua qualificação.

Diante do nascimento de novas necessidades econômicas, ao lado da proliferação dos contratos atípicos e negócios jurídicos indiretos, as hipóteses de conexão contratual também se mostram cada vez mais frequentes. Explica esse fenômeno a complexidade dos processos de produção e das relações comerciais em geral; a crescente especialização das atividades e a consequente divisão do trabalho; a circulação cada vez mais rápida de riquezas, e a ampliação do território de atividade das empresas²⁹⁷. Assim, o aumento da sofisticação negocial reflete-se no desenvolvimento de uma visão mais dinâmica do fenômeno contratual.

Em face disso, com frequência os contratos “*encadeiam-se uns nos outros, de tal modo que surge toda uma série de interações relevantes*”, caracterizando situações de coligações ou conexões de contratos²⁹⁸. Assim, a teoria dos contratos coligados traduz a passagem da leitura do negócio jurídico isolado e individualizado para a consideração do contexto concreto em que o negócio se insere e do conjunto de negócios a ele vinculados. Trata-se de fruto do pensamento de funcionalização dos institutos do Direito Privado, que deixam de ser considerados apenas como fim em si mesmo e merecedores de tutela por sua estrutura, e passam a ser identificados e considerados com vistas à função que representam no contexto negocial e social²⁹⁹.

O atual estado da doutrina dos contratos conexos deriva do desenvolvimento de duas principais teorias que evoluíram desde a classificação proposta por ENNECCERUS e LEHMAN às formas de união de contratos como união meramente externa; união com dependência bilateral ou unilateral; e união alternativa, já mencionadas anteriormente³⁰⁰.

²⁹⁷ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 23.

²⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*, p. 367.

²⁹⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, p. 28.

³⁰⁰ Conforme tópico 2.2, supra. Como já se disse, a união meramente externa diz respeito a contratos unidos externamente no ato de sua conclusão, em um mesmo instrumento, por exemplo, sem que haja necessariamente dependência material entre eles, de modo que, a cada um dos contratos, aplicam-se suas regras próprias. Nos casos de união com dependência unilateral ou bilateral, está-se diante de dois contratos unidos externamente ou não e que são queridos pelas partes como um conjunto, em decorrência de intenção que pode se manifestar do próprio contrato ou do contexto negocial, resultado da relação econômica criada por cada um deles.

Essa classificação se sujeitou a diversas críticas, principalmente sob a alegação de que as categorias de união com dependência e união meramente externa não configuram, de fato, verdadeiro vínculo de conexão. Com base nessa classificação, em verdade, a união de contratos só existiria, verdadeiramente, nos casos de união interna com dependência unilateral ou bilateral³⁰¹.

Assim, apesar das contribuições da doutrina alemã na classificação das hipóteses de união de contratos, a teoria da conexão contratual consolidou-se com contribuições efetivas da doutrina italiana e francesa.

Desenvolveu-se, assim, na doutrina italiana, a teoria do “*collegamento negoziale*”, propriamente, a partir de ROSARIO NICOLÓ e MICHELE GIORGIANNI, que buscou, principalmente, analisar o vínculo volitivo e funcional da coligação contratual com intenção de compreender e determinar critérios para identificar a repercussão do inter-relacionamento contratual na validade e eficácia dos contratos de uma mesma cadeia³⁰².

Para a maioria da doutrina italiana, há coligação contratual quando as partes, com o objetivo de alcançar um determinado resultado econômico, concluem dois ou mais contratos distintos que se ligam por um nexo jurídico, manifestado na repercussão (unilateral ou recíproca) das vicissitudes que os afetam³⁰³. A teoria italiana demonstrou que a interpretação isolada de determinado contrato inserido em um grupo de contratos que formam uma mesma operação econômica é insuficiente para comportar os interesses concretos das partes. Levou em conta, assim, a função desempenhada por cada um desses contratos dentro do conjunto no qual estão inseridos, transpondo as atividades de qualificação e interpretação com base na operação econômica que a cadeia de contratos visa a atingir³⁰⁴.

Ainda recentemente, a escola italiana trata o tema dos contratos coligados como uma pluralidade coordenada de contratos, em que cada um deles mantém uma causa autônoma, mas, em conjunto, buscam realizar uma operação econômica unitária e complexa. Assim, reduziu-se a importância do elemento volitivo da união de contratos, dando-se maior relevo ao elemento objetivo baseado na noção de causa: a conexão objetiva é dada pelo

Finalmente, a união alternativa é aquela em que os contratos estão unidos de tal sorte que, conforme se verifique ou não determinada condição, entender-se-á concluído um ou o outro contrato.

³⁰¹ DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, p. 220.

³⁰² KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, pp. 112-113.

³⁰³ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p. 29.

³⁰⁴ MEZZALIRA, Samuel. *Conexão contratual no Direito Civil Brasileiro*, p. 82.

negócio a que os contratos se prestam a atingir³⁰⁵. Nesse sentido, diz-se que há coligação contratual quando as partes, no exercício da autonomia negocial, celebram contratos distintos e autônomos, mas funcional e teleologicamente relacionados a ponto de a validade e eficácia de um deles influenciar o outro³⁰⁶.

O que faltou à doutrina italiana é a explicação da conexão negocial com base na perspectiva da relatividade dos contratos e a responsabilidade contratual das partes em cada negócio³⁰⁷ – o que, por outro lado, foi o foco da doutrina francesa. Assim, de modo independente da teoria italiana, surgiu na França, a partir de BERNARD TYESSIE, a teoria do “*groupes de contrats*” que reconheceu o vínculo de conexão contratual com um fim comum e mediato como reflexo da complexidade negocial³⁰⁸.

A importância mais marcante dessa teoria diz respeito ao reconhecimento da possibilidade de criação de ações diretas entre figurantes do grupo que não se relacionam diretamente, fundadas em responsabilidade contratual. Ou seja, a ênfase da doutrina francesa é a dicotomia entre partes e terceiros e da relatividade dos efeitos do contrato nos casos de coligação entre contratos com partes diferentes. A teoria do grupo de contratos teve relevante impulso no estudo dos contratos conexos e na diferenciação das noções de oponibilidade do contrato e relatividade de seus efeitos perante terceiros^{309 - 310}

Mais recentemente, desenvolveu-se a teoria das redes contratuais, centrada na análise do fenômeno do inter-relacionamento contratual direcionado à instrumentalização de uma atividade, geralmente, empresarial, tais como as redes de distribuição de produtos ou de sistemas de cartão de crédito. Conforme RICARDO LORENZETTI, as redes contratuais caracterizam-se por um nexos sistemático e colaborativo entre diversos contratos celebrados por agentes econômicos para a consecução de determinada atividade³¹¹.

³⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo. *Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros*. Revista de Direito do Consumidor, out./dez. 1998, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

³⁰⁶ ALPA, Guido. *Il contratto in generale*, p. 64.

³⁰⁷ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p. 29.

³⁰⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 76.

³⁰⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, pp. 113-114.

³¹⁰ Recentemente, como base da evolução da doutrina francesa dos grupos de contratos, surge dessa teoria o atual entendimento francês que procura separar a categoria de “conjuntos contratuais interdependentes” ou “indivisíveis” (*ensembles contractuels indivisibles*), mais próxima daquela ideia da doutrina italiana, ao lado da noção de *groupes de contrats*, cuja principal utilidade foi limitada a fundamentar as ações diretas entre os que figuram em contratos de um mesmo grupo, sem serem, ao mesmo tempo, co-contratantes.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 93.

³¹¹ LORENZETTI, Ricardo. *Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros*.

O enfoque da teoria da rede de contratos é a finalidade negocial supracontratual, que justifica o nascimento e funcionamento da própria rede. Tem como elementos característicos seu caráter colaborativo entre os participantes (em que um dos agentes se vale de outro para realizar determinada atividade) e o interesse associativo da conexão contratual³¹². Assim, os elementos contratuais envolvidos na rede pertencem a uma mesma e unificada operação dotada de causa sistemática própria, na qual se consubstancia a sua própria função, “*correspondente à operação econômica unificada que, concretamente, é possibilitada justamente pelo conjunto contratual*”³¹³

No Brasil, as mesmas referências inspiraram os autores, principalmente, a análise da união de contratos sob a doutrina e classificação de ENNECERUS e a teoria italiana da coligação contratual³¹⁴.

Na doutrina mais recente, a teoria da conexão contratual é fundada na função social³¹⁵ e no fim econômico dos contratos conjuntamente celebrados³¹⁶. A discussão acerca dos contratos conexos também já foi tratada pela jurisprudência em tribunais superiores, em poucos julgados do Supremo Tribunal Federal³¹⁷ e do Superior Tribunal de Justiça³¹⁸ que se preocuparam em diferenciar hipóteses de contratos mistos ou coligados, porém sem grande profundidade dogmática.

A breve exposição dessas diferentes teorias permite verificar a amplitude e a complexidade do tema e, ao mesmo tempo, sua atualidade e utilidade no moderno contexto contratual, cada vez mais complexo e dinâmico.

Com efeito, a observação da relevância das relações de coligação contratual pressupõe a superação de três grandes questões do Direito Civil clássico: a abstração da obrigação, mediante a percepção do contrato como fenômeno social e inserido no contexto

³¹² LORENZETTI, Ricardo. *Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros*.

³¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais: uma Contextualização entre a Empresa e o Mercado*. Revista de Direito Público da Economia. Ano 2, n. 7, jul./set. 2004, Belo Horizonte: Ed. Fórum, pp. 225-234.

³¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 104.

³¹⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, p. 146-147.

A autor cita TERESA NEGREIROS; JUDITH MARTINS COSTA; CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY.

³¹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*

³¹⁷ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, p. 138-139.

STF, Pleno, Emb. Div. No RE 78162, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 20.10.1977; STF, 2ª T., RE 86246, Rel. Min. Moreira Alves, j. 4.3.1977.

³¹⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, pp. 140-141.

Exemplo recente é o julgado STJ, 4ª T., REsp 337.040, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 2.5.2002; STJ, 2ª seção, CC 34504, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.3.2003.

negocial que o circunda; a relatividade dos efeitos contratuais, à medida que pressupõe a irradiação de efeitos perante terceiros, mesmo com a preservação da autonomia estrutura dos negócios coligados; e, finalmente, a limitação do conhecimento legislativo acerca do tema³¹⁹.

Somado a isso, a dificuldade em se definir o fenômeno da conexão contratual decorre também da grande pluralidade das situações fáticas que se apresentam como hipóteses concretas de conexão de contratos. Com efeito, há casos em que a relação entre os contratos se limita a mera acessoriedade ou dependência unilateral, enquanto há hipóteses em que os contratos vinculados assumem a mesma importância no contexto em que se inserem, orientados à realização de um resultado comum³²⁰. Trata-se de conceito naturalmente abrangente, quase que representativo de um conceito genérico a fim de abarcar espécies diversas³²¹.

Tendo isso em vista, deve-se reconhecer a presença de coligação contratual quando, por variadas razões, um contrato é dependente do outro com a consequência de que o tratamento jurídico de um é influenciado pela existência do outro³²².

A conexão contratual pode decorrer (i) de disposição legal nos casos em que o vínculo contratual vem expressamente estipulado na lei (coligação *ex lege*); (ii) da natureza acessória de um dos contratos envolvidos na coligação, como ocorre com os contratos de garantia típicos e na relação entre o subcontrato e o contrato que lhe dá origem (coligação natural); ou (iii) em razão da vontade das partes, seja por cláusula expressa (coligação voluntária expressa), seja em razão do fim contratual concreto e das circunstâncias interpretativas (coligação voluntária implícita). A existência de uma coligação contratual pressupõe, portanto, a pluralidade de contratos ligados por um vínculo funcional, aspecto essencial que diferencia a coligação dos contratos complexos, mistos ou plurilaterais, figuras nas quais se está diante de um único contrato.

³¹⁹ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 30.

³²⁰ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p.272.

³²¹ “A abrangência é natural ao conceito de contratos conexos. Não aquela abrangência ilimitada e desprovida de conteúdo específico, mas o reconhecimento de que um conceito genérico como este irá necessariamente abarcar espécies de distintos matizes, que apresentam peculiaridades relevantes”

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, p. 97.

³²² “Due o più contratti sono collegati quando, per qualche ragione, l'uno dipende dall'altro: con la conseguenza che il trattamento giuridico dell'uno è influenzato dall'esistenza e dalle vicende dall'altro”

ROPPO, VINCENZO, *Il Contratto*, p. 387.

Como resultado desse vínculo e a depender de como os contratos reciprocamente se influenciam, os contratos assumem relação de interdependência, unilateral ou bilateral, “*em que um deles pode funcionar como condição, contraprestação, base negocial do outro, ou outra forma de dependência criada por cláusulas acessórias ou pela relação de correspectividade ou de motivação que afectam um deles ou ambos*”³²³.

Tendo isso em vista, deve-se considerar que, no contexto de conexão contratual formado em torno do contrato *built to suit*, estabelece-se uma relação de dependência entre os diversos contratos formados para a sua consecução (cujos exemplos, não exaustivos, tratados nesta pesquisa são o contrato de cessão de direito de superfície, cessão de recebíveis e securitização). As consequências daí decorrentes são de suma relevância para a correta interpretação do contrato e para a identificação de importantes efeitos jurídicos.

4.6. CONSEQUÊNCIAS INTERPRETATIVAS DO CENÁRIO DE CONEXÃO CONTRATUAL

A existência de conexão entre contratos impõe a necessidade de sua interpretação com base no contexto no qual estão inseridos, levando-se em consideração o fim buscado pelas partes em cada uma das avenças, bem como o fim visado pelo grupo de contratos, sob pena de se ignorar a verdadeira intenção dos contratantes.

Com efeito, as uniões de contrato têm papel fundamental na interpretação isolada ou conjunta dos contratos. Isso porque determinada declaração, analisada isoladamente no contexto de um contrato unitário pode ter sentido diverso consoante os contratos antecedentes ou paralelos a ela relacionados³²⁴.

Assim, na atividade hermenêutica, isso reflete na necessidade de identificação do contexto no qual os contratos se inserem, o que deve levar em consideração todas as circunstâncias do negócio. Desse modo, tendo em vista que o objetivo principal do intérprete é de determinar a vontade dos contratantes, deve-se buscar, sempre que necessário, as informações proporcionadas por outro contrato conexo ou pelo conjunto formado por dois ou mais contratos conexos³²⁵.

³²³ VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*, p. 217.

³²⁴ MENEZES CORDEIRO. *Manual de Direito Comercial*, p. 371.

³²⁵ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p. 319.

Trata-se da necessidade de se conhecer o “contexto situacional” da celebração do negócio jurídico, “*a situação do discurso (...), a situação espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a ideia que cada um tem do outro, as ações que realizam nesse momento, os diferentes objetivos e acontecimentos com que se relacionam (...)*”³²⁶.

Além disso, a identificação da vontade real e comum das partes é revelada “*ao considerar-se a finalidade econômica do contrato*”, que, por sua vez, assume papel de suma relevância na atividade interpretativa e poderá fornecer elementos importantes para a identificação do contexto negocial, produzindo efeito unificador do conteúdo dos contratos³²⁷.

Daí porque GUIDO ALPA afirma que a coligação contratual resume-se em um problema de interpretação contratual, razão pela qual se observa, atualmente, que a análise dessa questão está associada a análise dos elementos objetivos, do verdadeiro significado econômico e dos interesses envolvidos no contexto negocial³²⁸.

São relevantes, portanto, na atividade hermenêutica, todos os dispositivos alusivos, direta ou indiretamente, aos contratos relacionados a uma mesma operação econômica. Evidentemente, o grau de complexidade da atividade interpretativa dependerá da espécie de coligação e das peculiaridades do caso concreto e se trata de atividade fundamental para determinar as consequências jurídicas da coligação, que, muitas vezes, não são previstas pelas partes.

É comum se verificar, por exemplo, um “suplemento de significação”³²⁹ nos contratos participantes de uma mesma coligação, no qual se esclarece o vínculo que os une e deixa claro a intenção das partes em atingir determinado fim, que somente pode ser atingido do modo como as partes pretendem mediante a permanência da coligação dos contratos.

Nos contratos *built to suit* relacionados a uma coligação contratual, é comum prever-se no preâmbulo dos contratos de cessão de Direito de Superfície, de eventual cessão de créditos imobiliários e de securitização, a vinculação a um contrato principal entre locador e locatário que tem como fim a construção de determinado imóvel e sua posterior cessão. As

³²⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do Negócio Jurídico*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 111.

³²⁷ BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 232.

³²⁸ ALPA, Guido. *Il contratto in generale*, p. 65.

³²⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 157.

prestações reguladas nesses contratos são, por essa razão, formuladas tendo-se em vista seus possíveis efeitos e interação com as prestações do contrato principal.

Da mesma forma, é comum a previsão, nos contratos *built to suit*, da existência de outros contratos a ele atrelados e dele diretamente dependentes, sendo comum prever-se qual dos contratos deverá prevalecer em caso de conflito entre eles.

Evidentemente, a profundidade da interação entre esses contratos, bem como as disposições das partes quanto às possíveis consequências dessa interação contratual dependerá da complexidade do caso concreto.

De todo modo, quer-se apontar com essas considerações que a interpretação do contrato *built to suit* não pode perder de vista sua inter-relação com outros contratos, sob pena de se desconsiderar relevantes elementos objetivos que circundam o contexto negocial no qual ele se insere. Não por outro motivo é que o mercado imobiliário se atentou, como se verá no capítulo a seguir, à necessidade de se modular a aplicação da Lei do Inquilinato às disposições contratuais.

4.7.EFEITOS DA CONEXÃO CONTRATUAL NA DISCIPLINA JURÍDICA DOS CONTRATOS

A coligação contratual também pode gerar efeitos importantes entre os contratos nela envolvidos no que diz respeito à qualificação, derrogação do regime jurídico típico e propagação de eventuais invalidades e ineficácias contratuais. A produção desses efeitos dependerá do tipo de vínculo que se estabelece entre os contratos conexos.

Independentemente de qualquer previsão contratual, não se pode negar que, de modo geral, as partes envolvidas no contexto de conexão contratual deverão ter, ao menos, consciência e conhecimento dos demais contratos integrantes do conjunto em que estão inseridos, de onde nascem deveres laterais fundados na boa-fé ou na própria finalidade contratual³³⁰, do que poderá derivar a produção de efeitos próprios da coligação contratual³³¹.

³³⁰ “Na maior parte das vezes, no entanto, as partes envolvidas numa rede de contratos coligados deverão ter consciência dos contratos integrantes do sistema, e por isso estarão sujeitas a deveres laterais de conduta – extraídos dos próprios princípios da boa-fé e da função social do contrato – cujo descumprimento importará em responsabilização que não encontrará limites apenas nos contratos assinados pelas partes”.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*.

³³¹ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 31.

Assim, na estrutura de conexão contratual exposta anteriormente, na qual normalmente o contrato *built to suit* está envolvido, a relação que se verifica entre esses contratos pode dizer respeito à relação unilateral ou bilateral. Os contratos de cessão de créditos imobiliários e de securitização utilizados como base do financiamento da obra, bem como o contrato de cessão de Direito de Superfície, podem ser acessórios e, portanto, dependentes do contrato *built to suit*. Por outro lado, a depender da estrutura contratual adotada, o próprio *built to suit* poderá ser dependente do contrato de cessão de direito de superfície, formando-se, assim, um vínculo de dependência bilateral.

Nesse cenário, um dos contratos poderá ter sua existência, validade ou eficácia condicionada ao outro; e, ainda, o regime jurídico típico dos contratos pode ser alterado ou derogado em razão de sua inserção nesse contexto contratual.

Cabe ressaltar, inicialmente, que a fim de se verificar consequências jurídicas relevantes advindas da interação entre contratos, não se exige que esses contratos tenham sido firmados pelas mesmas partes³³². Conforme já mencionado, a transposição do princípio da relatividade contratual é uma das características inerentes à conexão contratual³³³.

O vínculo que se forma entre os contratos conexos, conforme FRANCISCO MARINO, pode ser de diferentes intensidades e complexidades e, conseqüentemente, gerar mais ou menos efeitos jurídicos. Assim, para o autor, a existência de contratos coligados nem sempre implica a verificação de todas as consequências jurídicas que podem advir desse cenário em tese. Dessa forma, a análise de fatores de intensidade (tais como a identidade de partes, a coexistência dos contratos coligados na formação e, principalmente, na sua execução) é que evidenciam maior ou menor proximidade das relações entre os contratos³³⁴.

Assim, a princípio, a coligação formada por contratos celebrados pelas mesmas partes terá propensão à produção de mais consequências do que aquelas coligações formadas por contratos celebrados entre partes diversas. O mesmo ocorreria com contratos de execução duradoura executados concomitantemente, comparativamente àqueles contratos de execução imediata. Além disso, quando algum dos contratantes permanece estranho ao ato de coligação, a intensidade da coligação em relação a ele será menor, à medida que, em

³³² FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p. 283.

³³³ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 25.

³³⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 141-145.

regra, aquele que não participa da coligação não poderá ser atingido pelas vicissitudes do primeiro contrato³³⁵.

Nesse mesmo sentido, EDUARDO KATAOKA afirma que nem toda coligação contratual produzirá eficácia jurídica idêntica. Por vezes a existência de uma rede ou de uma cadeia contratual não gerará a contaminação de perturbações da prestação ou inadimplemento^{336 - 337}

Assim, é inegável que a inserção de determinado contrato em um grupo de contrato conexos, unilateral ou bilateralmente dependentes entre si, terá importantes consequências jurídicas. No caso da coligação voluntária, como a que se verifica no esquema contratual das chamadas operações imobiliárias *built to suit*, os próprios contratos podem prever alguns desses efeitos.

Basta que haja, por exemplo, cláusula contratual estipulando que a extinção de um contrato acarretará a extinção de outro; cláusula estabelecendo que o inadimplemento de determinada obrigação assumida em um dos contratos implicará o inadimplemento do outro contrato (“*cross-default*”)³³⁸. Evidentemente, a depender do modo como as partes estruturam os contratos, nem todos os figurantes dessas relações estarão vinculados a essas as consequências.

No que diz respeito à propagação de invalidades contratuais, essa consequência, também depende do tipo de ligação entre os contratos, se unilateral ou

³³⁵ Exemplo: “A, industrial, e B, um de seus principais clientes, decidem celebrar contrato de fornecimento por prazo determinado, tendo a prestação por objeto produtos cuja fabricação pressupõe a aquisição, por parte da A, de maquinário específico e custoso. Em virtude da conclusão do contrato de fornecimento, A adquire o referido maquinário de C. Nesse caso, é perfeitamente possível que A e B tenham tido a intenção de vincular ambos os contratos, no entanto C tenha permanecido estranho a este acordo. Consequentemente, as vicissitudes do contrato de compra e venda poderão, nos termos acordados entre A e B, afetar o contrato de fornecimento, porém a influência inversa não ocorrerá, por conta da ausência de participação de C na coligação. Eventual inadimplemento ou rescisão do contrato de fornecimento por parte de B não acarretará a extinção do contrato de compra e venda. Em contrapartida, A poderá ter pretensão indenizatória em face de B”.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 142.

³³⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 25.

³³⁷ Cabe ressaltar posição diversa de SAMUEL MEZZALIRA em recente dissertação sobre o tema da conexão contratual. Para o autor, não haveria como se falar em fatores de intensidade da conexão, mas apenas fatores para a verificação da existência de vínculos que, uma vez presentes, acarretam a produção de todos os efeitos a ela inerentes. Uma vez verificada a conexão, ela produzirá seus efeitos conforme o tipo de vínculo estabelecido entre eles (dependência unilateral ou bilateral ou sinalagmático) e não conforme maior ou menor intensidade.

MEZZALIRA, Samuel. *Conexão contratual no Direito Civil Brasileiro*, p. 160-165.

³³⁸ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*, p. 108.

bilateral, ou se está diante de relação de mera acessoriedade, nas quais vale a regra de que o acessório segue o destino do principal.

O problema da propagação da ineficácia contratual deve se resolver em função da natureza do vínculo que une os contratos. Assim, se há dependência unilateral (quando a configuração formal ou mesmo a existência de um contrato depende diretamente do outro contrato), a ineficácia do contrato principal não poderá resultar em outro cenário se não a ineficácia do contrato que dele é dependente³³⁹. Por outro lado, se o vínculo é meramente acessório, isso não necessariamente ocorrerá.

A afetação dos contratos pela invalidade de um deles trata, em verdade, de questão de verdadeira impossibilidade do objeto do contrato. Isso porque um dos contratos pode funcionar como condição precedente de eficácia do contrato a ele coligado, ou mesmo como sua condição resolutiva³⁴⁰.

No caso do conjunto contratual da operação *built to suit*, verificada a invalidade do contrato principal (o próprio *built to suit*, contrato de locação de imóvel de construção ajustada), que dá azo a todos os demais, o contrato de cessão do Direito de Superfície e todos aqueles relacionados ao financiamento da obra perderão sua própria finalidade. Se a dependência for bilateral, como pode ocorrer em determinadas estruturas nas quais a cessão de direito de superfície assume papel relevante de justificar o próprio uso do imóvel, a extinção (por invalidade ou a ineficácia) dos contratos acessórios influenciará o contrato principal a depender das consequências e do grau de execução e desenvolvimento de cada um deles.

Pode acontecer, por outro lado, de que um dos contratos seja declarado nulo, mas o contrato principal já se tenha cumprido substancialmente. Nesses casos, a análise da propagação das vicissitudes exigirá considerar-se o fim visado pela cadeia contratual e do vício verificado *in concreto*.

Poderá ocorrer, ainda, a hipótese de um dos contratos depender diretamente do adimplemento do outro, na qual a resolução de um dos contratos implicará a

³³⁹ FRÍAS, Ana Lopez. *Los Contratos Conexos*, p. 299.

³⁴⁰ A invalidade de um dos contratos acarreta a “ineficácia superveniente” dos demais, já que sua validade funciona como “condição de permanência de eficácia para o contrato a ele coligado”. Como consequência, pode-se estar diante da impossibilidade de se atingir o fim concreto visado pelas partes, verdadeira impossibilidade do objeto contratual por motivo superveniente.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 197.

impossibilidade de adimplemento de prestação componente da operação materializada pela conexão. O inadimplemento de determinada prestação em um desses contratos acarretando sua resolução poderá ser entendido, no âmbito do contrato a ele conexo, como inadimplemento de prestação a ele relacionada, motivando também sua resolução³⁴¹.

Finalmente, também em razão do vínculo de dependência entre os contratos pode-se estar diante da derrogação do regime legal típico de determinado contrato participante da coligação em questão, afastando-o do regime próprio de sua qualificação jurídica.

Isso ocorre porque o processo de recondução do contrato ao tipo legal deve levar também em consideração todos os elementos acidentais e externos, que podem influenciar diretamente o juízo de adequação da disciplina do tipo ao caso concreto³⁴². Dentre esses elementos inclui-se a inserção do contrato em um conjunto de contratos dotado de sentido. Nesse sentido “*o reconhecimento de efeitos da coligação contratual insere-se em um esforço mais amplo de reformulação da própria metodologia de qualificação dos contratos*”³⁴³.

Desse modo, a conexão contratual assume condição de verdadeiro índice do tipo, e, portanto, apto a alterar a qualificação do contrato³⁴⁴. Trata de verdadeira aplicação da doutrina tipológica, que permite a qualificação de determinado contrato com base em um modelo jurídico contratual previsto em lei e, ao mesmo tempo, o afastamento da disciplina legal a ele correspondente, nos casos em que se verificarem desvios que ultrapassam a elasticidade do referido tipo³⁴⁵.

Assim é que, no caso do contrato *built to suit*, estando ele relacionado a um grupo de contratos necessários à consecução de seu objeto final, a definição da disciplina jurídica a ele aplicável não poderá ser feita sem levar em consideração esse contexto.

Tanto isso é verdade que essa necessidade, ainda que indiretamente, é refletida pela Lei 12.744/12, conforme se expõe no capítulo seguinte.

³⁴¹ MEZZALIRA, Samuel. *Conexão contratual no Direito Civil Brasileiro* p. 192.

³⁴² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*, p. 181.

³⁴³ KONDER, Carlos Nelson. *A coligação contratual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*.

³⁴⁴ MEZZALIRA, Samuel. *Conexão contratual no Direito Civil Brasileiro*, p. 180.

³⁴⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, p. 89.

5. A ANÁLISE DO CONTRATO *BUILT TO SUIT* À LUZ DA LEI DO INQUILINATO

5.1. A LEI 12.744/12 E A ATIPICIDADE DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

A reação à falta de expressa disciplina legal aplicável ao contrato *built to suit* e às discussões acerca de sua qualificação foi a rápida introdução de alteração legislativa na Lei do Inquilinato, por meio da Lei nº. 12.744/12.

A alteração foi motivada pela já mencionada preocupação, propagada pelas empresas do setor imobiliário, advogados especializados e associações relacionadas ao setor, de que a aplicação inadvertida da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit* poderia gerar desequilíbrio entre as prestações dos contratantes, em decorrência da incompatibilidade de suas disposições com as peculiaridades desse contrato.

Primeiro exemplo desse problema diz respeito à possibilidade de revisão do valor da remuneração contratada e a consequente redução dos valores a serem recebidos pelo empreendedor. Duas razões de desequilíbrio contratual adviriam nessa situação: (i) o descompasso entre o valor resultante da possível revisão baseada em “preço de mercado” e o valor devido pela remuneração do uso do imóvel e pela sua construção; e (ii) o descompasso entre o valor dos créditos eventualmente cedidos pelo empreendedor no âmbito do financiamento da construção e o valor do aluguel “revisado”, que poderia frustrar o adimplemento desses créditos perante os investidores.

Com efeito, eventual revisão do valor dos aluguéis com base no artigo 19 da Lei do Inquilinato, fundamentada, portanto, no “preço de mercado” da locação, pode resultar em valor insuficiente à remuneração da construção do imóvel caso se desconsidere a peculiaridade do fato de que, nos contratos *built to suit*, a remuneração dá-se não apenas contra o uso do imóvel, mas também por sua construção. Além disso, tendo em vista que o imóvel objeto do contrato é construído de modo a atender as especificações do ocupante (é, portanto, exclusivo e tem características específicas) não há no mercado parâmetros comparativos para embasar a revisão do aluguel.

Além disso, eventual revisão do valor dos aluguéis geraria o “*descasamento entre o aluguel a ser recebido e o financiamento a ser pago*”³⁴⁶. Imagine-se que o empreendedor cedeu à companhia securitizadora uma quantidade certa de créditos imobiliários projetados conforme o tempo de duração do contrato e o valor da remuneração mensal pré-fixada. Reduzido este valor em razão de revisão judicial, o empreendedor se encontrará na necessidade de complementar os créditos cedidos para o adimplemento do valor despendido pelos investidores.

Outro exemplo da inadequação da aplicação da Lei do Inquilinato ao contrato *built to suit* diz respeito à questão da devolução antecipada do imóvel pelo ocupante, o que, conforme o artigo 4º da Lei do Inquilinato (em sua redação anterior à Lei 12.744/12), teria como consequência a obrigação de pagamento de multa “proporcional” ao período de cumprimento do contrato.

Também essa hipótese poderia acarretar ao empreendedor a injusta remuneração pelos recursos empregados na construção do imóvel, já que a multa “proporcional” poderia não ser suficiente para fazer frente a todos os seus investimentos³⁴⁷. Além disso, também em caso de rescisão, o empreendedor deverá adimplir o financiamento tomado para a construção do imóvel específico para o locatário. Assim, “*é necessário que o valor da multa seja suficiente para o resgate desses títulos de financiamento de forma a quitar toda a dívida do empreendedor devido ao imóvel*”³⁴⁸.

Em suma, qualquer possibilidade de alteração da capacidade financeira do empreendedor em fazer frente aos recursos necessários para a execução do empreendimento e, conseqüentemente, ao adimplemento dos títulos de crédito a ele relacionados (tal como ocorre na hipótese de securitização), ameaça o equilíbrio do contrato³⁴⁹. Não se pode perder de vista que, dadas as peculiaridades do imóvel (projetado e construído para atender às necessidades específicas do ocupante), ele não será facilmente recolocado no mercado de locação para uso por terceiro.

³⁴⁶ GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*. Revista de Finanças Aplicadas, disponível em <http://www.financasaplicadas.net/ojs/index.php/financasaplicadas/article/view/171>, consulta em 26/07/2014.

³⁴⁷ GASPARETTO, Rodrigo Ruete. *Insegurança nos contratos built to suit*. Valor Econômico. 15/09/2011 Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit>

³⁴⁸ GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*.

³⁴⁹ GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*.

Essas mesmas razões justificaram a referida alteração legislativa, que teve origem no Projeto de Lei 6.562, de 8 de dezembro de 2009³⁵⁰, de redação do Deputado Carlos Bezerra. O projeto expõe que *“as particularidades dessa modalidade de contratação mostram-se incompatíveis com algumas das disposições da Lei do Inquilinato, em especial aquelas atinentes ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória”*.

A motivação do projeto de lei fundamenta a necessidade de alteração da Lei do Inquilinato ao expor que *“o contrato built-to-suit precisa ser longo de sorte a viabilizar o investimento do Empreendedor e assegurar, por um lado, o retorno dos recursos vertidos – a amortização do investimento – por meio do pagamento dos aluguéis até o término do ajuste e, por outro, a fruição do imóvel pelo tempo de interesse da Ocupante”*.

Nesse sentido, a solução proposta pelo projeto visou a *“conferir segurança jurídica aos contratantes dessas operações, sem, contudo, mitigar seu dinamismo e evolução”*, propondo-se a manutenção de seu caráter atípico e a restrição da Lei do Inquilinato apenas aos casos em que as partes assim expressamente estabelecerem³⁵¹.

O projeto de lei chegou ao Senado Federal em abril de 2012. Em parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania³⁵² pela aprovação, com emenda³⁵³, considerou-se adequada a alteração proposta, com base nas mesmas razões expostas pelo projeto:

(...) oportuna a regulamentação (...) do contrato atípico ao qual o uso corrente tem vinculado a designação built to suit, principalmente se ponderarmos que órgãos jurisdicionais pátrios o têm considerado, com relativa frequência, típica locação de imóvel urbano - sujeita, portanto, à incidência da Lei do Inquilinato – e que, como figuram na lei algumas disposições conflitantes com certas características imanentes ao *built to suit*, tem havido dificuldades para que se explorem, em nosso País, todas as potencialidades dessa espécie de avença

³⁵⁰ Original disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=110373&tp=1>

³⁵¹ Continua a redação do projeto:

“Desse modo, decidimos manter o caráter atípico, restringindo-nos a estabelecer que os dispositivos da Lei do Inquilinato não terão incidência, salvo se as partes dispuserem em sentido contrário”.

³⁵² <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/113222.pdf>

³⁵³ A redação original do Projeto propunha o completo afastamento da Lei do Inquilinato, exceto se as partes dispusessem sobre sua aplicação expressamente, redação, contudo, que foi alterada

Aprovado o parecer, formulou-se o texto final em novembro de 2012³⁵⁴, que continha disposição expressa acerca da possibilidade de negociação livre, pelo locador com terceiros, dos créditos de aluguéis a serem recebidos, condicionado ao registro do contrato de locação no registro de títulos e documentos, atribuindo a responsabilidade pelos créditos ao locador e eventuais garantidores:

§ 3º Os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado serão livremente negociáveis pelo locador com terceiros, desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, na forma dos arts. 286 a 298 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, responsabilizando-se o locatário e eventuais garantidores pelo respectivo adimplemento.

Essa disposição, contudo, foi objeto de veto, sob a justificativa de que “Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto”. Além disso, considerou-se que “a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente”³⁵⁵.

Assim, a redação sancionada introduziu na Lei do Inquilinato o artigo 54-A para regular os contratos *built to suit*, em artigos redigidos nos seguintes termos:

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.

³⁵⁴ <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/116817.pdf>

³⁵⁵ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=123610&tp=1>

§ 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.

Consequentemente, também se alterou o artigo 4º da Lei do Inquilinato, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º. 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 estipulada³⁵⁶.

Observa-se que o artigo 54-A introduzido na Lei do Inquilinato definiu o contrato *built to suit* como a locação não residencial de imóvel urbano precedida de aquisição, construção ou substancial reforma do imóvel “*especificado pelo pretendente à locação*”.

Nota-se que o conceito legal dado ao contrato coloca as prestações de aquisição, construção ou reforma de imóveis como meramente preparatórias à relação locatícia. Assim, pode-se afirmar que o fator distintivo do contrato *built to suit* em relação à locação comum é o de realização de altos investimentos pelo empreendedor para a consecução da locação pretendida, bem como o fato de que esses investimentos são voltados a imóvel especificado pelo ocupante, e não imóvel escolhido ou determinado pelo próprio empreendedor.

Primeiramente, cabe uma breve ressalva quanto ao fato de que, pela definição legal dada ao contrato pelo artigo 54-A, equiparou-se ao *built to suit* - até então, comumente tido como aquele contrato precedido de construção ou reforma de imóvel – a locação precedida também de aquisição do imóvel especificado pelo locatário. Assim, por exemplo, naqueles casos mencionados anteriormente de *sale leaseback* também se aplicarão as disposições da alteração legislativa. Outra observação diz respeito ao fato de que a redação

³⁵⁶ Redação anterior, introduzida pela Lei nº. 12.112/2009:

Art. 4º. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. O locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcionalmente ao período do cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

do artigo abre margem subjetiva à análise judicial do que se pode entender como “reforma substancial” do imóvel. Essa análise, no entanto, deverá ser casuística e somente poderá ser aferível mediante a comparação da situação do imóvel antes e depois de realizada a referida reforma.

Observação mais relevante diz respeito ao fato de que, ao tratar do contrato *built to suit* no bojo da Lei do Inquilinato - diploma legal que trata das relações locatícias - o legislador optou por caracterizá-lo como um contrato de locação, ainda que reservado a certa diferenciação em relação aos contratos de locação comum, prevendo a prevalência das disposições pactuadas em contrato.

Assim, muito embora tenha se verificado que a aplicação inadvertida da Lei do Inquilinato gera inadequações ao contrato *built to suit* em razão da inserção de cláusulas diversas daquelas típicas da relação locatícia, não se afastou a possibilidade de que ele seja regulado pela Lei do Inquilinato, e, em certa medida, sua qualificação como contrato de locação.

Partindo da análise dos elementos essenciais do contrato, não se pode negar, como já se afirmou, a existência, no bojo do contrato *built to suit*, de relação jurídica própria da locação, sendo fácil perceber a presença de seus elementos essenciais: “a) promessa (e consequente prestação) do uso; b) promessa (e consequente prestação) da retribuição; c) concordância sobre a duração, que pode ser por tempo indeterminado”³⁵⁷.

Colocadas como preparatórias, as prestações de construção, aquisição ou reforma de imóvel (e a consequente contraprestação de remuneração dessas operações), nos contratos *built to suit*, não foram suficientes, aos olhos do legislador, para lhe retirar a qualificação como locação. Por outro lado, essas prestações mostraram-se suficientes para afastar, nesses casos, a aplicação da disciplina completa prevista para o contrato de locação – o que foi determinado expressamente pela redação do artigo 54-A introduzido à Lei do Inquilinato.

À luz da análise tipológica exposta anteriormente, a solução legislativa vai no sentido de recondução do contrato *built to suit* à tipicidade do contrato de locação, sem negar, todavia, a necessidade de afastamento de algumas das regras próprias a este tipo contratual. Mais que isso, ao caracterizar as prestações de construir, adquirir ou reforma o imóvel objeto

³⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*, p. 48.

da locação como prestações preparatórias que antecedem à própria relação locatícia, pode-se concluir que essas prestações não são suficientes para extrapolar a “elasticidade” do tipo legislativo da locação.

Não se trata da supressão da aplicação da Lei do Inquilinato, mas tão-somente do afastamento parcial de sua força cogente a esses casos específicos, autorizando às partes a formulação de disposições contratuais nesse sentido. Ao criar ressalva quanto à possibilidade de prevalência das disposições das partes, o artigo 54-A nada mais faz do que afastar, excepcionalmente, a aplicação do artigo 45 da própria Lei do Inquilinato que prevê a nulidade das cláusulas do contrato de locação que visem a elidir os objetivos da lei³⁵⁸.

Não se pode deixar de considerar que as regras da Lei do Inquilinato constituem forma de intervenção estatal indireta nas atividades econômicas, regulando o mercado antes dirigido tão somente por interesses privados limitando a autonomia da vontade na contratação locatícia³⁵⁹. Ao relevar às condições estabelecidas pelas partes papel prevalente sobre as disposições da Lei do Inquilinato, o legislador privilegia o campo da atuação da iniciativa privada nos contratos *built to suit*.

Como consequência, é possível afirmar que caso as partes não tenham especificado expressamente a disciplina contratual aplicável a determinado aspecto da relação jurídica, estará autorizado ao intérprete e ao juiz a aplicação das disposições da Lei do Inquilinato. No entanto, conforme se expõe a seguir, isso não afasta a necessidade de se adequar a aplicação da Lei do Inquilinato às especificidades do contrato *built to suit*.

Assim, embora tenha o artigo 54-A definido os elementos essenciais do contrato *built to suit* (locação precedida de aquisição, reforma ou construção de imóvel indicado pelo locatário), qualificando-o como contrato de locação, não se afastou o poder das partes de estabelecerem a disciplina contratual. Pode-se dizer que o contrato *built to suit*

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ “Efetivamente, a crise de moradia, característica do século XX, com a explosão demográfica e os diversos movimentos bélicos de proporções mundiais, colocou no primeiro plano das discussões jurídicas o direito à habitação.

(...) Símbolo do dirigismo contrato, a profusão de leis do inquilinato (Lei n.º. 4.403, de 22 de dezembro de 1921; Decreto n.º. 19.573, de 7 de janeiro de 1931; Decreto n.º. 24.150, de 20 de março de 1934; Decreto-Lei n.º. 7.959, de 17 de setembro de 1945; Lei n.º. 1.300, de 28 de dezembro de 1950; Lei n.º. 4.494, de 25 de novembro de 1964; Lei n.º. 6.649, de 16 de maio de 1979 e Lei n.º. 8.245, de 18 de outubro de 1991) revela de modo inegável a preocupação do Estado em limitar a autonomia privada na contratação locatícia”.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos. Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 183.

é contrato típico aberto, à medida que possui seus elementos essenciais definidos em lei, mas se mantém apto a ampla disposição pelas partes em contrato.

Reflexo disso é o fato de que, mesmo após a alteração legislativa, a jurisprudência apresenta variadas opiniões, ainda imprecisas, acerca da natureza do contrato *built to suit*. Nesse sentido, pode-se citar, por exemplo, apelação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em que se considerou que, por ter o locatário assumido determinadas despesas para a construção do imóvel, não se estaria diante de contrato *built to suit*³⁶⁰. Outro caso diz respeito a agravo de instrumento julgado pelo mesmo Tribunal, no qual se considerou que a denominação do contrato como “locação”, embora as partes afirmassem se tratar de contrato atípico, atrairia a aplicação da Lei do Inquilinato³⁶¹.

Como se observa nesses casos, ambos julgados após a edição da Lei 12.744/12, a análise do contrato *built to suit* presa somente à sua caracterização como contrato de locação, despreza a intenção do próprio legislador de deixar aberto às partes a possibilidade de estabelecer as disposições mais adequadas ao contrato, ainda que, em determinadas hipóteses, possa ele estar submetido às disposições da Lei do Inquilinato.

³⁶⁰ (...) *Locação. Ação revisional do aluguel proposta pelas locadoras julgada procedente. Insurgência da locatária apoiada na alegação de que se trata de contrato da modalidade “built to suit”. Prova, no entanto, que afasta a validade dessa tese. Locadoras que, além do terreno, contribuíram com vultosa quantia para construção do prédio, destinado à locação. Responsabilidade da locatária pela construção, arcando também com parte dos custos da obra, no caso, para adequá-la às suas necessidades. Concessão de desconto no aluguel para fins de ressarcimento destas despesas. Aluguel revisando fixado de acordo com o apurado pelo perito judicial. Apelação não provida e recurso adesivo conhecido e não provido.*

[VOTO]:

“(…) Incontroverso, posto que admitido pelas partes, que há inescapável relação entre o contrato de locação e o de parceria imobiliária, firmados pelas partes na mesma data (fls. 33/42 e 47/57). Sustenta a ré que o acordo de parceria imobiliária e outras avenças assemelham-se aos contratos imobiliários denominados “built to suit”, por isso, os negócios firmados, em seu conjunto, divergem de um típico contrato de locação, portanto, não se aplica a Lei do Inquilinato no presente caso, descabendo a pretensão revisional que incluía a construção adicionada. Entendo, contudo, que a ré não tem razão. O acordo de parceria imobiliária e outras avenças (fls. 47/57) não cuida do negócio denominado “built to suit”. As chamadas operações “built to suit” (construir para servir), podem ser traduzidas, em síntese, como sendo a construção de um imóvel segundo especificações expressas do inquilino, com recursos exclusivos do proprietário. No presente caso houve efetiva parceria com a combinação de recursos de cada uma das partes para a edificação o que por si só desnatura o “built to suit” com previsão de compensação em favor da locatária pelos seus gastos estimados, na forma de carência e redução no pagamento dos aluguéis, na forma prevista no contrato de locação. (...)”.

TJSP, Apelação nº. 0220331-98.2009.8.26.0100, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sá Duarte, j. 27.01.2014.

³⁶¹ “Agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação revisional, estipulou aluguel provisório em determinado valor. A Agravante requer a reforma da decisão sob a alegação de que “não foram observados para a estipulação do valor, os elementos por ela [Agravante] trazidos aos autos, em especial o tipo de contrato existente entre as partes, o qual sustenta não se tratar de mero contrato de locação, mas sim de contrato atípico, na modalidade “built to suit”, usado para identificar contratos de locação a longo prazo no qual o imóvel é construído ou reformado para atender os interesses do locatário. (...)”.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 0023966-41.2013.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Armando Toledo, j. 18.06.2013.

5.2. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DOS ALUGUÉIS E ALTERAÇÃO DO REGIME DA MULTA CONTRATUAL PARA O CASO DE DENÚNCIA PELO LOCATÁRIO

Além da expressa autorização da prevalência das disposições contratuais sobre as regras da Lei do Inquilinato, a alteração introduzida pela Lei 12.744/12 tem três principais consequências sobre os contratos *built to suit* no que tange à adaptação das regras da Lei do Inquilinato: (i) a possibilidade de renúncia ao direito de revisão dos aluguéis a serem pagos ao longo do contrato; (ii) a possibilidade de convenção de cláusula penal limitada à soma dos valores dos aluguéis vincendos; e (iii) a aplicação das “disposições procedimentais” da própria Lei do Inquilinato.

São duas as razões da inadequação da revisão do aluguel, já expostas anteriormente: (i) a impossibilidade de se determinar um “preço de mercado” para pautar a análise comparativa que determinaria o valor do novo aluguel a ser fixado com base no artigo 19 da Lei do Inquilinato e o consequente risco de se remunerar o empreendedor aquém do que seria suficiente perante os investimentos feitos para a construção, a aquisição ou a reforma do imóvel; e (ii) o risco de desequilíbrio do fluxo de recebíveis cedidos pelo empreendedor para a obtenção de financiamento no mercado de capitais, caso ele tenha optado pelo recurso à securitização.

Sabe-se que a Lei do Inquilinato atribui às partes a livre estipulação do aluguel, vedando a utilização de valor em moeda estrangeira, sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo³⁶². Atendidas essas limitações, vigora o “princípio de livre convencionabilidade dos aluguéis”³⁶³ e, como contrato comutativo, supõe-se a equivalência nas prestações das partes, podendo-se dizer que o “*aluguel será, em princípio, o valor (e o valor do mercado, considerando-se o padrão do imóvel, as condições em que se encontre, a localização, etc.) do uso e fruição desse imóvel*”³⁶⁴.

³⁶² Art. 17. É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo.

³⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*, p. 65.

³⁶⁴ UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Locação de Imóveis Urbanos*. Comentários à Lei nº. 8.245 de 18/10/1991, São Paulo: Ed. Atlas, 1996, p. 53.

Nessa esteira, o artigo 18 autoriza às partes a possibilidade de fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, inserir ou modificar cláusula de reajuste³⁶⁵, a fim de possibilitar a recomposição da referência quantitativa do aluguel em face das alterações do panorama do mercado imobiliário³⁶⁶ (o que, no momento da promulgação da Lei do Inquilinato, mostrava-se de especial importância no contexto da economia inflacionária na qual se vivia naquele momento³⁶⁷).

Caso as partes não cheguem a um acordo sobre eventual alteração do aluguel, após três anos de vigência do contrato ou da última alteração acordada, é autorizado ao locador ou ao locatário³⁶⁸, o pedido de revisão judicial do aluguel a fim de ajustá-lo a “preço de mercado”³⁶⁹, que se dará nos termos do procedimento previsto nos artigos 68 e seguintes da Lei do Inquilinato.

A possibilidade de revisão de aluguel, nesses casos, é um exemplo da inserção normativa da alteração das circunstâncias e que, portanto, visa a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a equivalência entre o aluguel e a fruição da coisa³⁷⁰.

A validade da renúncia ao direito de revisão dos aluguéis já foi, há muito, objeto de discussão pela jurisprudência, tendo-se reconhecido a sua validade³⁷¹. Especificamente em relação ao contrato *built to suit*, antes da edição da Lei 12.744/12, a jurisprudência já se mostrou atenta às peculiaridades do contrato e aos riscos de desequilíbrio

³⁶⁵ Art. 18. É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste.

³⁶⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*, p. 183.

³⁶⁷ UBALDINO MIRANDA, Custodio da Piedade. *Locação de Imóveis urbanos*, p. 53.

³⁶⁸ Como a alteração das circunstâncias e o descompasso do valor do aluguel em relação ao mercado podem afetar tanto o locador como locatário, ambos têm legitimidade para propor ação revisional. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*, p. 189.

³⁶⁹ 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.

³⁷⁰ “A ação revisional é o remédio adequado para preservar o equilíbrio econômico do contrato de locação, reajustando o valor do locativo ao nível do mercado, toda vez que não foi possível às partes encontrá-lo amigavelmente”.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*, p. 185.

³⁷¹ STJ, AgRg no REsp nº. 692.703-SP, Sexta Turma, Min. Rel. Celso Limongi, j. 18.05.2010; STJ, REsp nº. 243.283-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.03.2000.

contratual que poderiam advir da revisão dos aluguéis contratados³⁷² e à possibilidade de renúncia do direito de revisão³⁷³.

Com o advento da Lei 12.744/12, autorizou-se, expressamente, a convenção de renúncia expressa pelas partes ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

A alteração é justificada pelo fato de que o aluguel, no contrato *built to suit*, possui uma lógica própria de formação de preço, já que o imóvel objeto do contrato se trata de ativo especializado à atividade de um locatário específico, o que, por si só, impede a comparação direta com outros imóveis do mercado, em razão da ausência de ativo cuja comparação se mostre possível, uma vez que o imóvel é construído especificamente para determinado usuário.

Assim, no contrato *built to suit*, o empreendedor terá a expectativa de obter, com o aluguel do imóvel, ganho suficiente para remunerar o custo incorrido com sua construção e proporcionar rentabilidade suficiente para compensar o risco de tal empreendimento. Evidentemente, o custo final do valor do aluguel levará em consideração

³⁷² “(...) 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 (...) 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 (...) 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 de 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.

Vai daí que, por esses fatores que se acham embutidos no contrato, não se mostra possível, em princípio, a imediata redução do locativo a pretensão valor de mercado quando não se pode estabelecer, desde logo, se o parâmetro adotado pelo perito contratado pela agravante observou os requisitos apontados, mesmo porque há de se ter em conta que a matéria exige exame mais aprofundado ao longo da instrução processual, não sendo razoável a respectiva discussão final em sede de simples agravo de instrumento tirado contra liminar não acolhida pelo juízo nos moldes pretendidos pela recorrente”.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 893.786-0/7, 26ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Vianna Cotrim, j. 22.08.2005.

³⁷³ “LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. Contrato atípico (*built-to-suit*) que encerra amplo feixe de direitos e deveres, relativos a contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação imobiliária, além de outras características próprias. Cláusula de renúncia à revisão do valor da remuneração mensal paga pela autora válida e eficaz, na medida em que firmada paritariamente com a ré enquanto na livre administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, não se confundindo com a renúncia ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, XXXV). (...)”.

TJSP, Apelação nº. 9156991-70.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 4.05.2011.

esses fatores e também todas as despesas agregadas da aquisição, reforma ou construção, inclusive custos de obtenção de financiamento³⁷⁴.

Embora o retorno do investimento também possa ser calculado por proprietários de imóveis genéricos submetidos a locação, tratando-se de imóvel construído especificamente para um único locatário e conforme suas próprias instruções, não é possível aferir, pela mera análise do preço de mercado praticado para a locação de imóveis semelhantes se o custo do imóvel foi efetivamente superior em razão de características específicas do empreendimento, tampouco as circunstâncias peculiares que envolveram o contrato e as exigências do locatário; e, por exemplo, se o imóvel poderá ser recolocado no mercado, futuramente, para que seja alugado por novo ocupante, o que aumenta ou diminui o seu valor agregado³⁷⁵.

Assim, ainda que determinado imóvel tenha sido construído pelo locador unicamente para futura disponibilização no mercado de locação, tratando-se de imóvel de características genéricas e construído sob instruções e projeto do locador, haverá farta base comparativa para a aferição de um preço médio praticado no mercado em questão, à medida que diversos outros empreendedores tomam o mesmo risco, com base em custos semelhantes, permitindo, assim, a comparação com base em critérios uniformes.

É o que acontece, por exemplo, com a construção de um prédio de escritórios comerciais. Diversos empreendedores constroem prédios comerciais para locação para diversos tipos de empresas, sendo possível aferir, com base em análise especializada, uma estimativa dos custos empregados para aquele tipo de empreendimento. Além disso, a análise comparativa com outros empreendimentos do tipo demonstrará se os custos, tempo e riscos tomados pelo empreendedor são razoáveis. Finalmente, findo o contrato de locação das unidades comerciais desse imóvel, elas serão recolocadas no mercado para locação por outro usuário.

No entanto, o mesmo raciocínio não se aplica à construção de imóvel especificamente projetado para a atividade do locatário, como, por exemplo, um hospital ou um centro de distribuição para a atividade de estocagem de produtos perecíveis. Não bastasse a especificidade do imóvel e a dificuldade de locação posterior por novos usuários, também

³⁷⁴ FIGUEIREDO, Flavio Fernando de; GRAVA, J. William. *A economia dos empreendimentos built-to-suit*. Texto apresentado no Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias.

³⁷⁵ FIGUEIREDO, Flavio Fernando de; GRAVA, J. William. *A economia dos empreendimentos built-to-suit*, pp. 6-7.

não se poderá aferir, como resultado de projetos semelhantes (se existentes), se os riscos e custos tomados pelo empreendedor foram razoáveis ou parecidos com os de outros empreendimentos que não contrataram com o mesmo locador.

Além disso, conforme também já se mencionou, caso o empreendedor tenha optado pelo recurso à securitização dos recebíveis, a revisão do valor do aluguel interromperá o fluxo de pagamento dos créditos com a consequente interrupção da integralização das cédulas de crédito imobiliário emitidas com base nesses valores e, em última análise, prejudicará o adimplemento das obrigações do empreendedor perante os investidores.

A autorização da renúncia, no entanto, não afasta a possibilidade de revisão do contrato no caso de onerosidade excessiva decorrente de circunstâncias imprevisíveis (artigos 478 e 479 do Código Civil³⁷⁶). A revisão contratual não se confunde com a revisão de aluguel e será cabível em circunstâncias específicas em que verificados os requisitos legais próprios.

Outra alteração expressa feita pelo artigo 54-A trata da multa convencional nas hipóteses de denúncia do contrato pelo locatário antes do prazo convencionado em contrato. Pela Lei do Inquilinato, diferentemente do locador, que não pode exigir o imóvel antes do prazo estipulado (salvo se houver infração contratual ou legal por parte do locatário), o locatário poderá devolver o imóvel a qualquer tempo, observada a disposição do artigo 4º da Lei. A regra geral do artigo 4º da Lei do Inquilinato determina a incidência da multa convencionada de modo proporcional “*ao período de cumprimento do contrato*”, ou, na ausência de acordo entre as partes, em valor “*que for judicialmente estipulada*”. Trata-se de norma cogente que não pode ser afastada pelas disposições contratuais³⁷⁷.

Na prática das locações comuns, normalmente se estipula como multa pela denúncia imotivada do contrato o pagamento do valor correspondente ao aluguel de três meses para todo o período de cumprimento do contrato. Passado determinado período de

³⁷⁶ 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.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

³⁷⁷ “Assim, as cláusulas comumente encontradas nos pactos de locação que determinam o pagamento da multa na forma integral, independentemente do prazo contratual, não produzem qualquer efeito”.

SCAVONE Jr., Luiz Antonio. *Comentários às alterações da Lei do Inquilinato*, p. 21.

execução contratual, a multa é modulada proporcionalmente. Por exemplo, passado metade do prazo de duração do contrato, a multa será correspondente ao valor de um aluguel e meio.

A fim de resguardar ao empreendedor a justa remuneração dos investimentos realizados para a construção do empreendimento, a Lei 12.744/12 afastou o contrato *built to suit* da seara de aplicação das disposições do artigo 4º. Como resultado, nesses contratos, a multa para o caso de denúncia pelo locatário poderá ser livremente convencionada, limitando-se ao valor total dos aluguéis ainda pendentes de pagamento, sem a necessidade de se observar a medida de “proporcionalidade” imposta pelo artigo 4º.

A regra, a princípio, atende à finalidade esperada e soluciona os problemas que motivaram a alteração legislativa. Em verdade, ao excluir a multa contratual dos contratos *built to suit* da regra específica do artigo 4º, o artigo 54-A, em última análise, remete o regime da cláusula penal nesses contratos às regras gerais da cláusula penal do Código Civil (artigos 408 a 461), limitando-a ao valor da obrigação principal, tal qual como prevê o artigo 412 do Código Civil.

A solução também está em consonância à interpretação do artigo 473, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual, nos casos em que uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a execução contratual, a denúncia unilateral será privada de efeitos até o transcurso de prazo compatível com a natureza do contrato e vulto dos investimentos – o que poderá, também, resolver-se em perdas e danos.

Como consequência, verificado excesso do valor da multa em relação às efetivas perdas ou prejuízos que venham a atingir o locador-empresendedor, a cláusula penal poderá ser modulada com fundamento no artigo 413 do Código Civil³⁷⁸, em atenção aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa e da boa-fé. Com efeito, embora afastada a necessidade de observância da proporção em relação ao prazo contratual, não se pode afastar a possibilidade de revisão judicial caso se esteja diante de manifesto excesso da cláusula penal, com base na obrigação principal, na natureza e finalidade do negócio.

Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que, em relações contratuais duradouras, o risco assumido pelas partes diminui com o passar do tempo conforme gradual

³⁷⁸ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

retorno do investimento³⁷⁹. É o que ocorreria, por exemplo, se os valores pagos nos primeiros anos do contrato fossem, por si só, suficientes a remunerar o investimento feito para a construção do empreendimento. Evidentemente, a análise será casuística.

5.3. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCEDIMENTAIS E DAS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA LEI DO INQUILINATO

A alteração introduzida pela Lei 12.744/12 também estabelece a aplicação das “disposições procedimentais” da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*.

Não se define o conceito de disposições procedimentais, no entanto, o legislador se utilizou da mesma expressão empregada pelo artigo 54 da mesma Lei, aplicável às relações locatícias entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, nas quais “*prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei*”.

A propósito da semelhança da redação empregada pelo legislador, longa e ampla discussão, semelhante à que permeou a figura do *built to suit*, envolveu os contratos de locação em *shopping centers*. A despeito da previsão de disposição expressa aplicável a esses contratos na Lei do Inquilinato, não há consenso da doutrina quanto à qualificação

³⁷⁹ “(...) Nas relações contratuais longas e complexas, dentro das quais seja possível um desempenho faseado das tarefas a que o devedor fica adstrito, há que constatar que o risco pode também ir decaindo à medida, seja de um cumprimento progressivo, seja até da multiplicação de actos preparatórios desse cumprimento, não se justificando, na medida em que isso suceda, a manutenção em pleno dos regimes indemnizatórios, e menos ainda daqueles que, visando incentivarem o cumprimento, amplificam deliberadamente os riscos (...)” ARAUJO, Fernando. *Uma análise económica dos contratos. Última parte: A responsabilidade decrescente em contratos duradouros. Conclusões*. Revista de Direito Público da Economia RDPE. RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2008, pp. 93-119.

desses contratos como locação³⁸⁰; locação com elementos de atipicidade³⁸¹; contrato atípico³⁸²; e contratos coligados³⁸³.

A despeito disso, a rigor, as “disposições procedimentais” previstas na Lei do Inquilinato dizem respeito àquelas do Título II da Lei (“Dos Procedimentos”) que tratam das ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório de locação, revisionais de aluguel e renovatória de locação³⁸⁴. Consequentemente, ao se prever a aplicação das disposições procedimentais da referida Lei, é de se concluir, logicamente, que todas essas

³⁸⁰ Como exemplo daqueles adeptos à teoria desse contrato como locação, pode-se citar CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“O fato de o contrato de locação das lojas de shopping center, com toda a parafernália de dependências e acessórios, de tipo físico e intelectual, exigir modelação específica às contingências mercadológicas do empreendimento não retira ao contrato a natureza de contrato de locação” (Caio Mário da Silva Pereira, In: Shopping Centers – Aspectos Jurídicos).

BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2005, p. 15.

No mesmo sentido é o entendimento de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, para quem, à enumeração das espécies de locação “pode ser acrescentada a locação firmada entre o incorporador e os inquilinos do Shopping Center. Ela se enquadra perfeitamente na definição constante do art. 1.188 do CC. Aliás, contrato de locação é nome juris atribuído pelas partes ao contrato firmado. Fico, assim, com a denominação que me parece acertada”.

BUZAID, Alfredo. *Estudo sobre “shopping center”*. In PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (coord.). *Shopping Centers. Questões Jurídicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991

³⁸¹ “(...) tal contrato possui todos os elementos essenciais à configuração de um contrato de locação; apresenta, no entanto, peculiaridades que o diferenciam de um contrato de locação normal. (...) Trata-se, então, de um contrato de locação com cláusulas atípicas”. CARVALHOSA, Modesto. In: *Shopping Centers (Questões Jurídicas)*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 168.

“Nos contratos, portanto, entre os lojistas e os shoppings centers há sempre uma dupla natureza, que os faz, de um lado, idênticos ao de uma singela locação do espaço físico em contrato de locação comercial, mas que os torna, de outro lado, um contrato atípico, sem nenhuma vinculação com a lei de luvas no concernente à cessão da ‘res sperata’ ou do uso do ‘sobrefundo comercial’ representado pelos bens imateriais de que os shopping centers são detentores permanentemente”.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais*. In PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (coord.). *Shopping Centers. Questões Jurídicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.

³⁸² Conforme ORLANDO GOMES:

“É, entretanto, nas normas gerais complementares, integradas no contrato com o consentimento do locatário, onde se encontram as cláusulas que mais concorrem para desfigura-lo como locação”. GOMES, Orlando, In: *Shopping Centers (Aspectos Jurídicos)*, p. 94.

No mesmo sentido:

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, p. 283. Cf. BASILIO, João Augusto, *Shopping Centers*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2005, p. 22.

³⁸³ “(...) Os contratos que surgem em torno da organização não se fundem, nem resultam num novo contrato. Eles apenas se congregam, ou melhor, se coligam, a fim de disciplinar o empreendimento comum. Cada um permanece com a sua individualidade jurídica própria, embora unidos por laços econômicos de interesse entre seus componentes” (Rubens Requião, In: *Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*, p. 30).

Cf. BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 28.

³⁸⁴ UBALDINO MIRANDA, Custódio da Piedade. *Locação de Imóveis Urbanos. Comentários à Lei nº. 8.245/1991*. São Paulo: Ed. Atlas, 1996, p. 152.

ações são cabíveis no âmbito da relação jurídica do contrato *built to suit* – ressalvada a possibilidade de renúncia ao direito de ação revisional, tal como expressamente decorre de seu artigo 54-A.

Essa conclusão em nada confronta com a dinâmica do contrato *built to suit*, desde que respeitadas as peculiaridades do contrato. Todavia, é importante ressaltar que a prática do mercado tem demonstrado que as partes optam, com frequência, à solução das controvérsias relacionadas ao contrato por meio de arbitragem, o que afasta a apreciação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a necessidade de atendimento das disposições procedimentais específicas. Prova disso é a escassa jurisprudência a respeito da matéria. De toda forma, a análise da aplicação das disposições da Lei do Inquilinato não apresenta grandes indagações.

No caso de ação de despejo³⁸⁵ ainda antes do período de amortização total dos investimentos utilizados para a construção, aquisição ou reforma do imóvel, parece possível afirmar que o valor devido a título de aluguéis e pendente de pagamento – que incluem o valor da remuneração dos investimentos do empreendedor – poderá ser objeto de cobrança, somado à imposição da multa que tiver sido pactuada³⁸⁶.

O mesmo se pode dizer em relação à ação renovatória³⁸⁷ que ganha ainda maior relevo nos contratos *built to suit*, tendo em vista que o imóvel objeto da relação contratual foi construído, justa e especificamente, para atender às atividades comerciais e operacionais do locatário.

O direito de renovação do contrato de locação tem o intuito de assegurar ao locatário, nas locações comerciais, a proteção ao fundo de comércio desenvolvido no imóvel bem como de impedir que o locador venha a se aproveitar dos esforços desenvolvidos pelo

³⁸⁵ Art. 5º. Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica se a locação termina em decorrência de desapropriação, com a imissão do expropriante na posse do imóvel.

³⁸⁶ Com fundamento no artigo 62, incisos I e II da Lei do Inquilinato.

³⁸⁷ 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.

locatário para o desenvolvimento do ponto comercial. Assim é que, inexistindo renovação amigável da relação locatícia, poderá o locatário pleitear a renovação judicial.

Cabem, aqui, duas observações. Tendo em vista que o locador do imóvel, nos contratos *built to suit*, normalmente, é empreendedor imobiliário, parece difícil imaginar, na prática, que ele possa ter interesse em se aproveitar do imóvel para o exercício de atividade própria. Como se mencionou, trata-se de imóvel especificamente desenvolvido para a atividade do então locatário. Assim, é possível afirmar que o locador terá grande interesse na renovação do contrato, ao menos, evidentemente, que tenha proposta de terceiro em melhores condições, o que afasta a preferência do locatário.

Além disso, não havendo previsão de prorrogação ou renovação, “*entende-se que as partes quiseram simplesmente prorrogar a relação jurídica, mas sem prazo determinado*”³⁸⁸. Nesse sentido é que o artigo 56, parágrafo único, da Lei do Inquilinato dispõe que, findo o prazo estipulado em contrato, e permanecendo o locatário no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presume-se prorrogada a locação nas mesmas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

Seguida sem ponderação, a prorrogação automática “*nas mesmas condições ajustadas*” colocaria o locatário em situação de extrema desvantagem perante o locador. Isso porque, partindo do pressuposto de que as obrigações de remunerar a construção do imóvel e seu uso foram pactuadas indistintamente pelas partes, como um só aluguel, esse valor não visa ao pagamento somente do uso do imóvel, mas também de sua construção. Assim, findo o prazo original do contrato, pactuado de modo a ser suficiente para que a construção, aquisição ou reforma do imóvel venha a ser totalmente remunerada, o aluguel deverá dizer respeito unicamente à remuneração pelo uso do imóvel, tal como uma relação de locação típica – o que impõe a necessidade de as partes estipularem novo valor de remuneração. Renova-se, portanto, a relação locatícia, e não propriamente o contrato *built to suit*.

O mesmo se conclui quanto ao novo prazo contratual a ser estabelecido³⁸⁹. Como se observa, o longo prazo pactuado originalmente no contrato *built to suit* tem fundamento na necessidade de amortização dos investimentos realizados para a construção

³⁸⁸ GOMES, Orlando. *Contrato de locação de prédio. Locação Mercantil. Renovação automática pela vontade dos contratantes. Aceitação de prazos contratuais com renúncia de prazos legais*. In: pareceres Inéditos, Ed. Ciência Jurídica.

³⁸⁹ E que deverá ser indicado por aquele que propõe a ação renovatória, conforme artigo 72, inciso IV da Lei do Inquilinato.

do imóvel. Sendo assim, não se mostra essencialmente necessária a prorrogação contratual pelo mesmo prazo, já que, findo o prazo original do contrato, já se terá remunerado totalmente os investimentos realizados.

No que tange à ação revisional, caso as partes não pactuem a expressa renúncia ao direito de revisão do aluguel, será a elas permitido recorrer à Ação Revisional de Aluguel. A incompatibilidade dessa ação com as disposições próprias do contrato *built to suit* já foram expostas nos itens anteriores. Justamente para afastar os riscos decorrentes dessa incompatibilidade é que a alteração legislativa autorizou a renúncia ao direito de revisão dos alugueis.

No entanto, não exercido esse direito de renúncia, a previsão de “*prevalência das disposições procedimentais*” atrai a possibilidade de que as partes recorram à ação revisional. Isso não significa dizer que o juiz estará autorizado a aplicar cegamente as disposições legais sem a observância das especificidades contratuais, sobretudo, a consideração de que o aluguel a ser revisado se fundamenta em outros elementos que não o “preço de mercado” de locação e, ainda, que se está diante de imóvel específico e construído de acordo com as exigências do próprio locatário.

Ainda, no que diz respeito às disposições procedimentais atinentes à Ação de Consignação de Aluguel e Acessórios da Locação, tendo em vista tratarem-se de disposições de caráter processual, não se extrai qualquer incompatibilidade com as especificidades do contrato *built to suit*.

Finalmente, no que tange às demais disposições da Lei do Inquilinato, elas serão aplicáveis caso as partes não tenham estabelecido disposição contrária no contrato, as quais deverão prevalecer.

Assim é que, na ausência de disposição contratual expressa, as regras sobre possibilidade de alienação do imóvel pelo locador e cláusula de vigência³⁹⁰; direito de

³⁹⁰ Art. 8º. Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel.

preferência do locatário na aquisição do imóvel³⁹¹; e cessão da locação dependente do consentimento prévio do locador³⁹²; deverão ser aplicadas normalmente.

Cabe uma observação em relação à questão do registro do contrato *built to suit* para fins de oponibilidade da cláusula de vigência. A Lei de Registros Públicos, Lei 6.105/1973 menciona expressamente que os “contratos de locação de prédios” estão sujeitos a registro no Registro de Títulos e Documentos (artigo 129, “1º” e art. 167, inciso I, alínea 3)³⁹³. A qualificação legal do contrato *built to suit* como contrato de locação pelo artigo 54-A da Lei do Inquilinato elimina qualquer problema quanto a esse registro

5.4. DA OBRIGAÇÃO DO EMPREENDEDOR DE CONSTRUIR O IMÓVEL. O CONTRATO *BUILT TO SUIT* E OS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

Embora se possa entender que a obrigação de construir ou reformar o imóvel objeto do contrato *built to suit* se trata de extensão do dever de disponibilizá-lo ao locatário pronto para “o uso a que se destina”³⁹⁴, não se pode deixar de considerar que esse aspecto envolve, ao empreendedor, o ônus de construir obra de alta complexidade e, consequentemente, ao locatário, de se submeter a todas as intempéries que a construção de um imóvel pode gerar.

Nesse cenário, diferentemente do que ocorre em contratos de execução instantânea, os contratos de construção são de longa duração e intensamente dinâmicos. Em decorrência dos altos investimentos para determinadas relações contratuais e determinados

³⁹¹ Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

³⁹² Art. 13. A cessão da locação, a sublocação e o empréstimo do imóvel, total ou parcialmente, dependem do consentimento prévio e escrito do locador.

³⁹³ Art. 129. Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

1º) os contratos de locação de prédios, sem prejuízo do disposto do artigo 167, I, nº 3;

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

(...)

3) dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada;

(...)

³⁹⁴ Vide tópico 3.5.

ativos, iniciada a execução do contrato, as partes se encontram em situação de dependência, “amarradas” uma à outra.

Com efeito, uma vez celebrado o contrato, a opção de se voltar novamente ao mercado, se ainda existente, torna-se cada vez mais limitada³⁹⁵, já que a denúncia do contrato – ainda que motivada - em determinadas circunstâncias poderá trazer uma série de prejuízos e ainda maiores atrasos. A dinâmica contratual, assim, é bastante intensa e viva, sendo quase inevitável o surgimento de contingências que fazem as partes constantemente retornarem à mesa de negociações.

Por isso, é importante que o contrato *built to suit* contenha um conjunto de mecanismos de adaptação que permita às partes reajustar o pactuado caso um fato ou um evento novo venha a surgir e atingir o cronograma e custos da obra em construção³⁹⁶, antes do início da relação de locação.

Há, também, evidentemente, que se considerar a influência de fatores endógenos à contratação, já que a elaboração e coordenação da construção ou reforma de um projeto de grande obra demanda a coordenação de equipamentos, materiais, mão de obra que requer a “*expertise conjugada de vários profissionais*” em coordenação técnica que deve ser devidamente equilibrada pela dinâmica contratual que envolve essas relações³⁹⁷. Por essa razão é que nos contratos *built to suit* o valor do aluguel é normalmente determinado levando-se em consideração o custo total da obra.

Tendo em vista que o imóvel é “encomendado”, é prática comum nos contratos *built to suit* a prévia aprovação do projeto de construção ou mesmo a fiscalização das obras pelo locatário. Trata-se de aspecto a ser minuciosamente regulado pelas partes, inclusive quanto aos riscos e assunção de responsabilidades que daí podem decorrer para cada uma das partes, inclusive perante terceiros.

Assim, poder-se-á estipular que a anuência pelo locatário dos procedimentos da obra e de suas etapas implica a aceitação da obra tal como construída, afastando a

³⁹⁵ CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, pp. 145-146.

³⁹⁶ Riscos técnicos (aqueles relacionados aos desafios de engenharia, logística e tecnologia); riscos de construção, relacionados às competências e habilidades do construtor em realizar o projeto tal como determinado (incluindo eventos que acarretam sobrecustos e prazo de entrega); riscos financeiros, representado pela dificuldade de atrair financiadores ou investidores, ou, ainda, a alteração de circunstâncias econômicas (aumento da carga tributária, juros, inflação, etc); dentre outros.

CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, pp. 150 – 152.

³⁹⁷ CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*, p. 242.

possibilidade de recusa do locatário. As partes poderão, ainda, estipular, conforme melhor lhes interessar, o regime das responsabilidades perante a construtora e terceiros (fornecedores, empregados, etc.), assim como a disciplina dos riscos envolvidos, mediante contratação de seguros e prestação de garantias³⁹⁸.

No entanto, ainda que a construção seja, efetivamente, realizada por terceiro contratado pelo empreendedor, perante o ocupante, é o próprio empreendedor que assume as responsabilidades inerentes à prestação, assumindo, em última análise, as obrigações do empreiteiro, que se “*encarrega da feitura de determinada obra [e] deverá executá-la na conformidade do ajuste ou de acordo com o costume do lugar, efetivando, no prazo convencionado, sua entrega a quem a haja encomendado*”³⁹⁹.

Não se pode perder de vista, no entanto, que o imóvel objeto de construção é de propriedade do empreendedor. Perante o locatário, ele assume a obrigação de entregar esse imóvel, de sua propriedade, para uso e fruição. Conforme mencionado, trata-se de obrigação derivada daquela própria do locador de entregar o imóvel “*em estado de servir ao uso a que se destina*”⁴⁰⁰. Conforme esclarece PONTES DE MIRANDA, “*A destinação pode estar na própria natureza ou estrutura da coisa, ou resultar de usos e costumes locais ou de convenção direta ou indireta*”⁴⁰¹. A obrigação do locador de entregar a coisa pressupõe a entrega do imóvel com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina e que está explícito ou implícito no contrato⁴⁰².

Também é obrigação do locador “*responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação*”⁴⁰³. Daí porque é comum que se estabeleça nos contratos que o locador garantirá ao locatário a solidez e segurança da obra, bem como o reparo de eventuais falhas estruturais e vícios ocultos da edificação, pelo prazo legal ou pelo prazo estipulado no contrato.

³⁹⁸ VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit. Operação de crédito imobiliário Estruturada*.

³⁹⁹ PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 25.

⁴⁰⁰ Art. 22. O locador é obrigado a:

I – entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina;

(...)

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*, p. 83.

⁴⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*, p. 81.

⁴⁰³ Art. 22. O locador é obrigado a:

(...)

IV – responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação.

É evidente que, ainda que a obrigação de construção do imóvel seja uma obrigação prévia ao início efetivo da relação de locação, o contrato *built to suit* deverá prever os aspectos relacionados a essa prestação, já que as partes serão diretamente atingidas por todo e qualquer desvio que atingir o cronograma ou os custos da construção do imóvel.

Mostra-se conveniente, também, que as partes estabeleçam a possibilidade de ajustes para o caso de discrepância da obra construída com o projeto originalmente planejado em analogia ao que preveem algumas disposições legais aplicáveis aos contratos de empreitada. Nesse cenário, mostram-se úteis as disposições próprias do contrato de empreitada, que poderão servir, analogamente, para regular as disposições entre locador e locatário quanto à entrega do imóvel objeto do contrato.

Pode-se mencionar como exemplo o direito conferido ao dono da obra, no âmbito dos contratos de empreitada, de rejeitar a obra caso o empreiteiro se afaste dos planos iniciais da obra de modo a prejudicar a fruição do imóvel⁴⁰⁴. Evidentemente, o ato de recebimento da obra ou a sua fiscalização por parte do “dono da obra” afasta o direito de rejeitá-la⁴⁰⁵. Todavia, caso o contrato não preveja essa possibilidade, pode se mostrar conveniente o abatimento do preço, também em analogia à disposição legal aplicável aos contratos de empreitada⁴⁰⁶.

Além disso, é próprio do contrato de locação a obrigação do locador responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação (artigo 22, inciso IV). Também nesse sentido, a disciplina dos vícios redibitórios pode ser aplicada analogamente, autorizando ao credor a opção de enjeitar a coisa recebida com vício ou defeito oculto que a torne imprópria ao uso a que se destina, ou lhe diminua o valor; ou então reclamar o abatimento no preço, ao invés de rescindir o contrato⁴⁰⁷. Todavia, aceito o imóvel pelo locatário, sem qualquer reclamação, há uma presunção *iuris tantum* (isto é, que pode ser elidida por prova em contrário) de que o recebeu em perfeitas condições⁴⁰⁸.

Diante disso, tendo em vista que, nos contratos *built to suit*, prevalecerá a autonomia privada, as sugestões aqui colocadas representam um mínimo da possibilidade de

⁴⁰⁴ Art. 615. Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.

⁴⁰⁵ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada, p. 26.

⁴⁰⁶ Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebe-la com abatimento do preço.

⁴⁰⁷ ALVIM, Agostinho. Aspectos da Locação Predial. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 110.

⁴⁰⁸ MIRANDA, Ubaldino Custorio da Piedade. Locação de Imóveis urbanos, p. 67.

previsões que as circunstâncias concretas, o interesse e a autonomia das partes podem produzir, já que prevalecerá.

No entanto, fica evidente, conforme já se expôs, que muito embora o *built to suit* tenha sido considerado pelo legislador como uma espécie de locação, a existência de prestações semelhantes àquelas do contrato de empreitada poderá atrair a aplicação de regras próprias desse tipo contratual, ainda que por analogia, o que decorre da flexibilidade do tipo contratual.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento e crescimento da utilização do contrato *built to suit* representa exemplo da dinamicidade das relações contratuais empresariais, reflexo da evolução do mercado imobiliário nacional e da consequente insuficiência das estruturas contratuais tradicionais para acomodar os interesses dos particulares envolvidos nesse contexto.

Diferencia-se da mera locação em razão do fato de que suas prestações e esquema contratual são determinados pela necessidade de que o imóvel objeto do contrato atenda às necessidades geográficas, físicas, técnicas e operacionais da atividade do locatário, nos termos de projeto elaborado sob sua aprovação.

Isso implica a assunção, pelo locador, da obrigação de adquirir, reformar ou construir o imóvel em questão, nos termos das exigências do locatário. Dessa forma, esse contrato tem sido visto como opção àqueles que pretendem dispor de imóvel específico e adequado a suas necessidades, sem dispendir alto investimento inicial. Em decorrência disso, a aquisição, reforma ou construção do imóvel pelo locador acarreta ao locatário a obrigação de remuneração dos investimentos realizados para tanto, em parcelas equiparadas a aluguéis.

Esse tipo de contrato tem sido utilizado com grande frequência no contexto empresarial para a construção de unidades produtivas, centros de distribuição e armazenamento. Por não ter características e regras rigidamente reguladas em lei, sendo reservado às partes ampla possibilidade de disposição contratual, o contrato *built to suit* se diferencia do arrendamento mercantil, modalidade contratual semelhante e também utilizada largamente no contexto empresarial para a obtenção de uso de imóveis.

Até momento bastante recente, o contrato *built to suit* era completamente carente de regulamentação legal. Com efeito, apenas com a edição da Lei 12.744/12, promulgada no final do ano de 2012, é que esse contrato encontrou previsão legislativa, por meio da inclusão, na Lei do Inquilinato, do artigo 54-A e de alteração na redação de seu artigo 4º. Estabeleceu-se, assim, a prevalência das disposições das partes sobre a incidência da Lei do Inquilinato, a possibilidade de renúncia ao direito de revisão dos aluguéis e o regime diferenciado da multa contratual em caso de denúncia por parte do locatário. Preservou-se, no entanto, a aplicação das disposições procedimentais da Lei do Inquilinato.

No entanto, anteriormente à edição da Lei 12.744/12, o cenário decorrente do silêncio legislativo a respeito dos contratos *built to suit* era de insegurança. Com efeito, a “importação” desse modelo de contrato para uso no Brasil desconsiderou as especificidades de sua origem, notadamente, a ampla atuação da liberdade das partes no sistema da *common law* e a rara interpretação judicial e legislativa nessa atuação. Como resultado, suscitaram-se questões relevantes acerca de sua qualificação e regramento legal.

Nesse cenário, alegava-se o risco de desequilíbrio contratual decorrente da hipótese de se submeter o contrato *built to suit* às regras da Lei do Inquilinato sem a consideração de suas peculiaridades.

Afirmava-se, primeiramente, que a possibilidade de revisão dos aluguéis poderia gerar descasamento entre os valores investidos pelo empreendedor e o valor da remuneração que seria paga pelo locatário, ocasionando o inadimplemento perante os investidores, caso os créditos objeto do contrato tivessem sido objeto de operação de securitização. Além disso, afirmava-se que, em caso de denúncia unilateral pelo locatário, o pagamento de multa proporcional ao período de locação ainda pendente (nos termos da redação anterior do artigo 4º da Lei do Inquilinato) geraria, também, desequilíbrio entre o investimento realizado pelo locador e o valor pago pelo locatário.

As preocupações eram fundamentadas. Com efeito, não se pode, sem maiores considerações, submeter o contrato *built to suit* às regras próprias dos contratos de locação sem o exame de suas especificidades. Tanto isso é verdade que a Lei 12.744/12 surgiu, justamente, para confortar essas questões e estabelecer regras mais claras aplicáveis a esse contrato.

Observa-se que a solução legislativa se mostrou adequada à luz da análise da racionalidade dos tipos contratuais e da doutrina da atipicidade negocia, bem como dos métodos de qualificação contratual.

Não se pode negar que, modernamente, mostra-se superado o mero juízo positivo ou negativo de tipicidade, assim como o juízo de simples subsunção contratual à espécie legal. Com efeito, o tipo contratual, antes visto como moldura estanque e fechada, hoje é encarado como definição dotada de elasticidade e graduabilidade. O limite e diferenciação entre os tipos contratuais e entre os contratos atípicos depende, em verdade, do grau de rigidez com que se observa o tipo.

Como consequência, a análise da qualificação contratual também deve ser tomada por meio de uma lógica fluída. Antes centrada na mera subsunção das hipóteses concretas àquelas legais, a qualificação contratual desenvolveu-se a ponto de refletir a flexibilidade e graduabilidade do raciocínio dos tipos legais.

Diante disso, o primeiro passo para enfrentar as dificuldades que se colocam frente à necessidade de qualificação e de definição de regramento legal aplicável a determinado contrato reside no desprendimento da rigidez das teorias desenvolvidas e na aceitação de sua intercomunicação e complementação.

Nesse cenário, impõe-se a necessidade de definição do limite da moldura formada pelo tipo legal e, consequentemente, do limite de sua “elasticidade”, conforme a maior ou menor autonomia de determinada regulamentação aplicada a um contrato concreto. Diante da heterogeneidade dos critérios adotados pelo legislador para a definição dos tipos, bem como diante da amplitude dos modelos tipificados, essa análise poderá apresentar resultados variados.

Esse contexto, somando à opção legislativa de se regular o contrato *built to suit* no bojo da Lei do Inquilinato, leva à conclusão de que esse contrato foi qualificado legalmente como uma espécie de locação, opção que, a nosso ver, é acertada. Primeiramente, porque não se pode negar que o contrato *built to suit* pode ser facilmente reconduzido ao contrato de locação, contendo, inclusive, seus elementos essenciais. Além disso, porque o exame da extensão da autonomia das prestações adicionais que normalmente são contratadas não chega a descaracterizar aquele tipo.

A qualificação legal do contrato *built to suit* como uma espécie de contrato de locação e as alterações específicas previstas pela Lei 12.744/12 atendem, também, as necessidades decorrentes do envolvimento desse contrato no âmbito de conexão contratual que dá origem à chamada “operação imobiliária” *built to suit*.

De fato, o contrato *built to suit* costuma ser integrado a um quadro de coligação contratual formado, tradicional e principalmente, por uma operação de securitização dos créditos originados desse contrato, utilizada como fonte de captação de recursos; e pela cessão de Direito de Superfície, que pode funcionar não apenas como justificativa para a utilização do terreno em que o imóvel será construído, mas também para justificar a própria cessão do imóvel para uso pelo locatário.

A cessão de Direito de Superfície foi originalmente concebida como instrumento de urbanização que permite ao proprietário de determinado imóvel o seu aproveitamento para plantação ou edificação por terceiro, a quem será atribuído o seu domínio útil. Uma de suas vantagens consiste no fato de que, com a cessão do direito de superfície, criam-se propriedades autônomas entre o terreno e a superfície e a ser edificada, inclusive para fins de constituição de garantias reais, o que motiva o uso desse instituto atrelado aos contratos *built to suit*. Além disso, nos casos em que a cessão do Direito de Superfície constitui a própria justificativa para o uso do imóvel pelo locatário, em claro uso indireto desse tipo de negócio jurídico, estará afastada a aplicação da Lei do Inquilinato.

Também o negócio jurídico da securitização de créditos é amplamente utilizado na operação imobiliária *built to suit* como meio de obtenção de recursos para a consecução do empreendimento. Trata-se de cessão dos direitos creditórios originados do próprio contrato à companhia securitizadora, que disponibilizará a investidores títulos específicos atrelados a esses créditos. Ao final, quando integralizado o pagamento da remuneração da aquisição, reforma, ou construção do imóvel pelo locatário, os investidores serão devidamente remunerados.

A possibilidade de se recorrer a esse mecanismo de captação de recursos é que chamou a atenção para as inadequações da aplicação da Lei do Inquilinato aos contratos *built to suit*.

Com efeito, qualquer alteração no fluxo de pagamentos da remuneração da aquisição, reforma ou construção do imóvel geraria o descasamento entre os valores cedidos e aqueles aportados por investidores. Assim, a possibilidade de revisão do aluguel ou a ausência de multa compensatória em valor suficiente para fazer frente a esses valores acarretaria ao empreendedor claro desequilíbrio contratual e o risco de inadimplemento perante terceiros.

O reconhecimento desses reflexos no regramento do contrato *built to suit* nada mais é do que o reconhecimento das consequências inerentes ao cenário de coligação contratual no qual ele está envolvido.

Não se pode deixar de considerar que o cenário de coligação contratual implica a superação, em certa medida e com limitações, do princípio da relatividade contratual e da análise abstrata dos negócios jurídicos. Como resultado, a introdução do

contrato *built to suit* nesse cenário torna necessário levar em consideração, na sua interpretação, todos os aspectos fáticos desse ambiente.

Isso decorre da relação de dependência recíproca, unilateral ou bilateral que poderá se formar entre esses contratos, a depender do arranjo negocial optado pelas partes, como resultado não apenas de circunstâncias da situação em que negociados e executados os contratos, mas também dos deveres originados da boa-fé objetiva e da função econômica da coligação contratual formada.

Nesse sentido, os contratos relacionados dentro desse cenário de coligação poderão prever expressamente disposições para a interpretação e execução conjunta. Ainda que assim não o façam, poderão ser contaminados por vícios ou inadimplemento verificado em um dos contratos. Tudo dependerá das disposições contratuais e da relação de dependência contratual que daí se estabelece.

Assim é que, verificada a associação do contrato *built to suit* a outros contratos (não apenas aos negócios de securitização de créditos e cessão de direito de superfície, mas também ao contrato de construção que poderá ser celebrado entre o empreendedor e terceiro ou a qualquer outro tipo de associação para aquisição, reforma ou construção de imóvel), sua interpretação e análise não poderá desprezar a amplitude desse contexto.

A Lei 12.744/12 é evidente reflexo dessa noção, o que fica evidenciado da exposição de motivos do projeto de lei que lhe deu origem. Em suas disposições, fica claro que o legislador buscou evitar eventuais desequilíbrios entre as obrigações assumidas pelas partes entre si e perante terceiros.

Assim, ao prever a prevalência das condições contratuais, manteve-se o espírito do contrato *built to suit* de acomodar os interesses particulares e da dinamicidade própria do mercado imobiliário atual.

Além disso, autorizando a renúncia ao direito de revisão dos aluguéis, elimina-se o risco de alteração da remuneração contratada, sem, no entanto, afastar a possibilidade de revisão contratual em caso de onerosidade excessiva por circunstâncias imprevistas, que constitui hipótese diversa de revisão, cabível, apenas, em situações próprias.

Além disso, afastando-se a previsão de pagamento de multa proporcional ao período de pendência de locação, garante-se ao locador a remuneração total pelos investimentos realizados para aquisição, construção ou reformado imóvel, tal qual decorre da previsão do artigo 473 e parágrafo único, do Código Civil. Atrai-se para o contrato *built to suit*, assim, as regras gerais da cláusula penal, inclusive a possibilidade de sua revisão judicial nos casos em que se mostrar excessiva.

Também decorre dessa alteração legislativa a aplicação das disposições procedimentais da Lei do Inquilinato, que não apresenta conflitos com os termos do contrato *built to suit*, desde que sejam consideradas suas peculiaridades.

Finalmente, muito embora o contrato *built to suit* esteja intimamente ligado ao contrato de locação, a ponto de se poder afirmar que se trata de espécie desse tipo contratual, não se pode negar que o contrato poderá dispor de obrigações próprias ou semelhantes às dos contratos de empreitada.

Nesses casos, mostra-se possível e adequada a aplicação das regras próprias desse tipo contratual, por analogia, principalmente daquelas regras atinentes à entrega do imóvel com desconformidades em relação às especificações do locatário, bem como às relacionadas à responsabilidade do locador por eventuais vícios redibitórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Locação Comercial*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ALPA, Guido. *Il contratto in generale: principi e problemi*. Milão: Giuffrè Editore, 2014.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos. Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*. Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Retrovenda*, 2ª ed., Ed. RT, São Paulo, 1987.

ALVIM, Agostinho. *Aspectos da Locação Predial*. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1966, p. 110.

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. *Considerações sobre os Contratos Atípicos à Luz do Novo Código Civil*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). *Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005, pp. 115-132.

ANTUNES, Marcelo Piazzetta. *A causa sistemática e a teoria das redes contratuais: A influência do elemento causal na para-eficácia dos contratos*. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord). *Diálogos sobre o Direito Civil*, pp. 589- 614.

ARAUJO, Fernando. *Uma análise econômica dos contratos. Última parte: a responsabilidade decrescente em contratos duradouros*. Conclusões. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, jan./mar. 2008, v.21, p. 93-119.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1ª ed., 2001, Campinas, Bookseller.

ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; PESSOA ALVES, Francisco Glauber. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.), *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos coligados de sublocação de imóvel e franquia comercial. Aplicabilidade do art. 21 da Lei nº. 8.245/91*. In *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2., v. 8, out/dez 2001, pp. 213-232.

_____. *Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. Shopping Centers. Questões Jurídicas.* PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino (coord.), São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, p. 17-53.

BAPTISTA, Luis Olavo. *Contratos de Engenharia e Construção.* In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção Civil e direito.* São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, pp. 13-42.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas.* v. 3, São Paulo: Editora Saraiva, p. 351.

BASILIO, João Augusto. *Shopping Centers.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos Built to Suit.* Coimbra: Almedina; São Paulo: Insper, 2013.

BESSONE, Darcy. *Do contrato.* 1 ed., Rio de Janeiro: Cia. Ed. Forense, 1960.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tradução de Fernando de Miranda. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

_____, idem. Tomo II.

_____, Idem. Tomo II, v. 2.

BLISS, Robert Harms. *Build-to-suit Leases: Tiptoeing Through the Construction Minefield.* Disponível em acrel.org (American College of Real Estate Lawyers).

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito.* Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri-Sp: Ed. Manole, 2007.

BOTTESINI, Maury Ângelo; NADEU, Lelly Dyrazzo. *Construção para arrendar no Sistema Financeiro Imobiliário.* In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Coord.). *Direito Imobiliário: questões contemporâneas.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BORGES, Gustavo Silveira. *Contratos de Turnkey: a Experiência Brasileira*. Revista Síntese Direito Empresarial, ano V, n. 26, maio/jun. 2012, pp. 77- 95

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *A regulação dos contratos mercantis*. In Revista de Direito Mercantil, São Paulo, out./dez. 1988, v.72, pp. 96-100.

CAMINHA, Unie. *A securitização – Função econômica e regime jurídico*. Tese apresentada para a obtenção do título de Doutor em Direito Comercial, Faculdade de Direito da USP, 2004.

CARMO, Lie Uema do. *Contrato de Construção de grandes obras*. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

CARVALHO, Orlando. *Negócio Jurídico Indirecto*. In Escritos. Páginas de Direito I, Coimbra, Almedina, 1998.

COSTA, Judith Martins. *Boa-fé no direito privado*. 1 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CAVAZANI, Cecília Reia. *Built-to-suit: formas de contratação pela administração pública*. 12ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society, Setembro 2012, disponível em <<http://www.lares.org.br/2012/images/633-946-1-DR.pdf>>

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária, Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

_____. *Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2012.

CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo build to suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

_____. *Notas sobre a separação patrimonial no Direito de Superfície*. In: Revista de Direito Imobiliário. v. 64. São Paulo, jan.-jun. 2008, pp. 199-212.

_____. *Negócio fiduciário: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização, decreto-lei n. 911, de 1969, lei n. 8.668, de 1993, lei n. 9.514, de 1997*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COOKKE, Jennifer F. *Synthetic Leasing: A Viable Alternative for the Corporate user?* Submitted to the Department of Architecture in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Real Estate Development at the Massachusetts Institute of Technology, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Irredentismo da “Nova Contabilidade” e as operações de “Leasing”*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, out./dez. 1987, v.68, pp. 50-62.

_____. *As Empreitadas de Construção Imobiliária e o art. 138 do Código Comercial*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, out./dez. 1984, v. 56, pp. 121-129.

CRICUOLI, *Il Contratto, Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*. CEDAM, 2002

D’ANGELO, Andrea. *Contratto e Operazione Economica*. Turim: Giappichelli, 1992.

DE NOVA, Giorgio. *Il tipo contrattuale*. Padova: CEDAM, 1974.

_____; SACCO, Rodolfo. *Il Contratto*. 3.ed. Tomo II. Torino: UTET, 2005.

DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERBLY, Rogério José. *Direito de Superfície*. In Revista dos Tribunais, v. 741, Abr. 2002.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos coligados*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº. 132, ano LXII, out-dez 2003.

FERNANDES, Wanderley (coord). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARI, Carlos Eduardo. *Considerações sobre a estruturação jurídica de contrato atípico de locação comercial de longo prazo, sob a modalidade built to suit*. Digital. Artigo apresentado na 12ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society, setembro de 2012. Disponível em [http://www.lares.org.br/2012/images/Artigo -
Contratos de Built to Suit v. Lares 2012.pdf](http://www.lares.org.br/2012/images/Artigo-_Contratos_de_Built_to_Suit_v.Lares_2012.pdf)

_____. *O mercado de Securitização de Recebíveis Imobiliários no Brasil. Crescimento com solidez*. Digital. Artigo apresentado na 11ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society, setembro de 2011. Disponível em <http://www.lares.org.br/2011/images/613-859-1-RV.pdf>

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Simulação e negócio jurídico indireto. No direito Tributário e à luz do novo Código Civil*. Revista Fórum de Direito Tributário, ano 8, n. 48, nove./dez. 2010, pp.9-25.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. v. II, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

FIERSTEIN, Ira. *Allocating Construction Obligations in Leases*, July 2007, Law Journal Newsletters. Disponível em [http://www.seyfarth.com/dir_docs/publications/AttorneyPub
s/AllocatingConstructionObligations.pdf](http://www.seyfarth.com/dir_docs/publications/AttorneyPublic/AllocatingConstructionObligations.pdf)

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. In: Revista de Direito Imobiliário, n. 72, 2012.

FIGUEIREDO, Flavio Fernando de; GRAVA, J. William. *A economia dos Empreendimentos Built-to-suit*. Congresso Brasileiro de Engenharia de Avaliações e Perícias. Disponível em http://ibape-nacional.com.br/biblioteca/?attachment_id=541

FITZGERALD, Mark C. *A new Approach for a New Facility*. Disponível em <http://www.fastfacility.com/FastInfo/info9.asp>

FORGONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *A interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 42, nº. 130, abr-jun/2003, pp. 7-37.

FRANÇA, Pedro Arruda. *Contratos Atípicos, legislação, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

FRANCO, Vera Helena de Melo. *Contratos. Direito Civil e Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Editora RT. 2012.

FRÍAS, Ana López. *Los Contratos Conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, S.A.: 1994.

GABRIEL, Luis André Garrido. *Seleção de Funding para Empreendimentos do Tipo Build-to-suit com Base em Critérios de risco e retorno*. Revista de Finanças Aplicadas, disponível em <http://www.financasaplicadas.net/ojs/index.php/financasaplicadas/article/view/171>.

GOLAN, Mark. *The own v. lease decision – Myth and reality*. Journal of Corporate Real Estate V. 1, number 3, 1999, MCB UP Ltda.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 22ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000.

_____. *O Direito de Superfície*. In: Revista Jurídica, ano XVII, n. 119, out.-dez. 1972, pp. 34-44.

_____. *Contrato de locação de prédio. Locação Mercantil. Renovação automática pela vontade dos contratantes. Aceitação de prazos contratuais com renúncia de prazos legais*. In Pareceres Inéditos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998, pp. 31-38

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

_____. *Insegurança nos contratos ‘built to suit’*. Digital. Artigo publicado em Valor Econômico, 15.09.2011. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislação/1007296/inseguranca-nos-contratos-built-suit>

GOMES, Orlando. *Empreitada: responsabilidade do dono da obra*. Novas questões de direito civil, Saraiva, 1988.

IAMUNDO, Natalia/ KOTSOPOULOS, Savvas. *Laying the foundation for a Build-to-suit lease*. Disponível em <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=15502a60-34e7-4e98-b12b-85f3ccf66be1>

ISOM, Terry A. *Handbook of leasing: Techniques & Analysis*. New York: Petrocelli Books, 1982.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, 1986.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 43, jul./set. 2010, Ed. Padma, pp. 33- 75.

_____. *A coligação contratual na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo. *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 303-328.

_____; RENTERÍA, Pablo. *A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação*. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, pp. 265-297.

LACAZ MARTINS, Ricardo. *A Estrutura do Mercado Imobiliário e Algumas Considerações a sua Tributação*. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo, *Direito Imobiliário Brasileiro, Novas Fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011, pp. 1.270-1.280.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkaian, 1997.

LARSEN, Mark. *The Build to Suit. Is it for you?* Larsen Commercial International. Disponível em http://www.larsencommercial.com/people/mark_larsen_articles3.html

LEÃO E SOUZA, Guilherme. *Operação build to suit para o setor industrial: análise da qualidade e dos riscos associados a investimento via títulos de securitização*. Monografia apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, Programa de MBA em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais: uma Contextualização entre a Empresa e o Mercado*. Revista de Direito Público da Economia. Ano 2, n. 7, jul./set. 2004, Belo Horizonte: Ed. Fórum, pp. 225-234.

LIMA, Alvino. *O direito de retenção e o possuidor de má-fé*. 2ª ed. São Paulo: LeJus, 1995.

LIMA, Caio Moyses de. *Aplicabilidade da Resolução 2.493/98 às Companhias Securitizadoras de Créditos Imobiliários*. In: Revista de Direito Mercantil, n. 115, p. 79-82.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

_____. *Redes Contractuales: Conceptualización Jurídica, Relaciones Internas de Colaboración, Efectos Frente a Terceros*. Revista de Direito do Consumidor, out./dez. 1998, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

LYNN, David J.; WANG, Tim. *Emerging Market Real Estate Investment. Investing in China, India, and Brazil*. Hoboken, New Jersey: Wiley & Sons, Inc. 2010, p. 171-172.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001*, São Paulo: Atlas, 2011.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. 2ª tiragem, São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. *Direito Real de Superfície*. In Revista Trimestral de Direito Civil. São Paulo, abr./jun., v. 38, pp. 111-138.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Contrato de empreitada*. Coimbra: Almedina, 1994.

MATIAS, Armindo Saraiva. *Titularização: um novo instrumento financeiro*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 112, out/dez 1998, São Paulo.

MEGARRY, Robert; WADE, William. *The Law of Real Property*. London: Sweete & Maxwell, 2012.

MENDES, Roberto Ferreira. *Mercado Imobiliário brasileiro: demanda por crédito e a securitização como alternativa de captação de recursos*. Artigo apresentado na 11ª Conferência Internacional da Latin American Real Estate Society, setembro de 2011. Disponível em <http://www.lares.org.br/2011/images/509-810-1-RV.pdf>

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Manual de direito comercial*. v. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MEZZALIRA, Samuel. *Conexão contratual no Direito Civil Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Usufruto e Superfície no Direito Empresarial*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, abr./jun. 2006, v. 142, pp. 87-98.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

PAIVA, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad.: DE CICCIO, Maria Cristina. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Locação de imóveis e prorrogação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1952.

_____, *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, tomo III, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Livraria F. Alves Editora, 1974.

PROENÇA, José Marcelo. *Críticas ao continuísmo da lei concursal brasileira*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 151, pp. 47-64, 2009.

REALE, Miguel. *A vida e morte dos modelos jurídicos*. In *Nova Fase do Direito Moderno*, 2. Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

REED, John H.; OH, Andrew D.; Hall, Nicholas P., *the Structure and Operation of the Commercial Building Market*. Disponível em http://www.energytaxincentives.org/files/proceedings/2000/data/papers/SS00_Panel4_Paper_23.pdf

RIBEIRO, Renato Ventura. *Direito de retenção no contrato de empreitada*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, jan./mar., 2006, v. 141, pp. 57-68.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing, Arrendamento mercantil no Direito Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos. Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. *Contrato*. Trad.: COIMBRA, Ana; C. GOMES, M. Januario. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, VINCENZO. *Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 45, n. 141, jan-mar 2006, pp. 7-30.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Sistema Financeiro Imobiliário*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 110, abr./jun-1998, São Paulo, pp. 155-166.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário – teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Comentários às alterações da Lei do Inquilinato*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Contrato Built to suit e a Lei do Inquilinato*. In: Revista de Direito Imobiliário, nº. 1. Jan-Fev/2011.

_____. *A Lei nº. 12.744/2012 e o Contrato Built to suit – “Locação por Encomenda”*. In: Revista Síntese Direito Imobiliário, Ano III, n. 13, jan-fev. 2013, p.75-85.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Privado*. v. III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado*. v. III, São Paulo: ed. Renovar, 2011.

TELLES, Inocência Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra Editora, 1997.

TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e Contract Law: Uma introdução ao direito contratual norte americano*. RIDB, ano 1 (2012) nº. 1, disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf.

SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Privado*. v. III, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

THOMPSON, Michael W. J. Challenges of construction in emerging economies. *Journal of Corporate Real Estate*, V. 2, nº. 3, 2000, MCB UP Ltda.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A Superfície no Novo Código Civil*. In *Revista Síntese Direito Imobiliário*.

VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Built to suit. Operação de crédito imobiliário Estruturada*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 27, ano 8, jan-mar. 2005, Editora RT, pp. 328-243.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed., v.1, Coimbra: Almedina, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Paes de. *Contratos Atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VIANA, Marco Aurelio S. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004.

UBALDINO MIRANDA, Custodio da Piedade, *Comentários ao Código Civil*, v. 5, (JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio, coord., São Paulo, Ed. Saraiva, 2013.

_____. *Locação de Imóveis Urbanos. Comentários à Lei nº. 8.245 de 18/10/1991*, São Paulo: Ed. Atlas, 1996.

WEIDNER, Donald J. *Synthetic Leases: Structured Finance, Financial Accounting and Tax Ownership*. University of Iowa (The Journal of Corporation Law), 2000.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Build to Suit: Qualificação e Conseqüências*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção Civil e direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, pp. 101-122.

JULGADOS CONSULTADOS

TJSP, Apelação nº. 0051280-76.2011.8.26.0114, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Gil Cimino, j. 4.09.2014.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 1128054-0/0, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 27.11.2007.

TJSP Agravo de Instrumento nº. 982.912-00/6, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 21.11.2005.

TJSP, Apelação nº. 0220331-98.2009.8.26.0100, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sá Duarte, j. 27.01.2014.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 0023966-41.2013.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Armando Toledo, j. 18.06.2013.

TJSP, Agravo nº. 1.019.061-00/5, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 29.05.2006.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 0457603-20.2010.8.26.0000, 33ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sá Duarte, j. 31.01.2011.

TJSP, Apelação nº. 9156991-70.2008.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j. 4.05.2011.

TJSP, Agravo de Instrumento nº. 1.058.706-0/7, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Cotrim, j. 28.08.2006.

TJSP, Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº. 0060699-40.2012.8.26.0000/5, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araujo, j. 20.05.2012.

TJSP, Apelação nº. 0036632-84.2007.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Amorim Cantuária, j. 11.05.2011.

STJ, Recurso Especial nº. 885.910-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.04.08.

STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 692.703-SP, Sexta Turma, Min. Rel. Celso Limongi, j. 18.05.2010.

STJ, Recurso Especial nº. 243.283-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.03.2000.