

Luiz Olavo Baptista

Construção Civil e Direito

São Paulo

LEXMAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

2011

CRISTINA S. BANERJI - S. PAULO - 13/05/2011

Capítulo V

Build to Suit: Qualificação e Consequências

CRISTIANO DE SOUSA ZANETTI⁸¹

Introdução

O início do século XXI é marcado pela mudança do papel do Brasil no cenário internacional. A estabilidade e o crescimento da economia, conjugados com o aumento da distribuição de renda, criam um ambiente favorável para os negócios. Dentre as diversas implicações dessa mudança de panorama, figura o emprego de técnicas contratuais cada vez mais aprimoradas. Os investidores se apresentam em número sempre maior e, com eles, passam a circular entre nós modelos de negócios que costumavam se fazer presentes apenas nos denominados países desenvolvidos.

O fenômeno se verifica de maneira exemplar no âmbito da construção civil. As empreiteiras nacionais figuram entre as maiores e mais qualificadas de todo o mundo. Sua atuação é conhecida do cidadão brasileiro, habituado a testemunhar a realização de grandes obras, reputadas necessárias ao desenvolvimento do país. A construção de usinas e de estradas é frequentemente noticiada pelos periódicos.

⁸¹ Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, Livre-docente, Doutor, Mestre e Bacharel pela Faculdade de Direito da USP, Mestre pela Università degli studi di Roma Tor Vergata; Advogado em São Paulo, consultor de L. O. Baptista Advogados.

Durante a maior parte do século precedente, o grande parceiro das empreiteiras foi o Estado. Em sua última década, entretanto, decidiu-se conferir maior espaço à iniciativa privada, o que contribuiu para uma gestão mais eficiente dos empreendimentos.

Tudo isso repercutiu de maneira positiva no cenário doméstico. Nos dias que correm, são muitas as empresas especializadas na construção civil. Seus préstimos são altamente cobigados no mercado. O crescente acesso ao crédito complementa o quadro e confere inaudita sofisticação aos modelos contratuais atualmente adotados. Não raro, tais negócios são entabulados entre diversas partes. A complexidade de suas cláusulas reclama o emprego de dezenas de laudas. Suas negociações consomem meses; às vezes, anos. Os percalços que marcam sua execução criam divergências entre as partes, cuja solução depende cada vez mais do efetivo conhecimento das particularidades do negócio que se tem diante dos olhos.

São diversos os modelos contratuais que recentemente aportaram no Brasil. No campo específico da construção, são frequentes, por exemplo, os contratos de *turn-key* e, mais recentemente, os encabeçados pelo título *engineering, procurement and construction*, ou, simplesmente, EPC. O *build to suit* é mais um modelo de origem estrangeira, cujas cláusulas foram paulatinamente incorporadas pela prática nacional. Seu êxito se deve ao fato de se tratar de uma figura particularmente vocacionada a disciplinar os diferentes interesses que cercam a edificação de obras marcadas por características bastante específicas. A definição de sua natureza jurídica é controversa e reclama atenta reflexão. Para bem encadear o raciocínio, convém ter presente suas principais características antes de prosseguir.

1. A operação econômica

Por força do contrato *build to suit*, dada pessoa se obriga a levar a efeito certa construção, conforme determinadas especificações e, em seguida, conferir o direito de uso e fruição ao outro contratante, contra o pagamento de determinado valor. Na prática negocial, quem se obriga a construir é qualificado como empreendeddor. A parte incumbida do pagamento, por sua vez, costuma ser qualificada como ocupante.

Como regra, o pagamento tem início após o término da construção, sob a forma de prestações mensais. Seu valor objetiva remunerar

tanto o valor investido na execução da obra, como a subsequente cessão de seu uso e fruição, de modo a proporcionar certa margem de lucro ao empreendeddor. Na generalidade dos casos, o imóvel é adquirido pelo empreendeddor, que permanece como proprietário ao final do contrato. Os prazos costumam ser longos. Normalmente, a duração da relação contratual não é inferior a 10 anos.

O nome do contrato decorre da prerrogativa conferida ao ocupante de indicar as características da construção que terá lugar no imóvel. Literalmente, *build to suit* significa "construir para servir" ou, por extensão, "construção sob encomenda". Trata-se de modalidade contratual especialmente projetada para atender às necessidades das indústrias, embora também se registre a celebração do contrato para a construção de escritórios, hotéis e estabelecimentos educacionais.

No Brasil, seu emprego foi noticiado pela grande imprensa ao menos desde a primeira metade da década passada, ocasião em que se fez referência à adoção do modelo para viabilizar a construção do novo prédio do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, o IBMEC, na cidade de São Paulo⁸². Pouco depois, a operação econômica foi mencionada como uma boa alternativa para se construir sem imobilizar capital, o que se revelava especialmente interessante durante o período de alta lucratividade dos investimentos junto à bolsa de valores⁸³. Muito recentemente, o modelo voltou às manchetes. Para expandir suas atividades e fincar pé no Rio de Janeiro, a Livraria Cultura celebrou contratos de *build to suit* para a construção de duas grandes lojas, cujo uso e fruição lhe serão cedidos por ao menos 15 anos⁸⁴.

O *build to suit* também é empregado para reformas complexas, especialmente destinadas a promover a atualização tecnológica de suas especificações técnicas. No mercado, essa operação é conhecida

⁸² Cf. notícia publicada na Folha de S. Paulo em 02/12/04. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 23/02/11.

⁸³ Cf. notícia publicada na Folha de S. Paulo em 19/11/05. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 23/02/11.

⁸⁴ Cf. notícia publicada na Folha de S. Paulo em 04/02/11. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br>. Acesso em: 23/02/11.

como *retrofit*. Exemplo ainda recente é a conversão das antigas instalações da empresa Alparagatas, na Capital do Estado de São Paulo, em *campus* da Universidade Anhembí Morumbi⁸⁵.

Do ponto de vista do ocupante, o *build to suit* é vantajoso por evitar a imobilização de capital. O contrato lhe permite obter construção em estrita conformidade com suas necessidades, sem que deva adquiri-la desde logo. Naturalmente, sua celebração somente tem sentido quando as características construtivas visadas pelo ocupante não se encontram à disposição no mercado imobiliário tradicional. Caso contrário, convém seguramente optar pela locação.

De outro lado, aproveita ao empreendedor a conclusão de uma operação econômica, na qual, conforme se afirmou de maneira expressiva, a procura antecede a oferta, uma vez que a construção é levada a efeito depois que a cessão de seu uso e fruição foi pactuada com o ocupante⁸⁶. O cumprimento do pactuado elimina, assim, o risco de desocupação do imóvel inerente à conclusão de obra projetada para a locação comum. O empreendedor costuma assumir a forma de sociedade de propósito específico, a chamada SPE, a fim de segregar o risco da operação dos demais negócios entabulados pelo grupo econômico a que pertence.

Como regra, a principal tarefa do empreendedor é a coordenação dos trabalhos construtivos. A execução costuma ser confiada a uma construtora. Os fundos necessários a tanto, por sua vez, partem de um agente financeiro. Para o ocupante, importa apenas em certa medida a construtora e o agente financeiro escolhidos, pois o empreendedor assume integralmente a responsabilidade pela execução da obra e subsequente cessão de seu uso e fruição.

No mais das vezes, o empreendedor cede os créditos previstos no contrato para o agente financeiro que irá disponibilizar o montante necessário à edificação. O efetivo pagamento de tais créditos só ser garantido pela alienação fiduciária do imóvel. O agente financeiro, por sua vez, promove a chamada securitização, por meio da emissão de

⁸⁵ Cf. GILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*, Monografia, USP, São Paulo, 2004, p. 8, nota 14.

⁸⁶ Cf. VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Build to suit – operação de crédito imobiliário estruturada*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* 27:330.

títulos mobiliários, lastreada na Lei nº 9.514/97. No final das contas, a construção e posterior cessão do uso e fruição são financiadas pelos adquirentes dos títulos mobiliários. Trata-se, em última análise, de um criativo mecanismo contratual, destinado a captar recursos junto ao mercado para desenvolver certos ramos da economia, predominantemente no setor industrial.

Além disso, o contrato *build to suit* é atrativo por permitir que cada parte persiga o próprio interesse sem perder de foco a respectiva atividade. O empreendedor geralmente atua no ramo imobiliário e, por conseguinte, detém a expertise necessária para levar a obra a efeito. O ocupante, por sua vez, pode contar com instalações construídas sob medida para atender suas necessidades. A disciplina dos seguros evidencia a repartição dos riscos: o empreendedor costuma se obrigar a contratar uma apólice para segurar a obra, ao passo que o ocupante se vincula a pactuar um seguro contra danos eventualmente causados durante o uso e gozo da edificação.

Segundo se tem observado, a contratação do *build to suit* tem se dado de dois modos, passíveis de diferenciação conforme a aquisição do imóvel corra por conta do empreendedor ou do ocupante. Nos casos em que o empreendedor se obriga a adquirir o imóvel, ou pelo menos, a obter o direito real de fazê-lo, têm bastado prever o pagamento de multa equivalente ao valor que seria auferido se o contrato fosse cumprido até o final. Com isso, o empreendedor se garante contra o eventual incumprimento do pactuado por parte do ocupante, para quem, não custa enfatizar, o imóvel foi especialmente construído. De modo expressivo, há contratos que intitulam a multa como "remuneração global extraordinária"⁸⁷.

Nos casos em que o ocupante já é o proprietário do imóvel, a experiência dá conta da constituição de 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

⁸⁷ Cf. VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Build to suit*, cit., p. 332.

ocupante se proponha a adquirir o imóvel imediatamente antes do início da construção. Tudo depende da conveniência das partes.

Também nesse caso, costuma ter lugar a previsão de multa equivalente aos proveitos que seriam auferidos pelo empreendedor se a relação contratual fosse observada até o termo previsto. A 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.

2. A controvérsia

A recepção do *build to suit* pela prática contratual desperta a atenção do estudioso. A leitura dos títulos e cláusulas de diversos negócios efetivamente celebrados revela ser corrente a percepção de que se trata, em verdade, de uma modalidade especial de locação. Não é raro, aliás, encontrar o corpo das estipulações contratuais encimado por qualificações como “contrato atípico de locação de unidade industrial construída sob encomenda”. A enciclopédia eletrônica mais consultada afirma tratar-se de uma modalidade de locação a longo prazo⁸⁸.

Qualificar um contrato não é uma medida isenta de consequências. A associação entre o *build to suit* e a locação sugere a incidência da Lei nº 8.245/91. Como cediço, trata-se da norma destinada a disciplinar a locação urbana, seja residencial, seja empresarial. Seu escopo precípuo é o de proteger o locatário, embora, por vezes, desponha o propósito de preservar o equilíbrio do negócio. Dentre suas diversas prescrições, interessa considerar bem de perto os termos do artigo 19, que confere às partes o direito de reajustar o valor do aluguel após três anos de vigência do pactuado. Por sua importância, convém transcrever a referida norma:

“Artigo 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.”

Em adição, o artigo 68 da Lei nº 8.245/91 permite que a intervenção judiciária no domínio contratual tenha lugar já no início do proces-

so, por meio da fixação do aluguel provisório. Não é difícil notar que a aplicação de tais regras cria fundado embaraço à execução do contrato de *build to suit*. O reajuste do valor do contrato, a fim de tratá-lo como aluguel e adequá-lo ao padrão de mercado, descon sidera que a prestação devida pelo ocupante também é destinada a remunerar o montante gasto com a construção e, em última análise, priva de sentido o negócio.

A problemática conciliação entre o direito de revisão previsto na Lei nº 8.245/91 e os objetivos perseguidos pelo *build to suit* não passa despercebida. Nos contratos, é frequente a presença de cláusulas que recusam sua aplicação. A justificativa contida nas estipulações é o caráter especial da locação contratada, passível, inclusive, de ser qualificada como atípica. Tanto parece bastar para que as partes se sintam confortáveis a respeito dos termos do negócio.

O caráter cogente da Lei nº 8.245/91 impede, todavia, que tais cláusulas sejam dadas por boas sem reflexão. Ao contrário do que ocorre com as normas dispositivas, as regras cogentes não podem ser afastadas por simples estipulação contratual. Não fosse assim, aliás, a chamada Lei de Locações careceria completamente de sentido, pois o poder contratual de que dispõe o locador seria suficiente para impedir cada vez e sempre a incidência da disciplina nela contida.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência que se ocupou da locação, há viva controvérsia a respeito da legalidade da renúncia ao direito de revisão previsto no artigo 19 da Lei nº 8.245/91. De um lado, sustenta-se a nulidade da estipulação, por elidir o propósito de manter o valor dos alugueres dentro dos patamares de mercado. Segundo essa linha de raciocínio, a invalidade da cláusula decorre da aplicação direta do artigo 45 da norma em comento⁸⁹. De outro, defende-se a legalidade da cláusula, por envolver interesse de cunho exclusivamente patrimonial⁹⁰.

⁸⁸ Cf., na doutrina, DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 187 e CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Teoria e prática da ação revisional de aluguel*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 29. Na jurisprudência recente, merece destaque o seguinte aresto: T1SP Ap. nº 860.832-0/4, 34ª Cam. Dir. Priv., Rel. Des. Nestor Duarte, j. 31.01.2007, in *Revista de Direito Privado* 29,365. No mesmo sentido: TARJ, Ap. nº 4869/94, 8ª Cam., Rel. Juiz Jayro Ferreira, j. 17.08.1994, in RT 714:230.

⁸⁹ Cf. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 155; e BRANNDÃO, Wilson de Andrade. *Locações de imóveis urbanos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 303. Na jurisprudência, convém chamar

⁸⁸ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Build_to_suit>. Acesso em: 20/01/11.

Caso essa orientação venha a se consolidar, bastará figurar no *build to suit* cláusula por meio da qual as partes renunciem ao direito de reaver o valor do contrato, conforme sugeriu recentemente a doutrina⁹¹. Não se pode descartar, porém, a possibilidade de a tese restar vencida, hipótese em que será de máxima relevância examinar se o direito de revisão previsto na Lei nº 8.245/91 pode ser manejado pelo ocupante. Não há dúvida, ademais, que o problema sempre se propõe se o contrato for silente a propósito.

Para afastar a possibilidade de revisão, não socorre às partes afirmar que se trata de uma locação especial. Se for urbana, incide sempre a Lei nº 8.245/91. Naturalmente, carece de sentido qualificar o contrato como "locação atípica". Trata-se de uma contradição em termos, dado que a locação é justamente um tipo contratual. Como se pode perceber, a solução do problema passa pela devida consideração da natureza jurídica do *build to suit*. Para tanto, convém recorrer a subsídios que excedem a mera leitura das declarações das partes.

3. Dados do problema

Não é difícil compreender porque o mercado toma o *build to suit* por uma locação. O escopo do contrato é justamente ceder o uso e a fruição de certo imóvel para auferir determinada remuneração. Precisamente por isso, trata-se de figura muito próxima à locação, assim definida pelo Código Civil:

"Artigo 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição."

O devido exame do dispositivo: legal evidencia que a locação é definida pelas prestações a cargo de cada uma das partes. De um lado,

a atenção para o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "Havendo, no contrato de locação, cláusula expressa de renúncia ao direito de revisão, fica impedida a alteração, no prazo original, do valor fixado para o aluguel." (AgRg no REsp nº 692.703-SP, 6ª T., Rel. Min. Celso Limongi, j. 18.5.2010, colhido no sítio www.stj.jus.br em 16.03.2011). No mesmo sentido: REsp nº 243.283-RJ, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.03.2000; REsp nº 127.355-SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.10.1997, ambos colhidos no sítio www.stj.jus.br em 17.03.2011.

⁹¹ Cf. VALENÇA, Marcelo José Lomba. *Build to suit* ct., p. 336/337.

o locador se obriga a ceder o uso e gozo de certo bem infungível. De outro, o locatário se encontra adstrito a remunerar a referida cessão. O fato de tal pagamento se alongar mais ou menos é indiferente, pois a locação pode ser pactuada por tempo determinado ou indeterminado. Naturalmente, as prestações devem se prostrar no tempo. Por isso, a locação é classificada como um contrato de duração⁹².

De fato, a prestação do ocupante muito se assemelha à do locatário. O ocupante se obriga, essencialmente, a efetuar o pagamento periódico de dada remuneração. Os valores envolvidos e o tempo de vigência da relação contratual são indiferentes. Da mesma maneira que ocorre na locação, pode haver contratos de *build to suit* de maior ou menor valor e por período mais ou menos longo.

A prestação do empreendedor, todavia, não se identifica integralmente com a do locador. Certamente, o empreendedor está obrigado a conferir o uso e a fruição de dado imóvel ao ocupante. Nesse aspecto, sua prestação coincide com a do locador.

Antes disso, porém, o empreendedor deve construir no imóvel uma obra que atenda exatamente às exigências do ocupante. Não raro, aliás, o empreendedor se compromete a adquirir o imóvel ou, pelo menos, a obter o respectivo direito real de aquisição. A boa execução da operação não depende disso, no entanto. Pode igualmente ocorrer que o ocupante seja proprietário do imóvel e que constitua um direito de superfície em favor do empreendedor. Diversamente, a obrigação de construir é característica do modelo e, portanto, inafastável.

Do ponto de vista do empreendedor, portanto, o *build to suit* é pautado pela obrigação de construir e, depois, ceder o uso e gozo de determinado bem imóvel ao ocupante. Para resolver a questão inicial-

⁹² Cf., a propósito da categoria, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico per relationem na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a rescisão unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva*. In: *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 292/293; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Classificação dos contratos*. In: A. J. PEREIRA JUNIOR, C. Haddad JABUR (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 31/33.

mente proposta, torna-se necessário precisar se a existência da obrigação de construir é o bastante para qualificar o *build to suit* como um tipo contratual ou se, pelo contrário, trata-se apenas de uma locação com características particulares.

Naturalmente, não se está a sugerir que o *build to suit* possa hoje ser tido como um tipo legal de contrato, pois não se ignora a ausência de disciplina específica no direito brasileiro. Deve-se considerar, todavia, a possibilidade de enquadrar o *build to suit* como um contrato cuja tipicidade tenha sido cunhada por seu reiterado emprego pelo mercado. Caso seja efetivamente diverso da locação, o *build to suit* poderá ser qualificado como um contrato socialmente típico, categoria cunhada pela doutrina⁹³. Trata-se de afirmação cheia de consequências, como se verá logo adiante.

4. Qualificação

O desenvolvimento de novos modelos contratuais responde a necessidades práticas. Qualificá-los é tarefa dos juristas e exige aguda percepção da realidade circundante. Como é fácil supor, os tipos contratuais não surgem do dia para a noite. No mais das vezes, sua criação se deve ao aproveitamento de elementos de operações econômicas bem conhecidas que, mediante algumas modificações, passam a desempenhar novo papel na vida dos cidadãos.

No direito romano, discutiu-se muito a respeito da qualificação da permuta. De acordo com certa linha de raciocínio, a permuta era, em verdade, apenas uma espécie de compra e venda. Seria irrelevante, por conseguinte, se o pagamento fosse feito em dinheiro ou mediante a transferência da propriedade de outro bem intangível. Prevalceu, no entanto, o entendimento de que a diversidade de prestação altera a qualificação do contrato. Decidiu-se que o pagamento em dinheiro caracterizava a compra e venda, pois servia, inclusive, para distinguir o comprador do vendedor. Se a aquisição de um bem tivesse como

⁹³ Cf. ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 423; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. t. 1, 3. ed. Torino: UTET, 2004. p. 452/456. Na segunda obra, os comentários a propósito dos contratos socialmente típicos são de autoria de Rodolfo Sacco, conforme evidência a divisão dos trabalhos que antecede cada um de seus dois volumes.

contrpartida a transferência da propriedade de outro, tinha-se uma permuta⁹⁴. Precisamente por isso, o Código Civil de 1916 disciplinou a compra e venda e a permuta em capítulos diferentes⁹⁵, no que foi seguido pelo diploma legal atualmente em vigor.

No período do direito comum europeu, precisamente nas primeiras décadas do século XIV, surgiu um contrato por força do qual uma das partes se obrigava a assumir o risco corrido pela outra, a fim de ressarci-la em caso de materialização de sinistro superveniente à celebração do negócio. A contrapartida consistia no pagamento de certo valor devido, ainda que o sinistro jamais viesse a se concretizar. Para definir o contrato, os juristas recorreram aos modelos herdados do direito romano. Depois de alguma controvérsia, chegou-se à conclusão de que se tratava de uma espécie de compra e venda. Diversamente da modalidade legada pela tradição, contudo, sua mercadoria era intangível e consistia no risco. Embora não fálasse quem reputasse artificial a definição, o recurso à compra e venda prevaleceu até o século XVIII. Somente a partir de então, os estudiosos reconheceram tratar-se de um novo tipo contratual, chamado de seguro⁹⁶.

No passado recente, houve acesso debate envolvendo o arrendamento mercantil. Discutiu-se, em essência, se o pagamento antecipado do chamado valor residual garantido, abreviadamente designado VRG, transformaria o *leasing* em compra e venda à prestação. O Superior Tribunal de Justiça editou súmulas contraditórias a propósito. Em 2002, respondeu de forma afirmativa, por meio da edição da Súmula nº 263⁹⁷. De acordo com o entendimento então esposado, a antecipação do VRG privava de sentido a decisão do arrendatário relativa exercício da opção de compra característica do *leasing*. Dois anos mais tarde, entretanto, a Corte consolidou sua percepção em sentido diametralmente oposto,

⁹⁴ Cf. Cai. 3, 141; D. 19, 4, 1-4 e D. 19, 5, 1.

⁹⁵ Cf. BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. IV, 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938. p. 338.

⁹⁶ Cf. CASSANDRO, Giovanni. *Assicurazione (storica)*. In: *Enciclopedia del diritto*. v. III, Milano: Giuffrè, 1958. p. 421-427.

⁹⁷ Eis o teor da Súmula nº 263 do Superior Tribunal de Justiça: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em uma compra e venda a prestação."

ao baixar a Súmula nº 293⁹⁸. Segundo a linha de raciocínio que veio a prevalecer, a inexistência de norma jurídica que proíba a cobrança antecipada no contrato de arrendamento mercantil é suficiente para afastar sua qualificação como compra e venda. Ao refletir a propósito, a doutrina evidencia que somente a atenta consideração da finalidade concreta do negócio pode conduzir a uma decisão segura na matéria. Não foi esse, entretanto, o caminho trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça para harmonizar sua interpretação sobre o contrato em comento⁹⁹.

Tais exemplos evidenciam por que a compra e venda foi sempre empregada como parâmetro comparativo na história do direito privado. Trata-se de figura de larga penetração, cuja disciplina é reiteradamente invocada para exemplificar o emprego das regras previstas para praticamente todos os contratos. Tais regras, aliás, são em parte oriundas da generalização da disciplina da compra e venda. Decididamente esse é o caso das normas relativas aos vícios redibitórios e à evicção que, no direito romano, vigiam apenas para a compra e venda¹⁰⁰ e hoje incidem sobre qualquer contrato comutativo, conforme evidencia a leitura dos artigos 441 a 457 do Código Civil.

De forma semelhante ao ocorrido com a compra e venda, também já se discutiu muito a respeito da extensão do tipo contratual passível de ser qualificado como locação. No direito romano, a figura abrangia tanto a locação de coisas, como a prestação de serviços e a empreitada. Naquela ocasião, a caracterização do tipo reclamava, de um lado, um *locare*, entendido como pôr à disposição, e de outro, um *conducere*, algo como ter consigo ou assumir. Na locação de coisas ou serviços, cabia ao locador pôr à disposição do locatário dado bem ou atividade. Na empreitada, por sua vez, o locador punha à disposição do locatário a matéria-prima, a fim de que certa obra fosse levada a efeito¹⁰¹. Somente

⁹⁸ Eis o teor da Súmula nº 293 do Superior Tribunal de Justiça: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil."

⁹⁹ Cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. In: *Revista de Direito Privado* 20:235/265.

¹⁰⁰ Cf. BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. 4. ed. 3ª reimp. da ed. de 1993. Torino: UTET, 2003. p. 457/461, com a indicação das fontes pertinentes.

¹⁰¹ Cf. BURDESE, Alberto. *Manuale cit.*, p. 463/469, com indicação das fontes pertinentes.

o pagamento de determinada soma como contraprestação conferia alguma uniformidade ao contrato, segundo a interpretação prevalente à época do Imperador Justiniano¹⁰².

A orientação foi seguida pelo Código Civil de 1916. De acordo com os artigos 1.188 a 1.247 do diploma pretérito, a locação de coisas, de serviços e a empreitada eram simples modalidades de um mesmo contrato. Para manter o tratamento conjunto herdado do direito romano, argumentou-se, em particular, não haver sensível diferença entre a locação de serviços e a empreitada, pois ambas têm o trabalho humano como objeto. Somente o critério de remuneração se mostrava diverso: na locação de serviços, o pagamento tinha em conta o tempo despendido; na empreitada, a obra realizada¹⁰³. O Código Civil rechaçou esse modo de pensar e dispôs que a locação somente tem por objeto da coisa temporária do uso e fruição de dada coisa. A prestação de serviço e a empreitada são contratos distintos.

A solução do problema atinente ao *build to suit* passa pela devida consideração das estipulações que o compõem. As prestações que qualificam a figura são, de um lado, a construção somada à cessão do uso e fruição e, de outro, o pagamento de prestações periódicas. Troca-se, essencialmente, certo valor pela construção e posterior locação. Não há como pensar o negócio em duas etapas distintas. Constrói-se para alugar e aluga-se porque foi construído. O pagamento serve a remunerar ambas as prestações. Precisamente por isso, seu valor é muito superior ao de um simples aluguel.

Não se ignora que o locador também possa assumir prestações distintas da mera cessão do uso e fruição de dado bem. Ao disciplinar a locação de imóveis urbanos, por exemplo, a Lei nº 8.245/91 determina em seu artigo 22 que o locador, dentre outras obrigações, forneça descrição minuciosa do imóvel, sempre que solicitado pelo locatário, pague as despesas necessárias para aferir a idoneidade do fiador e arque com os custos decorrentes da implantação de equipamentos voltados a aprimorar a segurança do imóvel locado. O Código Civil, porém, disciplina as demais locações sem adverter a necessidade de repetir tais dispositivos. Não são eles, portanto, imprescindíveis à caracterização do contrato.

¹⁰² Cf. I. 3,24,1.

¹⁰³ Cf. BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil cit.*, v. IV, p. 436.

Também é bastante frequente a inclusão da chamada cláusula de vigência, destinada a assegurar a continuidade de locação se o imóvel vier a ser alienado no curso do contrato. Sua importância é tamanha que o artigo 8º da Lei nº 8.245/91 autoriza o registro do contrato, a fim de garantir sua observância por quem venha a adquirir o imóvel, desde que, naturalmente, a locação tenha sido pactuada por tempo determinado. Nada obsta, entretanto, que o contrato seja celebrado sem que referida estipulação se faça presente. Sua inserção é dispensável, e, portanto, irrelevante à qualificação do negócio.

Diversamente, o intercâmbio entre, de um lado, cessão de uso e fruição, e, de outro, o pagamento de certa remuneração, é imprescindível à configuração da locação. Tais prestações são, portanto, os traços característicos da locação ou, para empregar conhecida formulação doutrinária, seus elementos categoriais inderrógaveis¹⁰⁴.

O *build to suit*, por sua vez, tem por escopo trocar a construção de determinada obra, seguida pela cessão de seu uso e fruição, por certa remuneração. A construção não é uma prestação de secundária importância. Muito ao contrário, sua devida execução é imprescindível para que seja atingido o objetivo perseguido pelas partes. Nunca é demais salientar que o modelo foi criado para atender às necessidades especialíssimas de certos ocupantes. A observância das características pactuadas é essencial, portanto, para que o negócio tenha êxito. Não se trata apenas de construir para alugar, mas sim de construir segundo parâmetros muito particulares, para atender às exigências de quem os formulou.

Não há como dissociar, assim, as prestações. Construção e cessão do uso e fruição estão umbilicalmente ligadas. Tanto isso é verdade que o pagamento devido pelo ocupante se presta a remunerar ambas, sem que seja possível precisar a parte atinente a cada uma delas. A finalidade do negócio é promover o intercâmbio de certa quantia em dinheiro pela construção e subsequente cessão de uso e fruição. A locação persegue objetivo diverso, pois serve para que as partes troquem certa quantidade de dinheiro pela mera cessão de uso e fruição

¹⁰⁴ Cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 6ª tir., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35/36.

de determinado bem. A devida consideração da finalidade do negócio é imprescindível à sua devida qualificação, conforme concluíram os estudiosos argentinos que participaram da XII Jornada de Direito Civil, realizada em Bariloche no ano de 1989¹⁰⁵. *Build to suit* e locação respondem a exigências diversas, embora semelhantes. São, portanto, contratos distintos.

O *build to suit* não se confunde, ademais, com a operação econômica decorrente da mera coligação entre contrato de empreitada e contrato de locação. Nada obsta que as operações sejam contratadas em separado, com estipulações distintas, sobretudo o prazo e o preço. Não é isso o que ocorre, porém, no contrato *build to suit*. O fato de a contraprestação do ocupante ser única não é acidental. Sua pactuação revela que os pagamentos devidos após o término da construção servem a remunerar tanto a obra, como a cessão temporária do respectivo uso e fruição. A finalidade do percurso contratual. A título exemplificativa que permitem todo o percurso contratual. A título exemplificativa, pode-se citar a disciplina atinente à cláusula penal moratória, às consequências de eventual desapropriação, à definição das responsabilidades ambientais, à securitização dos créditos, ao registro do contrato, à preferência em caso de alienação do imóvel, à confidencialidade e à arbitragem. A unidade da contraprestação devida pelo ocupante conforme o fim do contrato. Por conseguinte, não se pode tratar o *build to suit* como se fosse a mera soma de contratos diversos, sob pena de contrariar o que foi externado como querido pelas partes. A bem da verdade, o *build to suit* é um contrato objetivamente complexo, visto que o empreendedor se obriga à execução de ao menos duas prestações principais¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Eis o teor do enunciado: "La finalidad del negocio es particularmente importante en orden a la calificación e interpretación de los contratos atípicos" (*Congresos y Jornadas de derecho civil*. Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 97). Convém ter presente que o enunciado somente se refere à atipicidade legal, pois, como exposto, a devida qualificação pode revelar tratar-se de um contrato socialmente típico.

¹⁰⁶ A propósito da distinção entre contratos complexos e contratos coligados, cf. MARRINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108/127. De acordo com o autor, o *build to suit*, em sua modalidade mais simples, é um caso de coligação contratual. A afirmação, porém, parece partir da consideração de uma operação econômica diversa da ora examinada. A hipótese de trabalho do autor é a celebração de dois contratos. Por força do primeiro, uma das partes se obriga a adquirir

5. Consequências

O reconhecimento do caráter típico do *build to suit* gera importantes corolários. Naturalmente, sua disciplina se subordina às regras próprias aos negócios jurídicos, enunciadas na Parte Geral do Código Civil. Tais regras, todavia, nem sempre bastam para resolver problemas relacionados à legalidade de uma estipulação específica ou preencher eventuais lacunas do regramento contratual. Na falta de disciplina particular, a tipicidade social da figura permite recorrer com proveito aos usos e costumes. Dada a crescente frequência com o que o *build to suit* tem sido celebrado entre nós, não se pode duvidar a respeito da existência de práticas setoriais, cuja consideração seguramente aproveita à resolução de litígios.

Como é evidente, não se pode alterar o nome do negócio simplesmente para evitar a incidência de normas cogentes. No direito brasileiro, a prática dá notícia da celebração de contratos destinados a obviar tanto os limites impostos à pactuação de juros entre particulares, como a vedação do pacto comissório, previstos, respectivamente, nos artigos 591 e 1.428 do Código Civil. Formalmente, as partes concluem um contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda, disciplinado pelos artigos 505 a 508 do mesmo texto legal. Na verdade, porém, trata-se de um empréstimo com juros acima do permitido. O preço da compra e venda corresponde ao valor efetivamente emprestado. Caso o mutuário não exerça o direito de retrato, mediante o pagamento do principal somado aos juros devidos, perderá o imóvel em favor do mutante, que, assim, se apropriará definitivamente da garantia. A compra e venda com pacto de retrovenda mascara um empréstimo usurário com pacto comissório. Trata-se de um negócio simulado e, como tal, nulo, por força do artigo 167 do Código Civil. Corretamente,

cento imóvel e nele levar a efeito dada obra, caracterizada por sua especificidade. O segundo negócio obriga essa mesma parte a ceder o uso e fruição do imóvel contra o pagamento de dada remuneração. A possibilidade de que ambas as operações sejam disciplinadas por um mesmo instrumento é reputada apenas eventual (*Contratos coligados* cit., p. 184-185). Na generalidade dos casos, contudo, o *build to suit* é pactuado em um mesmo contrato, sem que seja possível dissociar a prestação devida pela construção e pela posterior cessão do uso e fruição do bem. Nada impede que a coligação discutida pelo autor tenha lugar na prática. Não é esse, entretanto, o modelo contratual que costuma ser adotado pelo mercado.

pois, os tribunais brasileiros têm sempre reconhecido o vício social e declarado a invalidade tanto dos juros usurários, como do pacto comissório¹⁰⁷.

Qualificar o empréstimo usurário como compra e venda com cláusula de retrovenda não altera sua natureza, não torna lícita a estipulação de juros usurários, nem permite o pacto comissório. Não é semelhante, entretanto, o propósito que anima as partes engajadas em um contrato *build to suit*. A operação econômica viabilizada pela figura é diversa da locação e, por isso, não permite a aplicação das regras previstas na Lei nº 8.245/91¹⁰⁸. Não se trata de alterar o nome do contrato para evitar a incidência das regras legais. No caso do *build to suit*, a particularidade do título decorre das características do tipo contratual que se tem diante dos olhos, notadamente a obrigação de construir segundo certas especificações, estranha à locação.

O caráter socialmente típico do *build to suit* não afasta por completo a discussão relativa à incidência das regras da Lei nº 8.245/91. Não há espaço para sua aplicação direta, pois não se trata de uma locação. Resta, entretanto, a possibilidade de recorrer ao seu regramento por analogia¹⁰⁹. Semelhante modo de pensar se afigura tão mais sedutor quando se tem presente que o efetivo propósito da revisão periódica do aluguel, prevista em seu artigo 19, é justamente o de assegurar o equilíbrio contratual, a fim de evitar que uma parte se enriqueça à custa da outra.

Tal raciocínio, entretanto, não resiste a um escrutínio mais profundo. A analogia legal somente tem lugar se as razões que inspiraram a norma se fizerem presentes em casos diversos dos regulados. Seu emprego visa assegurar a preservação do sentido ou da utilidade de

¹⁰⁷ Cf. a título meramente exemplificativo e com indicação da orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 187.998-SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2005, colhido no sítio www.stj.jus.br em 04.03.2011.

¹⁰⁸ A aplicação da Lei nº 8.245/1991 ao *build to suit* é expressamente rechaçada pela doutrina recente, sob o argumento de que sua incidência é contrária ao fim do negócio (cf. MARRINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados* cit., p. 184-185).

¹⁰⁹ Cf. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil, v. I: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 182-185.

determinada norma¹¹⁰. Serve, em última análise, para evitar que situações essencialmente idênticas sejam julgadas diversamente¹¹¹. No campo dos contratos, o emprego da analogia nunca pode perder de vista o objetivo perseguido pelas partes. De modo mais direto, somente é lícito recorrer à analogia se o respectivo emprego não puser em xeque a natureza do contrato efetivamente celebrado¹¹². O devido exame dos dados relevantes evidencia que a semelhança entre o *build to suit* e a locação não dá margem à aplicação da regra prevista no artigo 19 da Lei nº 8.245/91.

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

Não se pode fazer tábua rasa do avençado para que o ocupante responda apenas por parte da prestação devida. Na locação, a revisão do aluguel tem sentido, pois, no final das contas, simplesmente se ajusta o valor devido ao preço de mercado. No *build to suit*, sua consequência é o enriquecimento do ocupante à custa do empreendedor, o que, em absoluto, não é permitido pelo ordenamento jurídico.

De resto, o caráter particularíssimo do *build to suit* cria sério obstáculo para identificar um preço de mercado, circunstância que reforça a impossibilidade de revisão do valor pactuado decorridos três anos de relação contratual. A remuneração devida pelo ocupante não pode ser comparada com o aluguel pago por locatários de imóveis semelhantes.

¹¹⁰ Cf. D. 1, 3, 12-13.

¹¹¹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 260-264.

¹¹² Cf. VILUÇA AZEVEDO, Alvaro. A tipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. In: RT 716:112-137.

Não é excessivo reiterar que, diversamente do locatário, o ocupante paga tanto pela construção, como pela cessão do uso e fruição. A comparação, portanto, carece de sentido.

Há pouco mais de uma década, o 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo percebeu a impossibilidade de ajustar certo aluguel ao valor de mercado, uma vez que o respectivo valor foi fixado tendo em vista diversas benfeitorias realizadas no imóvel. Agiu corretamente a Corte ao se recusar a intervir no pactuado, dado que a revisão desconsideraria o investimento levado a efeito no imóvel e permitiria, ao final, que uma parte se enriquecesse à custa da outra¹¹³.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de apreciar pedido de revisão do valor devido pelo ocupante, formulado com arrimo no artigo 19 da Lei nº 8.245/91¹¹⁴. O título do contrato então examinado era "locação com condição suspensiva e outras avenças". A descrição de suas cláusulas revela tratar-se de um *build to suit*, pois certo empreendedor se comprometeu a construir dada obra com características particulares, para, em seguida, ceder temporária e onerosamente seu uso e fruição ao ocupante. O pagamento

¹¹³ "Locação. Cláusula contratual em que o locador renuncia ao direito à ação revisional. Admissibilidade. Hipótese que visa compensar o valor do locativo com as obras edificadas pela locatária, sem direito a indenização ou retenção. Inexistência de violação ao artigo 45 da Lei nº 8.245/91. Não infringe o artigo 45, nem os objetivos da Lei 8.245/91, cláusula contratual na qual o locador renuncia à ação revisional durante o prazo contratual, quando resta nítida que a intenção foi a compensação do locativo com as obras edificadas pela locatária, sem direito a indenização ou retenção." (Ap. nº 495.493-00/4, 1ª Câmara, Rel. Juiz Clóvis Castelo, j. 22.09.1997. In: RT 750:313).

¹¹⁴ Cf. AI nº 893.786-0/7, 26ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Viana Corrêa, j. 22.08.2005, colhido no sítio www.tj.sp.jus.br em 20.01.2011. O autor aproveita a ocasião para agradecer ao acadêmico Rafael Vicente Soares pelo levantamento jurisprudencial destinado a subsidiar as considerações constantes do presente artigo. Não é abundante, entretanto, a casuística disponível. Embora alguns acórdãos tenham tido o *build to suit* em consideração, somente o arresto ora mencionado se ocupou de uma questão jurídica especialmente relacionada com o modelo negocial. Por essa razão, trata-se do único julgado comentado no texto. Os demais acórdãos encontrados, nos quais o modelo contratual foi apenas mencionado, são os seguintes: AI nº 982.912-1/8, 26ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Viana Corrêa, j. 21.11.2005; AI nº 1.019.061-0/5, 26ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Viana Corrêa, j. 29.05.2006; AI nº 1.058.706-0/7, 26ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Viana Corrêa, j. 28.08.2006; AI nº 1.128.054-0/00, 25ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, j. 27.11.2007 e AI nº 1.176.454-0/6, 27ª Câmara. Rel. Des. Antônio Manta, j. 25.11.2008; todos colhidos no sítio www.tj.sp.jus.br em 20.01.2011.

mensal pactuado pelas partes, no valor de R\$ 192.071,42, foi posteriormente reputado excessivo pelo ocupante. Precisamente por isso, foi contratado um profissional para avaliar o valor do aluguel do imóvel. O montante apurado foi muito inferior ao previsto no contrato. De acordo com o *expert*, o aluguel do imóvel somaria R\$ 62.790,45 mensais, segundo os padrões de mercado. Diante da negativa do empreendedor em modificar o pactuado, o ocupante ingressou com a ação revisional.

Depois de alguma controvérsia, o magistrado monocrático manteve o valor previsto em contrato. Inconformado, o ocupante interpsu recurso de agravo. A decisão de primeira instância foi mantida pela Corte. Pesou para o órgão *ad quem* o fato de não se tratar de uma mera locação. As particularidades do contrato impediram, portanto, que fosse aplicado o regime especial da Lei nº 8.245/91¹¹⁵.

A decisão não merece qualquer reparo. O *build to suit* não se confunde com a locação. Raciocinar em sentido contrário priva a avença de sentido e permite a uma das partes repudiar o pactuado para se enriquecer em detrimento da outra. Seguramente não é o que se espera da revisão do aluguel facultada pela Lei de Locações, cujo objetivo é simplesmente de adequar o valor da remuneração ao mercado, seja em favor do locador, seja em favor do locatário. Rever o contrato de *build to suit* como se locação fosse, conduz a resultado bem diverso. O pagamento mensal devido pelo ocupante é necessariamente superior ao devido pelo locatário. A razão é simples: o locatário remunera apenas a

¹¹⁵ A transcrição de trecho do julgado evidencia o percurso intelectual seguido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: "1... I tem-se que as peculiaridades que regem a espécie não autorizam a reforma da decisão agravada no que diz respeito à pretendida redução dos aluguéis mensais a patamar inferior àquele vigente na data da propositura da ação. De fato, consoante salientado no bojo dos autos, não envolve o caso uma locação pura e simples de determinado armazém comum. Ao contrário, conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores, trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangeu, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito *build to suit* [...]. Vai daí que, por esses fatores que se acham embutidos no contrato, não se mostra possível, em princípio, a imediata redução do locatário a pretenso 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." (AI nº 893.786-0/7, 2ªª Câ.m., Rel. Des. Viana Cotrim, j. 22.08.2005, colhido no sítio www.tj.sp.jus.br em 20.01.2011)

cessão temporária do uso e fruição do imóvel, ao passo que o ocupante também está a pagar pela construção. Por isso, os valores são diferentes. Pretender sua equiparação violenta a intangibilidade do vínculo, acarreta enriquecimento indevido e privilégio o comportamento desleal e oportunista. Trata-se de um desvio de percepção que deve ser evitado a todo custo¹¹⁶.

6. Conclusão

O aprimoramento dos modelos contratuais caminha de mãos dadas com o crescimento da economia. A evolução experimentada no âmbito da construção civil abriu as portas para o *build to suit*. Trata-se de modelo negocial vocacionado para atender a necessidades específicas, advertidas essencialmente por sociedades empresárias do setor industrial. De modo bastante sintético, o contrato serve para viabilizar a realização de obra de acordo com especificações técnicas singulares, seguida da cessão de seu uso e fruição, mediante o pagamento de certas prestações mensais. De um lado, como responsável pela construção e subsequente cessão, figura o empreendedor. De outro, incumbido do pagamento, está o ocupante.

Sua semelhança com a locação não permite afirmar, todavia, que o negócio esteja submetido aos preceitos da Lei nº 8.245/91. O escopo do *build to suit* é diverso. Não se trata de ceder o uso e a fruição de um imóvel qualquer. Muito ao contrário, ao ocupante interessa apenas desfrutar de uma obra construída para atender suas próprias necessidades. Portanto, a responsabilidade do empreendedor é muito mais extensa que a do locador. Coerentemente, suas remunerações não se confundem. O locatário paga apenas pela cessão do uso e da fruição. O ocupante, por sua vez, também remunera a obra.

A diferença de propósito, todavia, não é suficiente para afastar a disciplina da Lei nº 8.245/91 na sua integralidade. Resta sempre a possibilidade de aplicar suas regras por analogia, desde que, note-se bem, isso seja essencial para garantir o cumprimento da finalidade que justifica a especialidade da respectiva disciplina. Postos frente a frente

¹¹⁶ Cf. FORCIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009. p. 65/66.

o *build to suit* e a locação, não há espaço para ampliar o âmbito operativo do direito de revisão, previsto no artigo 19. Na locação, tanto o locador como o locatário podem pleitear a adequação do aluguel ao valor de mercado, decorridos três anos da celebração do negócio. No *build to suit*, tanto não basta para que o montante devido pelo ocupante seja posto em discussão. Seu pagamento serve tanto para remunerar o empreendedor pela realização da obra, como pela subsequente cessação de seu uso e fruição. Não há, pois, como compará-lo com o valor comum de uma locação. A diferença salta aos olhos e afasta a possibilidade de se recorrer à analogia. Raciocinar em sentido contrário, privando de sentido o contrato e permite ao ocupante se enriquecer à custa do empreendedor, o que com toda certeza não é conforme ao espírito que anima o direito dos contratos.

A evolução da técnica contratual passa pela criação de novos tipos. Trata-se precisamente do caso do *build to suit*. O modelo foi bem acolhido entre nós e já pode ser qualificado como um contrato socialmente típico. Respeitar seu propósito é imprescindível para assegurar um tratamento justo tanto ao empreendedor como ao ocupante. O fato de a figura ser semelhante à locação não autoriza tratá-la como tal, pois, como visto, os novos modelos são muitas vezes desdobramentos dos antigos. As conquistas da liberdade humana, contudo, não cabem nos estreitos limites da norma. A possibilidade de escolher como disciplinar os próprios interesses é característica importante da sociedade de direito privado e não pode, absolutamente, merecer menor consideração em um ordenamento que se pretende fundado na livre-iniciativa.

Capítulo VI

Os Dispute Boards e os Contratos de Construção

ANTONIO FERNANDO MELLO MARCONDES¹¹⁷

“No passado, cometi o maior pecado que um ser humano pode cometer: não fui feliz.” (Jorge Luis Borges)

1. Conceito

De acordo com a DRBF¹¹⁸, *dispute board* (DB) é um comitê formado por profissionais experientes e imparciais, contratado antes do início de um projeto de construção para acompanhar o progresso da execução da obra, encorajando as partes a evitar disputas e assistindo-as na solução daquelas que não puderem ser evitadas, visando à sua solução definitiva¹¹⁹.

¹¹⁷ Advogado especializado no setor da Construção; sócio de L. O. Baptista Advogados, membro da *Dispute Resolution Board Foundation* e da *Society of Construction Law*, vice-diretor para assuntos de *Dispute Board* da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia de São Paulo.

¹¹⁸ *Dispute Resolution Board Foundation* (organização americana criada com o intuito de promover o *Dispute Board* como meio de evitar conflitos durante a execução de contratos de construção).

¹¹⁹ Este conceito é uma adaptação do que é oferecido na Seção 1, item 1.1, do DRBF Practices and Procedures Manual, divulgado pela *Dispute Resolution Board Foundation* (www.drb.org).