

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARINA LUIZA AMARI

CONTRATOS *BUILT TO SUIT*: QUALIFICAÇÃO E REVISÃO

CURITIBA
2021

MARINA LUIZA AMARI

CONTRATOS *BUILT TO SUIT*: QUALIFICAÇÃO E REVISÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná na Linha de Pesquisa em Direito dos Novos Paradigmas do Direito, Área de Concentração em Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Tit. José Antônio Peres Gediél
Coorientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA
2021

A485c

Amari, Marina Luiza

Contratos built to suit: qualificação e revisão [meio eletrônico] / Marina Luiza Amari. - Curitiba, 2021.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021.

Orientador: José Antônio Peres Gediel.

Coorientador: Rodrigo Xavier Leonardo.

1. Contratos. 2. Locação de imóveis. I. Gediel, José Antônio Peres. II. Leonardo, Rodrigo Xavier. III. Título. IV. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.44

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

ATA Nº139

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e oito de junho de dois mil e vinte e um às 09:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação da mestranda **MARINA LUIZA AMARI**, intitulada: **CONTRATOS BUILT TO SUIT: QUALIFICAÇÃO E REVISÃO**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP), ADRIANA ESPINDOLA CORREA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 28 de Junho de 2021.

Assinatura Eletrônica

05/07/2021 15:20:19.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/07/2021 16:43:43.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/08/2021 14:43:02.0

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

28/06/2021 12:18:52.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **MARINA LUIZA AMARI** intitulada: **CONTRATOS BUILT TO SUIT: QUALIFICAÇÃO E REVISÃO**, sob orientação do Prof. Dr. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa. A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 28 de Junho de 2021.

Assinatura Eletrônica

05/07/2021 15:20:19.0

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

03/07/2021 16:43:43.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/08/2021 14:43:02.0

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP)

Assinatura Eletrônica

28/06/2021 12:18:52.0

ADRIANA ESPINDOLA CORREA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2739 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 98436

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>
e insira o código 98436

AGRADECIMENTOS

Com a dissertação, encerro, momentaneamente, um ciclo iniciado há mais de sete anos. Em 2014, ingressei na graduação da Universidade Federal do Paraná, formando-me em 2018. Ao final da graduação, já havia decidido permanecer por mais dois anos. Era a hora do mestrado. À UFPR, meu aprendizado, minhas oportunidades, meu crescimento pessoal. Foi uma honra. Saio com o dever de retribuir a educação que me foi proporcionada.

Ao meu querido orientador e eterno mestre, Professor José Antônio Peres Gediél, que desde o dia “um” — lá em 2014 — esteve presente na minha formação, apresentando-me o mundo do Direito Civil. Meu trabalho é reflexo da confiança depositada pelo senhor, e da bagagem de conhecimento repassada ao longo desses vários anos. Nunca expressarei suficientemente minha admiração pela pessoa e profissional excepcionais que é. Ao meu coorientador, Professor Rodrigo Xavier Leonardo, por todo o percurso: pelo conhecimento e suporte em tempos difíceis. O senhor é meu espelho profissional. Que sorte a minha ter o privilégio de ser uma contínua aluna dos professores.

Às Professoras Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier e aos Professores Edson Isfer, Carlos Eduardo Manfredini Hapner e Eroulths Cortiano Junior. Minhas jornadas, pessoal e profissional, foram marcadas por tonalidades empregadas também pelos senhores.

Ao Professor Otavio Luiz Rodrigues Junior e à Professora Adriana Espíndola Corrêa pela honra de comporem a banca.

Aos meus pais, Marisa e Beto, por tudo que sou. Pelo suporte em todas as esferas da vida. Tudo que ousar dizer *conquistar* se deve, primeiro, a vocês. Quando assinei meu diploma, lá estavam, ambos: um no meu ombro esquerdo, e outro no direito. Aos meus irmãos, George e Leticia, e minha madrinha, Eliane, agradeço o companheirismo carregado de muito humor. Vocês também são meus alicerces.

Aos meus avôs e avós, Ramez (*in memoriam*), Daad, Lauri (*in memoriam*), e Divina, que trabalharam duramente para que a minha geração pudesse desfrutar de uma vida muito mais confortável do que tiveram.

Ao meu amigo Matheus Wolf, por tantos e tantos anos de companheirismo, conexão e suporte.

Ao meu tio Youssef El-hour, pelo carinho de sempre e por ser um constante incentivador de meu crescimento acadêmico.

Às minhas inseparáveis amigas de graduação, Máriam Joaquim, Mariana Buerger, Marina Bonatto e Mariana Gripp. *Maktub!* Cada uma a seu jeito, fizeram com que esses anos fossem seguros. contei com vocês em variados momentos e sou eternamente grata pelo nosso encontro. Que continuemos trilhando nossos caminhos, lado a lado.

Agradeço, também, ao Pedro Costa e ao Rafael Stremel, meus queridos amigos de graduação, que tanto me auxiliaram em momentos conturbados, e que sempre estiveram nos mais felizes. Às minhas companheiras de mestrado, Gabriela Varella, Fernanda Valiati e Isabella Castro. Que alegria foi conhecer e contar com cada uma de vocês. No meio de tantas conversas filosóficas e brincadeiras monotemáticas, há muita lealdade, respeito e admiração. Obrigada por aparecerem em um contexto tão necessário.

Ao Adroaldo Agner Rosa Neto, que além de um grande amigo, é o corretor e consultor oficial de meus trabalhos acadêmicos — prova inigualável da confiança e admiração que tenho. Obrigada por todo o carinho e paciência. Ao Ricardo Calderón, misto de amigo e professor, que com muito humor e ensinamentos foi meu parceiro no mestrado. Dirijo as mesmas palavras à querida Camila Bottaro.

Ao João Guilherme Gebran, pela ajuda no recorte do tema, e, em especial, pela tão natural amizade. À Luisa Hapner, Vitória Segato, Mariana Valentim e ao Luan Saltori e Lucas Pereira, pela lealdade de muitos anos.

A cada membro do escritório Assis Gonçalves, Kloss Neto, Advogados Associados, e, por todos, agradeço o Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, pelo suporte acadêmico e incentivo usual. É uma honra compartilhar os corredores ao lado de advogados tão competentes. Estendo os agradecimentos aos meus queridos colegas (ousou dizer: amigos!) Gisele Bolonhez e Carlos Derenne, por tornarem a rotina mais leve.

Agradeço, por fim, ao meu tio, Marcos Nader Amari (*in memoriam*), pelos últimos momentos compartilhados comigo. Acabei trocando algumas horas de estudo para estar em sua companhia. Se pudesse, faria tudo novamente. Estes e muitos outros momentos jamais deixarão minha memória.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo realizar uma abordagem crítica sobre os contratos *built to suit*. Para tanto, resgata sua origem no comércio e sua inserção na Lei de Locações, por meio do art. 54-A. Partindo de sua base normativa, qualifica-se e aborda-se o *built to suit* como um contrato atípico misto. Com essa premissa, propõe o regime jurídico cabível e a compatibilidade à Lei de Locações. O trabalho avalia o papel da autonomia privada para o fim alcançado pelos contratantes, destacando que a interpretação do contrato *built to suit* deve considerar as peculiaridades dessa operação econômica, a exemplo da necessidade de respeitar a duração do contrato. Por fim, analisa a possibilidade de revisão dos contratos *built to suit*, tanto na perspectiva da Lei de Locações, quanto do Código Civil. A dissertação demonstra que a revisão proposta pela Lei de Locações é incompatível com o *built to suit*, mas que é necessário verificar se outros fundamentos podem ser elencados para o estudo sobre a revisão desse contrato, desde que impactado o vínculo contratual.

Palavras-chave: Contratos *built to suit*; Atipicidade; Lei de Locações; Revisão contratual.

ABSTRACT

This dissertation seeks a critical approach to built to suit contracts. To this end, it will trace their origin in trade, as well as its inclusion in the Brazilian leasing law through article 54-A. Given their normative grounds, this study qualifies and addresses built to suit as mixed atypical contracts. Thereby, it posits the applicable legal regime to built to suit and its compatibility with the Brazilian leasing law. It also evaluates the role of private autonomy in the outcome sought by the contractors, emphasizing that the interpretation of the contract must consider the particularities of the economic operation, such as the need to comply with the duration of the contract. Finally, the possibility of contractual revision of built to suit contracts is analyzed from the perspective of both the Leasing Law and the Civil Code. The dissertation concludes that the revision proposed by the Brazilian leasing law is incompatible with the built to suit, but that it is necessary to verify whether other grounds could be included in the studies on the revision of this type of contract, insofar as the contractual relation is affected.

Keywords: Built to suit contracts; unregulated contracts; Brazilian leasing law; contractual revision

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i>	21
1.1 CONCEITO.....	21
1.2 ORIGEM LEGISLATIVA.....	25
1.3 QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	30
1.3.1 TIPICIDADE E ATIPICIDADE	30
1.3.2 CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i> COMO CONTRATOS ATÍPICOS MISTOS	46
1.4 CONTRATOS <i>BUILT TO SUIT</i> COMO CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO	55
1.4.1 A IMPORTÂNCIA DO TEMPO NOS CONTRATOS	55
1.4.2 A NECESSIDADE DE TEMPO RAZOÁVEL AO RETORNO DO INVESTIMENTO DO EMPREENDEDOR.....	62
2 O <i>BUILT TO SUIT</i> E A (IN) APLICABILIDADE DA LEI DE LOCAÇÕES	66
2.1 O REGRAMENTO DA LEI DE LOCAÇÕES	67
2.2 O DIREITO MATERIAL	71
2.2.1 REGISTRO DO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> E A CLÁUSULA DE VIGÊNCIA	79
2.3 TUTELAS PROCESSUAIS	83
2.3.1 AÇÃO RENOVATÓRIA	84
2.3.2 AÇÃO DE DESPEJO	85
2.4 A EXTINÇÃO CONTRATUAL E O PODER DE DESLIGAMENTO: ART. 54-A, §2º, LEI DE LOCAÇÕES.....	86
2.4.1 DENÚNCIA, RESILIÇÃO: O ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL	86
2.4.2 ESPECIFICIDADE DA CLÁUSULA PENAL NO CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i>	88
2.5 AFASTAMENTO DA LEI DE LOCAÇÕES	93
2.5.1 A SECURITIZAÇÃO.....	93
2.5.2. DIREITO DE SUPERFÍCIE	99
3 A REVISÃO CONTRATUAL E SUA APLICAÇÃO AO <i>BUILT TO SUIT</i>	102
3.1 A REVISÃO NA LEI DE LOCAÇÕES E A RENÚNCIA À REVISIONAL DE ALUGUEL	102
3.1.1 ANÁLISE EM PROFUNDIDADE	107

3.2 APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO CIVIL	109
3.2.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS DA REVISÃO	109
3.2.2 O ALCANCE DOS DISPOSITIVOS	120
3.3 INTERPRETAÇÃO E INTERVENÇÃO AO <i>BUILT TO SUIT</i>	128
3.3.1 APLICAÇÃO EM UM CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDADE.....	140
3.3.2 REVISÃO DA CLÁUSULA PENAL.....	148
3.3.3 CLÁUSULAS DE ADAPTAÇÃO.....	150
NOTAS CONCLUSIVAS	157
REFERÊNCIAS	161

INTRODUÇÃO

A figura do contrato foi por muito tempo ligada à ideia de vontade, expressão máxima da liberdade e igualdade individuais. O sujeito de direito, detentor de autonomia, manifestava-a por meio de um instrumento contratual. O *acordo de vontades* era inatingível e inabalável, nos moldes especialmente fulcrados na teorização francesa da Modernidade, isso porque “[...] o código dos franceses visualiza o contrato como símbolo ou metáfora da garantia conferida aos indivíduos em sua nova relação com o Estado, a *volonté générale* aparecendo aí como fonte e elemento das relações jurídicas de Direito Público e Privado”¹.

Anos mais tarde, a Alemanha, com o BGB, traria um conceito jurídico abstrato mais abrangente que o contrato: o negócio jurídico, espaço primeiro em que a expressão da autonomia privada ganha papel nuclear. O Código Civil de 2002, em alinhamento ao de 1916, abraçaria a divisão das matérias do Código Civil, em parte geral e parte especial², nos moldes propostos pelos alemães, bem como conferiria título específico ao tema dos negócios jurídicos. Mas entre um cenário e outro, muito aconteceu.

Com mudanças sociais e econômicas ocasionadas no início do século XX, com especial atenção à Primeira Guerra Mundial, houve a superação da ideia voluntarista do contrato, com o deslocamento da relação contratual “da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança”³, elemento essencial à incorporação da boa-fé objetiva aos tratos sociais. E, com isso, o instituto do negócio jurídico sofreu severas críticas quanto à sua pertinência dentro da cultura jurídica. Muito se questionou sobre sua capacidade de englobar as mais variadas relações surgidas à época. Francesco Galgano, em escrito do início do século XXI, elaborou texto denominado *o crepúsculo do negócio jurídico*⁴, no qual evidenciou a suposta superação desse modelo teórico.

Na mesma linha, no Brasil, José Alexandre Tavares Guerreiro, em escrito datado de 1978, apontou que existiria uma *crise* do contrato, “o que não significa, porém que novos conceitos não

¹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, 1992, p. 23.

² Sobre o tema: MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto do Código Civil. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, 1999, ps. 5-11; MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1997, ps. 71-97.

³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, 1992, p. 32.

⁴ GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. In: *Revista Derecho & Socied*, n. 16, 2001.

p[udessem] vir a se firmar gradativamente na dogmática contratual”⁵. Orlando Gomes, na década de 1980, também escrevera que o negócio jurídico, fruto de um ideário liberal, estaria em decadência. A convicção do jurista sobre a desnecessidade do negócio jurídico era tanta que afirmou que “já seria possível esboçar uma composição sobre a ascensão e a queda de um conceito”⁶.

Especificamente em matéria contratual, Caio Mario da Silva Pereira, em 1982, relatou que, em razão das grandes mudanças ocorridas na disciplina contratual, a doutrina estava dividida entre aqueles que acreditavam que o instituto (i) não mais subsistia; (ii) subsistia da maneira clássica; (iii) subsistia de maneira prestigiada; (iv) subsistia, acompanhado de novas figuras, formando-se uma nova tipologia contratual⁷.

Longe de ser superado, o negócio jurídico e, notadamente o contrato foram remodelados, para que se pudesse, quiçá, afirmar que “quem diz contratual diz justo”. Em razão da contínua inovação na prática negocial é que se adotou “uma nova postura perante os contratos, e portanto, novas formulações de análise, compreensão e interpretação, decorrente na necessidade não só de se qualificar melhor as figuras contratuais [...] mas também de se dar proteção à parte mais fraca”⁸. Por esse viés, a intervenção do Estado nos contratos não deveria ser encarada como um fator de queda da categoria, “mas, ao revés, um elemento positivo de equilíbrio nas prestações respectivas, o que não apenas é justo e moral, como também essencial a própria valorização do contrato como negócio jurídico voluntário”⁹.

⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*. vol. 31. ano XVII, 1978, p. 78.

⁶ GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983, ps. 77-79.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito brasileiro. In: *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 131.

⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 24. Nesse sentido: “O Direito Privado reage positivamente a esse influxo moralizador, acolhendo restrições à autonomia da vontade e limitando a liberdade de contratar. Desde logo, observa-se que essas restrições e essa limitação objetivam não somente resguardar a equivalência das prestações nas relações contratuais como também atender a interesses externos a tais relações, identificados como os interesses da coletividade e do bem comum” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*. vol. 31. ano XVII, 1978, p. 77).

⁹ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. São Paulo: *Revista de Direito Mercantil*. vol. 31. ano XVII, 1978, p. 79. Afirma Marcos Bernardes de Mello que “a ampliação da interferência estatal na regulação de questões tradicionalmente inseridas na área dos interesses privados, com a redução proporcional do poder individual, e a massificação das relações sociais, são dados suficientes para demonstrar que a concepção clássica do conceito de negócio jurídico é insuficiente para explicá-lo tal qual hoje se apresenta” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 238).

A relevância do estudo sobre o negócio jurídico em suas particularidades e por meio da tripartição dos planos do fato jurídico emergirá da análise do objeto desta dissertação, que é a modalidade contratual chamada de *built to suit*. Fruto de práticas comerciais e com origem norte-americana, o *built to suit* surge como prova concreta de que a funcionalidade do negócio jurídico persiste até a contemporaneidade e de que a autonomia privada é a chave para qualificação e a interpretação dos contratos.

Em linhas gerais, o contrato *built to suit* concretiza-se quando um empreendedor adquire, constrói e/ou reforma um terreno/imóvel nos moldes parametrizados pelo usuário, conferindo-lhe o gozo e o uso da coisa. O usuário, por sua vez, retornará monetariamente o equivalente ao uso e ao investimento realizado pelo empreendedor em uma contratação de longa duração, a fim de que a equação econômica do contrato seja estabelecida. Com o crescimento do mercado imobiliário, o *built to suit* é importado ao Brasil e se apresenta como investimento atrativo.

Esse modelo de negociação advém de uma concepção de que o uso do imóvel faz mais sentido a determinados setores do que a propriedade desses bens¹⁰. Ao invés de um banco, por exemplo, imobilizar seus ativos na compra e reforma de um imóvel, irá delegar tal prestação a uma construtora, uma incorporadora, ou, até mesmo, a um fundo de investimento, que fará a construção customizada àquele banco. Quer isso dizer que a instituição financeira poderá enviar o projeto do empreendimento para que o empreendedor possa conformar o imóvel ao *layout*, segmentações e especificidades pretendidos.

Quando abrangido pela realidade comercial brasileira, o *built to suit* foi alvo de questionamentos a respeito de sua natureza jurídica. Em razão de envolver uma construção e posteriormente a cessão do uso e fruição do imóvel, seria caso de considerá-lo um contrato de empreitada seguido de locação? De empreitada apenas? De locação apenas? Seria o *built to suit* uma locação diferenciada? Um contrato atípico? Um contrato de empreitada cumulado com locação?

Antes que fosse alvo de projeto de lei, sua atipicidade era notória e os textos sobre esse assunto assim o retratavam. Com a superveniência da Lei 12.744/2012, houve a inserção de dispositivo a respeito do *built to suit* na Lei de Locações, e mais dúvidas a respeito do tema surgiram. Afinal, a Lei de Locações é diploma legislativo advindo de um cenário de crise

¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421.

habitacional e que tem por escopo maior a proteção do locatário¹¹. Parece inafastável a constatação de que as instabilidades que atingem o setor das locações impactam toda a sociedade. A intervenção estatal é, dentre outros fundamentos, patente em razão do problema social da falta de moradia e da necessidade de dar maior guarida a quem o ordenamento entende por “parte mais fraca” — ainda que tal dado não seja uma verdade absoluta.

O que se percebe dos escritos sobre o *built to suit* é a tratativa do contrato sem que se considere sua função sócio-econômica total. Ao revés, costumeiramente o olhar sobre o *built to suit* se dá apenas no que tange ao aspecto imobiliário. Daí sua inserção na Lei de Locações.

Em razão da necessidade de conferir ao *built to suit* o pertinente regime jurídico é que se põe em debate a sua possível tipicidade ou atipicidade. Há uma tendência comum de tentar aproximar os novos negócios mercantis às figuras existentes no ordenamento jurídico, isto é, ao regime dos contratos típicos. Ocorre que essa “paixão do típico”¹², apesar de trazer uma aparente segurança comercial e jurídica, anda na contramão do que a criatividade negocial, expressão da autonomia privada, imprime no tráfego mercantil, podendo, inclusive, trazer soluções injustas. Considerando as rápidas trocas comerciais e a crescente digitalização do mundo, seria de esperar, na realidade, uma *crise da tipicidade*. É o que seria o usual em tempos de mudanças sociais e expansão do Direito Privado¹³, ainda que isso não corresponda ao que de fato acontece.

Dessa forma, se a condução de um contrato atípico a um típico pode aparentemente resolver o problema da disciplina legal a ele aplicável, também conduz ao risco de desatender à vontade das partes, desnaturando os interesses perseguidos pelos contratantes¹⁴. Além da disfunção do negócio, viola-se o próprio ordenamento, que expressamente permite a estruturação de negócios atípicos.

Determinadas operações econômicas transcendem aquelas previstas pela legislação, portando estrutura ditada pela autonomia privada a fim de que se atinjam finalidades específicas.

¹¹ “Em se tratando de locação para fins residenciais e não-residenciais, a disciplina desses contratos experimentou profundas modificações decorrentes dos interesses sociais em conflito”. (MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do Direito Civil brasileiro: das origens aos dias atuais. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, 1993, p. 222).

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 184.

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 18.

¹⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 410.

Afinal, “a vida é mais rica do que a tipificação jurídica”¹⁵. O contrato, enquanto categoria jurídica clássica do Direito, remodela-se e surge, muitas vezes, como resposta dinâmica a amparar o poder de criação dos sujeitos de direito. No final do século passado, a doutrina atentava-se aos novos tipos contratuais, como o *leasing*¹⁶, a franquia, os cartões de crédito, e o *factoring*¹⁷. O modelo contratual escolhido para o trabalho também é fruto dessa época, mas teve recepção mais tímida no ordenamento brasileiro. Vicente Ráo, em parecer datado de 1956 a respeito do contrato de empreitada, explicitou que não obstante a lei indicasse e disciplinasse tal contrato, não haveria impedimento de que fossem acrescidas “segundo as circunstâncias, convenções outras, acessórias ou não, reunindo, em uma relação jurídica mista, vários tipos contratuais, para melhor conseguirem a realização do fim por elas visado, segundo os seus recíprocos interesses”¹⁸.

O contrato *built to suit* é exemplo de que, não apenas é impossível impedir que novas molduras contratuais surjam, mas é preciso, muitas vezes, se descolar dos tipos, dando-se abertura para que o atípico transpareça e os interesses contratuais pactuados prevaleçam sobre a aparente segurança ofertada pela tipicidade. Tomada como premissa uma qualificação e interpretação totalizantes dos contratos, é preciso verificar se aquele negócio em concreto se trata de um contrato de locação, em razão de sua inclusão na Lei de Locações, ou, antes, de um contrato misto, já que parece condensar elementos de outros negócios jurídicos típicos, subsistindo uma causa própria, com uma função econômica diversa¹⁹.

Daí a importância do estudo da teoria sobre os contratos atípicos e qual o regramento jurídico a eles adequado. Adianta-se que, até hoje, não existe uma teoria perfeita sobre o tema, de modo que a digressão sobre o assunto é rica em facetas e varia a depender da interpretação adotada pelo operador do Direito. Antes ou depois da Lei 12.744/2012, a discussão permanece relevante.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 175.

¹⁶ “Verdadeiro contrato *misto* terá constituído, entre nós e noutros países europeus, durante algum tempo, o chamado contrato de *leasing* que, numa das suas modalidades mais frequentes, envolvia uma associação curiosa de prestações do contrato de locação com prestações da compra e venda ou do compromisso de compra e venda”. (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000, p. 279).

¹⁷ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 20.

¹⁸ RÁO, Vicente. Empreitada – Modalidades de contrato. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 6, 2011, ps. 317 – 326.

¹⁹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 479.

Como se sabe, não é o *nomen iuris* que define a qualificação jurídica, não vinculando o intérprete²⁰. E, também, não é a existência de um nome legal que implica a tipificação de um contrato²¹.

Para tanto, foram resgatadas as lições dos Direitos italiano e português, demonstrando-se que a tipicidade se vincula à qualificação jurídica. Muitos critérios já foram propostos para a qualificação de um contrato, havendo aqueles que buscam aproximar os elementos essenciais do contrato “base” àquele novo modelo contratual, num método de subsunção, e a teorização *tipológica*, que imprime a necessidade de averiguação de índices do tipo, como a causa e a finalidade contratual.

Nesse conjunto de teorizações sobre os contratos atípicos mistos, existem discussões a respeito do regime jurídico adequado a esses negócios jurídicos. Na teoria dos contratos, já houve quem defendesse que ao contrato atípico misto devesse se aplicar o regramento do tipo “prevalente”, em um método de absorção das demais características. Ou, ainda, quem pugnassem pela combinação dos regimes jurídicos dos tipos apresentados, e assim por diante.

A qualificação jurídica do *built to suit* é, portanto, ponto chave para que se compreenda as dificuldades do tema. Afinal, se considerado que o *built to suit* é locação, cumpriria afirmar que as disposições existentes na Lei de Locações a ele se adotam. Mas se tomada a premissa que se trata de um contrato atípico, é necessário ponderar quais dispositivos a ele são aplicados e qual a interpretação a ser dada levando-se em consideração sua função econômico-social.

Após o juízo de qualificação, a interpretação torna-se relevante, “isso porque a interpretação [...] está referida aos elementos volitivos do negócio jurídico. Compreender essa atividade de interpretação [...] é, por isso, tema indissociável da própria noção de negócio jurídico, como instrumento da autonomia privada”²². Dessa forma, além do exame do próprio contrato, cumpre interpretar adequadamente os enunciados normativos sobre o tema. Para que seja possível o juízo hermenêutico para determinada realidade atual, necessário verificar, também, os fatores

²⁰ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, 408. Também em: MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 170.

²¹ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 222.

²² GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 332.

metajurídicos inerentes à atividade hermenêutica, como o contexto histórico, as soluções ofertadas pelo sistema jurídica durante o transcurso do tempo, além, é claro, da própria letra da lei²³.

Em razão das peculiaridades do *built to suit*, também será evidenciado que o contrato é “uma instituição cronotópica”²⁴. Os sujeitos de direitos, em um ato de *previsão do futuro*, contratam acreditando saber o que acontecerá em um cenário de normalidade e, com isso, assumem riscos. Afinal, o futuro é incerto. Conforme se verá ao longo do texto, compõe a causa do *built to suit* o tempo contratual. Daí a importância de eventualmente caracterizá-lo como um contrato de longa duração. O tempo é importante a todos os contratos que apresentam um espaçamento entre o momento genético e o momento funcional, isto é, em todos os contratos não instantâneos. No *built to suit*, o tempo torna-se essencial em razão da necessidade de o usuário retornar ao empreendedor o valor por ele investido para a compra, reforma, ou construção do imóvel, tendo em vista a precificação do montante a ser devido nos anos contratados.

No primeiro capítulo da dissertação, portanto, o contrato em espécie será analisado, conceituado e qualificado, a fim de que seja delineado o regime jurídico aplicável. Nesse mesmo contexto, será apresentada a importância do elemento temporal para a correta interpretação do *built to suit*, em razão de sua natureza de costumeiramente ser contratado por um longo prazo.

Nessa oportunidade, será demonstrada como a função econômico-social do *built to suit* é extremamente distinta daquela existente na locação de imóveis urbanos. Isso se dará em razão de a interpretação dos negócios jurídicos precisar ser feita por meio de uma hermenêutica totalizante relacionada ao tipo e causa contratual, isso porque “a interpretação das declarações de vontade não exaure o que é revelável nos negócios jurídicos se não se tem como interpretação a explicitação da tipicidade do contrato e do que se uniu, internamente, ao tipo do contrato”²⁵.

Com esse panorama conceitual a respeito do *built to suit*, em um segundo momento da dissertação será possível analisar a compatibilidade do contrato à Lei de Locações, inclusive naquilo que toca às tutelas processuais. Não há como ignorar tal discussão: o *built to suit* foi lá inserido e o art. 54-A enuncia que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas” na Lei de Locações.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, 1992, p. 30.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, 2010, p. 01 (versão digital).

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 330.

Em seus parágrafos, o art. 54-A permite a pactuação da renúncia à ação revisional de aluguel, além de excepcionar a regra do art. 4º, que enuncia que em caso de desligamento do vínculo pelo locatário será devida multa proporcional ao tempo do contrato. Com a inserção do art. 54-A, §2º permite-se aos contratantes a previsão de cláusula penal com o teto correspondente à soma das prestações vincendas.

A discussão ganha maior relevância quando se percebe que se está diante de uma norma de ordem pública. Dessa forma, o entendimento pelo afastamento das regras lá inscritas precisa ser fundamentado, devendo-se compreender, também, por qual razão o legislador previu regra diversa a respeito da cláusula penal no *built to suit*, e possibilitou a renúncia à ação revisional de aluguel.

De maneira notadamente distinta ao que se dá em uma locação de imóvel urbano, o campo usual de apreço do *built to suit* é o empresarial, tomando-se como premissa, na dissertação, a contratação entre comerciantes. A assimetria dita como fisiológica na Lei de Locações entre locador e locatário será notadamente patológica se transportada ao *built to suit*. Isso é facilmente verificável se se pensar na possibilidade de um “locatário” do *built to suit* requerer, após três anos de vigência do contrato, a revisão do aluguel consoante o preço de mercado (art. 19, da Lei de Locações). Dessa forma, a precificação de riscos em um contrato *built to suit* é substancialmente distinta daquela empregada em uma locação de imóvel urbano. Afinal, como regra, as contratações entre comerciantes são paritárias e simétricas (art. 421-A, Código Civil).

O legislador, atento às principais problemáticas envolvendo o negócio, inseriu na Lei de Locações a possibilidade de renúncia à ação revisional de aluguel (art. 54-A, §1º) e, também, excepcionou a regra do art. 4º, segundo a qual, havendo denúncia do contrato, será devida multa proporcional ao tempo de contrato, enunciando que a cláusula penal, no *built to suit*, tem um teto: a soma dos valores que o usuário receberia ao fim do contrato. Com isso, tentou-se garantir o investimento realizado pelo empreendedor e evitar comportamentos oportunistas. Como se percebe, a própria legislação, ao assim proceder, explicita a diferença essencial entre um contrato e outro.

Na sequência, será enfrentado o tema da revisão contratual e sua relação com o *built to suit*. Nacionalmente, ganhou força a ideia de que a revisão contratual é incompatível ao *built to suit*. Partindo-se da premissa de que os contratos de longa duração comportam maior revisão, dada à incompletude do vínculo, questiona-se o suposto paradoxo existente, se for considerado que o *built to suit* eventualmente pode ser reputado como de longa duração.

Para tanto, serão analisados os pressupostos da revisão contratual, tanto na Lei de Locações, quanto no Código Civil. A revisão é instituto jurídico que teve especial importância no pós-guerra.

No Brasil, houve a importação da teoria italiana da onerosidade excessiva com elementos da teoria da imprevisão. De uma maneira geral, compreende-se que um contrato pode ser revisado se presente um fato extraordinário e imprevisível superveniente, apto a quebrar a relação sinalagmática instaurada no momento genético.

O tema da revisão tem ganhado atenção. Em 2019, a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) evidenciou uma preocupação sobre o assunto. Foi alterado o Código Civil para constar duas ideias principais: a de que a revisão contratual é excepcional e limitada, e que em contratos paritários devem ser respeitadas as estipulações acordadas. A mudança parece ter ocorrido em razão da preocupação com a banalização desse instituto jurídico.

Assim, muito embora não tenha modificado os requisitos para que seja possível o pleito da revisão por alteração das circunstâncias, foi alterada a política legislativa a respeito do tema, com o objetivo de contenção das numerosas demandas revisionais enfrentadas pelo Poder Judiciário. A intervenção estatal em contratos evidenciou uma necessária separação entre a interpretação a ser dada àqueles contratos realizados entre sujeitos paritários e quando há uma parte considerada vulnerável.

No cenário internacional, a revisão também está na ordem do dia. Muito se discute sobre um suposto direito de renegociação. Houve a consagração da *hardship*²⁶ e dos contratos de duração nos princípios UNIDROIT²⁷.

Como não poderia ser diferente, a revisão ganhou especial relevo com a pandemia da Covid-19. Em razão da grave situação enfrentada nacionalmente, o Projeto de Lei 1179/2020 foi criado para que, transitoriamente, pudesse vigorar durante o período da crise. Evidentemente, o tema da revisão esteve presente no art. 7º, refletindo-se o antigo posicionamento jurisprudencial de que a inflação, alteração do padrão monetário etc., não são eventos imprevisíveis. Trata-se de mais uma investida legislativa que demonstra a centralidade do tema no Direito Civil Contemporâneo e

²⁶ O termo *hardship* traz a concepção de uma dificuldade geradora de incômodo. Especialmente no Direito Internacional, situações que configuram *hardship* são clausuladas, a fim que sejam previstas e reguladas tais alterações no vínculo contratual. Os negócios que comportam a *hardship* podem estipular quando tais acontecimentos se daria, isto é, o que configuraria a *hardship*. Na superveniência de tais situações, haveria uma renegociação do contrato.

²⁷ Os princípios UNIDROIT são normas de Direito Internacional criadas pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado na tentativa de uniformização do Direito Comercial Internacional.

a importância de seu correto entendimento para pertinente aplicação, especialmente no contexto pandêmico em que houve alteração da situação econômica das partes contratantes em diversos setores.

Com a recente promulgação de normas que atestam a excepcionalidade da intervenção estatal em matéria contratual, a exemplo da Lei da Liberdade Econômica, e da inscrição do art. 54-A, parágrafo primeiro, na Lei de Locações, será analisado de que modo pode ser concebida a revisão no *built to suit*. Para a referida abordagem, as premissas adotadas nos capítulos anteriores são essenciais. A importância do tempo no contrato, sua atipicidade e a possível incongruência das normas locatícias em contrato paritário levam a discussão a outro patamar. Os sujeitos contratam em razão de interesses. Logo, saber como manejar os interesses em momentos de perturbação da prestação é essencial ao *built to suit*.

Adianta-se que em contratos sinalagmáticos com maior duração, espera-se dos contratantes um relacionamento de maior reciprocidade e confiança, pautado nos ditames da boa-fé, isso porque “os contratantes comprometem-se reciprocamente, isto é, ‘prometem com’ o outro e para o outro”²⁸. Afinal, o contrato equaciona declarações negociais contrapostas e convergentes em função de uma operação econômica²⁹. Assim como a *obrigação é um processo*³⁰, a declaração de vontade dos contratantes não é estática, moldando-se à realidade social, e “o espírito do contrato há de evoluir para adaptar-se aos fatores circunstanciais que subordinam os contraentes no instante do cumprimento”³¹.

O presente tema traz discussões de ordem prática e teórica. Foram resgatadas doutrinas essenciais do Direito Civil para que o correto regramento e interpretação fossem conferidos ao *built to suit*. A dissertação passa pelas mais variadas concepções de contrato ao longo da tradição civilística. Desde os primórdios das teorias acerca dos tipos, passando pela possibilidade de criação de tipos pela autonomia privada, até a estruturação de uma operação moderna, com o resgate de

²⁸ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 369.

²⁹ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Comentários ao art. 1º da Lei 8.245/91 In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos* (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991). São Paulo: Saraiva, 1992, p. 06.

³⁰ Clóvis do Couto e Silva, em sua obra “Obrigação como processo”, traz ao Direito brasileiro a concepção de que a obrigação deve ser compreendida como uma totalidade desdobrada em princípios como a autonomia privada e a boa-fé. Esses princípios dão a tônica necessária para a compreensão da obrigação como processo até que se chegue ao adimplemento.

³¹ SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 136.

teorizações a respeito da quebra do dogma da vontade com os pleitos revisionais. Ao longo da dissertação será demonstrado que não apenas o conceito de negócio jurídico é presente até os dias de hoje, mas que as formulações há muito construídas na Teoria dos Contratos acompanham as discussões recentes do Direito brasileiro.

Fica, como guia de leitura da dissertação, a inquietação exarada por Tulio Ascarelli, em uma de suas aulas no Brasil: “E, quando, com efeito, se apresenta um caso que não seja “standard” precisar-se-á para resolvê-lo, do jurista, e será necessário o conhecimento completo e rigoroso do instituto nos seus pormenores e nas sutilezas e complicações”³². Afinal, o Direito deve curvar-se à realidade social, não o inverso.

³² ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 228.

1 CONTRATOS *BUILT TO SUIT*

1.1 CONCEITO

O mercado imobiliário brasileiro passou por transformações na década de 1990. Após anos de muitas incertezas econômicas, o país deu início a uma fase econômica de maior estabilidade em razão do Plano Real, levando as empresas nacionais a inovar dada a abertura ao capital estrangeiro. Dentro do tema imobiliário, o ordenamento jurídico recebeu a Lei 9.514/1997, que instituiu a alienação fiduciária e o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI). Com o SFI, houve a possibilidade de emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, por meio do que se conhece por securitização.

Também com a Lei 9.514/1997, novas formas de financiamento foram criadas, no intuito de aquecer o setor imobiliário. Por meio do art. 17, abriu-se a possibilidade de garantia do financiamento pela hipoteca, cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis, e a tão conhecida alienação fiduciária.

Dentro desse contexto, em que o mercado imobiliário ganha destaque, outro movimento é incorporado ao país. As grandes empresas perceberam a importância de desmobilizar ativos e empregar esforços em suas atividades principais, utilizando-se de contratos que possibilitassem que outra pessoa ou empresa se responsabilizasse pela construção do espaço físico necessário à persecução de suas finalidades.

O contrato *built to suit* insere-se nesse panorama³³, sendo reflexo de como a criatividade negocial e as atividades de mercado constroem figuras contratuais diferentes das previstas pelo ordenamento jurídico. Esses empreendimentos são alvo de constante investimento no país, sendo fator de desenvolvimento da indústria e comércio brasileiro³⁴, com valiosa importância, de igual modo, ao mercado de capitais³⁵. Nesse contrato, pode-se moldar o imóvel para que os objetivos

³³ “Fundamentada na nova Lei, uma das formas que esse mercado mais vem utilizando, para originar créditos imobiliários de logo prazo, está sendo feita por meio das operações denominadas *built to suit*”. (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, p. 26).

³⁴ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 13.

³⁵ “Visto a necessidade de potencializar resultados e remunerar investidores, as empresas tem priorizado a aplicação de recursos financeiros em atividades que possam gerar fluxos de caixa em menor tempo. Por este motivo o investimento em imóveis, apesar de serem essenciais para o decurso das atividades operacionais, atua em desencontro com as expectativas do mercado e conduz as empresas a optar por alternativas como os contratos de locação BTS”

estratégicos do usuário sejam atingidos, sem que o empreendedor precise depender da disponibilidade de imóveis com o perfil que necessita³⁶.

No *built to suit*, um dos contratantes, usualmente denominado de *empreendedor*, é responsável pela reforma sob medida de um imóvel, ficando a cargo do outro contratante, comumente chamado de *contratante* ou *usuário*, a remuneração periódica ao primeiro. É, portanto, um negócio jurídico que envolve prestações comuns a outras modalidades contratuais, como a locação, a empreitada e, em determinados casos, a compra e venda. Importa destacar que o empreendedor tanto pode já ser o proprietário do imóvel, quanto pode adquiri-lo para a customização.

No *built to suit* são gerados dois produtos, tendo em vista que “para o usuário, trata-se especificamente de um produto imobiliário concebido para satisfazer uma necessidade e/ou desejo, e [...] para o empreendedor é uma oportunidade de investimento sem conotação especulativa quanto ao locatário, com lastro imobiliário e garantias contratuais definidas”³⁷. Pense-se, por exemplo, em redes de lojas de vulto, que possuem um padrão estético aliado a uma grande estrutura. O empreendedor moldará, às necessidades do usuário, o imóvel objeto do contrato. Em troca, o usuário contraprestará, por um longo período de tempo, o valor condizente ao uso e gozo do local, somado aos investimentos de construção realizados.

O contrato *built to suit* tem larga amplitude nacional, permitindo a desmobilização de ativos financeiros para que as empresas possam envidar esforços em sua atividade principal³⁸. Isso porque o contratante não aplica recursos para a compra e a construção do local, deixando a cargo do empreendedor a construção ajustada aos seus interesses — o que é vantajoso em razão do conhecimento prévio de quem é e como o contratante utilizará o imóvel. Fica implícita a ideia de

(MORRI GARCIA, Evelini, RAIMUNDINI, Simone, NEUMANN, Marguit, MORAES, Romildo. Evidências Empíricas Da Securitização No Financiamento De Empreendimentos Built to Suit. *Revista Universo Contábil*, v. 13, n. 1, p. 24–48, 2017, p. 30).

³⁶ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 21. Em igual sentido: “Por exemplo, uma instituição de ensino de São Paulo, cujo foco é fornecer educação de elevado nível, prefere concentrar investimento em tecnologia e formação de professores ao invés de arcar com aportes para a construção de seu *campus*”. (QUINAN, Paula Veit; NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic Youseff Ghazale. Contrato built to suit – origem e natureza jurídica. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações built to suit: a prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 102).

³⁷ CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, ps. 08-09.

³⁸ “Está sendo muito utilizado também aqui no Brasil, tendo em vista a política das empresas de não imobilizarem grandes capitais em grandes edifícios, sendo financeiramente mais compensador pagar alugueis e usar o dinheiro que seria empatado em imóveis em outras aplicações”. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07).

que o comerciante terá mais lucro se, ao abrir mais lojas, aluga ao invés de realizar a compra do espaço³⁹.

A escolha pelo *built to suit* dá-se pela concepção de que pagar um preço mensal diferenciado pode fazer mais sentido ao contratante do que ter de arcar com todas as despesas de construção e desenvolvimento customizado de um imóvel. O *built to suit* também traz a ideia de que, muitas vezes, o domínio sobre o bem é menos importante do que o direito de o explorar. Assim, o valor de uso tem mais importância que o valor da propriedade, da mesma maneira como ocorre nos contratos de *leasing*⁴⁰, também chamados de arrendamento mercantil.

No *leasing*, o arrendatário indica um bem para que o arrendador adquira. Faz-se um financiamento, e a posse do bem é entregue ao arrendatário. Ao final do contrato, pode (i) renovar o contrato, (ii) adquirir o bem pelo preço residual ou (iii) resolver o contrato. O arrendamento mercantil é muito comum para o uso de equipamentos e instalações de empresas e recebeu tratamento específico pela Lei 6.099/74. Assim, a ideia do *leasing*, à semelhança do que ocorre no *built to suit*, está fortemente atrelada ao objetivo de não imobilizar os recursos ativos das empresas, buscando-se valorizar o capital de giro.

Em sua tradução literal, o *built to suit* é um contrato em que se é *construído para servir*, dado que serão previamente estabelecidos requisitos de “localização, padrão construtivo, especificações técnicas, arranjo físico, legislação”⁴¹ ordenados pelo usuário. No Brasil, o termo é comumente conhecido pelo verbo *build* no passado, *built*. No mercado imobiliário opta-se pela sigla BTS⁴². No Projeto de Lei 6562/A, que antecedeu a legislação que inseriu dispositivo sobre o tema na Lei de Locações, houve a intenção de denominar o contrato como *de construção ajustada*, termo criticado por Gomide, para quem a melhor denominação em língua portuguesa seria *contrato de construção e locação sob medida*⁴³.

³⁹ ETTER, David G.; ETTER, Wayne, E. Built to suit: single-tenant retail construction. *Tierra Grande, the Real Estate Central Journal*. vol. 1.168. Texas, 1997.

⁴⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421.

⁴¹ CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 11.

⁴² GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

⁴³ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

Pode ser vantajoso para atividades que demandam grandes espaços, como hospitais, *shopping* center, escolas, laboratórios, supermercados, lojas de produtos diversos, edifícios comerciais, fábricas, entre outros. Pode ser utilizado, também, para a “retrofit”, que compreende atividade de reforma complexa⁴⁴ “[...] ou que precisa de reparos de vulto, para modernizar suas instalações e adaptá-lo a uma nova atividade empresarial”⁴⁵.

Mas a peculiaridade do *built to suit* não se limita a esse ponto. O contrato tem tomado corpo em razão de poder portar uma Companhia Securitizadora de recebíveis em paralelo, envolvendo um mercado de crédito auxiliar ao negócio. Quando assim é estruturada a negociação, há uma triangulação da operação. O empreendedor transfere seus créditos (advindos do pagamento parcelado do usuário) à securitizadora, e esta emite Certificado de Recebíveis Imobiliários e averba junto ao Registro de Imóveis no qual consta o *built to suit*. Esses créditos poderão ser levados ao mercado pela companhia, dando maior amplitude ao contrato. Dessa forma, existirá um mercado de crédito em conjunto, fator extremamente vantajoso para que o empreendedor capte recursos para implementar a construção e/ou reforma do imóvel.

Com esse panorama geral, especialmente considerando a mescla de prestações envolvendo o *built to suit*, e a grande peculiaridade dos contornos que esse contrato pode apresentar, adianta-se que interpretações segmentadas a apenas uma das modalidades contratuais “comuns” costumam ser equivocadas, apesar de essa ser a tônica de grande parte dos trabalhos sobre o tema.

Até o ano de 2012 não havia dúvidas a respeito da atipicidade desse modelo contratual. Afinal, configurando um contrato “novo”, inexistindo previsão legal, nem ao menos um “nome” legislado, parecia evidente que o regramento contratual deveria obedecer ao contratado, dando-se máxima prevalência à autonomia privada e às regras gerais sobre contratos inscritas no ordenamento civil.

Todavia, com a Lei 12.744/2012 houve a inserção do art. 54-A na Lei de Locações⁴⁶, norma referente ao *built to suit*. A partir daí, em razão de boa parte da doutrina considerar que o

⁴⁴ ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, ps. 103-104.

⁴⁵ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 270. (livro digital)

⁴⁶ 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

contrato se assemelha a uma locação de imóvel urbano, a atipicidade contratual foi posta em xeque e questionamentos a respeito do adequado regime jurídico surgiram.

Como será aqui abordado, o contrato *built to suit* deve ser interpretado por sua função socioeconômica total⁴⁷, isto é, deve ser analisado em seu “todo unitário”⁴⁸, não sendo possível análises parcelares. Dessa maneira, deve-se enxergar as obrigações decorrentes do *built to suit* num aspecto de totalidade, afastando-se interpretações que apenas consideram a prestação da locação.

1.2 ORIGEM LEGISLATIVA

Apenas com a Lei 12.744/2012 é que houve regulamentação do *built to suit* no Brasil. A lei decorreu dos Projetos de Lei 6.562/2009 e 356/2011, propostos na Câmara dos Deputados.

Ainda em 2009, o Projeto de Lei 6.562/2009 foi elaborado pelo Deputado Carlos Bezerra. Na exposição de motivos, constava que o contrato de locação traria regramentos inconciliáveis ao *built to suit*, incluída a ação revisional como hipótese problemática. De maneira simples, a ideia inicial do projeto de lei era um regramento próprio ao *built to suit*, dada sua incompatibilidade com a Lei de Locações.

Na proposição, o Deputado Carlos Bezerra enunciou que o *built to suit* demandaria que uma empresa não imobiliária contratasse uma construtora para que elaborasse um imóvel apto a atender as necessidades da primeira. Em contrapartida, a empresa locaria o imóvel por *longo período*⁴⁹. Explica o autor do projeto que o *built to suit* “[...] precisa ser longo de sorte a viabilizar o investimento do Empreendedor e assegurar, por um lado, o retorno dos recursos vertidos [...] por

que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

⁴⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 422.

⁴⁸ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t.2. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 176. Em idêntico sentido: “o negócio jurídico, enquanto expressão de racionalidade e modo de atingir um resultado [função], é uno. A causa ou fim objetivo do contrato realizada “uma só função econômica”. Essa unicidade há de presidir a interpretação contratual, sob pena de se chegar a conclusões incompatíveis com a eficiência que se espera da avença”. (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 382).

⁴⁹BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 60, de 2012. Rel.: Carlos Bezerra. Brasília, DF. *Senado Federal*. Diário publicado em 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4213373&ts=1594004157654&disposition=inline>>. Acesso em 11 out. 2020.

meio do pagamento dos aluguéis até o término do ajuste e, por outro, a fruição do imóvel pelo tempo de interesse da Ocupante”⁵⁰.

A atipicidade do contrato foi apontada pelo projeto. Carlos Bezerra mencionou o art. 425, do Código Civil para justificar a licitude de formulação de contratos atípicos pelas partes contratantes. O Deputado, todavia, destacou que o *built to suit* traria em seu bojo uma *relação locatícia incidental*, o que faria com que determinados sujeitos acreditassem que era devida a inserção desse regramento na Lei de Locações.

Explicou que em razão das minúcias do *built to suit*, algumas disposições da legislação locatícia seriam inconciliáveis, “[...] em especial aquelas atinentes ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória [...]”⁵¹. Percebe-se que nessa proposição houve a opção pela manutenção do caráter atípico do *built to suit*, “[...] restringindo-[se] a estabelecer que os dispositivos da Lei do Inquilinato não terão incidência, salvo se as partes dispuserem em sentido contrário”⁵².

Em resumo, propunha-se a inserção do art. 76-A na Lei de Locações, enunciando que, salvo disposição em contrário, não se aplicaria a Lei de Locações ao *built to suit*, descrito como “contratos em que a locação decorre[ente] de operações em que a contratada adquire ou constrói, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e cede a ela o uso do imóvel por tempo determinado”⁵³.

Esse projeto recebeu uma emenda legislativa em março de 2010, de autoria do Deputado Fernando Chucre. Em sentido bem diferente da redação original, foi proposta a inclusão do *built to suit* na Lei de Locações. A justificativa se deu em razão de o art. 54, da Lei de Locações já

⁵⁰BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 60, de 2012. Rel.: Carlos Bezerra. Brasília, DF. *Senado Federal*. Diário publicado em 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4213373&ts=1594004157654&disposition=inline>>. Acesso em 11 out. 2020.

⁵¹BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 60, de 2012. Rel.: Carlos Bezerra. Brasília, DF. *Senado Federal*. Diário publicado em 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4213373&ts=1594004157654&disposition=inline>>. Acesso em 11 out. 2020.

⁵²BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 60, de 2012. Rel.: Carlos Bezerra. Brasília, DF. *Senado Federal*. Diário publicado em 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4213373&ts=1594004157654&disposition=inline>>. Acesso em 11 out. 2020.

⁵³BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 60, de 2012. Rel.: Carlos Bezerra. Brasília, DF. *Senado Federal*. Diário publicado em 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4213373&ts=1594004157654&disposition=inline>>. Acesso em 11 out. 2020.

contemplar situações que comportam tratamento específico, como é o caso do *shopping center*. Desse modo, considerando o princípio da organização legislativa, lá seria seu lugar⁵⁴.

Foi nesse momento que o Projeto ganhou contornos muito semelhantes ao que hoje se tem na Lei de Locações. Na proposta feita pelo então Deputado Fernando Chucre, foi apresentado o art. 54-A, com a seguinte redação:

Art. 54-A: Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial, em que a locação decorra de operações em que a contratada adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pela contratante e loque a ela o imóvel por prazo determinado, prevalecerão às condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

Parágrafo 1º: Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis, durante o prazo de vigência do contrato de locação, assim como a indenização devida pelo locatário em caso de denúncia unilateral do contrato, desde que não exceda à somatória dos aluguéis a receber até o termo final contratado para a locação.

Parágrafo 2º: Serão livremente negociáveis pelo locador junto a terceiros, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado para a locação, na forma dos artigos 286 a 298 do Código Civil, responsabilizando-se o locatário pelo respectivo adimplemento.

Submetidos o texto original e a emenda proposta à Comissão de Constituição e Justiça no final de 2010, o Relator Índio da Costa, acolhendo a ideia da emenda, destacou que o *built to suit* é modalidade de *locação* que deve ser abrigada pela Lei de Locações. Isso porque, segundo ele, embora contrato muito utilizado internacionalmente, no Brasil seu desenvolvimento foi mitigado pela ausência de previsão legal, o que consequentemente geraria insegurança jurídica.

Dessa forma, o Deputado Índio da Costa enunciou a necessidade de observância da “soberania” (i.e. autonomia privada) dos contratantes e dos procedimentos da Lei de Locações⁵⁵, considerando o volume de contratações dessa modalidade que o Brasil estaria perdendo de realizar, por exemplo para a China, ao não fomentar tal contrato.

⁵⁴BRASIL, Câmara dos Deputados. Emenda EMC1/2012 ao Projeto de lei 6.562, de 2009. Autor: Fernando Chucre. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. 24 mar. 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=747915&filename=EMC+1/2010+CCJC+%3D%3E+PL+6562/2009> Acesso em 11 out. 2020.

⁵⁵BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 1 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Índio da Costa. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=828019&filename=Tramitacao-PL+6562/2009. Acesso em 11 out. 2020.

Posteriormente, esse projeto foi apensado ao 356/2011, de autoria do Deputado Júlio Lopes, que pretendia a alteração do art. 4º, da Lei de Locações e a inserção do art. 54-A. O art. 4º seria modificado para os seguintes termos:

Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o parágrafo 2º, do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou na sua falta, a que for judicialmente estipulada.

Já o art. 54-A, com redação um pouco diferente do projeto de 2009, passaria a consignar:

Art. 54-A: Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial e naquelas em que a locação decorra de operações em que o empreendedor adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pelo pretendente a locação, locando-o por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

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

Parágrafo 2º: Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este, a cumprir a multa que restar pactuada, que não excederá à somatória dos aluguéis a receber até o termo final para locação.

Parágrafo 3º: Serão livremente negociáveis pelo locador junto a terceiros, desde que devidamente registrado o Contrato de Locação nos Serviços de Registro de Títulos e Documentos, os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado para a locação, na forma dos artigos 286 a 298 do Código Civil, responsabilizando-se o locatário pelo respectivo adimplemento.

Com os projetos tramitando em conjunto, foram submetidos novamente à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, dessa vez sob relatoria do Deputado Ricardo Berzoini. Em seu parecer, enunciou que era medida pertinente o acolhimento do *built to suit*, uma “nova modalidade de contrato”, na legislação pátria, em razão de ser uma realidade contratual frequente. Sugeriu que sua denominação nacional deveria ser *contrato de construção ajustada*⁵⁶. Registrou, por fim, que o *built to suit* teria amparo diferente do da Lei de Locações, devendo prevalecer os ajustes entre as partes⁵⁷.

⁵⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 2 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Ricardo Berzoini. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914393&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em 17 out. 2020.

⁵⁷BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 2 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Ricardo Berzoini. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914393&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em 17 out. 2020.

Após emenda modificativa proposta pelo Deputado Edson Santos, em novo parecer, o Deputado Ricardo Berzoini reafirmou que o *built to suit* seria um contrato atípico, ajustando a proposta aos seguintes termos⁵⁸:

Art. 4.º. Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o parágrafo 2º, do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou na sua falta, a que for judicialmente estipulada. (NR).

Art. 54—A. Na locação de imóvel urbano destinado a fim não residencial e naquelas em que a locação decorra de operações em que o empreendedor adquira, construa ou reforme substancialmente, por si ou por terceiros, o imóvel indicado pelo pretendente a locação, locando-o por prazo determinado, prevalecerão às condições livremente pactuadas nos contratos respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”

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

§2.º 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.

§3.º. Os valores relativos aos aluguéis a receber até o termo final contratado, serão livremente negociáveis pelo locador junto a terceiros, desde que devidamente registrado o contrato de locação no registro de títulos e documentos da situação do imóvel, na forma dos artigos 286 a 298 do Código Civil, responsabilizando-se o locatário pelo respectivo adimplemento.”

A atipicidade do contrato também foi reafirmada pelo mesmo Deputado, quando atestou que “[...] as locações contidas no bojo destes contratos terão amparo diferenciado da lei locatícia [...]”⁵⁹. Isto é, no próprio parecer que propõe a inserção de um dispositivo de *built to suit* na Lei de Locações há o destaque ao fato de que o *built to suit* não é uma locação, mas contém, em seu bojo, uma prestação de locação. Essa ideia já vinha no início do projeto, quando se entendeu que o objetivo seria *tratar da locação nos contratos de construção ajustada*. Isto é, não seria propriamente a regulamentação do *built to suit*, mas da prestação da locação.

⁵⁸BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 3 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Ricardo Berzoini. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933169&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em 17 out. 2020.

⁵⁹BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 3 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Ricardo Berzoini. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=933169&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em 17 out. 2020.

Com o veto presidencial, o §3º do art. 54-A ficou excluído, em razão do entendimento de que haveria um ônus desnecessário ao contratante caso houvesse a exigência do registro do instrumento perante o Cartório de Títulos e Documentos⁶⁰.

Feitas essas análises, percebe-se que nos primórdios, muito embora fosse a intenção do legislador a diferenciação do *built to suit* da locação de imóvel urbano, os trâmites legislativos acabaram aproximando os dois contratos. Nesse contexto é que se inseriu dispositivo específico ao *built to suit* na Lei de Locações, com o destaque de que as disposições derivadas da autonomia privada na ordem do direito material prevalecem frente ao que se estipula na legislação protetiva do inquilinato.

1.3 QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

1.3.1 TIPICIDADE E ATIPICIDADE

O Direito Comercial é dinâmico e seu conteúdo é mutante, já que, dentre outros fenômenos, seu campo de abrangência se amplia “para contemplar as sempre emergentes figuras jurídicas criadas pela necessidade de regulação de novas técnicas de comercialização descobertas com o aperfeiçoamento ou aprimoramento das relações de negócio no mercado”⁶¹.

A qualificação é um juízo abstrato e normativo, é o “primeiro passo lógico frente a uma relação jurídica”⁶². A qualificação contratual advém de uma valoração jurídica segundo um critério distintivo da matéria contratual. A atividade de qualificar não se confunde com a de interpretar. Enquanto a interpretação baseia-se numa análise sobre o fato, a qualificação é uma avaliação jurídica abstrata.

A qualificação está diretamente relacionada à ideia de tipo. Pode ser definida como a operação lógica pela qual o intérprete, frente a um contrato concreto, reconduz, ou não, o instrumento negocial a um determinado tipo contratual⁶³. Sua principal função, portanto, é fixar a

⁶⁰ “Ao exigir que o contrato seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, o dispositivo cria ônus adicional, contrário à própria finalidade do projeto. Ademais, a supressão do dispositivo não obstrui a cessão de crédito nos termos da legislação vigente”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Legislação informatizada – Lei n 12.744/2012 – veto. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12744-19-dezembro-2012-774780-veto-138380-pl.html>>. Acesso em 17 out. 2020).

⁶¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 37.

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 28.

⁶³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 407.

disciplina jurídica correspondente⁶⁴. Assim, a qualificação dá-se pelo confronto do contrato em si considerado com a típica operação negocial, e a identificação desse tipo opera-se pela interpretação da norma, buscando-se o seu significado na realidade que irá regular⁶⁵.

A criatividade negocial ultrapassa o catálogo ofertado pela lei, de modo que novas e diferentes operações são realizadas, especialmente quando consideradas grandes e vultuosas partes contratantes. O modelo conferido pela legislação muitas vezes se mostra insuficiente para se atingir determinadas finalidades. Por isso, as regulamentações legais dos institutos jurídicos surgem após a manifestação destes na sociedade⁶⁶, buscando solucionar problemas gerados por necessidades sócio-econômicas. É por isso que os tipos são descobertos, e não inventados pela lei⁶⁷. O tráfico jurídico, portanto, além de tipicizar e corrigir o tipo, demanda *negócios jurídicos atípicos*⁶⁸.

Com o desenvolvimento da vida social, os usos e costumes ganharam função sistêmica⁶⁹, dado que se solidificaram em determinadas espécies de contratos, que a sociedade, por opção, tornou típicas, pela sua relevância. Muitos contratos, antes de adentrarem à lei, já detêm tipicidade social⁷⁰, isto é, se baseiam na percepção a partir da experiência, mas podem não corresponder ao

⁶⁴ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. (III, t. I). Milano: Giuffrè, 1988, p. 415.

⁶⁵ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, ps. 473-474.

⁶⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 15.

⁶⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 663.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. XXXVIII Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 502.

⁶⁹ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 378. E ainda: “Se a prática – a vida, em sua explicitação de exigências econômicas, sociais ou jurídicas – cria *tipos* novos, esses *tipos* novos são criações do direito consuetudinário; de modo que à base deles estão regras jurídicas novas, que enriquecem o direito objetivo. Se a prática – a vida, em suas combinações mais ou menos adequadas aos interesses de alguém, de algum momento, ou de algum comércio – apanha, aqui, o elemento de um tipo e, ali, o de outro, ou outros, criando *espécies* novas, nenhuma regra jurídica exsurge: o direito permanece tal qual ele é; apenas, em vez de se adotar um só tipo, se lança mão de dois ou mais, em uniões ou em mistura” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 63).

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 17. Nesse sentido: “A *tipificação social* de contratos também apoia sua origem nos usos e costumes, transformando negócios livremente encetados pelos agentes econômicos em *tipos socialmente reconhecidos*. Por exemplo, os contratos de concessão mercantil ou de distribuição comercial, nascidos da prática das empresas, são hoje pacificamente aceitos pela jurisprudência”. (FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 378); “Mas aqui, pelo menos no direito moderno, em vez de rígida tipicidade legislativa, [...], aparece, como vimos, uma outra tipicidade, que também desempenha sempre a função de limitar e orientar a autonomia privada, mas que, em comparação com aquela, é muito mais elástica na configuração dos tipos, e que atua remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social historicamente determinada: o que explica a proposta de se lhe chamar

que o Direito, incluídas a norma e a jurisprudência, contém. Os problemas criados socialmente demandaram uma regulamentação sistemática, que sempre é aperfeiçoada. Foram elaboradas, então, normas de direito positivo, além de estipulações contratuais. Daí vem a ideia de tipo, geneticamente imbricada a um modelo de operação econômica comum na vida em sociedade, e às necessidades a ela relacionadas⁷¹, como cristalização da realidade social⁷².

O tipo contratual é um modelo de operação econômica. A lei estabelece qual o regime mais adequado àquele determinado contrato⁷³. A expressão da liberdade de contratar ganha⁷⁴, nesse contexto, forte papel, pois uma das facetas da liberdade contratual é a liberdade de formulação de contratos atípicos⁷⁵ e, por consequência, de determinar o conteúdo contratual⁷⁶. Tullio Ascarelli, na década de 1940, afirmou que a possibilidade de formulação de contratos atípicos “[...] significa dar a qualquer fim econômico lícito um instrumento de realização e sancionar, por isso, não apenas uma liberdade de escolha, mas uma liberdade de livre iniciativa”⁷⁷. Se outrora o direito romano impunha fórmulas sacramentais para que um contrato subsistisse, ganhou força a concepção de que também era possível dar juridicidade aos contratos criados pelas partes, sem que houvesse correspondência a um conteúdo preestabelecido⁷⁸.

tipicidade social” (BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t.2. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 173); Ao tratar do *leasing*, Roppo utiliza o termo *tipicità social-giurisdizionale* (tipicidade social-jurisprudencial). (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 401).

⁷¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 473.

⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Petrony, 1968, p. 24. Abordando a insuficiência de categorias clássicas e fechadas do Direito, dita Lorenzetti que “[...] la disolución de las fronteras entre lo civil y lo comercial, así como la aparición del distingo entre contratos paritarios y de consumo, atacan al corazón de la clasificación de los códigos civiles y comerciales proponiendo un orden distinto del existente”. (A quebra das fronteiras entre o civil e empresarial, assim como a aparição de distinção entre contratos paritários e de consumo, atacam o centro da classificação dos códigos civis e empresariais, propondo uma ordem distinta da existente - LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 18).

⁷³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 397.

⁷⁴ “Essa formulação dos inominados ainda remanesce até hoje, nas classificações modernas para qualificar certos contratos não tipificados pela lei, em virtude da ampla liberdade contratual, que não se prende a um *numerus clausus*, podendo as partes livremente inventarem, por assim dizer, os tipos contratuais”. (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 53). E, ainda: “A liberdade de modelação do conteúdo contratual consiste na faculdade conferida aos contratantes de fixarem livremente o conteúdo dos contratos, celebrando contratos do tipo previsto no Código Civil, [...], ou estipulando contratos de conteúdo diverso dos que a lei disciplina”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 109).

⁷⁵ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 400; e também em: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 58.

⁷⁶ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 21.

⁷⁷ ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62.

⁷⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 31. ano XVII, 1978, p. 77.

Afinal, não podendo o legislador emitir normas sobre todos os tipos contratuais, um campo é aberto à liberdade das partes. Foi pelo exercício da autonomia contratual que surgiram as novas estruturas negociais. Frutos, portanto, da criação individual e voltados às necessidades da época⁷⁹. Essas novas formas demandam “[...] a seu tempo, uma regulamentação legislativa sistemática e peculiar”⁸⁰.

Logo, os negócios contratuais que não possuem tratamento jurídico próprio entram no campo do atípico. É por essa razão que o art. 425, do Código Civil possibilita, aos sujeitos de direito, a celebração desses negócios⁸¹⁻⁸². Assim como se dá em outras legislações, a exemplo da italiana, a possibilidade de firmar contratos atípicos é símbolo da autonomia contratual⁸³. Dita o art. 1.322 do *Codice Civile* que as partes podem estipular contratos atípicos desde que visem à concretização de interesses merecedores de tutela legal⁸⁴.

Dentro do campo obrigacional, há possibilidade de criação de contratos, desde que respeitados os limites legais. Funcionam de modo diferente os direitos reais, que estão todos delimitados pelo Código Civil (*numerus clausus*)⁸⁵.

Os tipos contratuais operam um juízo de conformidade do contrato celebrado (“*in concreto*”) ao modelo proposto, o que possibilita a aplicação de um regime jurídico preestabelecido, que, muitas vezes, oferece segurança jurídica às partes contratantes⁸⁶. A princípio, na legislação estarão dispostos os requisitos e os efeitos gerados pelos contratos, de modo que é confortável ao intérprete buscar soluções prontas nos diplomas normativos. Há uma aparente segurança jurídica na busca pelo típico.

Todavia, para que um contrato seja típico não necessariamente todos os elementos característicos serão preenchidos. O processo do tipo implica que embora falte alguma

⁷⁹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, ps. 16-17.

⁸⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 17.

⁸¹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁸² No Código Civil de 1916 não havia dispositivo semelhante, muito embora já houvesse a possibilidade de contratação de negócios atípicos.

⁸³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 477.

⁸⁴ Art. 1.322. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Tradução livre: As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei. As partes podem também celebrar contratos que não pertencem aos tipos que possuem disciplinas particulares, desde que visem à realização de interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico.

⁸⁵ Sobre o tema, ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Petrony, 1968.

⁸⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 06.

característica secundária, ainda assim é possível a conformação àquele contrato. Entre o tipo e a realidade social há uma fluidez. De igual modo, o preenchimento de todas as características do tipo não faz com que haja uma “subsunção”, pois imprescindível que haja relação entre as características e, também, que seja atendido ao sentido daquele tipo⁸⁷.

Isso significa que os tipos são abertos, elásticos e descritíveis. Não há, propriamente, uma subsunção. Suas características sofrem gradações. Se a definição do tipo requer muitos elementos, a elasticidade é menor. Na locação, por exemplo, há a necessidade da cessão do bem pelo locador e deverá haver uma contraprestação pelo locatário, sob pena de se estar diante de um comodato se falta a remuneração. Já no mandato, o caráter gratuito ou oneroso do contrato não desnatura o negócio, de modo que há maior elasticidade do tipo se comparado ao primeiro exemplo⁸⁸.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, as variações dão-se em um juízo de *mais ou menos*, e não de *sim ou não*. Essa avaliação é chamada de *juízo de correspondência*, e em razão dessa possibilidade de existirem contratos mais ou menos típicos é que surgem os contratos mistos⁸⁹.

Na mesma linha, Massimo Bianca explica que a simples não coincidência entre o regramento ofertado pela lei e o conteúdo escolhido pelas partes não é suficiente para não qualificar determinado negócio jurídico por aquele tipo. Antes, é preciso verificar se as partes afastaram os elementos bases para que aquele contrato seja daquele tipo. Há, dessa forma, um limite do qual as partes não podem derogar sem que desqualifiquem determinado contrato. Esse limite dá-se pela compreensão da operação econômica do contrato⁹⁰.

A compatibilidade entre os elementos distintos escolhidos pelas partes e o tipo é regular se os interesses adicionais são complementares ou acessórios ao interesse principal do negócio. A disciplina do contrato típico é aquela que melhor se adequa ao interesse da parte segundo um modelo⁹¹. Há um enlace, portanto, entre a norma, o conteúdo gerado pela autonomia privada e a função do contrato.

Tem-se, assim, que “[o] tipo [...] é um quadro, uma estrutura em que todos os momentos, elementos ou características estão na presença uns dos outros numa espécie de diálogo em torno de um ponto de referência que constitui o seu cerne”⁹². Na mesma linha, Pontes de Miranda já

⁸⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 42.

⁸⁸ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 404.

⁸⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, ps. 43-44.

⁹⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 476.

⁹¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, ps. 476-477.

⁹² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 45.

havia afirmado que os tipos não são rígidos e nem *tipos em si*, mas tipos que permitem que os negócios entrem, ou se prendam, ou se aproximem⁹³.

Tratando da diferença entre os termos *atípico* e *inominado*, Álvaro Villaça Azevedo explica que existem alguns contratos com *nome*, mas que não são nominados, pois não basta ter o nome, mas, sim, ter disciplina em lei. O contrato atípico é, enfim, aquele que não se amolda a qualquer dos tipos previstos em lei. “A atipicidade significa ausência de tratamento legislativo específico”⁹⁴. Por essa razão, o autor entende que *atípico* representa melhor a ideia do que *inominado*⁹⁵. De todo modo, a literatura jurídica costuma trabalhar os termos como sinônimos⁹⁶.

Justamente em razão de o tipo comportar gradações é que se questiona se o *built to suit* não seria meramente uma variação de um contrato de locação, questionamento ainda mais atual em razão da existência de dispositivo a respeito do *built to suit* no bojo da Lei de Locações.

Cumpre discorrer sobre tal ponto sob a perspectiva de duas linhas de raciocínio.

Na doutrina, é comum que seja analisado determinado contrato e sua tipicidade por meio de dois critérios de qualificação. De um lado, tem-se o método da subsunção baseado nos elementos essenciais do contrato. E, de outro, o critério tipológico, método que afasta a ideia de subsunção e determina que a qualificação deve se dar por um juízo de correspondência ofertado pelos índices do tipo.

Relativamente ao método que procura analisar a qualificação contratual por meio dos elementos dos negócios, exsurge a divisão entre elementos essenciais, naturais e acidentais.

Os elementos essenciais (*essentialia*) seriam aqueles elementos sem os quais o tipo não se subsumiria ou, por assim dizer, se qualificaria. São as características definidoras da classificação de determinado negócio em determinado tipo. Sem a correspondência, haveria exclusão àquele

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. T. III. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012, p. 120.

⁹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos uninominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 92.

⁹⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos uninominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 92.

⁹⁶ “Quando si parla di contratto tipico ‘sintendequindi contratto tipico legale o, com espressione equivalente, contratto nominato’”. (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 473). Tradução livre: “Quando se fala de um contrato típico, entende-se por contrato legalmente típico ou, com expressão equivalente, contrato nominado”; “[...] Sinonimo di <<típico/atípico>> è <<nominato/inominato>>: terminologia più aderente al linguaggio del vecchio codice, che all'art. 1107 definiva i contratti non appartenenti ad alcun tipo come contratti senza <<una denominazione propria>>” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, 399). Tradução livre: “Sinônimo de <<típico/atípico>> é <<nominado/inominado>>: terminologia mais aderente à linguagem do antigo código, que no art. 1107, definia o contrato não pertencente a qualquer tipo como um contrato sem <<uma denominação própria>>”.

tipo⁹⁷. Na compra e venda, por exemplo, seria o preço, o objeto, e a tradição do bem em razão do preço convencionado.

Os elementos naturais (*naturalia*) configuram o direito dispositivo do tipo, incluída a disciplina jurídica que seja *natural* ao tipo, “e por esse motivo se subentendem na falta de expressa declaração contrária”⁹⁸. Ocorrida a subsunção aos *essentialia*, é consequência, dentro dessa teoria, que os *naturalia* operem, pois é regime jurídico próprio ao tipo. Não se trata, aqui, da aplicação de normas de ordem pública. No tema dos elementos naturais, houve a escolha de determinado tipo contratual, o que implica um ato de autonomia anterior do sujeito de direito. Não é norma impositiva estatal, mas normas próprias ao tipo em razão da escolha do contratante por aquela vestimenta jurídica⁹⁹. No exemplo da compra e venda, seriam elementos naturais a transmissão da propriedade e as obrigações de entrega e pagamento do preço.

Por fim, os elementos acidentais (*accidentalita*) são definidos por exclusão, visto que tudo aquilo que não for elemento essencial ou natural será acidental. Justamente por não constituírem elemento imprescindível ao tipo é que precisam de pactuação¹⁰⁰. São exemplos o termo, a condição e o encargo.

Dentro da perspectiva adotada por Antonio Junqueira de Azevedo, os elementos são denominados gerais, categoriais e particulares.

No primeiro nível de abstração, os elementos gerais são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, comuns a todos os negócios. Descendo a abstração em um nível, os categoriais caracterizam a natureza jurídica do negócio jurídico, aquilo que é próprio a cada contrato. Por fim, os elementos particulares, que sempre serão voluntários, correspondem aos elementos acidentais.

A análise principal centra-se sobre os elementos categoriais, que podem ser essenciais ou inderrogáveis, definidores da essência do negócio. E, também, os elementos categoriais podem ser naturais, que, embora passíveis de afastamento, não mudam o tipo contratual. Para Azevedo, seriam os elementos categoriais aqueles definidores do regime jurídico aplicável a determinado negócio jurídico, não servindo a *causa* para tal fim¹⁰¹.

⁹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, ps. 80-82.

⁹⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 69.

⁹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, ps. 81-82.

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, ps. 82-84.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 152.

Com esse panorama, deve-se pensar quais são os elementos categoriais essenciais do *built to suit*.

O legislador, ao promulgar a Lei 12.744/12 trouxe determinadas características que podem ser reconhecidas como essenciais ao *built to suit*. O art. 54-A enunciou que o *built to suit* se trata de uma *locação não residencial de imóvel urbano*, em que o empreendedor deverá realizar a aquisição, construção ou reforma do bem.

Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, para que haja um contrato *built to suit* necessariamente haverá: “(a) o acordo entre os contratantes; (b) a estipulação da obrigação de fazer, adquirir, construir ou reformar determinado bem imóvel para cedê-lo ao uso e/ou fruição onerosamente;”, além da “(c) previsão do preço para pagamento pelo credor do uso e/ou fruição, mediante prestação que envolva a retribuição pelo uso e pelo investimento; (d) determinação de prazo para a cessão de uso”¹⁰².

Na locação, o núcleo conceitual do contrato possui três elementos: a) dever de prestar o uso e/ou fruição do imóvel, mediante a entrega do imóvel; b) dever de contraprestar a retribuição pela posse do bem; c) consentimento sobre a duração do programa de prestações; d) destinação do imóvel, se para fins residenciais, estadia temporária, ou fins comerciais¹⁰³.

Na empreitada, há uma obrigação de fazer seguida de uma obrigação de dar¹⁰⁴. A remuneração é essencial à empreitada, pois, se gratuito fosse, haveria doação. Dessa forma, seus elementos essenciais são o dever de construir a obra pelo empreiteiro, e, do outro lado, a contraprestação financeira pelo dono da obra.

Como é possível perceber, se tomado como base o método da subsunção, o *built to suit* não se trata de locação ou empreitada, pois a prestação que se assemelha à primeira (“c”) é complementada àquela própria da segunda (“b”). Nesse sentido, explica Zanetti que no *built to suit* “não há como pensar o negócio em duas etapas distintas. Constrói-se para alugar e aluga-se porque foi construído”¹⁰⁵, sendo essencial que a remuneração em prol do empreendedor também considere

¹⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 427.

¹⁰³ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991)*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 04.

¹⁰⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 243.

¹⁰⁵ ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, p. 113.

o valor a título de construção, diferentemente do que se dá na locação. Dessa forma, se analisados os elementos essenciais e naturais do *built to suit*, depreende-se que não é possível qualificá-lo como locação ou empreitada.

A possibilidade de renúncia à ação revisional de aluguel trata-se elemento categorial natural, por ser de livre convenção das partes mas própria do *built to suit*¹⁰⁶.

Nessa primeira análise, portanto, denota-se a atipicidade do contrato *built to suit*.

Como adiantado acima, a teoria dos elementos essenciais é criticada por Pedro Pais de Vasconcelos, para quem o método conceitual-subsuntivo traria inconsistências e não daria conta de responder à totalidade das modalidades contratuais existentes.

Para o pensamento tipológico, não há distinção entre elementos essenciais e naturais para a qualificação do contrato. Isso porque os elementos essenciais e naturais não são totalmente separáveis, como requer a teoria que adota os *elementos* como critério. Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, os elementos essenciais, além de qualificadores do tipo, podem trazer o regime jurídico (característica dos elementos naturais), e o inverso também ocorre. Isto é, os elementos naturais, além de definirem determinado regramento (efeitos), também poderiam qualificar¹⁰⁷. Dessa forma, não haveria segurança na adoção dessa perspectiva.

Na lógica tipológica a análise dá-se pelos *índices do tipo*, tendo em vista a inexistência de distinção entre os elementos¹⁰⁸. Esses índices do tipo englobariam todos os elementos, inclusive os acidentais, e seriam “[...] aquelas qualidades ou características que têm capacidade para o individualizar, para o distinguir dos outros tipos e para o comparar, quer com os outros tipos [...] quer com o caso”¹⁰⁹.

Os tipos são elásticos, mas é preciso reconhecer até onde é possível alargar sua correspondência. Isso porque o pensamento tipológico concebe a ideia de que a realidade deve ser encarada de maneira mais maleável, pois “propõe a assimilação de um determinado número aberto de dados característicos a partir dos quais torna-se possível observar em que medida determinada realidade pode ser considerada típica”¹¹⁰. Por isso, a perspectiva tipológica pretende realizar uma

¹⁰⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42.

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 114.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 115.

¹⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 114.

¹¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no Direito Civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16, p. 121-135, 2018, p. 02 (versão digital).

recondução ao tipo, na medida em que admite a fluidez entre os limites do tipo e impõe que seja buscado o sentido global do contrato. Daí por que mesmo ausente determinadas características, alguns contratos serão típicos, em completa oposição à ideia de subsunção trazida pelo critério anterior.

Variados são os índices do tipo e não existe um critério individual perfeito a todas as hipóteses negociais. Ainda que não haja uma teoria fechada para a abordagem, adota-se como parâmetro para o presente trabalho a trazida por Pedro Pais de Vasconcelos no tocante à ideia de causa contratual, operação econômica, função, sentido, qualidade das partes, e contrapartida.

A causa é comumente utilizada para aferir a qualificação de determinado contrato. Massimo Bianca afirma que a qualificação pelo tipo varia de acordo com a causa concreta do contrato¹¹¹. O entendimento do que é causa, todavia, não guarda consenso doutrinário, sendo considerado um dos temas mais difíceis do Direito Civil¹¹². Seu significado é múltiplo, e muitas vezes relacionado à finalidade, ao escopo-fim, ou ao motivo do contrato.

O estudo da causa deu-se, em especial, na França, dado que reputava a causa como requisito de validade dos negócios jurídicos. Neste país, diz-se que a causa teria um aspecto subjetivo. A doutrina clássica, representada por Domat, enxergava a causa dos contratos sinalagmáticos na obrigação do outro contraente, concepção extremamente criticada pela doutrina posterior. Em relação às liberalidades, diziam ser o *animus* de conferir benefício¹¹³.

Em sequência, em especial devido ao crescimento das correntes anticausalistas, Henri Capitant, outro autor francês, afastando-se parcialmente do que se vinha propondo, afirma que a causa seria o propósito das partes (*but poursuivi*). Em outras palavras, o porquê do vínculo. Haveria, pois, uma aproximação com a ideia de finalidade do contrato.

É nesse sentido que Judith Martins Costa explica que o modelo inserido no Direito Francês é o de causa final¹¹⁴. Para boa parte dessa doutrina, deste modo, a causa seria o fim imediato e determinante pela qual as partes se obrigam.

¹¹¹ Francesco Messineo também afirma que a tipicidade deriva do elemento “causa”. (MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 219).

¹¹² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica*. a. 2. n. 1, 2013, p. 02.

¹¹³ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.103.

¹¹⁴ MARTINS COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*. n. 45, ano XVI, *passim*.

A partir dessas influências, o *Code* reputou à causa tamanha importância que dispunha em seu art. 1.108 que sua licitude era requisito da validade do negócio jurídico, ao lado do objeto, do consentimento e da capacidade das partes. Para tanto, lecionava em seu art. 1.133 que a causa ilícita consistiria na contrariedade à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Por esses dispositivos, explica Judith Martins Costa¹¹⁵, a França aplicou intenso controle judicial, tanto na formação quanto na execução do contrato¹¹⁶. Esse controle judicial implicou, também, em um controle de moralidade, já que se buscava descobrir qual seria a intenção das partes contratantes ao realizar o acordo¹¹⁷.

Nota-se, então, que a construção dogmática da causa está intimamente ligada às restrições de liberdade e à possibilidade de controle dos negócios realizados entre os cidadãos.

Mais adiante, surgiu a denominada *teoria objetiva da causa*, capitaneada por Emilio Betti, civilista italiano. Para este autor, a causa, muito além de ser confundida com a finalidade das partes contratantes, seria a função econômico-social do contrato¹¹⁸, estando pré-definida em lei, o que dispensaria, portanto, maiores discussões casuísticas¹¹⁹.

Em sentido semelhante, Tullio Ascarelli relaciona a causa à função econômica, reputando a causa como elemento identificador e classificador dos contratos, apta a atrair determinada disciplina jurídica, já que é “traço de união entre o aspecto econômico e o jurídico”¹²⁰. Essa noção de causa poderia ser encarada, em sentidos semelhante, à finalidade sócio-econômica, já que os negócios possuem uma finalidade individual almejada pelas partes, aferível por meio da investigação do vínculo de cada contrato¹²¹.

Esse modelo, ao mesmo tempo que foi recepcionado por se contrapor ao modelo subjetivista francês, também foi alvo de ferrenhas críticas — Luciano de Camargo Penteado¹²² explica que, especificamente nos contratos de doação, nos quais os interesses econômicos não são a regra, a

¹¹⁵ MARTINS COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*. n. 45, ano XVI, *passim*.

¹¹⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

¹¹⁷ Judith Martins Costa explica que um dos pontos de maior construção jurisprudencial é justamente a questão das liberalidades, pois há maior estranheza de situá-la no Direito Contratual, já que seria própria do Direito de Família.

¹¹⁸ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t.2. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 174.

¹¹⁹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

¹²⁰ ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, ps. 63-64.

¹²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 23.

¹²² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*: uma nova teoria do contrato. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

teoria objetiva não poderia ser aplicada. Esse modelo, também, implicaria em uma rígida tipicidade contratual, algo desconstruído pela própria prática, a exemplo do que ocorreu com a criação das figuras do *leasing* e da alienação fiduciária¹²³, ambos considerados “mistos” contratuais.

No Brasil, o tema da causa foi trabalhado com maior detalhe por Torquato Castro, que considerava a causa em seu aspecto objetivo, ligando-a ao contrato e não à obrigação. Este autor destaca a individualidade que a causa dá ao contrato. A causa, assim, daria unidade ao ato jurídico, sendo que cada negócio poderia ser nomeado por meio de sua função útil e, assim, se poderia escolher dar (ou não) proteção jurídica¹²⁴. Cada contrato, então, teria uma função reconhecida pelo ordenamento jurídico — a da doação seria distinta daquela conferida à compra e venda.

Dessa forma, a teoria objetiva entende a causa, a um só tempo, como função econômica social, razão determinante para a celebração e objetivo pretendido pelas partes com o contrato¹²⁵.

Muito embora, com a Ordonnance 2016/131, a França tenha recentemente retirado a causa como requisito de validade dos contratos, e que a causa como critério expresso não fosse presente igualmente no Código Civil brasileiro, Pontes de Miranda alertou que “a extirpação é inoperante, porque todo seu sistema é fundado na causa”¹²⁶.

Como se percebe, ainda que Pedro Pais de Vasconcelos considere a causa como um índice insuficiente à qualificação, especialmente por se confundir com a função, sua análise é de extrema importância e reforça a atipicidade do *built to suit*. Até porque a causa, dentro do escopo empresarial, “permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro”¹²⁷, protegendo-se a legítima expectativa da contraparte e serve como parâmetro de interpretação dos contratos empresariais¹²⁸. A causa pode não ser um critério único de identificação do tipo, mas a causa de um contrato típico sempre traz elementos típicos, o que permite melhor visualização. Por exemplo, se A entrega à B uma quantia em dinheiro, a causa pode se relacionar à liberalidade, e então haverá doação; pode ser em razão de uma dívida,

¹²³ Sobre o tema, Luciano Penteado afirma certo totalitarismo por trás dessa ideia de causa, o que é, em muito, tolhida pelo ordenamento brasileiro, a exemplo da permissão existente no art. 425 do CC, dispositivo que permite a criação de contratos atípicos.

¹²⁴ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 41.

¹²⁵ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 71.

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 162.

¹²⁷ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 512.

¹²⁸ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 521.

e aí teremos adimplemento; bem como pode ser em razão de uma compra, do que emerge uma compra e venda¹²⁹.

O *sentido* é outro índice do tipo. Cada contrato tem um sentido individual, podendo ser encarado como um microssistema. A aproximação e comparação entre o sentido do contrato e o sentido do tipo é um critério valioso de aferição de semelhanças e diferenças entre o contrato e o tipo¹³⁰. A importância de se atentar à intenção das partes mais do que com o sentido literal implica em uma eventual “retificação do *nomen iuris* do contrato, ou seja, a sua qualificação jurídica”¹³¹.

Veja-se que até mesmo o índice do tipo *qualidade das partes*, elencado por Pedro Pais de Vasconcelos, também contribui para a análise da qualificação do *built to suit*. Explicita o referido autor que em determinados negócios alguma condição da parte contratante seja relevante para termos de qualificação¹³².

Pode-se pensar, por exemplo, que um acordo de acionistas apenas poderia ser praticado por aqueles que detêm a posição de sócio. Ou, ainda, em exemplo trazido pelo autor relativamente à legislação portuguesa, um contrato de locação financeira necessariamente deverá ter como parte contratante uma sociedade de locação financeira. Assim, o contrato celebrado entre dois sujeitos quaisquer com o conteúdo contratual relativo à locação financeira será um contrato atípico, caso em que a disciplina legal será afastada e apenas aplicada quando houver compatibilidade de matéria¹³³.

Veja-se que no *built to suit* haverá um empreendedor e um usuário. Esse empreendedor deverá ser responsável pela obra. Ainda que se possa realizar uma aproximação entre locatário e usuário, a imputação de responsabilidade do empreendedor para a construção da obra certamente distingue o locador do empreendedor, de modo que também pela *qualidade das partes* há que se distinguir um negócio de outro.

Ainda que não exatamente no sentido proposto por Pedro Pais de Vasconcelos, também há se de considerar que a Lei de Locações é símbolo do dirigismo contratual, de modo que a legislação enxerga o locatário, via de regra, como parte contratante vulnerável da relação jurídica entabulada.

¹²⁹ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409.

¹³⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 151.

¹³¹ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 143.

¹³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 152.

¹³³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, ps. 154-155.

No *built to suit*, de maneira diversa, a regra é a contratação interempresarial, com sujeitos de direito de idêntica ou próxima capacidade técnica. Esse fato é reiterado pela possibilidade de a própria Administração Pública poder realizar contratos *built to suit*. Pontua Rodrigo Xavier Leonardo que seria possível cogitar que o usuário detivesse posição de maior poder contratual que o empreendedor, em razão da “desproporcionalidade entre o *tempo de investimento*, pelo empreendedor, e o *tempo de restituição e remuneração*, que usualmente é feito parceladamente pelo usuário, além do poder de direção que, não raras vezes, o usuário ostenta na etapa de realização da obra”¹³⁴.

Outro índice do tipo elencado por Pedro Pais de Vasconcelos é a contrapartida, tido como um deslocamento patrimonial em sentido contrário. Para que o conceito fique claro, veja-se exemplo trazido por Vasconcelos “na locação financeira, a renda corresponde duplamente à amortização integrada de capital e juros do financiamento e à aquisição da coisa que o contrato proporciona. Já no “lease-back” a renda corresponde unicamente à amortização integrada de capital e juros da quantia financiada”¹³⁵.

À semelhança da situação supramencionada, no *built to suit* há uma contrapartida diferenciada tanto em relação à empreitada, quanto no que tange à locação. É pago ao empreendedor quantia referente à prestação de locação, bem como aos investimentos colocados para a construção ou reforma do imóvel. Esse índice de tipo, portanto, tem especial importância ao *built to suit*, sendo evidente que nesse contrato “é preciso apurar qual o papel que uma das prestações desempenha em função da outra”¹³⁶.

A configuração é mais um índice do tipo que corresponde aos componentes do contrato e como se estruturam e se relacionam. É como um “quadro” do contrato¹³⁷. Esse índice igualmente

¹³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 429.

¹³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 142.

¹³⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 141.

¹³⁷ Explica o autor: “tanto no caso do “lease back” imobiliário como no do financiamento imobiliário hipotecário, o contrato estabelece-se entre um sujeito proprietário de um imóvel, carente de capitais, e outro sujeito com capitais disponíveis e com vontade de os aplicar, mas com a preocupação de ver garantido seu risco. Em ambos os casos o imóvel mantém-se na posse do beneficiário; no mútuo, o mecanismo da hipoteca não o priva da posse; no “lease back” é o próprio mecanismo do “leasing” que lhe restitui a posse do imóvel. Em ambos os casos os capitais são remunerados: no mútuo, o mutuário restitui os capitais acrescidos de juros; no “lease back”, a restituição é feita através da renda. Em ambos, o imóvel desempenha uma função de garantia: no mútuo, pela constituição da hipoteca; no “lease back”, pela transmissão a favor do financiador. A função e a utilidade são idênticas em ambos os tipos. O que é distintivo é o modo como é construído o quadro contratual, como os dois contratos são configurados” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 144).

importa para a qualificação do *built to suit*, porque evidencia que os componentes são a prestação de construção pelo empreendedor e o posterior uso do imóvel pelo usuário, com a remuneração devida que equaciona a cessão e a construção. Diferentemente do que se dá no *built to suit*, na locação há, meramente, a cessão do uso do imóvel com a contrapartida do aluguel mensal.

Muito embora em ambos os contratos, ao final, haja a cessão do uso do imóvel a uma das partes, o panorama contratual é significativamente diferente, especialmente do espectro do empreendedor, que se afasta, em muito, de um mero locador. Esse raciocínio fica mais evidente se pensado o *built to suit* em etapas. Este possui duas, “construir para servir”, enquanto a locação apenas “serve”.

A finalidade é outro índice do tipo, comumente colacionado como parâmetro de qualificação contratual¹³⁸. No *built to suit*, a finalidade “[...] 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 de determinado bem”¹³⁹. Quando se opta por esse contrato, não se almeja puramente o uso e gozo da coisa para o comércio, em troca de um preço. O interesse é outro e muito mais amplo.

Como se vê, a perspectiva tipológica também leva à conclusão de que o *built to suit* é um contrato atípico.

A prestação da construção, bem como as usuais outras obrigações envolvidas no *built to suit*, fazem com que haja um distanciamento de interesse na efetivação de um *built to suit* do que aquele existente numa locação de imóvel urbano. Há distinção suficiente. Ainda que considerada a elasticidade do tipo locatício, o *built to suit* lá não está abarcado.

Para que um contrato seja considerado típico, insuficiente que haja sua menção na lei, pois necessária a disciplina jurídica lá inscrita. Todavia, o fato de a Lei de Locações mencionar o contrato *built to suit* em seu bojo, não significa que o *built to suit* seja típico.

Essa posição também é adotada por Alexandre de Junqueira Gomide, para quem o *built to suit* configuraria um somatório das prestações de locação, empreitada e, em alguns casos, de

¹³⁸ LARROZA, Ricardo Osvaldo. Interpretación: de la interpretación, de la interpretación integradora, de la integración y de la calificación. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoría general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 238.

¹³⁹ ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, ps. 114-115.

compra e venda, inexistindo um tipo dominante¹⁴⁰. Em entendimento semelhante também se posicionam Fernanda Henneberg Benemond¹⁴¹ e Rodrigo Xavier Leonardo¹⁴².

A doutrina a respeito do tema, ainda que pequena, não é unânime sobre o tema. Para Paula Miralles de Araújo o pensamento tipológico levaria o *built to suit* para a locação, ainda que o regramento material do contrato fosse estipulado pelas partes. Segundo a autora, o legislador definiu o *built to suit* como locação, mas não é porque o legislador disse algo que necessariamente a operação econômica é essa. Cabe aos contratantes estipular uma disciplina em seus contratos, de modo a evitar uma errônea interpretação pelo Poder Judiciário, que pode não dar a correta solução em razão da natural proteção que existe ao locatário¹⁴³.

A título enunciativo, também em defesa da tipicidade contratual advogam Luiz Antonio Scavone Junior e Sylvio Capanema¹⁴⁴.

Para Rodrigo Ruete Gasparetto, em escrito anterior à Lei 12.744/12, o *built to suit* seria composto por um plexo de relações jurídicas, incluída uma *locação atípica*¹⁴⁵. Tal posicionamento, contudo, é uma contradição de termos. O contrato de locação é típico, de modo que se o *built to suit* é locação, necessariamente será típico.

Dessa forma, muito embora seja nomeado como locação pela legislação locatícia, de locação não se trata, já que há muito se sabe que o *nomen iuris* não vincula o intérprete¹⁴⁶. Ainda que se possa classifica-lo como contrato socialmente típico, em razão de sua utilização prática na vida em sociedade, à mesma conclusão não se chega quanto ao seu aspecto legal. O desafio do

¹⁴⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

¹⁴¹ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015, ps. 90-91.

¹⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 431. No mesmo sentido: PEDRAS, Lucas Salim Vilela; KHOURI, Paulo Roque. A contratação *built to suit* e os aspectos polêmicos das alterações trazidas pela Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 09, 2016, ps. 125-139; MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 122.

¹⁴³ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, ps. 108-109.

¹⁴⁴ No mesmo sentido: QUINAN, Paula Veit; NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic Youseff Ghazale. Contrato *built to suit* – origem e natureza jurídica. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações built to suit: a prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 119.

¹⁴⁵ 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, p. 15.

¹⁴⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 408.

Direito Civil é muito mais o conhecimento de qual regime jurídico é aplicável aos contratos atípicos do que a verificação da possibilidade de sua existência.

Dito tudo isso, conclui-se que o *built to suit* é um contrato atípico. Mas, qual o regime jurídico a ele aplicável?

1.3.2 CONTRATOS *BUILT TO SUIT* COMO CONTRATOS ATÍPICOS MISTOS

Negócio jurídico é o fato jurídico em que o elemento nuclear do suporte fático centraliza uma exteriorização de vontade consciente sobre a qual “[...] o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”¹⁴⁷.

Conforme visto, entre os negócios em geral surgem também figuras *sui generis*, que decorrem de necessidades da vida em sociedade¹⁴⁸, dado o poder de autorregramento conferido pelo ordenamento. O contrato atípico indica que a vida jurídica não é imutável, mas, ao contrário, está em constante movimento¹⁴⁹. Aliás, “o povo, ao se adaptar às necessidades sócio-econômicas, cria uma infinidade de figuras híbridas, que se vão usando e transformando em costumes, reafirmando o sentido do brocardo latino, segundo o qual a voz do povo é a voz de Deus (*vox populi, vox Dei*)”¹⁵⁰. A prática seleciona elementos de um e outro contrato, criando espécies novas, em uniões ou misturas¹⁵¹.

Mais difícil do que identificar novos modelos contratuais é definir, após um juízo de qualificação, qual o regramento aplicável ao contrato. O problema a respeito do correto regime jurídico dos contratos atípicos é permanente¹⁵². Dificilmente são encontrados contratos atípicos puros. É comum que, também em matéria de direito dos contratos, o indivíduo se espelhe em práticas já existentes no tráfego comercial. Por essa razão, as novas modalidades que em geral surgem das práticas da vida em sociedade derivam de mescla ou cópia de prestações de modelos

¹⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 256.

¹⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 95.

¹⁴⁹ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 223.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 95.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012, p. 120.

¹⁵² ASCARELLI, Tulio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 65.

já existentes. Nada surge do marco zero, é intuitivo que o indivíduo copie o que já existe. Todavia, quando se fala em contratos atípicos, reputa-se um esquema contratual novo e diverso daqueles conhecidos e existentes¹⁵³.

Em razão da dificuldade de existirem contratos atípicos puros é que se reputa que a grande parte dos contratos atípicos são, na realidade, *mistos*. Os contratos mistos, ou complexos, são aqueles que mesclam elementos de tipos contratuais diversos¹⁵⁴. “Assim, nos permitimos dizer que, como existe o mesclado de elementos típicos para a formação de um contrato autônomo, a mesma possibilidade existe de se mesclarem elementos dos contratos atípicos, ou, ainda, estes com aqueles”¹⁵⁵.

Podem decorrer “[...] da impossibilidade de identificar entre as várias prestações, uma que possa ser qualificada de principal ou do fato de corresponder a prestação devida por uma parte à típica de um contrato e aquela pela outra parte à típica de contrato diverso”¹⁵⁶. Esse último caso parece ser o exato exemplo do *built to suit*, em que se poderia vislumbrar a empreitada no viés do empreendedor e da locação no do usuário.

Diferentemente do que sucede na coligação contratual, em que existe um encadeamento de diversos contratos com causas autônomas com a formação de uma causa *supracontratual*, nos contratos mistos o traço distintivo é justamente a unicidade da relação contratual em razão da existência de apenas uma causa¹⁵⁷. Afinal, a pluralidade de prestações não afasta a unidade do negócio jurídico, devendo-se “[...] 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”¹⁵⁸. E “[...]”

¹⁵³ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 221.

¹⁵⁴ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, 405.

¹⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 96.

¹⁵⁶ ASCARELLI, Tulio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 65.

¹⁵⁷ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. (III, t. I). Milano: Giuffrè, 1988, p. 93. E também em: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112; MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 205. Sobre a unicidade dos contratos mistos: “Aquí no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato *unitario*, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, em todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato”. (ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, p. 07). Tradução livre: “Aqui não se trata de uma pluralidade de contratos unidos entre si, mas de um contrato unitário, mas cujos elementos essenciais estão regulados, em todo ou em parte, por disposições relativas a diversas espécies típicas de contrato”. Também em: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000, ps. 281-282.

¹⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 174.

o importante do contrato misto é que ele seja autônomo, com relação aos elementos nele empregados, no sentido de formar um todo indivisível, sob pena de desnaturar-se”¹⁵⁹. O contrato misto, assim, implica “[...] a fusão, num só negócio, de elementos contratuais distintos que, além de perderem a sua autonomia no esquema negocial unitário, fazem simultaneamente parte deste”¹⁶⁰.

Na abordagem trazida por Álvaro Villaça Azevedo, o critério essencial seria o reconhecimento de unidade ou pluralidade de *causas* — como dito anteriormente, a causa é um critério muito comum nas discussões envolvendo tipo e qualificação. Isso porque pode ocorrer de um contrato ser resultado de vários textos e de um único texto reunir vários contratos¹⁶¹. Assim, “o dado que melhor caracteriza o contrato misto não se encontra em eventual atipicidade. Encontra-se, destarte, na *fusão* de outros contratos típicos, propiciando o surgimento de uma *causa mista*, diversa da *causa* de cada um dos contratos típicos”¹⁶². Importa realizar análise para que se compreenda até que ponto a autonomia privada pode mudar um contrato a ponto de que se chegue a um contrato atípico, com causa distinta daquela do “contrato-base”.

Para a qualificação de um contrato misto, Antunes Varela aponta que existem dois critérios auxiliares para a melhor análise do problema, “[...] um, tirado da *unidade* ou *pluralidade* da *contraprestação*; outro, assente na *unidade* ou *pluralidade* do esquema económico subjacente à contratação”¹⁶³.

Dentro das teorizações a respeito dos contratos mistos, costuma-se elencá-los em contratos combinados, contratos de tipo duplo, contratos mistos em sentido estrito, e contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie¹⁶⁴. Os contratos combinados seriam aqueles em que uma das partes se obriga por duas ou mais prestações relativas a distintos tipos contratuais e a contraparte apenas se vincula a uma prestação unitária. É exemplo dado por Enneccerus a parte que provê comida e habitação em troca de um pagamento¹⁶⁵.

¹⁵⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 95.

¹⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000, p. 284.

¹⁶¹ GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. (III, t. I). Milano: Giuffrè, 1988, p. 93-98.

¹⁶² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99.

¹⁶³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000, p. 265.

¹⁶⁴ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, ps. 07-11.

¹⁶⁵ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, p. 08.

Nos contratos de tipo duplo, uma das partes se obriga por prestação vinculada a um tipo e a contraparte a outra prestação de tipo diverso, isto é, o conteúdo total do contrato adentra dois tipos contratuais, de modo que são aplicáveis as regras de ambos os tipos, exceto quando houver contradição entre uma disposição e outra¹⁶⁶. Os contratos mistos em sentido estrito seriam aqueles que portam estrutura de determinado tipo mas possuem finalidade diversa da que é comum àquele negócio. Nos contratos típicos com prestação subordinada a outra espécie haveria igualmente uma estrutura de contrato típico e seriam adicionadas prestações secundárias e subordinadas ao negócio típico. Estes dois últimos, contudo, sequer poderiam ser enquadrados como contrato misto, tendo em vista que não englobam uma mescla de prestações de diferentes tipos¹⁶⁷.

O *built to suit*, segundo as teorizações apresentadas, parece enquadrar-se na categoria de contratos de tipo duplo, tendo em vista que o empreendedor é identificado como a parte responsável pela prestação de construção, de modo que se aproxima da prestação típica da empreitada e, na outra ponta, o usuário receberá o imóvel para dele usufruir, de modo que está aproximado do tipo contratual da locação.

Essas classificações, contudo, parecem ter pouca importância prática, dado que a depender da interpretação, seu enquadramento poderia ser distinto, mas ao fim, a *causa* do *built to suit* permanece a mesma. Se tomada a ótica de que toda prestação exigirá uma contraprestação em contratos comutativos, as figuras de devedor e credor se confundem. Dessa forma, o empreendedor é o devedor da prestação de construção, mas é credor da remuneração. O usuário, por sua vez, é credor da prestação de construção, enquanto figura como devedor da remuneração. Isso poderia levar a crer que de tipo duplo não se tratasse, mas, eventualmente, estar-se-ia diante de um contrato combinado. Todavia, a combinação de contratos mistos impõe que um sujeito da relação jurídica se vincule a apenas uma prestação. Dessa forma, mais coerente, nessa perspectiva, seria entendê-lo como de tipo de duplo, ainda que haja quem entenda de maneira diversa¹⁶⁸.

¹⁶⁶ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, p. 10. Também em: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000, p. 286.

¹⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103. Francesco Messineo também afirma que no caso dos contratos que contenham cláusulas subordinadas a outro tipo contratual, prevalece as normas do tipo, afastando-se o campo do atípico. (MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 220).

¹⁶⁸ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, ps. 61-62.

Ocorre que tal constatação é igualmente insuficiente. Isso porque enunciar que um contrato atípico é de tipo duplo implica a aplicação, sem que sequer seja necessário recorrer à analogia¹⁶⁹, das disciplinas jurídicas dos contratos “tipos”¹⁷⁰. Contudo, a aplicação das regras sobre locação e empreitada podem levar a resultados totalmente incongruentes e insatisfatórios, como será observado no decorrer da dissertação.

Dessa forma, a proposta dogmática que se apresenta é a de tratar o *built to suit* meramente como contrato misto de causa unitária e complexa¹⁷¹, sem que se priorize qualquer disciplina jurídica da empreitada ou da locação, dando prevalência à autonomia privada e, portanto, ao conteúdo contratual conforme programado pelas partes contratantes.

Resta saber quais são as regras que se aplicam a esses contratos.

Conforme visto, o contrato típico é aquele que tem uma disciplina própria¹⁷². Os inominados ou atípicos, por sua vez, podem até ter nome, mas não possuem disciplina particular¹⁷³, “[...] estando sujeitos às normas gerais dos contratos, desde que não contrariem a lei, os bons costumes e os princípios gerais de direito”.¹⁷⁴

A disciplina geral dos contratos serve como esquema normativo aos contratos atípicos¹⁷⁵. Não sem razão, as legislações costumam trazer dispositivo específico nesse sentido, ainda que se trate de conclusão intuitiva. Essa regra é disposta no art. 1.323 do *Codice Civile*¹⁷⁶ italiano, e também consta do art. 1.105, do *Code Français*¹⁷⁷. Muito embora haja uma tendência de *tipificação legal*¹⁷⁸, não se pode escantear as normais gerais do Código Civil, essas sim aplicáveis aos contratos atípicos por excelência.

¹⁶⁹ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, p. 10.

¹⁷⁰ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 226.

¹⁷¹ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 227.

¹⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 86.

¹⁷³ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 222.

¹⁷⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Belém: CEJUP, 1984, p. 86.

¹⁷⁵ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 07. Também em: SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. *Il contratto*. In: SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile*. t.2. 3 edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2004, p. 442.

¹⁷⁶ Art. 1.323. Tutti i contratti ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo. Tradução livre: Todos os contratos ainda que não pertençam a um tipo que possua uma disciplina particular, estão sujeitos às normais gerais contidas nesse título.

¹⁷⁷ Art. 1.105. Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Tradução livre: Os contratos, quer tenham ou não denominação própria, submetem-se às regras gerais, que são objeto do presente subtítulo.

¹⁷⁸ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 411.

No contexto de contratos atípicos, deve-se privilegiar o espaço pertencente à autonomia privada, de modo que seu conteúdo é majoritariamente preenchido pelas regras estipuladas pelas partes. Há, aqui, verdadeiro “poder normativo”¹⁷⁹. Se nos negócios jurídicos típicos o campo de *autorregramento* é robusto, nos atípicos sua permanência e intensidade são muito maiores. Aos contratantes é conferida a “liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem”¹⁸⁰.

A depender do grau de atipicidade do contrato, a necessidade de estipulação das partes é maior ou menor. No caso do *built to suit*, denota-se que a disciplina contratual deve, quando possível, ter previsão ampla, dado que, do contrário, o intérprete tenderá a aplicar a Lei de Locações em razão da Lei 12.744/2012, em razão do que dispõe o art. 54-A. Afinal, “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais [lá] previstas”.

Além da regulação dos contratos atípicos pelas regras contratuais comuns, serve de base comparativa, também, o regime jurídico dos tipos contratuais existentes. Não se deve copiar tais normas, mas é possível fazer uma análise comparativa¹⁸¹. Por exemplo, enfrentado determinado problema, verifica-se qual a solução legal dada a um determinado tipo contratual. Mas, ao fim, necessário analisar a operação econômica e observar qual solução normativa tem relação com o caso.

Serpa Lopes afirma que, quando não é possível estabelecer o conteúdo contratual apenas pela interpretação das cláusulas inscritas, os contratos atípicos deveriam ser enfrentados pela analogia aos tipos contratuais afins¹⁸². Deve-se ter cuidado, todavia, em não tentar impor normas específicas de determinado tipo a um contrato atípico. Adotando tal conduta, há o risco de transferir

¹⁷⁹ MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 219. Sobre o tema, Clóvis do Couto e Silva: “Em termos de classificação, quando o ordenamento jurídico valoriza a autonomia da vontade das partes e não restringe, em grande medida, ação humana, que se biparte, entre a vontade de praticar o ato e a vontade de, através dele, obter certos efeitos práticos ou jurídicos, tem-se que a figura que nasce do exercício dessa liberdade é um negócio jurídico”. (SILVA, Clóvis do Couto. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*, 1985, p. 06 (versão digital).

¹⁸⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 233.

¹⁸¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 478.

¹⁸² SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações*. Vol. III. 4 ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 45. E, ainda: “E infine: se si accetta di chiamare atípico um contrato, scatta allora il meccanismo dell’analogia”. (SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. *Il contratto*. In: SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile*. t.2. 3 edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2004, p. 452). Tradução livre: E por último: se aceitarmos chamar um contrato de atípico, então o mecanismo de analogia é acionado”.

a um contrato regras totalmente inadequadas àquela operação econômica¹⁸³. Ao assim proceder, há probabilidade de “reduzir a realidade dos novos tipos à soma ou à combinação de figuras típicas que refletem outros interesses práticos da vida social”¹⁸⁴.

Ricardo Lorenzetti certamente advertiu que o mundo jurídico vive uma crise de tipicidade percebendo-se que as teorias criadas para a resolução dos problemas dos contratos atípicos na maior parte das vezes se voltam à ideia dos tipos existentes¹⁸⁵. É o que se passa a ver.

As teorias criadas para a melhor compreensão dos contratos atípicos são a da absorção, da combinação, interpretação analógica e teoria da criação.

Para a teoria da absorção ou da prevalência, importa saber qual é o tipo predominante no contrato, que então absorverá os demais presentes naquela modalidade, tendo em vista que os dois tipos são incompatíveis entre si¹⁸⁶. O regime jurídico desse tipo predominante seria adequado¹⁸⁷. Essa teoria pode levar a sérios problemas. Pense-se no contrato de *leasing*. Pode-se ver, dentro dessa vestimenta, uma prestação de locação, e uma possível prestação de compra e venda em razão da opção de compra ao final do negócio. Pela lógica da teoria da absorção, seria aplicável as regras locatícias do Código Civil. Dessa forma, a absorção “[...] ou tudo reduziu à distinção entre obrigações ou direitos principais e obrigações ou direitos acessórios e anexos [...], ou apagou as diferenças, a ponto de uniformizar inteiramente o conteúdo heterogêneo do negócio jurídico”¹⁸⁸.

A teoria da combinação traz certo avanço quando comparada à teoria da absorção. Com a combinação, há a percepção de que as prestações nos contratos mistos comumente advêm de uma combinação de contratos típicos. Contudo, aqui, ignora-se aqueles contratos nos quais há uma causa contratual diferenciada, descolada dos tipos assemelhados, de modo que “no fundo, a teoria

¹⁸³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 478.

¹⁸⁴ Tradução livre: “Il pericolo è quello di volere ridurre la realtà dei nuovi tipi sociali alla somma o alla combinazione di figure tipiche riflettenti altri interessi pratici della vita di relazione” (BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 478).

¹⁸⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 16.

¹⁸⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, 406. Também em: MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 232.

¹⁸⁷ Ainda que sem se referir à nomenclatura da teoria, Bulgarelli aproxima-se dessa vertente, já que afirma que “aplicam-se aos contratos atípicos as regras destinadas aos contratos em geral e, especificamente, as regras disciplinadoras dos tipos legais, que correspondem à prestação principal”. (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 81). E, igualmente: “Há em várias manifestações de atipicidade um fenômeno de absorção, naquelas figuras que se apresentam com um caráter misto, onde se deverá dar preponderância à figura contratual que exerça uma função dominante”. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações*. Vol. III. 4 ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 45).

¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 184.

da combinação tentou manter tipicidade dos negócios jurídicos, como se não pudesse romper-se”¹⁸⁹.

A teoria da interpretação analógica parte da premissa de que os contratos atípicos não encontram previsão, a princípio, no ordenamento, de modo que se aplicam as regras gerais e, por analogia, as regras dos tipos mais próximos¹⁹⁰. A teoria deslocou o debate para o plano da interpretação do negócio, reconhecendo que os contratos atípicos são autônomos. No Brasil, seria possível recorrer-se ao art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Essa é a primeira teoria a reconhecer a independência dos contratos atípicos, descolando-se de soluções que se baseiam exclusivamente nos tipos.

Por último, a teoria da criação defende que os contratos atípicos teriam regimes jurídicos próprios, em razão de sua causa particular. A interpretação, dentro dessa teoria, advém da lógica do próprio contrato, com o auxílio das cláusulas gerais do Direito Civil.

Muitas vezes consideradas teorias insuficientes para o regramento dos contratos atípicos¹⁹¹, elas não são excludentes uma das outras quando analisados os contratos atípicos. É preciso ver no caso concreto qual é a melhor solução a ser dada, especialmente levando em consideração a causa contratual. E, quando chamada à aplicação a disciplina dos contratos típicos, não perder de vista que as disposições só poderão ser aplicadas se não se contradisserem ao caráter específico e à “finalidade total” do contrato misto em questão¹⁹².

Pelo que se percebe, o *built to suit* pode ser considerado um contrato misto, dado que não é necessariamente uma prestação que define o tipo¹⁹³, de modo que o *built to suit* não é só locação ou só empreitada. Marino é um dos poucos autores que classifica o *built to suit* como um caso de coligação contratual entre empreitada e locação. Para ele, esse fato implica a derrogação do regime jurídico da locação comercial em determinadas questões. É o caso, por exemplo, do afastamento do art. 4º e art. 19, da Lei de Locações, que preveem, respectivamente, a multa em caso de

¹⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 184.

¹⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. t. 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, ps. 30-31. No mesmo sentido: “Por outro lado, a vida apresenta negócios jurídicos que se não podem subsumir nos tipos legais. Ora, em tais casos, só as regras da Parte Geral do Direito das Obrigações é que podem ser invocadas, e a indicação da consulta a regras jurídicas especiais seria excepcional” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 185).

¹⁹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. t. 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 31.

¹⁹² ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950, p. 08.

¹⁹³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 399.

devolução do imóvel e a hipótese de revisão contratual após passados três anos de prazo contratual¹⁹⁴.

Ainda que não se concorde com a constatação a respeito da coligação contratual, pois o presente trabalho adota a premissa de que o *built to suit* é um contrato misto, veja-se que Marino, ao escrever antes da existência da Lei 12.744/12, justamente toca em dois dispositivos que foram alterados pela inserção do *built to suit* na Lei de Locações. Afinal, no art. 4º há a menção à exceção existente no *built to suit* em relação à multa, que poderá ser definida com base no período contratado. E, em relação à revisional, houve a inserção da possibilidade de renunciar ao direito de revisão, conforme art. 54-A, parágrafo primeiro.

Considerando todas essas questões, denota-se que a interpretação do *built to suit* deve se dar consoante “[...] um conjunto normativo vinculante de critérios, técnicas, métodos e cânones que orientam a atividade [...]”¹⁹⁵ hermenêutica.

Primeiramente, é preciso buscar estabelecer o sentido que as partes empregaram em suas manifestações de vontade quando pactuaram a avença¹⁹⁶. Os usos e costumes são parâmetros de interpretação dos negócios empresariais. Assim, “dentro dos critérios de racionalidade, de proteção da boa-fé, da confiança e da legítima expectativa da outra parte, não se pode compreender que um contrato tenha interpretação diversa da prática social”¹⁹⁷. Torna-se relevante que o intérprete analise o mercado em que aquele negócio ocorre, daí a razão de o art. 113, § 1º, II, do Código Civil evidenciar que a interpretação deve se basear nos “usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”¹⁹⁸. O Código Comercial de 1850 em art. 131 já dizia que o contrato deveria ser interpretado em atenção “ao verdadeiro espírito e natureza do contrato” (art. 131, 1), bem como ao “uso e pratica geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza” (art. 131, 4).

¹⁹⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, ps. 184-185.

¹⁹⁵ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 328.

¹⁹⁶ LARROZA, Ricardo Osvaldo. Interpretación: de la interpretación, de la interpretación integradora, de la integración y de la calificación. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 212.

¹⁹⁷ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 377.

¹⁹⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: [...] I - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio.

O art. 131, II, do Código Comercial de 1850 aduzia que “as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas”.

Deve-se buscar, também, a intenção comum dos contratantes, corresponde àquela que guiou a formação e celebração do contrato e que guia o momento de execução da avença¹⁹⁹.

Tudo isso leva à conclusão de que o *built to suit* precisa ser interpretado consoante os parâmetros empresariais, excluía qualquer lógica que privilegie uma assimetria entre uma parte e outra, como se dá na locação de imóveis urbanos. Havendo dúvida do intérprete, necessário olhar o próprio negócio e perquirir qual é a melhor solução para aquela declaração de vontade, e ter como parâmetro o que usualmente é decidido em contratos do meio e o que faria sentido frente ao negócio. Afinal, “as cláusulas de qualquer contrato devem ser interpretadas em seu todo, uma pelas outras, segundo a natureza da relação contratual, de modo a se harmonizarem e não a se destruírem reciprocamente”²⁰⁰.

Dessa forma, o conteúdo global do negócio jurídico só é auferível pertinentemente se o intérprete utiliza todos os meios interpretativos possíveis, respeitando os limites da categoria jurídica imposta por aquele negócio e tendo em vista o caso concreto²⁰¹.

1.4 CONTRATOS *BUILT TO SUIT* COMO CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO

1.4.1 A IMPORTÂNCIA DO TEMPO NOS CONTRATOS

O Direito acontece no tempo. É preciso entender o contexto em que as normas são elaboradas e aceitar as mudanças circunstanciais das quais o Direito não está isento.

O Direito procura controlar o tempo. O tempo se relaciona com o Direito em variados aspectos. Sendo fato jurídico não negocial²⁰², disciplina eficácia de leis, impõe normas que condicionam o começo e final da vigência da relação jurídica, institui termo final e inicial. O tempo implica efeitos jurídicos, como se dá na prescrição e na decadência. Segundo Lorenzetti, o tempo

¹⁹⁹ LARROZA, Ricardo Osvaldo. Interpretación: de la interpretación, de la interpretación integradora, de la integración y de la calificación. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoría general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 217.

²⁰⁰ RÁO, Vicente. Empreitada – Modalidades de contrato. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 6, 2011, ps. 317 – 326.

²⁰¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.

²⁰² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 659.

é um elemento que modificou significativamente a maneira pela qual se analisa as obrigações nas contratações modernas²⁰³.

Não apenas no direito empresarial, mas a importância do tempo também é visível em variados outros instrumentos, a exemplo dos contratos consumeristas²⁰⁴, como ocorre nos financiamentos bancários para a compra de veículos e imóveis, bem como nos contratos de saúde.

O foco desse tema é tratar do tempo das relações contratuais e no futuro, em que “os contratantes arrogam-se lidar com o tempo que virá, pretendendo estabilizá-lo ou, ao menos, prevenir seus efeitos”²⁰⁵. A conexão existente entre tempo e contrato compõe uma classificação contratual²⁰⁶. Determinadas relações jurídicas necessitam do elemento temporal para que os objetivos nelas inscritos se efetivem, correspondendo o tempo a uma circunstância que complementa a função econômica-social do negócio jurídico²⁰⁷.

O contrato, visto como instrumento precípua de circulação de riqueza, possui papel de destaque dentro do cenário interempresarial, ambiente em que a contratação a longo prazo é recorrente. Importa especificamente para o *built to suit*, compreender como essa contratação acontece no tempo, isso porque esse elemento porta especial relevância nos contratos que possuem diferimento temporal, isto é, que suportam um percurso entre o momento genético e o funcional.

Segundo classificação adotada por Orlando Gomes, os contratos de execução única, ou instantâneos, são aqueles em que a prestação, ou as prestações, são feitas em um só momento. Há o cumprimento da obrigação quando realizada a dita prestação. Não é relevante que a prestação seja imediata à formação do vínculo ou posteriormente. Daí a existência de *contratos instantâneos de execução imediata* e dos *contratos instantâneos de execução diferida*²⁰⁸.

Nos contratos instantâneos de execução imediata, como sugere o próprio nome, a execução é feita a um só tempo, imediatamente após a conclusão do negócio jurídico. Já os contratos

²⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. t. 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 115.

²⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. t. 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 114.

²⁰⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, 2019, p. 02 (versão digital).

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1 (2015), nº 01, 1247-1299, p. 1252.

²⁰⁷ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Coimbra: Almedina, 2019, p. 35. Judith Martins-Costa utiliza o termo “contratos evolutivos” como expressão próxima a de contratos de duração ou com obrigações diferidas. (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, 2010, ps. 11-39).

²⁰⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 88.

instantâneos de execução diferida, também chamados de contratos a prazo, dependem do futuro, não podendo a prestação ser exercida no momento genético do contrato²⁰⁹. A demora nas tratativas anteriores à formalização do negócio não tem condão de alterar a caracterização do contrato como instantâneo²¹⁰.

Os contratos instantâneos se contrapõem aos *contratos de duração*, também chamados de contratos de *trato sucessivo* ou de *execução continuada*, e, ainda, contratos de *débito permanente*²¹¹. Nesses casos, a duração seria querida pelas partes, já que a utilidade da avença é proporcional à sua duração²¹². O critério de diferenciação adotado por Orlando Gomes é a continuidade da prestação.

O que define se um contrato é ou não de duração é a natureza da prestação, segundo Orlando Gomes. É a “distribuição da execução no tempo”²¹³. Se o contrato não pode ser cumprido em um instante somente, será de duração. Diferente é a hipótese de os contratantes optarem por segmentar as prestações no tempo, caso em que será um contrato instantâneo de execução diferida²¹⁴.

Os contratos de duração são subclassificados em contratos de *execução periódica* e de *execução continuada*. Os primeiros são os também denominados contratos de *trato sucessivo*. Os segundos são os que comportam uma única prestação, porém ininterrupta²¹⁵. O contrato de duração tampouco é composto de obrigações sucessivas, sendo a obrigação única. O que se repartem são as *prestações*²¹⁶.

“Em suma, interessa frisar que há contrato de duração, quando as duas partes, ou uma delas, estão adstritas ao cumprimento de prestações contínuas ou repetidas, em intervalos estipulados, por tempo determinado ou indeterminado”²¹⁷. Orlando Gomes diferencia tanto dos contratos instantâneos, quanto dos de duração, os contratos de *execução escalonada*, negócio jurídico no

²⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, ps. 91-92.

²¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 260.

²¹¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 89.

²¹² SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado). São Paulo, 2013, p. 27.

²¹³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 90.

²¹⁴ Orlando Gomes exemplifica tal situação quando se é ajustada a entrega de determinada mercadoria em três parcelas distintas. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 89).

²¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 89.

²¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 90.

²¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 90.

qual, por opção das partes contratantes, o tempo é elemento do contrato, embora possa ser prestado em execução única²¹⁸.

Segundo Mota Pinto, as obrigações duradouras “têm por objecto uma omissão [...], um comportamento positivo continuado [...] ou prestações que se repetem periodicamente [...]”; a sua prestação permanece temporalmente e o respectivo conteúdo é determinado em função do decurso do tempo”²¹⁹.

É possível o retorno ao *status quo ante* nos contratos instantâneos, diferentemente do que ocorre nos de duração, em que se impõe a aplicação do princípio da irretroatividade. Isso porque, nos de duração, as prestações são autônomas.

Em perspectiva diversa, tem-se a doutrina italiana trazida por Giorgio Oppo, no século XX. Nos trabalhos sobre o tema²²⁰, Oppo afirma que a nomenclatura correta seria *relações de duração*, e não contrato de duração, já que as relações de duração não seriam particularidades do Direito das Obrigações, sendo passível de se encontrarem no âmbito dos Direitos Reais e do Direito de Família²²¹. O autor relaciona o *tempo* do contrato ao adimplemento, ditando que nas relações duradouras o tempo não é mero acessório, mas aspecto de identificação da prestação, de modo que a obrigação só se extingue com o seu decurso²²².

Nessa concepção, a duração do contrato é ato de adimplemento, “[...] é a própria função do contrato, no sentido de que o potrair-se do adimplemento por uma certa duração é condição para que o contrato produza o efeito querido pelas partes e satisfaça as necessidades que motivaram o contrato”²²³.

Antonio Junqueira de Azevedo também retrata que o tempo compõe a *causa final* nos contratos de duração. O tempo, nessa modalidade, é querido pelos contratantes, e não apenas

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 90.

²¹⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 661.

²²⁰ OPPO, Giorgio. I Contratti di di durata - parte 1. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. XLI. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943, p. 143-250; OPPO, Giorgio. I Contratti di di durata - parte 2. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. XLII. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1944, p. 17-46; OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico: scritti giuridici*. t. III. Pádua: Cedam, 1992.

²²¹ OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico: scritti giuridici*. T. III. Pádua: Cedam, 1992, ps. 203-204.

²²² OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico: scritti giuridici*. T. III. Pádua: Cedam, 1992, p. 208.

²²³ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2015, ps. 1265-1266.

tolerado, como se dá nos de execução diferida. O autor cita como exemplos os contratos de locação, prestação de serviços, distribuição e fornecimento²²⁴.

Conforme se vê, não há precisão terminológica entre os posicionamentos apresentados²²⁵. Não obstante tal fato, adota-se, aqui, a concepção de que, à exceção dos contratos instantâneos, os demais têm, em maior ou menor medida, influência do tempo, sendo este um elemento presente nessas contratações²²⁶, tendo em vista que “[...] qualquer contrato de execução não instantânea está sujeito ao risco da superveniência”²²⁷. Como se verá mais adiante no trabalho, o lapso temporal terá grande relevância no estudo da revisão contratual, ditando o art. 478 que a onerosidade excessiva poderá ocorrer “nos contratos de execução continuada ou diferida”.

Em muitas das vezes, a longa duração está imbrincada com a necessidade de realização de contratos incompletos. Uma das explicações para isso se dá em razão da possibilidade de redução de custos de transação nessa modalidade de contratação.

Em 1937, Ronald Coase, em artigo intitulado *The nature of the firm*, vinculou a ideia de custos de transação ao cenário de contratações empresariais de longa duração²²⁸. A ideia de custos de transação liga-se à precificação de incertezas. Desse modo, equaciona-se a relação entre o custo e o benefício. Quanto mais investimento em informação, como pesquisas de preços e aspectos qualitativos, maiores os custos de transação²²⁹. Tem-se com isso que pode ser vantajosa uma contratação com longa duração, dispensando-se a elaboração reiterada de instrumentos que demandarão esse tipo de especificação²³⁰.

²²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188.

²²⁵ Há, também, quem simplifique o assunto em uma divisão entre contratos de execução continuada (duração) e contratos instantâneos. (MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 110).

²²⁶ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 26.

²²⁷ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista de Direito GV-SP*, 10(1), p. 155-200, jan-jun., 2014, p. 178.

²²⁸ COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, 1937. Segundo Coase: “This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period, instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided”. (COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, 1937, p. 391). Tradução livre: Isso pode ser devido ao fato de que se um contrato de longa duração é feito, em vez de vários contratos curtos, certos custos de elaborar cada contrato serão evitados.

²²⁹ SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 101, p. 171-179, jan-dez., 2006, p. 173.

²³⁰ COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, 1937.

Nessas contratações, é comum não apenas uma escolha pela incompletude contratual, mas um reconhecimento de que, em matéria econômica, é extremamente difícil prever todas as intercorrências possíveis no programa contratual. Assim, as partes, cientes de que não disciplinarão o futuro da vida humana e, em especial, da economia, deixam abertos temas contratuais. Esse ato voluntário é diferente do que se entende por *lacunas* dentro do Direito. Não se trata de um contrato defeituoso, como a nomenclatura pode sugerir, mas de um instrumento propositadamente incompleto²³¹, correspondendo ao que se chama de uma *incompletude deliberada*²³².

Havendo incompletude deliberada, as partes acordam que cooperarão para solucionar eventuais problemas quando as questões relativas a eles surgirem, de modo que “[...] envolve, assim, um decidir de não decidir, ou um decidir de decidir sucessivamente”²³³. Esse tema é igualmente estudado no âmbito dos chamados *contratos relacionais*, classificação próxima à da longa duração²³⁴.

Muito embora seja possível vislumbrar a incompletude contratual nos contratos típicos²³⁵, é no campo dos contratos atípicos que se pode mais facilmente pensar no tema, visto não existir regramento jurídico disposto em lei. Nesses casos, deixa-se à interpretação e integração do contrato qual seria o objetivo das partes, quais os comportamentos existentes durante o decorrer do tempo; os efeitos possíveis considerando a situação concreta; quais decisões afetariam menos a operação econômica.

²³¹ ZANETTI, Pedro Ivo Gil. Revisão contratual e negócios processuais. São Paulo: Almedina, 2019, p. 48-50. No mesmo sentido: “Antecipar e dispor a respeito de todos e quaisquer eventos que possam impor contingências, afetando a distribuição de direitos, deveres, ônus e obrigações iniciais, que incidam sobre as prestações de cada uma das partes e as afetem de modo adverso, em contratos de longa duração e execução continuada ou diferida, é difícil. Supor que, nesses casos, os custos de transação serão mais elevados não espanta”. (SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 101, p. 171-179, jan-dez., 2006, p. 174).

²³² CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista de Direito GV-SP*, 10(1), p. 155-200, jan-jun., 2014, p. 165.

²³³ CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista de Direito GV-SP*, 10(1), p. 155-200, jan-jun., 2014, p. 165.

²³⁴ “[...] há, no contrato relacional, um contrato de duração e que exige fortemente colaboração. São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto a colaboração (sociedade, parcerias etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 123).

²³⁵ É o caso do contrato de sociedade, caso se compreenda pela linha contratualista (SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 101, p. 171-179, jan-dez., 2006, p. 176).

Como dito, os contratos de longa duração são normalmente incompletos, pois dificilmente há conhecimento de todas as variações que ocorrerão e atingirão o programa contratual. A incerteza é presente. Especialmente no que tange à problemática da presente dissertação, deve-se analisar o entendimento exarado por doutrinadores como Judith Martins-Costa, que aduz que, nos casos de contratos duradouros, a revisão contratual deixa de ser exceção para se tornar regra. Dita que “*tanto assim é que, mesmo a extinção contratual, pelo exercício do poder de resilir unilateralmente, é submetido a regras especiais (Código Civil, art. 473) que consideram o tempo, as expectativas e os investimentos feitos — em razão de uma expectativa de durabilidade — por ambos os contratantes*”²³⁶.

Isto é, nos contratos incompletos há quem entenda que a revisão seria inerente ao conteúdo do contrato. Isso porque, se a revisão ordinária decorre da exceção ao *pacta sunt servanda*, a revisão nos contratos incompletos seria, justamente, sua *expressão*, já que as partes deliberadamente teriam escolhido pela abertura do contrato para que, em determinado momento, se necessário, a revisão pudesse se dar²³⁷.

Dentro da doutrina dos contratos de longa duração, também se encontra a preocupação com a impossibilidade de vinculação eterna ao conteúdo das obrigações acordadas. Seria possível o questionamento acerca da necessidade da alteração do preço convencionado ou se seria adequado que alguma modificação ou atualização da prestação fosse feita.²³⁸

Por isso, há quem entenda que o contrato de longa duração é um “acordo provisório” — sujeito a uma permanente modificação de seu conteúdo. A incerteza é um componente que subjaz as relações jurídicas que se projetam para o futuro, em razão do “poder moderador” do tempo sobre esses contratos²³⁹.

No caso do *built to suit* essa constatação merece cautela, tendo em vista que, muito embora possa ser nomeado de contrato de longa duração em razão da importância do tempo, o legislador, justamente em atenção à causa e função econômica do contrato, previu duas regras para que o efeito deletério do tempo fosse prestigiado: os parágrafos primeiro e segundo do art. 54-A. Ao disciplinar que a cláusula penal pode chegar a um teto correspondente à soma dos valores devidos pelo usuário

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2015, p. 1269.

²³⁷ ZANETTI, Pedro Ivo Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina, 2019, ps. 57-59.

²³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. t. 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999, p. 115.

²³⁹ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 17.

deu guarida à importância temporal, assim como feito na previsão de renúncia à revisional. Esses temas serão abordados no decorrer da dissertação.

1.4.2 A NECESSIDADE DE TEMPO RAZOÁVEL AO RETORNO DO INVESTIMENTO DO EMPREENDEDOR

A peculiaridade do *built to suit* em relação aos demais investimentos da construção civil é que há uma projeção do tempo contratual para a amortização do investimento inicial realizado pelo empreendedor.

Com isso, em geral pactua-se a construção de um empreendimento customizado ao gosto ou padrão do usuário e, finda a obra, inicia-se a fase de retorno do investimento, momento em que será contraprestada ao empreendedor a remuneração. A remuneração terá por base a equação resultante do gozo e fruição do imóvel, somada ao retorno referente à construção. O tempo, no *built to suit*, tem ao menos duas relevâncias: a sequência temporal é relevante para o resultado do contrato entabulado – primeiro é construído e depois é remunerado; e no decorrer do tempo o investimento será retribuído. Assim, o tempo integra a causa contratual do *built to suit*. O prolongamento do adimplemento no tempo faz parte do que foi pactuado entre as partes. O tempo é, enfim, querido.

É por isso que “ganhou fama” a concepção de que a revisão contratual, por meio da ação revisional de alugueres, inscrita na Lei de Locações, seria medida incompatível ao *built to suit*. Diferentemente do que se dá em demais contratações, o *built to suit* pretende ter um retorno previsível²⁴⁰. Afinal, de que maneira seria possível desvincular o usuário do preço estipulado em detrimento do empreendedor, que já cumpriu sua prestação?

Dessa forma, sendo o tempo um elemento essencial ao *built to suit*, e não apenas acessório, é que se pode concluir que o *built to suit* pode ser considerado um contrato de longa duração. O contrato, dentro do tema da longa duração, precisa durar ao menos para garantir a recuperação dos

²⁴⁰ 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*, 2014, ps. 01-21. Resume Fábio Cilli: “Assim, o contrato BTS requer cláusulas que comprometam o usuário a garantir o retorno do investimento para um período mínimo estipulado pelo empreendedor, com a contrapartida da multa caso o usuário opte unilateralmente pela desocupação do imóvel. Para tanto, a multa e o prazo contratual são específicos e diferem do regido pela Lei Federal nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato)”. (CILLI, Fábio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 20)

investimentos realizados²⁴¹. Com a segurança do tempo, afastam-se comportamentos contraditórios e oportunistas. Mesmo antes da edição da Lei 12.744/12, Cristiano Zanetti já apontava que a renúncia à revisão no *built to suit* era tema discutido e visto como solução para essas contratações.

Não há muita digressão do assunto nos escritos a respeito do tema. Paula Araújo classifica o *built to suit* como contrato de trato sucessivo²⁴². Gomide como contrato de trato sucessivo e também como de longa duração, tendo em vista que “[...] o tempo é um elemento querido pelas partes”²⁴³. Haroldo Verçosa também o define como de longa duração²⁴⁴.

É também possível fazer essa análise tendo em vista outra perspectiva. O contrato de locação é classificado como de duração²⁴⁵, pois nos contratos dessa natureza para cada uma das prestações “...os atos singulares de execução são juridicamente autônomos”²⁴⁶. Isto é, cada aluguel se refere ao período integral de posse em favor do locatário. Assim, em contratos de locação “o adimplemento não os extingue, mas os prolonga, na medida que o tempo que duram é o interesse do credor”²⁴⁷.

²⁴¹ Nesse sentido: “Em virtude dessa característica do contrato e da remuneração estabelecida, o prazo da locação também exerce papel fundamental, já que constitui parte integrante do pagamento, pela contratante, das obrigações executadas pela contratada. O período de locação e o aluguel representam uma fórmula, ajustada previamente pelas partes, que corresponde ao preço de toda a operação econômica realizada pela contratada com a contratante, e não a mera contraprestação pelo uso e gozo do imóvel, razão pela qual uma das principais características do contrato é a necessidade da permanência da locatária no imóvel pelo período previsto no contrato, condição imprescindível à viabilidade de toda a operação econômica e que, se inadimplida, deve acarretar o pagamento integral da penalidade prevista”. (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, p. 56).

²⁴² ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 16.

²⁴³ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, os. 85-86.

²⁴⁴ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

²⁴⁵ ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, p. 109. Também em: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 123; PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 660; OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico: scritti giuridici*. T. III. Pádua: Cedam, 1992, p. 332; TRANCHINI, Marcela. Clasificaciones de los contratos. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 61.

²⁴⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 1973, p. 91.

²⁴⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, p. 61-86, 2019, p. 04 (versão digital).

Já o contrato de empreitada é tido como de execução diferida²⁴⁸. Antônio Junqueira de Azevedo exemplifica exatamente os dois contratos aqui retratados:

[...] Finalmente, uma terceira hipótese, é a da execução continuada, no sentido próprio; por exemplo, no contrato de trabalho, no de locação de coisas, no contrato de sociedade, etc. Nas duas últimas hipóteses, contratos de trato sucessivo e de execução continuada, o tempo corresponde ao interesse das partes na satisfação de uma necessidade duradoura; ele faz parte da *causa final* do contrato. Tem-se adimplemento continuado ou protraído no tempo. Ao passo que, na primeira hipótese, o tempo é *suportado* por uma, ambas ou todas as partes, em virtude da impossibilidade de obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pense-se novamente na empreitada), nas duas últimas, o tempo é *desejado* pelas partes. Somente nos dois últimos casos, há verdadeiramente *contrato de duração em sentido próprio*²⁴⁹.

Dessa forma, se pensado o *built to suit* por etapas, denota-se que a execução diferida e a duração estariam presentes. Veja-se que interessante. O contrato de locação é comumente classificado como de longa duração, enquanto o de empreitada como de execução diferida. Dessa forma, denota-se que o *built to suit*, ao conter duas prestações comuns a cada tipo de contrato, teria classificação mista. Todavia, como é necessário compreender sua operação econômica como um todo é que o *built to suit* se aproxima mais a um contrato de longa duração.

Mesmo quando ocorre a securitização, os pagamentos periódicos igualmente permanecerão e serão repassados à Companhia Securitizadora. Dessa forma, em razão da estruturação da operação, bem como à cessão do uso do imóvel com remuneração protraída no tempo, tem-se que se trata de contrato de longa duração.

Daí por que a Lei 12.744/12 não apenas previu a renúncia à revisão contratual, como excepcionou o art. 4º, da Lei de Locações, permitindo que a cláusula penal, em caso de rescisão, “*não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação*”. Isto é, pode ser convencionado uma multa teto correspondente ao que o usuário iria pagar no bojo contratual.

²⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 123.

²⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 124.

Em geral, os contratos de duração comumente necessitam de maior revisão. É intrínseco à natureza desses contratos a possibilidade de modificação de determinadas cláusulas, em razão da perenidade do tempo. Isso se dá, por exemplo, pela fixação de uma escala móvel²⁵⁰, ou pela estipulação de que em determinadas circunstâncias será alterado o contrato. Esse assunto será abordado no último capítulo.

²⁵⁰ A escala móvel “estabelece uma revisão, pré-convencionada pelas partes, dos pagamentos que deverão ser feitos de acordo com as variações do preço de determinadas mercadorias ou serviços, ou do índice geral do custo de vida e dos salários”. (WALD, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, p. 100).

2 O *BUILT TO SUIT* E A (IN) APLICABILIDADE DA LEI DE LOCAÇÕES

O tipo contratual traz consigo a bagagem a ser aplicada ao determinado contrato em concreto. Isto é, o juízo de qualificação traz o regime jurídico.

Conforme visto anteriormente, é comum que nas mais variadas codificações haja norma que enuncie que aos contratos atípicos sejam aplicadas as regras gerais dos contratos. O Código Civil brasileiro não fez diferente, assim dispondo no art. 425²⁵¹.

Contudo, tal afirmação é extremamente genérica e não explicita qual o regramento específico do contrato. Considerando a premissa adotada no capítulo anterior, de que o *built to suit* é um contrato atípico misto, resta saber quais as regras a serem adotadas ao contrato, considerando, de um lado, o disposto na Lei de Locações, e, de outro, que o *built to suit* não é um contrato de locação.

Não há um caminho simples e muito menos consenso a respeito do tema. O que se deve registrar, de antemão, é que muitas vezes o caminho confortável é aplicar a solução de determinado tipo contratual a um contrato atípico. Contudo, ao assim proceder, corre-se o risco de violar a função e a causa contratual. Ainda que se trate de resposta fácil, nem sempre será adequada.

Importante, nesses instrumentos, que os contratantes disciplinem as matérias do contrato, prevendo hipóteses e antecipando procedimentos a serem adotados. Contudo, sabe-se que nem sempre essa é a realidade. Tanto em razão da impossibilidade de prever todas as possíveis intercorrências ao contrato, quanto porque contratos de longa duração costumam ser incompletos.

Conforme visto, por longos anos, o contrato *built to suit* não recebeu tratamento legal. A Lei nº 12.744/2012 tentou solucionar essa lacuna, já que tal instrumento estava sendo incorporado pela prática social. Para tanto, a referida legislação alterou o art. 1º, da Lei de Locações, bem como inseriu o art. 54-A, que disciplina:

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.
[...]

²⁵¹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

A Lei 12.744/2012, muito embora tenha abordado dispositivo específico sobre o tema na Lei de Locações, ampliou o debate sobre o correto regramento aplicável aos contratos *built to suit*, gerando dúvidas acerca da plena compatibilidade, ou não, das disposições locatícias a esse modelo contratual diferenciado.

Dita o art. 54-A, da Lei de Locações, que deverão ser observados os procedimentos da legislação locatícia, mas prevalecerá o que for livremente pactuado. Isto é, no que tange ao direito material, têm as partes autonomia para disciplinar o contrato.

Pertinente, portanto, observar em que medida deve ser prestigiada a Lei de Locações. Afinal, se a Lei de Locações é cogente, como essa autonomia se dá no caso concreto?

Para realizar essa análise, necessário, antes, entender a Lei de Locações.

2.1 O REGRAMENTO DA LEI DE LOCAÇÕES

A Lei de Locações, logo em seu dispositivo inaugural, delimita o alcance da legislação para os imóveis urbanos. O entendimento do que é *urbano*, a rigor, é tido em relação à destinação/finalidade da locação, e não à localização do imóvel²⁵². Os imóveis rurais são disciplinados pelo Estatuto da Terra, que adota o critério da destinação econômica para a definição do que é imóvel rural, conceituando-o como “*o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada*” (art. 4º, I).

O Código Civil contém capítulo específico para tratar da locação de coisas, e tais disposições apenas se estendem à locação de prédio urbano na omissão da Lei do Inquilinato (art. 79), portando caráter supletivo, portanto. A parte reservada ao Código Civil aplica-se majoritariamente à locação de coisas *móveis*, em razão de possuírem os imóveis legislação específica²⁵³.

Ficam excluídos da abrangência da Lei as Locações: (i) imóveis de propriedade da União, Estados, Municípios, e de suas autarquias e fundações — a locação de bens públicos possui

²⁵² TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Comentários ao art. 1º da Lei 8.245/91. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991)*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 16. No mesmo sentido: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1146.

²⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 325.

regramento específico (Decretos 9.760/46 e 6.874/94); (ii) as discussões envolvendo vagas autônomas de garagem, espaços para estacionamento de veículos, espaços destinados à publicidade, apart-hotéis, hotéis e equiparados. A exceção se dá às vagas de garagem conjugadas ao imóvel urbano, caso em que serão regidas pela Lei de Locação; (iii) o *leasing*, ou arrendamento mercantil, que possui legislação própria (Lei 6.099/74).

A locação de imóveis relaciona-se diretamente com o direito à moradia, consagrado constitucionalmente como direito social (art. 6º, Constituição Federal²⁵⁴), daí sua relevância para além das amarras do Direito e o interesse estatal em um campo contratual que, a rigor, seria demonstrativo da autonomia privada. Por essa razão, assim como ocorre no Código de Defesa do Consumidor, a locação de prédios urbanos recebeu especial atenção do legislador na Lei 8.245/91, sendo alvo de política de proteção à parte da relação jurídica considerada mais fraca, o locatário²⁵⁵. Parte-se, portanto, da premissa que de existe “[...] uma grande assimetria que desprivilegia o locatário em relação ao locador”²⁵⁶.

Ainda que, na prática, nem sempre o locatário seja a parte mais vulnerável do contrato, a exemplo de sujeitos que tenham renda exclusiva vinda de um único aluguel, trata-se de legislação símbolo do dirigismo contratual. Considerando a “angustiosa crise de habitação”²⁵⁷, intervenções do Estado nessa relação jurídica foram adotadas a fim de mitigar a autonomia privada nas relações locatícias²⁵⁸, alterando-se, muitas vezes, o conteúdo tradicional do contrato²⁵⁹.

²⁵⁴ Inicialmente, a redação do art. 6º, da Constituição Federal, não continha a previsão ao direito de moradia. Com a Emenda Constitucional 26/2000 houve a inserção do vocábulo *moradia*, com a Emenda Constitucional 64/2010 o acréscimo de *alimentação* e, finalmente, com a Emenda Constitucional 90/2015, a adição de *transporte*. Atualmente, a redação da norma é “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²⁵⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 271 (livro digital).

²⁵⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “*built to suit*”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 429. No Direito Argentino denota-se noção semelhante “[...] el principio de igualdad es irreal. Es una ficción ignorar la existencia de confrontación entre empleadores y trabajadores; propietarios y locatarios”. (STIGLITZ, Rubén. Efectos de los contratos: autonomía de la voluntad y revisión del contrato. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoría general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 273). Tradução livre: O princípio da igualdade é irreal. É uma ficção ignorar a existência de confrontação entre empregadores e trabalhadores; proprietários (locadores) e locatários.

²⁵⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 271 (livro digital).

²⁵⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 183.

²⁵⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 271 (livro digital)

Mesmo antes da promulgação da Lei de Locações, o Brasil já havia experimentado legislações desse caráter. Arnaldo Medeiros da Fonseca, em sua obra datada de 1958, anunciou que, à época, variadas normas foram promulgadas com o objetivo de proteção aos locatários.

No Decreto 19.573/31, o Governo Provisório, em atenção às transferências de funcionários civis e militares, previu a possibilidade de rescisão da locação por tempo determinado, quando houvesse remoção para servir em outra localidade; ou a redução em 25% de seus vencimentos, bem como dispensa²⁶⁰. Antes disso, o Decreto 4.403/21, em seu art. 1º, § 3º, previa que seria extinta a locação se o locatário, quando militar ou funcionário público, fosse removido²⁶¹. Vicente Ráo considera esse o marco legislativo em que o Brasil consagrou a cláusula *rebus sic stantibus*²⁶².

Também em 1931 o Governo Provisório promoveu a fusão dos serviços de Correio e Telégrafos, visando à economia no setor. Considerando que, à época, o erário era onerado pela locação de imóveis para a destinação desses serviços, foi editado o Decreto 20.632/31, que permitiu a rescisão desses contratos²⁶³.

Em 1934, o ordenamento recebeu o Decreto 24.510/34, que regulou a renovação judicial das locações de imóveis para fins comerciais ou industriais. Nesse Decreto, previu-se a possibilidade de revisão do preço estipulado em caso de variação superior a 20%, e se passados três anos da prorrogação do contrato²⁶⁴. No dispositivo, há expressamente o condicionamento à *modificação das condições econômicas do lugar*, ideia que parece ter sido a gênese de muito do que hoje se tem do tema da revisão contratual.

²⁶⁰ Art. 1º O funcionário público, civil ou militar, poderá rescindir a locação, de tempo determinado, do prédio de uma moradia, quando removido para servir em outra localidade que não lhe permita manter residência na de situação do prédio locado; ou reduzidos os vencimentos de seu cargo na proporção de mais de 25%, ou dispensado do cargo pública que exercia.

²⁶¹ Art. 1º Não havendo estipulação escripta que regule as relações, direitos e obrigações dos locadores e locatarios de predios urbanos, prevalecerão as disposições da presente lei. [...] § 3º Antes desse prazo, cessará a locação, si o locatario, militar de terra e mar, ou funcionario publico, fôr removido para logar fôra da situação do predio e não quizer continuar a locação.

²⁶² RAO, Vicente. *Empreitada – Modalidades de contrato. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 6, 2011, p. 05 (versão digital).

²⁶³ Art. 1º Fica o ministro da Viação e Obras Públicas autorizado a rescindir, por simples despacho, qualquer contrato de locação de predio destinado a serviços de Correios e Telegrafos. Paragrafo único. A rescisão se fará em virtude de representação fundamentada do funcionario competente, sobre qual será, ouvido, em 48 horas, o locador, sempre que se encontrar na localidade.

²⁶⁴ Art. 31. Se, em virtude da modificação das condições econômicas do lugar, o valor locativo fixado pelo contrato amigável, ou, em consequência das obrigações estatuidas pela presente lei, sofrer variações, além de 20% das estimativas feitas, poderão os contratantes (locador ou locatário), findo o prazo de três anos da data do início da prorrogação do contrato, promover a revisão do preço estipulado.

Na sequência, o Decreto 4.598/42 estipulou que nas locações residenciais, durante dois anos, o aluguel não poderia ser superior ao cobrado em 31 de dezembro de 1941²⁶⁵. Os contratos elaborados depois dessa data sofreriam revisão de acordo com a modalidade da construção (apartamento, prédio de uma residência ou habitação coletiva)²⁶⁶.

Como é perceptível, o Estado sempre teve uma posição ativa frente ao contrato de locação.

No pós-guerra, o contrato, símbolo clássico da autonomia privada, recebeu novas teorizações. A liberdade contratual foi relativizada, e os princípios *pacta sunt servanda* e *res inter alios acta* deram espaço para intervenções estatais²⁶⁷. Normas de ordem pública procuraram limitar o campo de autonomia do sujeito. Não é por outra razão que enuncia o art. 45, da Lei de Locações, que “*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 [...], ou que afastem o direito à renovação, [...], ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto*”.

O caráter cogente de tais normas marca uma visão paternalista do Estado, limitando o campo de liberdade do indivíduo. Entende-se, em geral, que os exemplos trazidos no art. 45, da Lei de Locações são meramente enunciativos, de modo que possam existir demais hipóteses de cláusulas nulas no bojo do contrato de locação²⁶⁸. A norma teria caráter genérico, apta a englobar qualquer situação de abuso no contrato de locação²⁶⁹. Há indeterminação da lei ao se referir a

²⁶⁵ Art. 1º Durante o período de dois anos, a contar da vigência desta lei, não poderá vigorar em todo o território Nacional, aluguel de residência, de qualquer natureza, superior ao cobrado a 31 de dezembro de 1941, sejam os mesmos ou outros o locador ou sub-locados e o locatário ou sub-locatário, seja verbal ou escrito o contrato de locação ou sub-locação.

²⁶⁶ Art. 3º Os casos de residências alugadas ou sub-alugadas pela primeira vez depois de 31 de dezembro de 1941, ou, ainda, de construção terminada, ou que hajam sofrido reforma substancial, posteriormente a essa data, serão regulados, a partir da vigência desta lei, pelas normas seguintes: [...]

²⁶⁷ Sobre a intervenção estatal: “Se a evolução da teoria geral dos contratos parecia definitivamente perfeita e acabada em fins do Século XVIII, no entanto, com as contínuas transformações verificadas na economia, influenciando toda a vida social, e repercutindo nas técnicas negociais, tornou-se necessária uma revisão constante nos postulados até então admitidos como definitivos, para se ajustar, principalmente, à intervenção do Estado no campo da autonomia privada a ditar regras aos contratantes no intuito de manter o equilíbrio necessário à ordem e à paz social”. (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 23).

²⁶⁸ BEZERRA, Eduardo Santos. Das nulidades. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 300 (versão digital).

²⁶⁹ SOUZA, Sylvio Capanema de. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 218.

“objetivos da presente lei”, dado que não se evidencia quais seriam as finalidades da lei, e o que não poderia ser afastado pela pactuação das partes²⁷⁰.

Um dos sentidos que seria possível dar ao *objetivo* da lei seria, justamente, a proteção ao locatário. Nos livros que abordam o contrato, a temática está sempre presente, e houve, de fato, grande preocupação legislativa para que o locatário ficasse assegurado de eventuais abusos do locador²⁷¹. Parece não ter havido grande preocupação do legislador a respeito das numerosas situações nas quais o locatário é uma grande empresa, ou quando, em perspectiva diversa, o locador tenha apenas um único imóvel locado e dependa daquela renda.

Frente a todo esse cenário, cabe questionar: há lógica em inserir dispositivos sobre o *built to suit* na Lei de Locações? Há compatibilidade?

2.2 O DIREITO MATERIAL

Retomando o que acima foi exposto, a ideia inaugural do projeto de lei que deu origem aos dispositivos sobre o *built to suit* era a de diferenciar tal contrato da locação. Com idas e vindas parlamentares, fato é que atualmente se têm as seguintes normas sobre o tema:

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

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

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

²⁷⁰ BEZERRA, Eduardo Santos. Das nulidades. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 300 (versão digital).

²⁷¹ O que se afirma é de fácil visualização por meio do seguinte trecho, em comentário ao art. 45, da Lei de Locações “A criatividade humana imagina incontáveis fórmulas astuciosas para fraudar os objetivos da lei, fugindo às restrições por ela impostas. Inserem-se nos contratos cláusulas aparentemente inocentes, mas que violam os comandos legais, prejudicando, em geral, o locatário. Com o mercado fortemente pressionado pelo excesso de demanda, é fácil aos locadores impor aos locatários estas disposições fraudulentas, não tendo estes como resistir, sob pena de lhes ser negada a locação, celebrada, então, com outro pretendente mais dócil. O legislador conhece a fragilidade da alma humana, e sabe que é impossível tornar a lei imune às fraudes, ainda mais quando ela impõe restrições de direitos, como ocorre no campo da locação. Surgem interpretações tendenciosas do texto, disposições paralelas, documentos “por fora” do contrato, tudo no afã de burlar as finalidades sociais da lei, distorcendo seus objetivos”. (SOUZA, Sylvio Capanema de. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 218)

Como se visualiza, houve uma opção legislativa pela prevalência da autonomia privada no que tange ao direito material e uma imperatividade dos procedimentos previstos na Lei de Locações. Significa dizer que as partes têm liberdade para dispor da maneira que bem entenderem a respeito do conteúdo, em privilégio ao poder de *autorregramento*. Tal fato demonstra a ciência do legislador a respeito das diferenças do *built to suit* frente à locação.

Semelhante hipótese já havia sido prevista para os contratos de *shopping center*. Dita o art. 54, da Lei de Locações que “nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei”. Assim como ocorre no *built to suit*, nesses negócios há uma lógica distinta a ser garantida, dado que uma parcela dos riscos é usualmente distribuída entre locador e locatário. No caso do *shopping center*, além da previsão de despesas extraordinárias como o fundo de promoção e os encargos comuns, é usual a pactuação de aluguel sobre o faturamento, o que traz uma relação distinta entre o locador e locatário no que tange à distribuição de riscos.

Mas, seria uma contradição a lei enunciar que “[...] *prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo*”, e no art. 45 cravar o caráter de ordem pública?

Como explicitado, o *built to suit* é um contrato atípico misto, que, muito embora esteja inserido na legislação locatícia, não pode ser considerado uma espécie de locação, pois a lógica de que há uma parte mais fraca no *built to suit* é inapropriada. Em razão disso é que, justamente, existe um problema na sua localização na Lei de Locação, já que “[...] as circunstâncias pré-contratuais, as particularidades do contrato e da operação econômica do *built to suit* são sensivelmente diversas daquelas verificadas na locação imobiliária”²⁷².

A ressalva da aplicação do direito material estabelecido entre as partes, disposta no art. 54-A, é a chave para que se compreenda o tratamento distinto entre os contratos e a não aplicação irrestrita das normas lá inscritas. Há a prevalência das regras contratuais estipuladas livremente pelas partes em detrimento das normas de direito material previstas na Lei de Locações. Como dito, isso se deu em razão da clara incompatibilidade de todas as regras da legislação locatícia ao *built to suit*. Sobre o tema, Paula Meirelles Araújo defende que “[...] ao criar ressalva quanto à

²⁷² LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 428.

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”²⁷³.

Aliás, em razão disso é que “a disposição do art. 54-A não impede a opção pela arbitragem, na medida em que os direitos envolvidos no contrato BTS são patrimoniais e disponíveis e não há, em princípio, questões de ordem pública envolvidas na celebração destes contratos”²⁷⁴.

Alexandre Junqueira Gomide acredita ser possível a pactuação de mais de uma garantia, ainda que o art. 37, parágrafo único²⁷⁵, da Lei de Locações repete nula tal previsão, já que em razão da magnitude dos riscos existentes no *built to suit*, pode fazer sentido a cumulação de garantias²⁷⁶. Também afirma que a limitação do art. 38, §2º²⁷⁷, da Lei de Locações pode ser incongruente ao *built to suit*, sendo válida a cláusula que determine caução superior a três alugueres²⁷⁸.

Dessa forma, “o respeito à autonomia privada e à liberdade contratual permitem que as disposições contratuais de direito material firmada entre as partes, embora contrariem a Lei do Inquilinato, sejam respeitadas”²⁷⁹.

A doutrina, em geral, entende que a autonomia privada deve prevalecer no tocante ao conteúdo contratual, de modo que se as partes desejam que determinada previsão da Lei de Locações não impere é importante que seja contratualmente afastada. Para Scavone Junior, a aplicação subsidiária da Lei de Locações, implica que “[...] não havendo uma exclusão expressa

²⁷³ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 109; No mesmo sentido: “Assim como a questão da rescisão antecipada, todos os demais dispositivos constantes na Lei de Locação deverão ser interpretados com base na premissa de que a relação locatícia é apenas parte da relação existente entre empresa contratante e empresa contratada”. (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, p. 57).

²⁷⁴ FAVACHO, Frederico. Da locação não residencial. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 436. (livro digital)

²⁷⁵ Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: [...] Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

²⁷⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112.

²⁷⁷ Art. 38. A caução poderá ser em bens móveis ou imóveis. [...] § 2º A caução em dinheiro, que não poderá exceder o equivalente a três meses de aluguel, será depositada em caderneta de poupança, autorizada, pelo Poder Público e por ele regulamentada, revertendo em benefício do locatário todas as vantagens dela decorrentes por ocasião do levantamento da soma respectiva.

²⁷⁸ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113. Em idêntico sentido: MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

²⁷⁹ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

dos dispositivos previstos naquela lei ou não tendo o contrato disposto de maneira diversa, aplicam-se aos contratos BTS as disposições referentes às locações urbanas, tais como o direito de preferência, benfeitorias, entre outras”²⁸⁰.

A doutrina também acredita ser inaplicável integralmente as disposições da Lei de Locações, sob pena de trazer muito riscos aos contratantes²⁸¹. No *built to suit* o risco contratual envolvido é diferenciado, não podendo o ordenamento jurídico neutralizar os riscos assumidos pelas partes, “sob pena de comprometermos o funcionamento do mercado”²⁸². Nas contratações empresariais o risco é distribuído entre as partes, formando-se uma mutualidade²⁸³.

As liberdades constitucionais são diretrizes interpretativas no campo empresarial, dado que a regra é o respeito à liberdade econômica²⁸⁴. A Lei de Liberdade Econômica reforça essa ideia, reiterando que é excepcional a intervenção na liberdade. A lógica dentro do Direito Comercial é distinta:

Para o Direito Comercial, o agente econômico é ativo e probo, habituado ao mercado no qual atua. Presume-se que *assumiu os riscos* da falta de contratação expressa de uma exceção à regra geral, até mesmo porque optou por não despender recursos na barganha do ponto específico durante as negociações. Calar-se e, posteriormente, procurar levar vantagem, estendendo as restrições para além do contratado, é conduta oportunista. Não age de boa-fé quem pretende algo em desacordo com a *regra geral* posta pelo direito, a não ser que tenha expressamente contratado o contrário²⁸⁵.

Mesmo antes da edição da Lei 12.744/12, Zanetti afirmava que a Lei de Locações poderia ser aplicada por analogia, quando evidentemente houvesse compatibilidade. Para ele, isso não ocorre em relação ao art. 19, da referida lei, que disciplina a revisão do contrato²⁸⁶.

²⁸⁰ FAVACHO, Frederico. Da locação não residencial. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 425 (versão digital).

²⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Lei do inquilinato comentada. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 225. Sobre o tema: “O art. 45, portanto, não é aplicável aos contratos *built to suit*, mas apenas aos contratos de locação de imóvel urbano” (GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124).

²⁸² FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 475.

²⁸³ ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 175.

²⁸⁴ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 371.

²⁸⁵ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 372.

²⁸⁶ ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011, p. 117-118.

A racionalidade que justifica o caráter cogente da Lei de Locações de prédios urbanos não existe no *built to suit*, daí a possibilidade de seu afastamento. O risco é parte de todo o contrato, e no *built to suit* esse fator é substancial para sua qualificação. Quando as partes envolvidas são empresárias, presume-se que tenham conhecimentos sobre a área que atuam, pois ao contratar, assumem os riscos do negócio e não serão amparadas por uma legislação protetiva — diferentemente do que se dá nos contratos de consumo (Código de Defesa do Consumidor) e nos contratos de locação regidos pela Lei de Locações. E sendo um contrato de longa duração, como é o caso do *built to suit*, o risco é evidentemente maior²⁸⁷, já que precisam contratar sabendo que terão como variável o efeito deletério do tempo e, por consequência, eventuais fatos supervenientes.

Nas locações regidas pela Lei de Locações não existe o mesmo risco suportado pelas partes que optaram pelo *built to suit*. A uma, porque, trata-se de uma lei fruto do dirigismo contratual, e no *built to suit*, em regra, as partes são paritárias. A duas, porque os valores envolvidos no *built to suit* serão necessariamente maiores do que em um contrato de locação, pois existe a prestação da construção ou reforma, bem como a obrigação de remuneração diferenciada ao empreendedor.

É por isso que, embora inserido na Lei de Locações, a adoção irrestrita dessa legislação ao *built to suit* é equivocada. A racionalidade da Lei de Locações choca-se com o caráter interempresarial do *built to suit*²⁸⁸. Na década de 1980, Bulgarelli destacou que a necessidade “de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos *contratos entre empresas*, e dos *contratos dos particulares com as empresas*”²⁸⁹.

Por isso, valora-se como posição mais fraca a do locatário e a do consumidor para que se tenha *equilíbrio contratual*. No *built to suit*, a lógica é a inversa: não se pode priorizar uma ou outra parte, sob pena de ferir o dito *equilíbrio*.

²⁸⁷ ZANETTI, Cristiano. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 456. Também nesse sentido: “Assim, referido contrato pressupõe partes igualmente preparadas e conhecedoras dos riscos empresariais do negócio, para que possam, inclusive, estipular uma contrapartida que represente um justo valor para a amortização do investimento e uso do imóvel” (NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O *built to suit* e a Administração Pública. *Revista Jurídica Cesumar*, maio/ago., 2016, p. 358).

²⁸⁸ No mesmo sentido, o Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

²⁸⁹ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 24. Daí a intenção de se criar um Código Comercial, que visa à justamente delimitar o âmbito empresarial, como de paridade entre as partes contratantes.

Dentro de um cenário empresarial, há que se levar em consideração a causa contratual, a racionalidade econômica do empresário, e a proteção da eficiência das decisões empresariais²⁹⁰. Essa constatação da lógica empresarial geralmente por trás do *built to suit* é que traz uma diferença na hora de interpretar esses contratos. Nesse meio, é muito comum a utilização dos usos e costumes, e de um maior apreço pelo *pacta sunt servanda*²⁹¹.

Muitas vezes uma norma prevista na Lei de Locações será essencialmente inaplicável ao *built to suit*, porque os problemas que podem surgir nesse contexto são distintos e impossíveis de serem exaustivamente contemplados pela norma. Ademais, caso se aplicasse totalmente a Lei de Locações, estar-se-ia desconsiderando a prestação de construção do imóvel.

Na linha explicitada, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso em que se discutia contrato firmado antes da vigência da 12.744/2012, que “exatamente por se tratar de uma contratação atípica, não encontra justificativa a invocação das normas protetivas da Lei 8.245/91, editada com finalidade diversa; neste âmbito, evidentemente, deve prevalecer o princípio *pacta sunt servanda*, diante da especificidade da contratação”²⁹². E fato é que antes da Lei 12.744/12, os poucos escritos sobre o *built to suit* procuravam diferenciá-lo da locação de imóveis urbanos.

Por essas distinções é que se defende que, quando possível, a autonomia privada deve ser assegurada no *built to suit*. Felizmente, o art. 54-A, da Lei de Locações prevê que as *condições livremente pactuadas prevalecerão*, quando se está em jogo um contrato *built to suit*. Isto é, a matéria tratada no contrato tem primazia frente às normas protetivas da Lei de Locações. Essa previsão serve bem à ideia de que o contrato *built to suit* é instrumento criado pela autonomia privada e que deverá sofrer o menor número de amarras legais quanto possível.

Exemplo disso é que a Lei de Locações obviamente nada aborda acerca da construção, sendo relevante que, por exemplo, haja plena ciência dos contratantes acerca da responsabilidade do empreendedor sobre a obra. Rodrigo Xavier Leonardo explicita que, muito embora possível analogicamente aplicar o art. 615, do Código Civil, tal recurso não é necessário. Isso porque as regras gerais sobre inadimplemento são suficientes para abranger as situações em que ocorre

²⁹⁰ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 512-513.

²⁹¹ “A tradicional proteção e o reconhecimento da força normativa dos usos e costumes pelo direito positivo comercial têm esse sentido de possibilitarem o cálculo do futuro e, consequentemente, pautarem a atividade conforme a intenção de assunção de determinado risco”. (FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 516).

²⁹² Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2096814-79.2019.8.26.0000; Relator: Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 18 jun. 2019.

frustração do contrato. Totalmente cabível, portanto, a exceção do contrato não cumprido (art. 476), a execução específica (art. 475) ou, ainda, a resolução com perdas e danos (art. 475)²⁹³.

Dessa forma, trata-se de um dever pré-contratual a autoinformação do empreendedor em questionar e sanar eventuais dúvidas sobre a edificação, junto ao usuário, já que terá que entregar a obra conforme requerido – afinal, a construção de um imóvel customizado é da característica do *built to suit*. Consubstanciando em um dever, a entrega inadequada da obra pode configurar inadimplemento.

A responsabilidade pela obra é do empreendedor, mas é necessário diferenciar a execução do projeto da execução da obra. Assim, “especial atenção merece ser guardada aos defeitos de projeto. Muitas vezes o projeto é apresentado pelo usuário e, nesses casos, eventuais inadequações não podem ser imputadas simplesmente ao empreendedor”²⁹⁴.

Essa hipótese foi abarcada em recente caso decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se discutia eventual responsabilidade do empreendedor em disponibilizar imóvel que pudesse manter determinada temperatura para uma distribuidora de medicamentos. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que deveria ser providenciado sistema de refrigeração, mas que as contas de energia deveriam ser arcadas pela usuária, pois não constou do contrato que a temperatura ideal deveria ser atingida sem a montagem de refrigeração, aduzindo a decisão pela parcial procedência do apelo: “[...] unicamente para fins de se impor à ré-apelada a obrigação de providenciar a refrigeração adequada do galpão, liberando-a, no entanto, do pagamento dos custos

²⁹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 451. Marzagão explicita a responsabilidade do construtor em razão da maneira pela qual é montada a operação do *built to suit*: “É importante frisar que o contrato de Built-to-Suit é bilateral, em que a única obrigada perante a contratante é a contratada – é ela que deve prover o desenvolvimento do imóvel consoante o interesse da contratante, independentemente do fato de fazê-lo por si ou por intermédio de terceiros. Mesmo que alguns contratos de Built-to-Suit insiram uma construtora como parte do contrato, é evidente que, para a caracterização do Built-to-Suit, todas as obrigações decorrentes do desenvolvimento do imóvel sejam exclusivas da contratada perante a contratante. Obviamente que será possível prever que a construtora responda perante a contratada, podendo inclusive responder diretamente perante a contratante no limite de sua responsabilidade original em face da contratada pelo desenvolvimento do imóvel, mas o que existe nessa previsão é tão somente a contratada cedendo à contratante os direitos que detém em face da construtora em função da construção ou reforma executada por esta. O fato de a construtora deixar de responder não elide a contratada de responder perante a contratante, inclusive porque a contraprestação que é paga pela contratante à contratada pressupõe a responsabilidade exclusiva da contratada pelo desenvolvimento do imóvel” (MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 123).

²⁹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 451.

mensais de consumo de energia elétrica decorrentes de tais instalações, que competem exclusivamente à locatária”²⁹⁵.

De todo modo, guardadas as críticas à inserção do *built to suit* na legislação locatícia, duas medidas trazidas pela Lei 12.744/2012 foram essenciais para que a autonomia do *built to suit* fosse mantida: a possibilidade de renúncia à revisional de aluguel, e a cláusula penal ter um teto correspondente à soma dos valores dos “alugueres” a vencer. Tratam-se de “[...] condições essenciais para estruturar a operação de financiamento empreendida pelo locador, sem as quais, impossibilitaria criar um crédito imobiliário de longo prazo que pudesse ser atrativo ao mercado de capitais e, conseqüentemente, aos investidores interessados”²⁹⁶.

Essa problemática, contudo, não é pacificada, havendo quem entenda que o *built to suit* é uma espécie de contrato de locação pelo fato de constar dispositivo a seu respeito na Lei de Locações.

Para Fernanda Henneberg Benemond, a Lei de Locações e as disposições a respeito da empreitada devem ser aplicadas ao *built to suit*, mas com ressalvas, já que se deve considerar a função social do contrato, a autonomia privada, a boa-fé e o equilíbrio contratual²⁹⁷. Para Rodrigo Gasparetto, a Lei de Locações não se adequa em sua integralidade ao *built to suit*, pela incongruência das funções de cada contrato²⁹⁸.

Paula Araújo, em dissertação sobre o tema, qualifica o contrato *built to suit* como de locação, afirmando que é autorizada a utilização da Lei de Locações quando as partes não disciplinarem a matéria no contrato. Todavia, tal aplicação deve atender às peculiaridades desse negócio²⁹⁹.

Fato é que o legislador não poderia, por meio da norma, inibir o que foi usualmente construído pela prática mercantil. Em razão disso, reforça-se a inadequação da inserção do *built to suit* na legislação locatícia, e o cuidado que o intérprete deverá ter para que não se desnature tal contrato. Importante, nesse ponto, frisar que “o desprezo da *prática* como elemento essencial de

²⁹⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1044444-68.2018.8.26.0100; Relator: Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 25 ago. 2020.

²⁹⁶ 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, ps. 51-52.

²⁹⁷ BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015, p. 106.

²⁹⁸ 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, p. 52.

²⁹⁹ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 109.

organização do sistema implicaria a ineficaz obstrução do fluxo de relações do mercado. [...] Ou seja: as contratações comerciais obedecem à lógica da *função econômica* que estão destinadas a desempenhar”³⁰⁰.

Por fim, denota-se que a mesma interpretação se estende aos contratos *sale-leaseback*³⁰¹, dado que o art. 54-A o abrange na medida em que dispõe sobre a possibilidade de aquisição do imóvel³⁰². O *sale-leaseback* é uma transação em que o proprietário do terreno simultaneamente vende o imóvel e o aluga da mesma pessoa. Como será abordado adiante, em processo em trâmite perante o Tribunal de Justiça de São Paulo foi reconhecida a aplicação desse dispositivo a essa operação.

2.2.1 REGISTRO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT* E A CLÁUSULA DE VIGÊNCIA

O registro e averbação do contrato de locação no registro de imóveis é relevante para publicizar, perante terceiros, determinados direitos pessoais ou de crédito, podendo ser objeto de registro tanto a locação de prédios urbanos, regulada pela Lei de Locações (8.245/1991), bem como a locação de coisas regida pelo Código Civil³⁰³.

A legislação prevê a possibilidade de *averbação* do contrato de locação de imóveis urbanos para fins de: (i) assegurar o direito de preferência (art. 167, II, 16 da Lei de Registros Públicos e art. 33, da Lei de Locações); (ii) publicizar caução dada em garantia (art. 167, II, 8, da Lei de Registros Públicos e art. 38, § 1º, da Lei de Locações). De igual modo, é facultado o *registro* do

³⁰⁰ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 214.

³⁰¹ “Nessas operações uma propriedade é, simultaneamente, vendida e alugada de volta ao proprietário original, com a possibilidade este readquiri-la findo o prazo estipulado na operação. Esses negócios podem ser estruturados por vários veículos, inclusive por meio de um FII”. (WHATELY, Thomaz Henrique Monteiro. Estruturação de empreendimentos por meio de Fundo de Investimento Imobiliário. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 111)

³⁰² ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 107. No mesmo sentido: GROTTI, Franco Musetti; PIZA, Guilherme de Toledo. Abrangência e limites para aplicação do artigo 54-A da Lei nº 8.245/1991. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações built to suit: a prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 95. Fabio Cilli, por sua vez, acredita que o *sale-leaseback* e o *retrofit* estariam abrangidos no conceito de *built to suit*. (CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 08).

³⁰³ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do Registro de Imóveis. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1343.

título para (iii) publicizar a cláusula de vigência (art. 167, I, 3, e art. 242, da Lei de Registros Públicos e art. 8º da Lei de Locações).

O registro em sentido estrito constitui, declara, ou transmite direito real. Tem-se que rol do art. 167, inciso I, da Lei de Registros Públicos é exaustivo, da mesma maneira como sucede aos direitos reais³⁰⁴.

Já os atos de averbação são acessórios ao direito real preexistente. Assim, modificam, complementam, ou atualizam o registro. Entende-se que o rol de direitos previstos no art. 167, inciso II – incluídos, aqui, a caução e o direito de preferência – é exemplificativo³⁰⁵, especialmente em razão do disposto no art. 246, da Lei de Registros Públicos³⁰⁶.

Dessa forma, dada a relevância do registro, questiona-se a possibilidade de registro do *built to suit* no Registro de Imóveis, e, por consequência, a pactuação da cláusula de vigência.

A relevância da cláusula de vigência está disposta no art. 8º, da Lei de Locações, dando poder ao locatário de obstar a rescisão do contrato quando é alienado o imóvel objeto da locação. A regra é a de que em caso de alienação do imóvel no curso da locação, o adquirente poderá rescindir o contrato.

Todavia, quando feita locação por tempo determinado, poderá o locatário elidir a alienação do imóvel pelo proprietário, permanecendo no imóvel até o final do prazo contratual, caso seja registrada na matrícula do imóvel a cláusula de vigência, que se consubstancia em uma limitação convencional à propriedade, assumida voluntariamente³⁰⁷. Essa cláusula é ineficiente nos contratos por prazo indeterminado, porque o locador pode retomar o imóvel a qualquer tempo, desde que notificado o locatário com trinta dias de antecedência (art. 57, Lei de Locações).

A cláusula de vigência configura exceção ao princípio da relatividade dos contratos, visto que se estende a terceiros, desde que cumpridos os dois requisitos da legislação (averbação e pactuação da cláusula), impondo ao adquirente a espera pelo término do contrato. Não pode ser

³⁰⁴ COUTO, Mônica Bonetti. Das atribuições. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 541.

³⁰⁵ ALMADA, Ana Paula. Registro de Imóveis. In: GENTIL, Alberto (Coord.). *Registros públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 411.

³⁰⁶ Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro.

³⁰⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 275 (livro digital)

considerado um direito real ao locatário, mas apenas uma eficácia real — oponibilidade de posição jurídica³⁰⁸.

Saliente-se que não é suficiente que o contrato de locação esteja registrado no Cartório de Títulos e Documentos³⁰⁹ — prática mais corriqueira no mercado. É necessária a averbação junto ao Registro de Imóveis em que o imóvel objeto da locação esteja matriculado.

A problemática envolvendo o *built to suit* e o registro da cláusula de vigência dá-se em razão da aparente taxatividade dos contratos que possam ser levados a registro (art. 167, I, Lei de Registros Públicos).

Assim, se considerado o *built to suit* um contrato de locação, não há dúvidas de que o registro poderia ser feito, em razão do disposto no art. 167, I, 3, e art. 167, II, 16, da Lei de Registros Públicos e arts. 8º e 33 da Lei de Locações³¹⁰. Essa é, inclusive, a posição do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Francisco Eduardo Loureiro, que pontua a tipicidade do *built to suit* após a inserção do art. 54-A na Lei de Locações. Segundo Loureiro, não prevalece o antigo entendimento administrativo de que em razão da ausência de previsão do *built to suit* no art. 167, da Lei de Registros Públicos, não seria possível tal registro³¹¹.

Pontua Loureiro que a previsão, inscrita no art. 54-A, de que os procedimentos da Lei de Locações se aplicam ao *built to suit*, afirma tal possibilidade e define o contrato como uma *especial modalidade* de locação. Como ponto de apoio para embasar seu posicionamento, argumenta que não obstante o sistema registral brasileiro seja *numerus clausus* “[...] a tipicidade de cada um dos títulos registráveis pode ser elástica, para abranger situações jurídicas compatíveis e que não violem os princípios de determinado contrato ou direito real [...]”³¹². Isto é, Loureiro entende, assim como

³⁰⁸ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Comentários ao art. 1º da Lei 8.245/91. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991)*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 03.

³⁰⁹ Inclusive, sobre o tema: Súmula 442. A inscrição do contrato de locação no Registro de Imóveis, para a validade da cláusula de vigência contra o adquirente do imóvel, ou perante terceiros, dispensa a transcrição no Registro de Títulos e Documentos.

³¹⁰ Ambos os dispositivos mencionam que determinado direito (denúncia e preferência) advém de determinados requisitos, incluído o *registro no cartório de imóveis*.

³¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do Registro de Imóveis. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). *Lei de Registros Públicos Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1349.

³¹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do Registro de Imóveis. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.). *Lei de Registros Públicos Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1349.

apresentado, que os tipos contratuais são abrangentes, e que o *built to suit* estaria abarcado nessa fluidez do tipo da locação.

Mas tomada a premissa que o *built to suit* é um contrato atípico, poderia ser arguida a impossibilidade do registro. A análise aqui adotada não se afasta, em grande medida, do posicionamento de Francisco Loureiro, mas sob outra perspectiva.

O interesse legislativo no registro de determinados contratos é o de que alguns títulos possam ter efeito jurídico real, extrapolando o vínculo meramente obrigacional e entrando no mundo do direito real. Por essa razão, consideraram que os atos advindos das cláusulas de vigência e preferência teriam tal efeito dentro do contexto do contrato de locação.

Dessa forma, muito embora se defenda que o *built to suit* não seja uma locação, explanou-se que uma das prestações envolvidas no *built to suit* é a cessão do uso do imóvel em troca de uma remuneração, assim como ocorre na locação. Se para a finalidade da locação o registro daquelas cláusulas faz com que a locação seja um contrato registrável, não há qualquer óbice lógico, com exceção da regra da taxatividade, que impeça o registro do *built to suit*.

Ao que parece, trata-se de uma falta de atualização da legislação, para que seja englobada a previsão do *built to suit*, especialmente porque tais cláusulas se relacionam, em especial, com a “prestação de locação” do *built to suit*. Afinal, se a *ratio* da norma é a segurança, a oponibilidade *erga omnes*, e a proteção do direito de terceiros, é totalmente incompreensível a negativa de registro do *built to suit*, se se considera que um contrato de locação é passível de registro³¹³.

Aqui, a lógica a ser adotada é de aproximação da prestação de locação do *built to suit* com a locação de imóveis urbanos inscrita na Lei 8.245/91.

Sobre o tema, embora admitindo que se trata de posicionamento minoritário frente à crença de que o rol do art. 166, I, da Lei de Registros Públicos seja taxativo, Alexandre de Junqueira Gomide acredita na possibilidade de registro do contrato *built to suit* no Cartório de Registro de Imóveis, dada a importância do efeito *erga omnes* que o ato confere ao título.³¹⁴

³¹³ No mesmo sentido: “Não obstante, tendo em conta as peculiaridades que o contrato *built to suit* encerra, como prazo de vigência, “afetação” construtiva do imóvel, eventual direito de preferência na aquisição, de renovação etc., a possibilidade de registro ou averbação deveria ser acolhida pela legislação”. (FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. *Built to suit*. *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 72, p. 161-187, jan-jun, 2012, p. 12 (versão digital).

³¹⁴ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 136-138.

Concorda-se com Gomide quando pontua que o ordenamento civil permite a estruturação de contratos atípicos, e em nenhuma passagem há a proibição de formulação de tais negócios com a estipulação de um direito com eficácia real³¹⁵.

Em linha semelhante, mas sem entrar na discussão a respeito da taxatividade, Rodrigo Xavier Leonardo afirma a compatibilidade entre o que dispõe a Lei de Locações a respeito da cláusula de vigência e o *built to suit*³¹⁶.

Veja-se que em termos práticos a cláusula de vigência é interessante ao contrato em razão da customização do imóvel às necessidades do usuário. Dessa forma, considerando uma empresa usuária que exerce atividade econômica em determinado local por muitos anos, possivelmente haverá interesse na manutenção do contrato. A cláusula de vigência, por impedir a denúncia vazia, pode ser estipulação interessante em casos semelhantes. Trata-se de cláusula de especial atenção ao usuário, mais do que ao empreendedor, que poderá no longo prazo alienar o imóvel.

2.3 TUTELAS PROCESSUAIS

Conforme visto, da mesma maneira como ocorre para os *shopping centers*, a legislação destaca que as disposições procedimentais da Lei de Locações serão atendidas pelo contrato *built to suit*. No caso do *built to suit*, contudo, permite-se a renúncia ao direito de revisar alugueres. Isto é, a princípio, não há a possibilidade de rejeitar a ação renovatória e a ação de despejo.

Não se deixe de registrar que pelos vultuosos investimentos envolvendo o *built to suit*, esses contratos costumam conter cláusula compromissória, de modo que tais conflitos são usualmente resolvidos por arbitragem. O fato de a lei determinar a aplicação dos procedimentos da Lei de Locações não implica dizer que outras medidas processuais não possam ser tomadas, quando não condizentes às matérias próprias à revisional, renovatória e despejo. Dessa forma, sendo necessário o ajuizamento de demandas declaratórias, indenizatórias, e assim por diante, não há qualquer óbice.

Cumpra estabelecer, portanto, a compatibilidade dos procedimentos da Lei de Locações ao *built to suit*.

³¹⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

³¹⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 430.

2.3.1 AÇÃO RENOVATÓRIA

A ação renovatória é demanda que objetiva resguardar o fundo de comércio do locatário que estabeleceu contrato de prazo mínimo de cinco anos.

O locatário tem direito à renovatória quando cumulativamente preencher os seguintes requisitos: i) contrato escrito, com prazo determinado e mínimo de cinco anos; ii) exercer a mesma atividade econômica nos últimos três anos. Além desses enunciados gerais, deve o locatário provar que cumpriu estritamente o contrato, instruindo a petição inicial com um valor de aluguel, bem com a explicitação das demais condições a serem renovadas.

A ação deve ser ajuizada no interregno de um ano, no máximo, e de até seis meses, no mínimo, antes do termo final do contrato (art. 51, §5º, Lei de Locações). Pode obstar a renovatória, além da falta de algum requisito do art. 51 e 71, (i) infrações à lei ou ao contrato; (ii) oferta de terceiro em melhores condições.

Veja-se que não há incompatibilidade do procedimento da renovatória ao *built to suit*, porque a demanda apenas poderá ser ajuizada findo o prazo contratual. Isto é, trata-se ação que somente pode ser movida após o adimplemento do contrato. Inclusive, o exato cumprimento do contrato é um de seus requisitos (art. 71, II, da Lei de Locações).

Dessa forma, como não haverá mais a necessidade de amortização dos investimentos da construção, não se estará mais diante do *built to suit* propriamente dito. Logo, aplicáveis as normas da renovatória, já que esse é o mandamento do art. 54-A.

A renovação do contrato *built to suit* faz sentido se pensado que o imóvel foi customizado ao interesse do usuário. Desse modo, ainda que se trate de contratos com prazo extenso, é plausível imaginar que o usuário intentasse permanecer no local³¹⁷, especialmente considerando o fundo de comércio.

É por isso que, no caso da ação renovatória, predomina o entendimento de que, quando findo o contrato e renovado em sequência, não mais haveria *built to suit*, mas mera locação, porque a construção e/ou reforma já teria sido realizada, bem como a remuneração pelo investimento³¹⁸.

³¹⁷ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, ps. 119-120.

³¹⁸ Nesse sentido: ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 120; GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos*

Considerando tratar de nova contratação, é possível que seja avençado prazo diferente do primeiro contrato, tendo em vista que a prestação da construção foi cumprida, podendo não mais se ajustar àquela relação, agora de locação, prazos superiores a 10 anos, por exemplo. Aliás, predomina o entendimento de que a renovação dos contratos se dê por cinco anos³¹⁹. Nada impede, contudo, que as partes peçam tempo maior se assim for conveniente. Embora se trate de julgado do Superior Tribunal de Justiça, a peculiaridade do *built to suit* pode levar a que em determinados casos seja interessante a continuidade de um prazo largo. Como se refere a um contrato que em sua “primeira fase” já teve grande duração, muitos fatores econômicos podem influenciar a intenção das partes na nova contratação.

Ademais, tratando-se de locação de prédio urbano, após o adimplemento do *built to suit*, extirpa-se o regramento do art. 54-A. Dessa forma, não mais poderá haver a pactuação de renúncia à revisional, e nem a estipulação de cláusula penal nos moldes do art. 54-A, § 2º.

Concorda-se com Alexandre Junqueira Gomide a respeito da possibilidade de afastamento do art. 75³²⁰, da Lei de Locações³²¹. Como há uma lógica econômica distinta do *built to suit* em relação a uma locação de prédio urbano, a equação do valor da remuneração não necessariamente comportará a dita indenização que enuncia o art. 75, da Lei de Locações.

2.3.2 AÇÃO DE DESPEJO

controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 128-129; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1231.

³¹⁹ “[...] 4. A renovatória, embora vise a garantir os direitos do locatário face às pretensões ilegítimas do locador de se apropriar patrimônio imaterial, que foi agregado ao seu imóvel pela atividade exercida pelo locatário, notadamente o fundo de comércio, o ponto comercial, também não pode se tornar uma forma de eternizar o contrato de locação, restringindo os direitos de propriedade do locador, e violando a própria natureza bilateral e consensual da avença locatícia. 5. O prazo 5 (cinco) anos mostra-se razoável para a renovação do contrato, a qual pode ser requerida novamente pelo locatário ao final do período, pois a lei não limita essa possibilidade. Mas permitir a renovação por prazos maiores, de 10, 15, 20 anos, poderia acabar contrariando a própria finalidade do instituto, dadas as sensíveis mudanças de conjuntura econômica, passíveis de ocorrer em tão longo período de tempo, além de outros fatores que possam ter influência na decisão das partes em renovar, ou não, o contrato”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1323410/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. em 07 nov. 2013, DJe 20/11/2013).

³²⁰ Art. 75. Na hipótese do inciso III do art. 72, a sentença fixará desde logo a indenização devida ao locatário em consequência da não prorrogação da locação, solidariamente devida pelo locador e o proponente.

³²¹ GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 120.

Muito embora não se acredite na compatibilidade desse procedimento com a lógica o *built to suit*, fato é que, à semelhança do que tem acontecido com o *shopping center*, essas demandas têm sido ajuizadas.

Em razão do mandamento da norma, não há como afirmar que a ação de despejo é inaplicável ao *built to suit*. A letra da lei enuncia exatamente o oposto. Dessa forma, como anteriormente exposto, a legislação apenas permitiu renúncia à ação revisional, o que implica a afirmação de que é cabível a propositura da ação de despejo.

A ação de despejo, transportada ao *built to suit*, figura como facilidade ao empreendedor, que poderá se defender com medida específica para retirar o usuário e encerrar o contrato, pleiteando o que lhe for cabível.

2.4 A EXTINÇÃO CONTRATUAL E O PODER DE DESLIGAMENTO: ART. 54-A, §2º, LEI DE LOCAÇÕES.

2.4.1 DENÚNCIA, RESILIÇÃO: O ART. 473 DO CÓDIGO CIVIL

O caminho natural para a extinção de um contrato é o seu cumprimento. Não raras vezes, contudo, o vínculo será desfeito em razão da denúncia ou da rescisão contratual. Cabe diferenciar uma hipótese da outra.

Dita o Código Civil, em seu art. 473, que “a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Ainda que sejam institutos distintos, o Código Civil acabou abarcando em um só dispositivo ambos os casos, trazendo confusão à disciplina. Isso se deu, em resumo, porque o Código Civil baseou-se, nesse assunto, na doutrina francesa, que aproximava a figura do distrato e da rescisão. Nesse entendimento, rescisão seria “sair do contrato”, dividindo-se em *rescisão bilateral*, o distrato propriamente dito (art. 472, CC), e a *rescisão unilateral*, ditada pela regra do art. 473, do Código Civil.

O distrato, contudo, é situação diversa, já que configura hipótese em que novo contrato é celebrado para extinguir outra relação jurídica entre as partes. Há, portanto, nítida eficácia extintiva derivada de outra exteriorização volitiva.

Pontes de Miranda importou da doutrina alemã diferenciação entre rescisão e denúncia. Nesse sentido, a denúncia é o “[...] negócio jurídico pelo qual, unilateralmente, é exercido o poder

de fixar um termo ou um prazo para, com eficácia *ex nunc*, finalizar uma relação jurídica duradoura, originariamente concebida *sem prazo determinado*³²². Nos contratos sem prazo estabelecido, portanto, é pertinente que em algum momento uma parte possa colocar “[...] ponto final o que se concebeu em reticência”³²³. Em suas palavras, dá-se o direito formativo extintivo de denunciar a relação jurídica, pois é contrário à necessidade da livre atividade das pessoas que os contratos durem para sempre. Trata-se de um direito potestativo.

Já a rescisão opera quando a parte unilateralmente interrompe o vínculo em um contrato que possua tempo determinado. “Na rescisão, ao contrário da denúncia, não se protege a liberdade ameaçada por vínculos eternos. Confere-se o poder extraordinário de se desligar unilateralmente antes do término de um prazo previsto”³²⁴. Os vínculos obrigacionais são efêmeros, sendo natural que ocorra um desligamento, mas deve haver uma ressalva no que tange aos contratos com prazo determinado. Pode, enfim, apenas ocorrer em situações excepcionais.

Rodrigo Xavier Leonardo sintetiza as três situações sobre o tema: (i) quando há um poder ordinário de desligamento de relações jurídicas de prazo indeterminado. Nesse caso, dá-se a denúncia; (ii) quando há um poder extraordinário de desligamento, isso porque a relação jurídica continha prazo determinado. Essa hipótese é de rescisão, e se configura, num primeiro olhar, como patológica, pois é inesperada ao programa contratual. Devido à liberdade contratual, contudo, poderá ser pactuada ou prevista pela legislação; (iii) quando há um poder de desligamento em uma relação jurídica duradoura, em que a duração é essencial ao adimplemento. Nessa modalidade, uma previsão contratual que estipulasse a rescisão seria nula³²⁵.

Esse é mais um assunto que demonstra a importância no tempo nos contratos. Será visto a seguir, a sua influência em um programa contratual que é montado para que aquela relação jurídica entabulada se dê conforme a linha temporal acordada.

³²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 472 do CC2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 93-115. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2016, p. 95.

³²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 378.

³²⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 472 do CC2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. ps. 93-115. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2016, p. 99.

³²⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 446.

2.4.2 ESPECIFICIDADE DA CLÁUSULA PENAL NO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

Para que se faça a análise desse poder no *built to suit*, necessário compreender, primeiramente, qual o regramento do tema na Lei de Locações.

Se o contrato for por prazo indeterminado, locador e locatário têm ciência de que, a qualquer momento, desde que respeitados os 30 dias para desocupação (arts. 6º e 57, Lei de Locações), a extinção do contrato pode advir pela denúncia. Quando por prazo determinado, prevê o art. 4º, da Lei de Locações, a regra geral de que ao locador é vedado a denúncia a qualquer tempo, mas ao locatário tal poder é conferido, desde que pague multa proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou o que for estipulado pelo Poder Judiciário³²⁶.

Diferente é a regra inserida pela Lei 12.744/2012 sobre o *built to suit*. Dita o §2º, do art. 54-A que poderá o locador exigir a multa convencionada, “*que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação*”.

Na prática das locações de prédio urbano, pactua-se, em geral, a multa de três alugueres para quando o locatário decidir encerrar o negócio. Também não é incomum que se escalone períodos, prevendo-se que após transcorrido determinado tempo, o valor da multa será equivalente a determinadas vezes o aluguel. Essas espécies de estipulações, contudo, não se adequam ao *built to suit*.

Isso porque o tempo é elemento essencial. Se o empreendedor fez investimento significativo em razão da customização em favor do usuário, havendo quebra do vínculo por vontade do segundo, não pode o primeiro ser indenizado de maneira “[...] proporcional ao período de cumprimento do contrato”. Essa imposição seria injusta e minaria com a operação da perspectiva do empreendedor. Dessa forma, se a Lei de Locação não fizesse distinção “[...] seria difícil para o empreendedor manter os patamares mínimos de rentabilidade que o ajudaram a decidir pelo investimento no BTS, inviabilizando, dessa forma, todo o projeto”³²⁷.

É por essa razão que o art. 54-A, §2º, enuncia um teto para a estipulação da cláusula penal no *built to suit*, qual seja, a soma dos valores dos alugueres que o empreendedor receberia até o

³²⁶ 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 estipulada.

³²⁷ CILLI, Fabio. Empreendimentos do tipo *build-to-suit*: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência. Monografia (Escola Politécnica – USP). São Paulo, 2005, p. 20.

final do contrato. “Trata-se de um desestímulo previamente acertado contra uma conduta oportunista do locatário que precisa ponderar os pontos negativos e positivos de uma operação de longo prazo a que se propõe”³²⁸.

Dessa forma, como o prazo é da essência da contratação, o poder de desligamento é impedido implicitamente. Quando um prazo é estipulado, cria-se a expectativa para a contraparte que esse prazo será respeitado. Especial atenção deve ser dada aos contratos em que a manutenção do contrato é fundamental para a satisfação dos interesses de, ao menos, uma das partes. Nesses casos, a rescisão acarreta à frustração do tempo contratual, sendo imperativo que se impeça o exercício abusivo de tal ato³²⁹, já que impacta diretamente a “existência econômica da outra parte”³³⁰. Para minorar os danos advindos dessa situação, o parágrafo único do art. 473 dita que *“se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”*.

Esse dispositivo traz uma *condição suspensiva à vontade de rescindir*³³¹, na medida em que impede o imediato desligamento contratual. Com isso, é conferido “um lapso razoável a que as partes encontrem novos contraentes, liquidem organizadamente as relações jurídicas, anteriores e correlacionais, adaptem-se ao inovador cenário advindo da ruptura do estado de mutualismo, por tanto tempo vigente”³³².

³²⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

³²⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 472 do CC2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 93-115. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016, p. 94. No mesmo sentido: “Interessante observar, porém, que o parágrafo único do art. 473 do novo Código Civil abre uma exceção nesse esquema lógico para admitir sejam sancionadas as partes que rescindem unilateralmente contratos de trato sucessivo e prestação continuada, em que se criou uma expectativa de permanência dos vínculos obrigacionais e foram, por isso, realizadas consideráveis inversões econômico-financeiras”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75).

³³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 75.

³³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 77.

³³² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

Isto é, o legislador previu um poder de desligamento no *built to suit* pelo usuário “[...] que é compensado por uma ampla liberdade para a fixação de cláusulas penais, *que prevejam inclusive o dever de pagamento da integralidade das prestações vincendas*”³³³.

Além da questão do tempo de investimento, deve-se compreender a importância da referida norma em razão da divisão das obrigações no programa contratual. No início do contrato, o empreendedor realizará a obra, comprometendo-se a entregá-la ao usuário, nos moldes por ele formulados. Num segundo momento da relação jurídica, o uso do imóvel terá início e, com isso, será também inaugurada a contraprestação monetária ao empreendedor. Dessa forma, o exercício do poder de desligamento sem tal observância poderia gerar desequilíbrio irreparável ao empreendedor, que, então, poderá, ao menos, receber o teto estipulado pela legislação.

Em diálogo com o tema, Rodrigo Xavier Leonardo ponderou que é preciso cogitar os contratos em que os custos e lucros são distribuídos desigualmente, pois “[...] ao se interromper repentinamente essa relação jurídica pode-se impor um término a um dos contratantes justamente no momento em que a proporção entre os custos e os proveitos passaria a lhe ser vantajosa”³³⁴.

Nos contratos de longa duração, por ser o tempo elemento causal do contrato, a rescisão será, muitas vezes, problemática, pois, não obstante o cronograma obrigacional e a precificação e divisão de valores e riscos, há uma antecipação do fim do contrato. Há, enfim, uma disfunção ao que foi estipulado no momento genético. Não é por outra razão que, no parecer do Deputado Ricardo Berzoini, quando enviado o Projeto à Comissão de Constituição, e Justiça e de Cidadania, constatou-se que seriam incompatíveis ao *built to suit* “[...] as regras comuns da ação revisional e denúncia da locação”³³⁵.

Dessa forma, a saída encontrada pelo legislador foi acertada nesse ponto. Na medida em que é permitida a pactuação de uma cláusula penal que poderá ser a soma dos valores a serem recebidos pelo empreendedor, é respeitada a necessidade do tempo contratual.

³³³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 449.

³³⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 472 do CC2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 93-115. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 2016, p. 101.

³³⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. Parecer do Relator n. 2 CCJC ao Projeto de Lei nº 6.562, de 2009. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Rel.: Ricardo Berzoini. Brasília, DF. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=914393&filename=Tramitacao-PL+6562/2009>. Acesso em 17 out. 2020.

É feito um balanceamento entre a intenção de saída do usuário e a necessidade de retornar ao empreendedor o investimento feito. Com isso, dá-se primazia ao parágrafo único do art. 473, do Código Civil, que dita que em razão do vulto do investimento a denúncia deverá ter o transcurso do prazo compatível, e também ao art. 412, do Código Civil³³⁶. Há, assim, uma harmonia entre as disposições do Código Civil e a exceção feita pela alteração da Lei de Locações.

O *built to suit* tenderá a ser feito por prazo determinado justamente em razão da precificação no tempo. Todavia, na remota hipótese de ser celebrado por prazo indeterminado, deverá ser conferida solução semelhante àquela dada aos demais contratos de duração, como os de distribuição e fornecimento. Considerando que, em contratos com prazo indeterminado, é possível realizar a denúncia a qualquer tempo, é preciso conferir, tomando por base as peculiaridades do caso, *prazo razoável* para que a extinção seja operada³³⁷. Essa interpretação tem por base a aplicação do art. 473, parágrafo único, do Código Civil, o que impõe afirmar que, quando uma parte houver feito investimentos consideráveis, a “denúncia não produzirá efeitos até o transcurso desse prazo razoável”³³⁸. A denúncia abrupta, dessa forma, estaria alocada em *álea extraordinária*³³⁹.

Essa análise alinha-se a um comportamento consoante a boa-fé, dado que seria desarrazoado um prejuízo de uma parte em detrimento da vantagem da outra³⁴⁰.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou caso em que o empreendedor construiu espaço adaptado para o setor de telecomunicações, mas a usuária não quis cumprir o negócio, negando-se, também, a pagar a cláusula penal. O caso foi resolvido em seu desfavor, e o julgado explicitou a lógica por detrás da penalidade:

[...] correta a sentença ao asseverar que “Mesmo supondo que (i) outras empresas venham a ter interesse nos mesmos locais; e (ii) que tais empresas já não disponham de outros sites; não é atividade normal da autora buscar locatários (cessionários) para estruturas previamente construídas, tarefa demorada e incerta que afeta negativamente o retorno programado para o investimento”. E nem seria caso de submeter a autora a fazer essa

³³⁶ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

³³⁷ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 469.

³³⁸ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 471.

³³⁹ FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 477.

³⁴⁰ No caso do contrato de distribuição, e à semelhança do que se dá no *built to suit*, Paula Forgioni explicita que a concessão de prazo implica assegurar o tempo de permanência no mercado para recuperar ou amortizar os investimentos, que pode se dar “(i) mediante obtenção de lucros (já realizados ou a realizar) que amortizem os investimentos irrecuperáveis e (ii) mediante a concessão de tempo (contado a partir da notificação da denúncia) que permita a recuperação dos demais investimentos obtida, por exemplo, mediante o redirecionamento das atividades empresariais” (FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 474).

opção, na medida em que as torres foram construídas com a finalidade de atendimento específico às necessidades da empresa ré. Assim, ainda que se pudesse pressupor que outras empresas do ramo de telecomunicações pudessem se interessar pelos espaços desocupados nos sites, é fato que adaptações teriam de ser feitas para novos contratos de *built to suit*, quando a intenção originária das partes era de que o investimento realizado pelo investidor tivesse retorno no período de 132 meses de uso exclusivo por quem encomendou a construção das torres, no caso, a ré. É evidente que a autora terá de arcar com prejuízos decorrentes da rescisão antecipada, daí porque a cláusula de multa compensatória exige que esta seja calculada com base no prazo restante de duração do contrato³⁴¹.

Ainda, é preciso verificar se há eventual incompatibilidade com as demais regras a respeito do tema. Isto é, sendo o *built to suit* um contrato atípico misto e, portanto, sendo aplicáveis as regras existentes no Código Civil, cumpre analisar os dispositivos que tratam do desligamento frente ao *built to suit*.

Foi aprovado, em plenária realizada no dia 27 de fevereiro de 2015, na II Jornada de Direito Comercial, o seguinte enunciado “na locação *built to suit*, é válida a estipulação contratual que estabeleça cláusula penal compensatória equivalente à totalidade dos alugueres a vencer, sem prejuízo da aplicação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil”. Da justificativa constou que “seria o caso de denúncia [...], frustrando expectativa de retorno, influente na estipulação do coeficiente e preço, por esperar-se valorização do ponto e consequente incremento do fundo empresarial do locador em virtude do seu interesse no sucesso da atividade [...]”³⁴².

Para analisar a viabilidade de tal enunciado, cabe primeiro enunciar a redação do art. 416, parágrafo único, do Código Civil: “ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

Depreende-se que não há incompatibilidade entre uma previsão e outra. Se houvesse, seria necessário dar primazia à regra estipulada especificamente ao *built to suit*³⁴³. Primeiramente, registre-se que se aplica aos contratos atípicos o regramento geral sobre contratos. E, ainda que se desconsiderasse a qualificação do *built to suit*, admitindo-o como contrato de locação, a adoção do

³⁴¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1056478-46.2016.8.26.0100; Relator: Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado, j. em 25 jun. 2020.

³⁴² BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciados aprovados II Jornada de Direito Comercial. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/enunciados_aprovados-referencia_legislativa-justificativa_ii_jornada.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2021.

³⁴³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, ps. 398-399.

art. 416, parágrafo único, ainda poderia subsistir, dado que o Código Civil prevalece quando há omissão (art. 79, Lei de Locações). Não havendo dispositivo que enuncie eventual prejuízo superior ao estipulado na cláusula penal, é permitida sua utilização.

É mais fácil visualizar tal situação em um *built to suit*. Isso porque, muito embora haja previsão específica para o *built to suit*, o prejuízo suportado pela parte pode exceder ao que foi pactuado na cláusula penal. Seria possível, portanto, além da multa, receber indenização caso comprovado prejuízo superior e se houvesse pactuação nesse sentido³⁴⁴.

2.5 AFASTAMENTO DA LEI DE LOCAÇÕES

2.5.1 A SECURITIZAÇÃO

O desenvolvimento do mercado imobiliário deu-se, em especial, pela valorização da propriedade após a Modernidade. No Brasil, devido à flutuação monetária decorrente da inflação, muitos indivíduos preferiram aportar dinheiro em imóveis, como uma estratégia de segurança financeira. A prosperidade da propriedade fez com que fosse enxergada como uma fonte de riqueza segura.

Nacionalmente, medidas foram implementadas a fim de que cada núcleo familiar alcançasse sua propriedade. A estratégia nacional deu-se com base no financiamento imobiliário, considerando que a média populacional jamais conseguiria adquirir um imóvel à vista.

Até 1964, o financiamento imobiliário ficou obstando em razão da intensa inflação experimentada pela economia brasileira. Dessa forma, não era possível a manutenção do valor real dos créditos concedidos³⁴⁵.

Na década de 1960, as legislações da época criaram o Conselho Monetário Nacional e trouxeram normativas para as instituições financeiras e para o mercado de capitais³⁴⁶, a

³⁴⁴ Em sentido contrário: GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, ps. 170-171.

³⁴⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. Exposição de motivos Projeto de Lei do SFI de 1997. Brasília, DF. *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 18931. Disponível em: <<
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JUL1997.pdf#page=50>>> Acesso em 01 jan. 2021.

³⁴⁶ Na mesma época em que foi promulgada a Lei 4.380/64, advieram também as Leis 4.595/64 e 4.728/65. A primeira dispôs sobre as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e criou o Conselho Monetário Nacional, entre outras providências. A segunda disciplina o mercado de capitais.

preocupação com o setor imobiliário encontrou amparo no Plano Nacional de Habitação, cunhado pela Lei 4.380/64.

A Lei 4.380/64 buscou amparar as classes menos abastadas do país, especialmente com o dilema da *casa própria* e com a necessidade de promover medidas para que fosse possível tal conquista³⁴⁷, como o parcelamento a longo prazo e a estipulação de juros baixos. Esse objetivo, inclusive, estava previsto no art. 1º, trazendo a obrigação do Governo Federal, com a ação de seus órgãos públicos e o apoio da iniciativa privada, de formular uma política de habitação e planejamento territorial, a fim de que fosse estimulada “[...] a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda”.

Com a legislação, foi instituída a correção monetária, criado o Banco Nacional de Habitação (BNH) — a quem competia a orientação do Sistema Financeiro de Habitação, e a estipulação dos prazos, condições, e limitação dos juros. Foram previstas, também, as fontes dos recursos da sociedade civil, como as cadernetas de poupança e os depósitos gradativos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Como é perceptível, a nova política habitacional focava-se no *crédito*³⁴⁸, e se apresentava como um sistema que seria retroalimentado pelos mutuários, por meio de sua renda mensal³⁴⁹.

Ainda que com alguma repercussão nos primeiros anos, esse sistema foi ineficaz em sua finalidade³⁵⁰. Não era possível a manutenção dos valores reais das prestações em razão da acelerada inflação que o Brasil vivenciou a partir da década de 1980³⁵¹, aliada às numerosas outras problemáticas enfrentadas nacionalmente, que levaram a uma progressiva diminuição na captação de recursos para o SFH³⁵².

³⁴⁷ Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

³⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 47.

³⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

³⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 26.

³⁵¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. Exposição de motivos Projeto de Lei do SFI de 1997. Brasília, DF. *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 18931. Disponível em: <<
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JUL1997.pdf#page=50>>> Acesso em 01 jan. 2021.

³⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

Após anos de reiterados insucessos nas políticas habitacionais, o cenário começou a mudar no ano de 1995. Os então Ministros do Planejamento e Orçamento e da Fazenda, Antonio Kandir e Pedro Malan, respectivamente, na exposição de Motivos da Lei 9.514/97, explicitaram que uma nova legislação seria necessária. Isso porque o planejamento habitacional, nos moldes propostos na década de 1960, era insuficiente para a demanda acelerada por moradia. Era preciso, também, dar maior amplitude jurídica e financeira a uma atividade econômica de grande peso para o PIB e representante de 66% dos investimentos do Brasil, à época³⁵³.

Os autores do projeto enfatizaram que o sucesso de uma política de financiamento habitacional estava vinculado à “[...] à existência de garantias efetivas de retorno dos recursos aplicados, liberdade na contratação das operações e um mercado de crédito imobiliário dinâmico, capaz de canalizar recursos de longo prazo”³⁵⁴.

Dessa forma, a Lei 9.514/97 inovou em determinadas condições antes inexistentes, pois, por meio da securitização, pretendeu criar um mercado secundário de créditos imobiliários. Para tanto, criou o Certificado de Recebíveis Imobiliários como título de crédito de livre circulação lastreado no crédito imobiliário cedido à securitizadora. A Lei, também, trouxe ao centro da discussão as garantias de contratos imobiliários, além de estender a alienação fiduciária aos bens imóveis. Enfim, criou melhores condições de acesso e circulação de crédito, diminuindo riscos de inadimplemento na sua concessão.

Essa retomada é relevante para se compreender a importância da Lei 9.514/97, que trouxe o conceito de *securitização* para o Brasil num aspecto legislativo.

Apesar do termo aparentar que a abordagem gira em torno de alguma garantia, pela similitude com o vocábulo *seguro*, a securitização relaciona-se com o financiamento imobiliário. O termo vem dos Estados Unidos, onde a operação foi nomeada de *securitization* (com origem em *security*, significando título ou valor mobiliário)³⁵⁵. Porém, diferentemente do que lá se deu, no Brasil a securitização foi fomentada por particulares e veio no intuito de construção e facilitação

³⁵³ BRASIL, Câmara dos Deputados. Exposição de motivos Projeto de Lei do SFI de 1997. Brasília, DF. *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 18931. Disponível em: <<
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JUL1997.pdf#page=50>>> Acesso em 01 jan. 2021.

³⁵⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. Exposição de motivos Projeto de Lei do SFI de 1997. Brasília, DF. *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 18931. Disponível em: <<
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09JUL1997.pdf#page=50>>> Acesso em 01 jan. 2021.

³⁵⁵ CHALHUB, Melhem. *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 415 (livro digital).

de escolas e centros comerciais num primeiro momento. Os títulos, no Brasil, eram lastreados em créditos futuros e não em dívidas anteriores do país³⁵⁶.

Conforme exposto anteriormente, a Lei 9.514/97 adveio em um momento de incentivo à atividade imobiliária, com o intuito de promover e possibilitar o crescimento desse setor econômico. Com a nova estruturação do Sistema de Financiamento Imobiliário, a Lei 9.514/97 definiu, no art. 8º, a securitização de créditos imobiliários como “[...] 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 [...]”.

A securitização ganhou mais impulso quando editadas a Resolução 2.907 pelo Conselho Monetário Nacional e a Instrução da CVM nº 356, ambas de 2001, momento em que foi, respectivamente, autorizada e regulamentada a criação dos fundos de investimentos com lastro em direito de crédito. No Brasil, a securitização é comumente feita por Companhias Securitizadoras, ou fundos de investimentos, mas pode ser formatada também sob a vestimenta do *trust*, realidade que seria semelhante ao que ocorreria caso estipulado o regime fiduciário³⁵⁷ previsto na Lei 9.514/97 (art. 9º e seguintes)³⁵⁸.

No contexto do *built to suit*, a securitização é alternativa muito interessante para a obtenção de receita ao empreendedor. Cabe explicar como a operação se dá.

Em linhas simples, o empreendedor cede os créditos a uma Companhia Securitizadora, que emitirá títulos lastreados no crédito e disponibilizará os valores mobiliários no mercado financeiro, que estarão lastreados pelo negócio imobiliário (*built to suit*). Os títulos são denominados de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI), definido pelo art. 6º da Lei 9.514/97 como título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e que constitui promessa de pagamento em dinheiro. Não é incomum que o empreendedor, nesses casos, seja um Fundo de Investimento Imobiliário (FII)³⁵⁹.

³⁵⁶ CAMINHA, Unie. *Securitização*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

³⁵⁷ A securitizadora pode optar pelo regime fiduciário conferido à propriedade sobre os créditos. Assim, os créditos ficam apartados do patrimônio comum da securitizadora, respondendo pela realização dos direitos dos investidores.

³⁵⁸ CHALHUB, Melhem. *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 415 (livro digital). Sobre o tema: XAVIER, Luciana Pedroso. *O Direito brasileiro à procura de um conceito: encontros e desencontros com o trust*. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2016, ps. 198-203.

³⁵⁹ WHATELY, Thomaz Henrique Monteiro. Estruturação de empreendimentos por meio de Fundo de Investimento Imobiliário. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 110.

A securitização do *built to suit* integra o que se denomina de *project finance*, modelo de estruturação negocial que permite o isolamento do projeto em uma rede econômica autônoma³⁶⁰, fazendo com que o fluxo financeiro advinha da própria operação instalada. Trata-se, em resumo, de financiamento do projeto e não da empresa³⁶¹.

O *project finance* é usualmente utilizado por empresas bem estabelecidas no mercado quando da estruturação de um negócio. Isso porque essa escolha diminui os impactos ao balanço patrimonial da empresa, bem como permite que outros projetos sejam implementados concomitantemente, sem que haja oneração demasiada – já que cada um dos investimentos será independente e ligado a um mercado de investimento próprio³⁶².

Dessa forma, o empreendedor cede seus créditos futuros, garantindo liquidez para reinvestir em sua atividade econômica imobiliária, com custos menores do que teria na operação normal. O valor investido por terceiros será direcionado ao empreendedor, enquanto os investidores receberão de acordo com a quitação gradativa do *built to suit*.

A securitização, ao empreendedor, figura como uma antecipação de receita da remuneração que seria recebida do usuário, de modo que poderá investir em outros empreendimentos sem que haja o engessamento no longo prazo do *built to suit*. É forma de gerar liquidez ao empreendedor, que só teria seu retorno de maneira protraída no tempo, já que é o exclusivo responsável pela construção ou reforma do imóvel — é alternativa ainda mais interessante se tiver sido pactuado que a remuneração ao empreendedor somente se inicia após o término da prestação de empreitada, isto é, a construção ou reforma do imóvel. A securitização também permite investimentos a taxas menores comparadas às conferidas por instituições financeiras, além de ser maneira de permitir que empresas de menor ou médio porte possam realizar contratações, já que receberão receitas e diminuirão riscos³⁶³.

³⁶⁰ BREGMAN, Daniel; FERREIRA, Tiago Toledo. Financiamento a projetos de infraestrutura no Brasil. In: *Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual*. São Paulo: Atlas, 2017, ps. 29-30 (livro digital).

³⁶¹ LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. O projeto de financiamento. In: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004, p. 1443.

³⁶² KHAN, M. Fouzul Kabir; PARRA, Robert J. *Financing Large Projects: using Project finance techniques and practices*. Singapore: Pearson Prentice Hall, 2003, p. 05.

³⁶³ PIRES, Daniela Marin. *Os fundos de investimentos em direitos creditórios (FIDC)*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 30 (livro digital).

Para os investidores a operação é igualmente interessante, já que a rentabilidade dessa operação é atrativa. Consoante art. 3º, II, da Lei 11.033/2004³⁶⁴, há isenção de imposto de renda de rendimentos advindos dos Certificados de Recebíveis Imobiliários para as pessoas físicas, muito embora esse tipo de investimento fique engessado a investidores qualificados.

Acerca da tributação nessa operação, a Divisão de Tributação da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 4ª Região Fiscal realizou consulta à Receita Federal a respeito do regime de reconhecimento de receita (caixa ou competência) quando há securitização de crédito em *built to suit*, Consulta Interna 12/2012.

O questionamento centraliza-se na contabilização da receita: se deve ser realizada quando da cessão (pelo valor integral), ou gradativamente, conforme os recebimentos periódicos da remuneração do usuário.

A Receita Federal analisou tal questão levando em consideração (i) o tratamento tributário dado ao arrendamento de imóveis; (ii) a premissa de que há antecipação de receitas pelo empreendedor, mas as despesas do empreendimento serão supridas ao longo do tempo contratual.

Considerando que o regime de competência pressupõe a análise de receitas e despesas, a receita antecipada é apropriada aos resultados contábeis ao longo do prazo contratual. Dessa forma, o reconhecimento, pelo empreendedor, da receita advinda da cessão de créditos na securitização deverá ocorrer “[...] à medida do período de remuneração acordado entre o cedente e o locatário no contrato de locação (BTS)”³⁶⁵.

Cumprir destacar que, no que tange à tributação do *built to suit*, para os optantes do lucro presumido, a remuneração do *built to suit* será tributada com alíquota de 32% sobre a receita bruta. Sobre o lucro presumido, incidirão 25% de IRPJ e 9% para a CSLL. Também haverá incidência do Pis e da Cofins no regime cumulativo, de alíquota de 3,65% sobre a receita bruta.

No lucro real, as alíquotas de IRPJ e CSLL também são 25 e 9%, respectivamente. Nesse regime, a base de cálculo é variável, diferentemente do que se dá no lucro presumido. Para os optantes do lucro real, o Pis e a Cofins terão regime não cumulativo, e alíquota de 9,25% sobre a receita.

³⁶⁴ Art. 3º Ficam isentos do imposto de renda: II - na fonte e na declaração de ajuste anual das pessoas físicas, a remuneração produzida por letras hipotecárias, certificados de recebíveis imobiliários e letras de crédito imobiliário.

³⁶⁵ BRASIL, Receita Federal. Solução de Consulta Interna COSIT nº 12, de 29 de junho de 2012. Disponível em: <<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=50715>>>. Acesso em 01 jan. 2020.

Ao empreendedor, tem-se que usualmente o regime mais eficiente será o do lucro presumido³⁶⁶. Por sua vez, ao usuário é interessante a opção pelo lucro real, dado que poderá deduzir os valores pagos em remuneração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, e poderão gerar créditos de PIS e COFINS não cumulativos³⁶⁷. Ao passo que a compra e construção de um imóvel adentra o ativo contábil, o valor da remuneração ao empreendedor, muitas vezes denominado de *aluguel*, é, ao seu turno, contabilizado como despesa operacional de locação, podendo ser deduzido da apuração do IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) e da CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido). Há, enfim, um benefício tributário na operação, especialmente do ponto de vista do usuário.

2.5.2. DIREITO DE SUPERFÍCIE

Outra peculiaridade do *built to suit* é a possibilidade de o empreendedor adquirir o direito de superfície para realizar a construção. Quando assim o faz, é titular daquilo que ascende ao terreno, mas não é proprietário do solo. Nesses casos, o usuário ou qualquer terceiro poderá ser o proprietário do imóvel. Em geral, haverá as seguintes partes: um (i) proprietário do imóvel, que irá ceder o direito de superfície ao (ii) empreendedor, que customizará o bem a um (iii) usuário.

Segundo o Código Civil, o direito de superfície é aquele no qual “*o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis*” (art. 1.369). Em linhas simples, é um direito temporário de uso, fruição e disposição da coisa.

O direito real de superfície é vantajoso porque o proprietário do imóvel não precisa investir para a aquisição do imóvel caso não o tenha, ficando livre dos encargos relacionados à manutenção do imóvel, como os tributos incidentes³⁶⁸. Dessa forma, é possível imaginar a situação em que o proprietário de um terreno cede o direito de superfície ao empreendedor, que já possui usuário

³⁶⁶ FREITAS, Rodrigo de; LOFFREDO, Ricardo Guimarães. Tributação nas operações *built to suit* e os novos critérios contábeis. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 946.

³⁶⁷ FREITAS, Rodrigo de; LOFFREDO, Ricardo Guimarães. Tributação nas operações *built to suit* e os novos critérios contábeis. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 955.

³⁶⁸ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 81-82.

interessado na obra. O empreendedor será o superficiário, podendo construir e se tornar o proprietário resolúvel das acessões, enquanto o proprietário do imóvel permanece do solo (art. 1.369, Código Civil). Esse negócio pode ser gratuito ou oneroso, isto é, o empreendedor poderá acordar que irá remunerar o proprietário, ou não³⁶⁹, ficando o empreendedor responsável pelos tributos e encargos sobre o imóvel³⁷⁰.

Com o *built to suit*, o empreendedor cede o uso ao usuário, que explorará sua atividade comercial pelo prazo entabulado entre eles. Com o fim do *built to suit*, a propriedade retorna ao proprietário, que agora é titular de um imóvel com construção — caso haja indenização ao empreendedor pela construção, tal opção deverá ser clausulada³⁷¹.

Para o empreendedor, a cessão do direito de superfície pode ser interessante em razão da menor oneração, já que não terá de adquirir o imóvel para a reforma ao usuário. O direito de superfície pode igualmente interessar ao usuário, que terá um valor de remuneração menor se o empreendedor tiver menos custos na fase da construção da obra. De outro vértice, no entanto, essa escolha traz dificuldade de securitização da operação “[...] uma vez que se altera a substância da base imobiliária na composição das SPEs – Sociedades de Propósito Específico – tendo em vista a relação entre o proprietário do terreno e o proprietário das construções”³⁷².

Assim procedendo, o empreendedor adquire de um terceiro ou da usuária o direito de superfície por um prazo e um preço registrado. A remuneração, nesse caso, deverá ser paga ainda que renuncie ao direito de superfície, não prejudicando as obrigações pecuniárias ajustadas. Por isso, vincula-se a remuneração contratada, e impede-se a revisão das parcelas.³⁷³

Como aponta Rodrigo Xavier Leonardo, o fato de a posse direta do imóvel ser transmitida ao usuário por meio da cessão do direito superfície evidencia, ainda mais, o afastamento do *built*

³⁶⁹ Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

³⁷⁰ Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

³⁷¹ Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

³⁷² CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 23.

³⁷³ 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, ps. 38-39.

to suit do regramento da Lei de Locações³⁷⁴, dado que a “locação”, nesse caso, é dispensada e substituída.

³⁷⁴ “A utilização do direito real de superfície também pode apresentar a virtude de garantir ao usuário o *direito de uso* sob o mando da *eficácia real*. O direito real de superfície também permite que o pagamento, a contraprestação, se dê instantaneamente ou mediante prestações diferidas. Neste caso, pelo fato de o direito real de superfície corresponder a um instituto com contornos próprios, os riscos da aproximação com o contrato típico de locação serão diminuídos”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 434).

3 A REVISÃO CONTRATUAL E SUA APLICAÇÃO AO *BUILT TO SUIT*

3.1 A REVISÃO NA LEI DE LOCAÇÕES E A RENÚNCIA À REVISIONAL DE ALUGUEL

No contrato de locação, é lícito às partes estabelecer novo valor do aluguel. Não havendo consenso, contudo, após três anos de vigência do contrato, podem ajuizar ação revisional. Tanto o locador quanto o locatário têm direito de revisão do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado. Embora não haja consenso na doutrina e jurisprudência, há quem entenda que a revisional poderia ser proposta em período distinto dos três anos, quando houver alteração das circunstâncias³⁷⁵.

Em regra, a pactuação do valor do aluguel é livre, excepcionadas as vedações à estipulação em moeda estrangeira, e a vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo³⁷⁶. Segundo o art. 18, da Lei de Locações, os contratantes podem consensualmente, a qualquer tempo, estipular novo valor de aluguel ou modificar a cláusula de reajuste. Essa regra é apenas reflexo da autonomia privada. Afinal, se as partes desejam mudar o valor do aluguel e estão de acordo com a nova fixação, podem alterar o instrumento.

O problema se dá, evidentemente, quando há discordância do valor devido. Visando ao atendimento de situações como essa, a Lei de Locações prevê a possibilidade de ajuizamento de ação revisional de aluguel, disciplina nos arts. 68 a 70. Detêm legitimidade para propor a demanda locatário e locador. Afinal, ambos podem ser prejudicados em razão do descompasso do aluguel com o preço de mercado. Se o preço de mercado para a região é de R\$ 10.000,00 e o aluguel é R\$ 5.000,00, o locador está perdendo dinheiro. Se o contrário acontece, o prejudicado é o locatário.

Na ação revisional deve-se provar que o aluguel está em desarmonia com o preço real retributivo pelo uso e gozo do imóvel. Contudo, argumentos que se limitem a alegar que há inflação não têm o condão de justificar suficientemente pleitos dessa ordem. Na demanda, é realizada perícia para a avaliação dos imóveis ao redor do bem em questão, e com características semelhantes, de modo a se chegar a uma média e obter o valor que seria adequado ao contrato.

A importância do tema da revisão judicial nos contratos *built to suit* é tão sensível que em 2012 houve a inserção do art. 54-A, §1º, na Lei de Locações, que possibilita a renúncia ao direito

³⁷⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189. Também nesse sentido: MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 56.

³⁷⁶ 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.

de revisão de alugueres pelas partes. A Lei 12.744/2012, dentre os demais motivos, surgiu dada à especial atenção que deveria ser conferida à problemática da revisão contratual no *built to suit*, notadamente à possibilidade, ou não, de ajuizamento de ação revisional.

Isso se deu porque a remuneração do *built to suit* envolve, ao menos, duas prestações: a construção realizada pelo empreendedor e o uso e gozo do imóvel locado. Os contratantes elaboram o negócio jurídico tomando por base a realidade daquele momento, refletindo seu conhecimento técnico, jurídico e econômico. Fazem um “juízo de prognose” sobre o que poderá ocorrer no futuro³⁷⁷. No *built to suit* é evidente esse juízo de prognose na medida em que há a precificação da remuneração. Dessa forma, as normas ordinárias inscritas na Lei de Locações, a respeito da ação revisional de aluguel, não se adequam a essa modalidade contratual. A duração do contrato é essencial para que haja a compensação dos investimentos realizados pelo construtor, de modo que a superveniência de pedido de revisão, sem qualquer baliza, deve ser prontamente rechaçada pelo intérprete.

Sendo um instrumento evidente da autonomia privada, o contrato *built to suit*, deve ter um regramento específico. Por ser um contrato de longa duração, antes do advento da Lei 12.744/2012, começou-se a perceber que alguns usuários, após o transcurso de um período contratual, pretendiam rever o aluguel pactuado, por meio da alegação de que a obrigação seria muito onerosa.

Contudo, a remuneração devida ao empreendedor equaciona, ao menos, o uso e gozo do imóvel (prestação da locação), a restituição pelo alto investimento feito para a construção sob medida e, evidentemente, a margem de lucro. Por consequência, essa remuneração é evidentemente muito superior a uma locação ordinária, pois de locação pura e simples não se trata. Pelo espectro exclusivo da locação estar-se-ia alterando uma remuneração una³⁷⁸.

Pode-se pensar, como parâmetro de comparação, em uma operação de crédito, esquecendo-se que se trata de uma questão também imobiliária. Se um empresário toma um empréstimo de grande monta junto a uma instituição financeira e estabelece que o retorno, a juros, será contraprestado dentro de dez anos, não poderá esperar que o banco aceite o não pagamento por qualquer circunstância. Perante a instituição financeira, o contratante, ao firmar o contrato, assumiu todos os riscos inerentes à operação, tomando-a em posição de igualdade e simetria informacional

³⁷⁷ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Coimbra: Almedina, 2019, p. 26.

³⁷⁸ MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias*: Estruturação e Tributação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 125.

e jurídica. Essa é a lógica que precisa acompanhar o *built to suit* para que não se deixe de considerar que o contrato é realizado entre empresários.

Por essas razões, a revisão, por essa justificativa, nos contratos *built to suit* é indevida, pois rompe o equilíbrio econômico que foi ajustado justamente para compreender a longa duração do vínculo contratual. Afinal, se a remuneração engloba diversos fatores, o valor de mercado não é parâmetro apto a ser utilizado para sua correção.

Com essa problemática em mente, o art. 54-A, §1º, Lei de Locações trouxe importante medida de ordem prática, enunciando que é possível a renúncia à ação de revisão de aluguel nos contratos *built to suit*. Ao assim fazer, consolidou-se na lei o entendimento que os tribunais estavam construindo no sentido de obstar comportamentos oportunistas de usuários, com base na adoção irrestrita da Lei de Locações.

Ressalte-se que a intenção de revisar aluguel é quase sempre incompatível com a operação econômica desenvolvida pelo *built to suit*. Deve-se ter em mente que o contrato *built to suit* é verdadeiro símbolo da autonomia das partes na criação das disposições contratuais e, em geral, cuida de uma relação entre privados de similar capacidade econômico-financeira. Logo, o risco, que é inerente a todo negócio, é evidentemente um elemento presente na contratação do *built to suit*, já que envolve valores vultosos e um prazo significativo.

Ainda que renunciado o direito à ação revisional, as regras gerais sobre revisão contratual, inscritas nos artigos 317 e 478, ambos do Código Civil, poderão ser levantadas pela parte. Dentro de uma relação de direito privado, excluídas as legislações específicas da Lei de Locações e do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que, pela leitura conjunta de ambos os dispositivos legais, são exigidos para a revisão do contrato a existência de um fato superveniente imprevisível e extraordinário, apto a gerar um grande benefício para alguma das partes.

A rigor, nos contratos duradouros, como é o caso do *built to suit*, a existência de uma prestação excessivamente onerosa advinda de evento extraordinário e imprevisível, com extrema vantagem para a outra parte, gera a possibilidade da resolução do contrato, e não da sua revisão (art. 478, Código Civil). Ocorre que, havendo desvantagem para ambas as partes, o remédio resolutório não é eficiente.

De todo modo, é importante destacar que normas foram acolhidas no direito privado com o fito de desencorajar demandas revisionais, como se deu com a recente Lei de Liberdade Econômica.

Saliente-se, por oportuno, que, para qualquer contrato, o simples argumento de desarranjo ao preço do mercado não é suficiente para tamanha interferência da estipulação contratual fixada. No *built to suit* isso é ainda mais forte, considerando ser um contrato que costuma conter um grande prazo convencionado. Em linhas sumárias, pode-se dizer que fatores como variação cambial, alteração do padrão monetário e inflação são jurisprudencial e doutrinariamente desconsideradas quando se fala em revisão judicial³⁷⁹.

Mesmo nos casos em que as partes não renunciem à revisional, parece evidente que não poderá o Poder Judiciário sem cautela deferir uma demanda revisional, tendo em vista a remuneração e a especificidade do imóvel. Não por outra razão, os tribunais tiveram oportunidade de afastar a demanda, mesmo antes da Lei 12.744/2012³⁸⁰, bem como rejeitar a revisional sem que houvesse a cláusula de renúncia³⁸¹.

Outro ponto de extrema relevância a ser levado em consideração é a existência de terceiros investidores se a operação contenha a securitização. Nesse caso, desestabiliza-se uma cadeia de investidores que confiaram no negócio, prejudicando diretamente o mercado financeiro.

Daniel Cardoso Gomes destaca que uma das *combinações comerciais* de importância do *built to suit* é, justamente, a obrigação de cumprimento integral do prazo pactuado. Isso porque esses contratos fazem parte, muitas vezes, de securitização dos créditos imobiliários. Assim, o cumprimento do prazo é fundamental para que haja a amortização dos títulos emitidos pelo empreendedor para obtenção de recursos para feitura da obra³⁸². Ocorrida uma revisão da parcela, o empreendedor deverá complementar os créditos cedidos em razão do valor gasto pelos investidores³⁸³, dado que quando há a cessão de créditos ao mercado, houve uma contratação lá por um valor, não devendo essa expectativa ser frustrada³⁸⁴.

³⁷⁹ Em tempos da pandemia da Covid-19 tramitou Projeto de Lei para a instauração de um Regime Jurídico Transitório para as relações de Direito Privado (RJET). A redação do projeto contou com dispositivo que ditava “não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos art. 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário”, visando ao impedimento de comportamentos oportunistas.

³⁸⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2096814-79.2019.8.26.0000. Relator: Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 18 jun. 2019.

³⁸¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1002115-32.2018.8.26.0006; Relator: Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 10 dez. 2019.

³⁸² GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 08.

³⁸³ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 104.

³⁸⁴ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 103.

Além da questão da remuneração do investimento, a revisão fica impossibilitada, nos moldes da ação revisional, porque o *preço de mercado* não se adequa ao *built to suit*. Poucos imóveis serão equiparáveis a um *built to suit*, especialmente considerando que as perícias judiciais de avaliação levam em consideração imóveis próximos. Dessa forma, o avaliador incumbido da missão de estimar o aluguel dirige-se ao local do imóvel e questiona o valor locativo dos imóveis da região, assemelhados e não assemelhados, acrescentando ou diminuindo a depender se se trata de esquina, da metragem, da atividade econômica exercida, e assim por diante. Esses parâmetros, contudo, não são adequados a um *built to suit*, dado que a equação econômico-financeira do negócio deve computar a construção e ponderar a customização.

Por fim, não se deixe de pontuar que a tentativa do usuário de questionar a remuneração após a celebração da avença poderá configurar comportamento contraditório, infringindo a boa-fé. Cada vez mais o Direito tem se atentado às possíveis violações dos contratantes, de modo a afastar práticas que colidam com figuras parcelares da boa-fé como o *venire contra factum proprium*.

Dessa forma, é incompatível ao *built to suit* a ação revisional de aluguel. Para que seja possível evitar eventuais discussões sobre o tema no caso concreto, dada à legislação locatícia, o melhor caminho ao empreendedor é exigir a pactuação da renúncia à demanda, conforme expressa autorização (art. 54-A, §1º).

Caso respeitadas as estipulações contratuais do *built to suit*, findo o prazo contratual ambas as partes estarão satisfeitas: o empreendedor terá recebido a remuneração adequada para obter lucro e, conseqüentemente, amortizar os investimentos empregados, e o usuário terá o imóvel conforme desejado.

Caso haja a intenção de manutenção da relação entre as partes, após o longo prazo estipulado, estar-se-á diante não mais de um contrato *built to suit*, mas apenas de uma locação. Isso porque não há mais obra a construir e construção a se remunerar. O que as partes almejarão, ao fim e ao cabo, é a continuação do uso e fruição do imóvel em troca de uma contraprestação. Essa nova etapa contratual é locação, não mais *built to suit*. Sendo assim, não mais haverá a possibilidade de pactuação de renúncia à revisional de aluguel, devendo-se aplicar ao contrato a Lei de Locações.

Haroldo Verçosa, nesse sentido, afirma que fica superada a impossibilidade de revisão após passado o prazo contratualmente estabelecido³⁸⁵. E, também, já existe julgado nesse sentido³⁸⁶.

Esses fatos são extremamente fáceis de se visualizar. Afinal, o imóvel já foi customizado às exigências do usuário na relação que outrora foi entabulada. Pense-se nos casos de rede de farmácias, que possui um padrão estético bem definido e costuma contar com uma clientela sólida após anos no mesmo local. É interessante para essa usuária a manutenção da relação contratual, mas agora com a vestimenta de uma locação de prédio urbano usual, pois não mais presente a prestação de construção. O fundo de comércio ali estabelecido em não raras vezes levará o, agora, “locatário” a permanecer no local, sob novas vestes jurídicas.

3.1.1 ANÁLISE EM PROFUNDIDADE

Os tribunais usualmente afastam a possibilidade de o usuário pleitear a revisão do aluguel. Para a presente dissertação, foi elaborada pesquisa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Muito embora os litígios envolvendo o *built to suit* ocorram em arbitragem, em razão do porte das operações, constatou-se que, nos casos ajuizados, é comum a formulação do pedido revisional com base no art. 68, da Lei de Locações também no Poder Judiciário.

De maneira geral, os usuários alegam que o aluguel está em descompasso com a realidade. Como fundamento, são utilizados os mais variados argumentos, dentre eles a teoria da imprevisão, a onerosidade excessiva, e a inadequação ao preço de mercado.

É interessante visualizar que até mesmo as decisões que apreciaram contratos formulados antes da Lei 12.744/12 costumeiramente indeferiram esses pedidos, ou eram objeto de reforma em segundo grau de jurisdição³⁸⁷. Parece evidente que não se adequa a Lei de Locações aos contratos

³⁸⁵ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215. Em idêntico sentido: MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 130.

³⁸⁶ “Evidentemente, uma vez esgotado o prazo contratual, está aberta a possibilidade de renovação segundo a disciplina geral da Lei 8.245/91, pois a partir desse momento já não pode mais ser invocada a impossibilidade de revisão”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2191044-84.2017.8.26.0000; Relator: Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 07 nov. 2017).

³⁸⁷ “Embora se trate de contrato estabelecido antes da entrada em vigor da Lei 12.744/2012, que inseriu o artigo 54-A na Lei 8.245/1991, a matéria não comporta tratamento diferenciado, pois incompatível a aplicação pura e simples da Lei 8.245/1991, em sua primitiva redação a essa modalidade contratual. 4. Não há como cogitar, ao menos neste

celebrados antes da referida lei, o que impõe a análise de outras justificativas para que os requerimentos de revisão sejam apreciados³⁸⁸. Muitas vezes as decisões foram pautadas na ausência de demonstração da aplicação dos arts. 317 e 478, do Código Civil, mas também pela modelagem diferenciada do preço que o *built to suit* implica. Isso porque a impossibilidade da revisão nesses termos deve prevalecer “[...] ainda que a contratação firmada entre as partes seja anterior à entrada em vigor da lei”, ainda que o pedido formulado “[...] seja por defasagem do preço, seja por alegado desconhecimento da legislação, seja por suposto desequilíbrio contratual entre as partes”³⁸⁹.

Também se percebe que mesmo antes da Lei 12.744/12 era permitida a renúncia à revisional de aluguel, de modo que eventuais requerimentos de nulidade dessas cláusulas também foram afastados pelos Tribunais, que acertadamente enalteciam a validade dessas pactuações³⁹⁰, eis que socialmente típicas³⁹¹:

Cuidando-se de contrato paritário, em que as partes entabularam trocas úteis e justas de acordo com suas vontades e em posição de igualdade (par a par), ou seja, não sendo a renúncia predisposição de direito unilateral imposta por parte dominante em contrato de adesão, a renúncia ao direito de revisar a remuneração é válida e eficaz, por força e homenagem ao princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato (CC/2002, arts. 421 e 425). [...] Destarte, repito, a cláusula de renúncia inserta no instrumento contratual por vontade livre das partes, enquanto na administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, é válida e eficaz (*pacta sunt servanda*)”.

Interessante verificar que em caso julgado anteriormente à Lei, isto é, sem que os julgadores soubessem da superveniência do art. 54-A da Lei de Locações, a revisão foi afastada em razão das peculiaridades do *built to suit*, mas houve lavratura de voto divergente, de julgador que entendia ser necessário avaliar o preço de mercado, ainda que houvesse a renúncia à revisional. Essa medida

momento, da existência de direito à revisão contratual, pois não se trata de simples adequação de valor à realidade de mercado”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2191044-84.2017.8.26.0000; Relator: Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 07 nov. 2017).

³⁸⁸ Nesse sentido: “Na perspectiva da atipicidade do contrato, à luz do direito anterior, há de se reconhecer que não existe possibilidade de se tratar a hipótese como locação comum, pois a matéria é incompatível com os limites traçados pela Lei 8.245/91, em sua redação anterior, e foi justamente isso que motivou o legislador a inserir a disciplina especial”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento 2096814-79.2019.8.26.0000; Relator: Antonio Rigolin; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 18 jun. 2019).

³⁸⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1001315-32.2017.8.26.0008; Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado, j. em 13 jul. 2018.

³⁹⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 9156991-70.2008.8.26.0000; Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, j. em 04 mai. /2011.

³⁹¹ “Ainda que a doutrina não lhes dedique muita atenção, há cláusulas [i.e., estipulações contratuais] “socialmente típicas”, tamanha sua utilização pelos agentes econômicos nos mais variados tipos de contratos”. (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 53).

seria adequada à boa-fé nos tratos contratuais, em sua visão³⁹². Esse dado evidencia a relevância da norma a respeito do tema, que cumpriu seu papel de afastar posições dessa ordem.

Evidentemente, após a Lei 12.744/12 esse entendimento foi ainda mais consolidado. O Poder Judiciário, em razão da legislação, reputa o *built to suit* como uma modalidade de locação, usualmente denominada de locação por encomenda. Com isso, encara a entrada do dispositivo 54-A como fonte suficiente para a qualificação do contrato como locação, ignorando que, para qualificar, necessário verificar a existência de disciplina jurídica – como visto, esse não é o caso:

Com efeito, o que diferencia o tratamento jurídico dado um contrato de locação não residencial comum de um de natureza Built To Suit é o maior prestígio à autonomia da vontade que deve ser conferido a este último, em detrimento do regramento geral previsto na Lei no 8.245/90. Esta é a exegese do art. 54-A da Lei do Inquilinato, inserido pela Lei 12.744/2012³⁹³.

Também perceptível que usualmente os julgadores procuram afastar a revisão do aluguel, por entenderem que, ainda que supostamente se trate de locação, o *built to suit* seria uma operação mais complexa que a locação de imóvel urbano disciplinada na Lei 8.245/91.

Não se concorda com o entendimento de que inexistindo renúncia à ação revisional seria tal procedimento possível³⁹⁴. Como explicitado, o pedido de revisão do aluguel com base nos valores praticados pelo mercado invariavelmente irá acarretar em solução injusta ao empreendedor.

3.2 APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO CIVIL

3.2.1 ANTECEDENTES TEÓRICOS DA REVISÃO

Os trabalhos a respeito do *built to suit* costumeiramente abordam o tema da revisão contratual como avesso à lógica inscrita no negócio. Isso porque o receio da desestabilização da equação econômica montada, especialmente se o locatário intenta ajuizar uma ação revisional de aluguel (art. 19, Lei de Locações), poderia não apenas por em risco o empreendedor, como os terceiros investidores, havendo securitização.

³⁹² Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 9156991-70.2008.8.26.0000; Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, j. em 04 mai. /2011.

³⁹³ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1006728-08.2020.8.26.0562; Relator: Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 06 nov. 2020.

³⁹⁴ Foi possível detectar decisão nesse sentido: Tribunal de Justiça do Paraná, 0031907-74.2020.8.16.0000, Rel.: Juíza de Direito Substituto em segundo grau Luciane Bortoleto, 18ª Câmara Cível, j. em 17.03.2021.

Alguns autores, contudo, não negam a aplicação das regras gerais sobre revisão, inscritas no Código Civil. É o caso, por exemplo, de Paula Miralles Araújo, que enuncia que “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 Civil)”³⁹⁵.

Otávio Luiz Rodrigues Junior, em idêntico sentido alerta que “[...] o pacto de renúncia deve ser interpretado como derogatório da revisão fundada nos dispositivos da Lei do Inquilinato. Mas, não haveria impedimento de se deduzir uma pretensão revisional com base nos artigos 478-480 do Código Civil [...]”³⁹⁶. Curioso, também, notar obra elaborada no ano de 2003, em que Teresa Ancona Lopez, ao analisar passageiramente se o *built to suit* poderia ser qualificado como locação, pondera que, a princípio, o contrato seria regido pela Lei de Locações “[...] que permite a ação revisional do aluguel e também a ação renovatória. Todavia, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, que admite a revisão por onerosidade excessiva, poderíamos coloca esse tipo de contrato dentro das suas regras [...]”³⁹⁷.

Não se olvida dizer que é possível a revisão em situações muito excepcionais, mas que essa revisão se daria de uma forma extremamente limitada. É o que se passará a ver.

Qualquer trabalho que se propõe a teorizar a respeito da revisão dos contratos certamente abordará a recepção desse instituto jurídico não apenas no Código Civil, mas no ordenamento como um todo. Isso se dá, em especial, pela necessidade de explicitar que a ideia de *revisar* determinado contrato parece, a um olhar pouco crítico, uma afronta ao *pacta sunt servanda*, princípio fielmente seguido na Modernidade.

Afinal, os contratos, em tese, são celebrados para serem *não apenas cumpridos*, mas cumpridos conforme o programa contratual que as partes estipularam. O fundamento da vinculatividade jurídica foi, por muito tempo, pautado em pressupostos voluntaristas, de modo que a liberdade ao contratar era primordial, em detrimento do que foi pactuado³⁹⁸, ainda que sua

³⁹⁵ ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014, p. 115.

³⁹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Rejeição de reformas e revisão de contrato *built to suit*. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Acesso em 09 ago. 2020.

³⁹⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, ps. 07-08.

³⁹⁸ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 08.

execução trouxesse como consequência a “ruína” de um dos contratantes³⁹⁹. A existência de uma causa capaz de balançar dito postulado deve ser compreendida na medida em que a alteração das circunstâncias implica a modificação do “condicionalismo que rodeie a celebração dos contratos”⁴⁰⁰. É preciso que se conheça o que é um desequilíbrio contratual e o que, portanto, o instituto da revisão pode englobar, sem se descuidar da necessária segurança jurídica dos tratos sociais.

A revisão é um problema da eficácia contratual. Não se trata de vício da gênese, mas que ocorre no momento de sua execução. A revisão dá-se quando há o rompimento entre o sinalagma genético e o funcional, gerando uma prestação desproporcional para uma das partes. Em outras palavras, o sinalagma genético desfaz-se no momento do cumprimento da prestação, após a formação do contrato⁴⁰¹.

A origem do instituto é reputada à famosa cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada pelo direito canônico, tribunais eclesiásticos e pós-glosadores⁴⁰², hoje conhecida por imprevisão. Tal cláusula seria pressuposta a todos os negócios e impunha o entendimento de que a vigência do contrato dependia do *status quo* do momento de sua conclusão. Não existindo mais o *status*, a eficácia era comprometida⁴⁰³. O instituto da revisão, nesses moldes, exprimia o ideário de que o vínculo contratual permanece se o estado de fato existente no momento genético não vingasse até ao final (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*). Haveria, em tese, uma cláusula como esta implícita em todos os contratos com execução no futuro.

Muito embora disseminada na Idade Média, a cláusula *rebus sic stantibus* foi deixada de lado pelo voluntarismo predominante no século XVIII, que trouxe, em grau acentuado, a força obrigatória dos contratos.

³⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito brasileiro. In: *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 132.

⁴⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 05.

⁴⁰¹ “A relação de equivalência, se já não existia, é objeto de investigação para a *validade* do contrato, se o sistema jurídico tem, por exemplo, o instituto da lesão enorme. O que constitui problema a respeito da mudança das circunstâncias é a quebra da relação de equivalência após a constituição do negócio jurídico”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 321).

⁴⁰² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 198.

⁴⁰³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 12.

O efeito vinculante das avenças era valorado ao extremo, de modo que qualquer interferência à ordem estabelecida pelos contratantes era rechaçada. Essa ideia foi repetida por diversos ordenamentos, a exemplo do que se deu no *Code* francês, no seu célebre art. 1.134, que dita “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que lesont faites. Elles ne peuvent être révoqués que de leus consentement mutuel, ou pourles causes que la loi autorize*”⁴⁰⁴. Essa mesma concepção foi percebida no Código Italiano de 1865 e no Código Civil português de 1867.

Não obstante a ausência de previsões normativas, teorizações surgiram acerca do tema.

Com Windscheid e sua teoria da pressuposição, em 1850, mudanças começaram a aparecer⁴⁰⁵. A pressuposição seria um elemento externo à vontade, fundada em uma convicção subjetiva de que determinadas circunstâncias existem, ou existirão. E reputada como uma condição não desenvolvida, ou como uma reserva virtual, já que é uma autolimitação da vontade que não evoluiu a ponto de se tornar uma condição. Isso porque se as partes tivessem consciência da “possibilidade de falhar tal circunstância pressuposta, não teriam contratado sem inserir no negócio uma cláusula correspondente (p. ex., uma cláusula condicional)”⁴⁰⁶. O sujeito que declarou a vontade sobre uma pressuposição objetivava que o efeito jurídico de sua declaração apenas existisse perante um estado de coisas, daí por que o sujeito poderia pedir a modificação contratual⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ “O axioma posto no art. 1.134 do CC francês – *lès conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lès ont faites* – foi, como bem lembrou André-Jean Arnaud, bem mais do que um axioma: ele foi a expressão de todo um sistema filosófico adaptado ao Direito” (MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, 1992, p. 21). Tradução livre: As convenções legalmente formadas assumem caráter de lei àqueles que as fizeram. Podem ser revogadas por consentimento mútuo ou por causas legais.

⁴⁰⁵ “A parte, ao emitir uma declaração de vontade sujeita a uma pressuposição, emite-a na convicção da verificação de certas circunstâncias. Esta convicção é de tal forma relevante que, caso a parte não tivesse representado como certas as circunstâncias, não teria celebrado o negócio, ou tê-lo-ia subordinado a uma condição” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição*. Lisboa: Faculdade de Lisboa, 1997, p. 10). Windscheid fundamentou sua teoria no conceito de direito subjetivo, comum aos pandectistas.

⁴⁰⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 606.

⁴⁰⁷ “A teoria da pressuposição [...] tentou mostrar (1850) poder haver restrição da vontade negocial, de jeito que, tendo-se admitido que exista, apareça ou persista determinada circunstância, pôsto que não se haja considerado condição, a falha torna inadequadas à verdadeira vontade as consequências jurídicas”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 302). Também: “A *noção de pressuposição*, assim denominada por Bernhard Windscheid, consiste na convicção, consciente ou subconsciente, da verificação no futuro de uma dada circunstância ou estado de coisas, convicção determinante da realização de um contrato, pois, de outro modo, não se teria celebrado o negócio ou só teria tido lugar a sua realização noutros termos”. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 605).

Essa ideia não foi recepcionada pelo código alemão, pois a subjetividade colocaria em risco a segurança do tráfico, já que se considerava a unilateralidade da pressuposição, em detrimento da outra parte⁴⁰⁸.

Na sequência da teoria da pressuposição, Oertmann propôs a teoria da base do negócio, na qual se entendia que a base seria ou uma representação comum das partes, ou a representação de uma das partes conhecida pela outra parte. Essa base seria subjetiva, bilateral e diria respeito ao conteúdo do negócio. Enquanto para Windscheid a pressuposição bastaria ser cognoscível para a outra parte, para Oertmann deveria ser conhecida ou comum⁴⁰⁹.

Depois, Karl Larenz desenvolveu outra teoria da base do negócio, na qual se entendia que haveria uma distinção entre base subjetiva e objetiva do negócio. A base subjetiva seria a representação mental comum, e não só a um dos contratantes, que influenciou as partes a celebrarem o contrato. Essa representação é determinada, assemelhando-se ao erro quanto aos motivos. A base objetiva corresponde às circunstâncias cuja existência é necessária para o contrato. A base objetiva seria rompida houvesse destruição da relação de equivalência; eventos imprevisíveis; bem como quando há impossibilidade de alcançar o fim do negócio.

Todas essas teorias buscaram uma justificação subjetiva para explicar a alteração das circunstâncias⁴¹⁰, e essas figuras, em maior ou menor medida, advêm da *cláusula rebus sic stantibus*.

Com a Primeira e Segunda Guerras Mundiais, o mundo jurídico foi posto em questionamento no que concerne à possibilidade de revisão dos negócios firmados⁴¹¹, isso porque os juristas se atentaram ao “*grande desequilíbrio da vida, [a]o fracasso de todas as previsões no comércio entre homens, as súbitas mutações da economia nacional e internacional, a derrocada*

⁴⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 302.

⁴⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 27.

⁴¹⁰ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 09.

⁴¹¹ ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 281. Nesse sentido: “O interesse social era finalmente convocado a sair do vestíbulo e a entrar triunfante na já combalida e arruinada mansão onde se hospedara faustosamente por três séculos o interesse individual”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26).

de situações solidamente constituídas, resultantes do cataclismo que se desencadeou sobre a Europa [...]. Afinal, os indivíduos obrigaram-se “quando mui diverso era o estado das coisas”⁴¹².

Se até aquele momento privilegiava-se o instrumento conforme acordado, em expressão plena do *pacta sunt servanda*, com a intercorrência de eventos imprevisíveis tal obrigatoriedade foi posta em xeque.

Para contornar a situação imposta pela guerra, a França promulgou a Lei Failliot em 1918 — legislação de caráter transitório que possibilitou a resolução, pelas partes, de obrigações de fornecimento de mercadorias e alimentos — e a Itália um Decreto em 1915. Tratou-se de legislações de exceção, destinadas a durar enquanto a guerra perdurasse. Na Itália, a guerra foi considerada força maior, apta a impossibilitar a prestação contratual, bem como a causar excessiva onerosidade.

Em linhas sumárias, pode-se captar a existência da cláusula *rebus sic stantibus* historicamente, em especial com a contribuição dos glosadores e dos jusnaturalistas⁴¹³. Ocorre que com a Revolução Francesa e a onda liberal houve mitigação desse pensamento, sendo a cláusula somente recuperada, sob as vestes da imprevisão, no século XX, no pós primeira guerra e a partir das mudanças culturais, econômicas e sociais.

Pensado em termos históricos, existiram dois modelos de sistemas jurídicos relativos à revisão contratual. O primeiro, encontrado notadamente na França, é representado pelo *Code Civil* de Napoleão, emergindo daí a ideia de que o contrato deve ser respeitado, e nenhuma intervenção externa deve alterar seu conteúdo. Privilegia-se, nesse sistema, a vontade das partes e a irretratibilidade do contrato.

Com outro viés, tem-se o modelo alemão, inscrito no BGB, em que se privilegia a ideia de base do negócio. Num primeiro momento, a pandectística não era favorável à consagração da alteração de circunstâncias. A revisão dos contratos era baseada no §242⁴¹⁴ e dependia dos tribunais alemães. Anos mais tarde, com a modernização do Direito das Obrigações, tendo em vista a ideia

⁴¹² ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 281.

⁴¹³ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo II. Torino: UTET, 2004, p. 695.

⁴¹⁴ § 242. O devedor tem a obrigação de executar a prestação, tal como o exigem a confiança e a fidelidade levando em consideração os usos de tráfico.

de que o vínculo obrigacional é fluido e depende das circunstâncias tanto na fase de conclusão, quanto na execução⁴¹⁵, houve a consagração da revisão no §313⁴¹⁶.

José Oliveira Ascensão esclarece que apesar de uma diferente formulação, “base do negócio” e “circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar” possuem o mesmo significado e correspondem à expressão alemã *Geschäftsgrundlage*⁴¹⁷. A ideia essencial nessa teorização é a de que as partes não poderiam estar sujeitas ao contrato se as circunstâncias que as levaram a contratar não mais existem, já que o vínculo foi afetado.

Além desses dois modelos, o Código Civil italiano de 1942 consagrou uma linha própria de alteração de circunstâncias, recorrendo à ideia de onerosidade excessiva⁴¹⁸. Conforme se verá a seguir, muitos anos depois, o Código Civil brasileiro irá praticamente replicar o dispositivo acerca do tema.

Atualmente, até mesmo na França, ordenamento historicamente mais refratário à intervenção de terceiros no estipulado entre particulares, determinou, com a reforma do Code Civil francês em 2016, por meio da Ordonnance n° 2016-131, a recepção do art. 1.195, que dita:

Art. 1.195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable,

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação*: estudo de Direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, ps. 44-45.

⁴¹⁶ “§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung”. Tradução livre: Se circunstâncias, tornadas base do contrato, foram profundamente alteradas depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam celebrado com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal do risco.

⁴¹⁷ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. Fortaleza: *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 08.

⁴¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 16.

le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe⁴¹⁹.

Houve, portanto, a consagração legislativa de uma prática que era adotada jurisprudencialmente.

O Código Civil brasileiro recebeu uma mescla de tradições jurídicas. No Código Civil de 1916 não havia previsão sobre a revisão, pois acreditava-se que o Poder Judiciário jamais poderia intervir na relação entre particulares, embora já houvesse, em alguns de seus dispositivos, as ideias a respeito do tema⁴²⁰. Antes da positivação, a revisão dos contratos era baseada em criação jurisprudencial e doutrinária⁴²¹.

Quando havia necessidade de alguma modificação gerada por uma crise econômica, leis transitórias eram promulgadas. A mesma lógica estava inscrita no Código Comercial, legislação também arraigada ao *pacta sunt servanda*⁴²².

Não obstante a ausência de norma específica, Arnaldo Medeiros da Fonseca destaca que alguns dispositivos já traziam a possibilidade, em raríssimos contextos, de identificação da imprevisão⁴²³. Seria o caso do art. 1.059, parágrafo único, do Código Civil, que ditava que “o devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”.

⁴¹⁹ Tradução livre: Se uma alteração imprevisível das circunstâncias quando da conclusão do contrato torna a execução excessivamente onerosa para uma das partes que não tinha aceitado assumir esse risco, pode pedir a renegociação do contrato a outra parte. Ela deve continuar a executar suas obrigações durante a renegociação. 1. Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem acordar a resolução do contrato, na data e nas condições por elas determinadas, ou requerer de comum acordo que o juiz proceda sua adaptação. Na falta de acordo em um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, revisar o contrato ou extingui-lo, na data e nas condições que fixar.

⁴²⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 733, 1996, p. 110-111.

⁴²¹ FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Out-dez/2014, p. 28.

⁴²² “[...] nos momentos de graves perturbações econômicas, provocadas por circunstâncias de ordem geral, atingindo um grande número de devedores, sentiu-se a necessidade de leis excepcionais, que foram promulgadas, para conceder moratórias, impedindo catástrofes financeiras”. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 328).

⁴²³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, ps. 326-327.

E, também, dos art. 1.190⁴²⁴ e 1.250⁴²⁵, do Código Civil. O primeiro dita que em caso de deterioração da coisa alugada, sem culpa do locatário, é a este conferido o direito de requerer a redução do aluguel ou rescindir o contrato, se a coisa não mais servir ao fim a que destinava. O segundo admite a possibilidade excepcional de que, em caso de necessidade *imprevista e urgente*, suspender o uso e gozo da coisa emprestada no comodato. Pontes de Miranda exemplifica a existência da *rebus sic stantibus* no art. 1.226, I⁴²⁶, do Código, que previa a denúncia da locação caso o locatário tivesse que exercer função pública, ou desempenhar obrigação legal.

Também havia no Código Civil de 1916 regra a respeito da empreitada, que afastava do construtor a possibilidade de exigir acréscimo de preço, salvo se houve alteração por alterações inscritas no contrato (art. 1.264). Igualmente, no que tange à pensão alimentícia, o art. 401 aduzia que “*sobrevindo mudança na fortuna de quem os supre [...] ou de quem recebe*”, poderá ser alterada, e até mesmo extinta, a obrigação.

Vê-se, curiosamente, que os resquícios a respeito do tema da revisão existiam justamente nos contratos de locação e empreitada, essenciais à análise do *built to suit*.

Em edição de 1983, Washington de Barros Monteiro, em sua segunda parte sobre Direito das Obrigações de sua coletânea “Curso de Direito Civil” acentuou que *modernamente* percebia-se um movimento de revisão contratual pelo Poder Judiciário. O *pacta sunt servanda*, até então imperativo aos contratos, cedia espaço para que houvesse a possibilidade de revisão, conforme as circunstâncias e em nome de princípios, da boa-fé, da intenção das partes, do “amparo do fraco contra o forte”, e do interesse coletivo⁴²⁷.

No Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V)⁴²⁸ houve a consagração do direito de modificação das cláusulas contratuais quando desproporcionais, ou a revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem onerosas em excesso. Aqui há um direito básico do consumidor, que se expressa por apenas um requisito, a excessiva onerosidade. Diz-se, por isso, que o critério é

⁴²⁴ Art. 1.190. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou rescindir o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim, a que se destinava.

⁴²⁵ Art. 1.250. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodato, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

⁴²⁶ Art. 1.226. São justas causas para dar o locador por findo o contrato: I - Ter de exercer funções públicas, ou desempenhar obrigações legais, incompatíveis estas ou aquelas com a continuação do serviço.

⁴²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. Segunda Parte. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 10.

⁴²⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

objetivo⁴²⁹. Não há necessidade de imprevisibilidade nem grande prejuízo do consumidor em detrimento de um grande lucro para o fornecedor. Basta que, por fato superveniente, a prestação se torne excessivamente onerosa para o consumidor, muito embora haja uma mescla de conceitos utilizados pelas decisões judiciais⁴³⁰. O Código Civil, a seu turno, impõe a cumulação da onerosidade com a imprevisibilidade. Tal opção visa à proteção do consumidor, reputado como parte vulnerável nessa modalidade de contratação.

Na Lei de Locações (Lei 8.245/91), o art. 19 dita que “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”. Também nessa legislação o critério é objetivo, já que não foi proposta a necessidade de demonstração de eventos extraordinários e imprevisíveis, bastando que haja o decurso do tempo aliado à desproporção do valor do aluguel ao preço praticado pelo mercado.

No âmbito do Direito Administrativo, o cenário é ainda mais diferente. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) prevê no art. 57, §1º que os prazos de início da execução, conclusão e entrega admitem prorrogação se houver “superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato” (inciso II). O art. 58, §2º impõe a revisão das cláusulas “econômico-financeiras do contrato” quando houver modificação unilateral do contrato pela Administração Pública no intuito de “melhor adequação às finalidades de interesse público” (art. 58, I). O art. 65, II, “c” prevê a alteração do contrato por acordo entre as partes quando “necessária a modificação

⁴²⁹ “O regime geral do Código Civil é intencionalmente mais exigente que o do Código do Consumidor. Este basta-se com aqueles factores porque pressupõe um outro: a fraqueza relativa do consumidor perante o fornecedor. Por isso permite a revisão do contrato logo que a prestação se torne excessivamente onerosa”. (ASCENSÃO, José Oliveira. *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil*. Fortaleza: Revista Pensar, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 10). De mesmo modo, o Ministro Antonio Carlos Ferreira: “Em resumo, para a revisão judicial de um contrato de consumo, bastaria a comprovação da existência de prestação desproporcional, que assim se tenha convertido por efeito da onerosidade excessiva superveniente, em função de fatos supervenientes. No âmbito do CDC, é dispensado o requisito da imprevisibilidade do fato que altera o equilíbrio da relação obrigacional”. (FERREIRA, Antonio Carlos. *Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Out-dez/2014, p. 30).

⁴³⁰ “Ao conectar à pretensão a revisar elementos de tão díspar característica; ao mencionar a equidade e a boa-fé, sem permitir a distinção entre a boa-fé crença (subjetiva) e a boa-fé normativa (objetiva) e ao não submeter o “direito básico” [...] a nenhum outro requisito que não o fato da excessiva onerosidade, o CDC propiciou uma avalanche de decisões judiciais desvinculadas de critérios pré-existentes (...) o que veio a enfraquecer, pelo excesso, o instituto revisivo”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 202).

da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, [...]”, e a alínea “d”:

d) restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

No Direito Público, essas normas contêm lógica própria, dado que o dito equilíbrio econômico-financeiro é pensado em favor da Administração Pública. As propostas seriam mais caras se fossem precificados todos os eventos danosos possíveis, de modo que é admitida a revisão até mesmo quando ausente a imprevisibilidade, dado que se permite quando o evento for “previsível, porém de consequências incalculáveis”. Dessa forma, “é muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. [...] Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública”⁴³¹.

No Código Civil de 2002, as ideias de onerosidade excessiva e imprevisão foram inseridas, em atendimento à socialidade do Direito, segundo Miguel Reale⁴³². Existem, com exceção das regras específicas, três dispositivos a respeito do tema, o art. 317, do Código Civil, situado na Parte Especial, Título III – Do Adimplemento e extinção das obrigações, Capítulo I – Do pagamento, Seção III – Do objeto do pagamento e sua prova. As outras normas, art. 478 e art. 479, estão geograficamente distantes da primeira, adentrando também a Parte Especial, mas o Título V – Dos contratos em geral, Capítulo II – Extinção do contrato, Seção IV – Da resolução por onerosidade excessiva.

A opção legislativa foi, portanto, a de adotar a “[...] teoria da onerosidade excessiva superveniente, associada, no entanto, com a teoria da imprevisão, ou seja, a impossibilidade de se

⁴³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1013.

⁴³² REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

antever a alteração das circunstâncias supervenientes à celebração do contrato da qual resultou onerosidade excessiva”⁴³³.

A onerosidade excessiva foi trazida ao Código Civil não apenas dentro do tema da alteração das circunstâncias. Sua expressão está cunhada nos dispositivos a respeito dos contratos de adesão (art. 423 e 424), do estado de perigo, do erro, lesão (“prestação manifestamente desproporcional”), cláusula penal (art. 413), abuso de direito (art. 187)⁴³⁴.

Não há no ordenamento brasileiro uma “[...] cláusula geral de adaptação da prestação às circunstâncias supervenientes [...]”⁴³⁵, muito embora esse fosse o espírito do Código à época de sua elaboração. O art. 478 dá o poder da resolução, enquanto os arts. 317 e 479 conferem o da revisão, mas não são claras as maneiras pelas quais essa adaptação deverá ser tomada, especialmente considerando a inusual prática de pactuação de cláusulas de adaptação dos contratos no Brasil.

A seguir, será analisado o alcance desses dispositivos, tendo em mente que “quem contrata negocia em mundo que não é estável. Há, pois, um limite, e aí é que as teorias têm de obter clareza e precisão, sem as quais o direito se faria elástico e ondulante”⁴³⁶.

3.2.2 O ALCANCE DOS DISPOSITIVOS

Conforme visto acima, no Código Civil, existem regras principais a respeito da revisão contratual. Dita o art. 317 que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção

⁴³³ FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Out-dez/2014, p. 30. Sobre o tema, Álvaro Villaça Azevedo critica a posição adotada pelo Código Civil, opinando que o termo *imprevisível* deveria ser retirado tanto do art. 317, quanto do art. 478, devendo a revisão/resolução ser aplicada quando houver grave desajustamento contratual, surgido de fato superveniente que causa enriquecimento injustificado. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 455).

⁴³⁴ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 10.

⁴³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 221.

⁴³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 320.

manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

A princípio, denota-se que o art. 317 se relaciona à prestação, e retrata a situação do credor. Sua elaboração se deu em razão da inflação que assolou o Brasil no século anterior, motivo pelo qual sua redação original, inscrita no Projeto de Lei 634/975, pretendia trazer um mecanismo de correção monetária à prestação⁴³⁷: “Art. 315. Quando, pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que preserve, quanto possível, a equivalência das prestações”.

O dispositivo, portanto, adveio para legalizar a cláusula de escala móvel⁴³⁸, tendo em vista que apenas com a Lei 6.899/81 é que houve determinação de que a correção monetária incidiria sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive custas e honorários advocatícios⁴³⁹.

O art. 478 dita “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. [...]”.

O art. 1.467 do Codice Civile⁴⁴⁰ foi a inspiração desse dispositivo. O ordenamento brasileiro, todavia, adotou duas diferenças relevantes. Introduziu o requisito da extrema vantagem, e previu como regra a resolução contratual, enquanto a lei italiana enunciou que, dentro da álea normal do contrato, a resolução não se daria.

⁴³⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 634/1975. *Diário do Congresso Nacional*, 1975, p. 17.. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1>. Acesso em 22 fev. 2021.

⁴³⁸ FERREIRA, Antonio Carlos; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos no Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado na Pandemia de 2020 (lei 14.010, de 10 de junho de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 25/2020, p. 311-377, out.-dez., 2020, p. 314.

⁴³⁹ Art 1º - A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

⁴⁴⁰ Art. 1.467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. (No contrato de execução continuada ou periódica, ou diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa devido à ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve essa prestação poderá requerer a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos pelo art. 1.458. A resolução não pode ser requerida se a onerosidade superveniente adentre a álea normal do contrato. A parte contra a qual a resolução é requerida pode evita-la oferecendo a modificação equitativa do contrato).

De uma maneira geral, segundo o art. 478, para que haja onerosidade excessiva, necessários (a) um distanciamento entre o momento genético e o momento funcional, para que o tempo possa ter relevância; (b) a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; (c) desequilíbrio do sinalagma decorrente da onerosidade excessiva; (d) extrema vantagem do credor.

Por fim, o art. 479, do Código Civil enuncia que “a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Cabe entender melhor esses conceitos.

O campo mais comum de aplicação da revisão é o dos contratos bilaterais e nos unilaterais onerosos⁴⁴¹. Também estão abrangidos os contratos comutativos, que podem ser definidos como aqueles cuja prestação e contraprestação são determinadas no momento genético do contrato, não sujeitas a risco⁴⁴². Todavia, doutrina e jurisprudência também aceitam a aplicação nos contratos aleatórios, negócios em que o risco compõe a causa contratual, desde que haja alteração das circunstâncias em campo diverso da álea contratada.

Além dos contratos comutativos, essas teorias são aplicadas essencialmente aos contratos de longa duração e de execução diferida, em que há uma separação entre o momento da contratação e o momento de quebra da base do negócio. Isso porque “a imprevisão exige esse caráter sucessivo, pois o tempo será o fator necessário, mas não suficiente, ressalte-se, para possibilitar a aferição das alterações do equilíbrio contratual”⁴⁴³. Ainda que o contrato tenha uma execução única, diferida no tempo, é passível de ser atingida pela imprevisão, restando excluídos apenas os contratos instantâneos não diferidos.

A imprevisibilidade dá-se quando um evento inesperado ocorre dentro de um contexto contratual de normalidade, sua álea normal⁴⁴⁴. Surge uma desproporção “[...] entre vantagens e

⁴⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 118.

⁴⁴² LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 105.

⁴⁴³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 121. Nas palavras de Arnaldo Medeiros da Fonseca, a imprevisão seria aplicável aos contratos de *execução retardada* (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 347).

⁴⁴⁴ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo II. Torino: UTET, 2004, p. 710. No mesmo sentido: “[...] a onerosidade excessiva somente ocorre quando os fatos são imprevisíveis. Se não existe o elemento da imprevisibilidade e surpresa, não há como falar em onerosidade excessiva, porque o que há aí é simples risco ou álea do negócio. Posso fazer um contrato pelo preço “x”. Pode ser oneroso. É a álea do negócio. Fala-se em onerosidade excessiva quando o ônus é muito grande em razão de não ter sido possível prevê-lo”. (MENCK, José Theodoro Mascarenhas. *Código Civil no Debate Parlamentar. Elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002*. Vol. I. Audiências públicas e relatórios. Biblioteca Digital. Câmara dos Deputados. 2012. Conferência Miguel Reale, 1975, p. 109). Veja-se, ainda, que após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Projeto Fiuza, que objetivava a

sacrifícios [...] livremente querida, dentro do exercício normal da autonomia privada”⁴⁴⁵. E justamente essa autorregulação das partes, isto é, o equilíbrio voluntário, é que “[...] pode ser posto em causa por alteração anormal; é nesse caso que a base do negócio é rompida”⁴⁴⁶. O Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil enunciou que “a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”.

Fatos extraordinários, mas previsíveis, não adentram à onerosidade excessiva. Pela leitura dos arts. 317 e 478, denota-se que a resolução possui mais requisitos do que a revisão, havendo uma tendência que a segunda solução seja prioritária em detrimento da primeira. Trata-se, ao fim e ao cabo, de dar prevalência ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. Quando é possível adaptar, assim será feito.

Importante, contudo, apontar a falha do Código Civil ao utilizar os termos extraordinários e imprevisíveis, pois ambos “quase nenhuma importância têm para caracterizar a necessidade de revisão ou resolução contratual”⁴⁴⁷. Ainda que o fato imprevisível pareça ser sempre extraordinário, o contrário não acontece, dado que não é imprevisível algo inesperado, isto é, fora do normal para aquela situação. O importante é saber se ocorreram alterações circunstanciais e se essas, mesmo com o cálculo, e a cautela (do “homem diligente”), ensejam mudanças significativas na equação econômica do contrato, que se exterioriza especialmente pela onerosidade excessiva.

mudança de variados dispositivos do, à época, novel diploma, propunha, em substituição ao atual art. 478, o art. 472, com a seguinte redação: “*Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato*”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6990/2002. Autor Ricardo Fiuza. Disponível em: <<
[⁴⁴⁵ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 12.](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0FCD182C5E077F3D0A8E687EBBD7F1CD.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>>”. Acesso em 11 jan. 2021); E ainda dita o Enunciado 366, IV Jornada de Direito Civil: “O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴⁴⁶ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 12.

⁴⁴⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160.

Luís Renato Ferreira da Silva aduz que a extraordinariedade é complementar à ideia de imprevisão. “É o elemento extraordinário que permite que se entenda como cabível não só o fato imprevisível, mas o previsível de consequências imprevisíveis, *rectius*, extraordinário”⁴⁴⁸.

Os tribunais consolidaram entendimento de que variações cambiais, alteração ou substituição do padrão monetário, inflação e afins não dão ensejo à revisão contratual, dado que são fenômenos previsíveis⁴⁴⁹. Esse posicionamento é, há muito, aplicado no cenário nacional, dado que a realidade brasileira constantemente passa por revezes econômicos. Nessa esteira, o Projeto de Lei 1.179/2020, denominado “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado” (RJET – Lei 14.010/2020), em seu art. 7º, previu que “não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário”⁴⁵⁰.

De mesmo modo, “a desvalorização do preço ou a sua valorização extraordinária, ou a valorização ou desvalorização da prestação entra no que é risco ordinário — normal — do negócio jurídico”⁴⁵¹. Excepciona Pontes de Miranda ao afirmar que: “a extraordinariedade da alta ou da baixa é só na dimensão econômica, salvo se prestações acessórias absorvem ou superam a contraprestação, ou a prestação, o que se há de entender ressalvado pelos figurantes”⁴⁵². Menezes Cordeiro exemplifica “pode o comprador de um automóvel, que já o haja recebido, pedir a resolução ou modificação do contrato de compra e venda, alegando uma subida inesperada no preço da gasolina?”. Explicita que a resposta é negativa, dado que a alteração, ainda que inesperada e anormal, “[...] dá-se numa esfera de risco exclusiva do comprador-proprietário, em todo alheia ao vendedor”⁴⁵³.

⁴⁴⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, 2019, p. 05 (versão digital).

⁴⁴⁹ “O histórico inflacionário e as sucessivas modificações no padrão monetário experimentados pelo país desde longa data até julho de 1994, quando sobreveio o Plano Real, seguido de período de relativa estabilidade até a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, não autorizam concluir pela imprevisibilidade desse fato nos contratos firmados com base na cotação da moeda norte-americana, em se tratando de relação contratual paritária”. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1321614/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 16 dez. 2014).

⁴⁵⁰ O dispositivo em comento havia sido alvo de veto presidencial, mas o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional.

⁴⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 321.

⁴⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 321.

⁴⁵³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437.º do Código Civil*, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 40.

Não se coaduna, de igual modo, a imprevisão com as hipóteses de empobrecimento do contratante (isto é, um dado subjetivo) ou alteração da realidade econômica. A superveniência de condições pessoais adversas não tem o condão de possibilitar a imprevisão, sob pena de ferir a segurança jurídica. A exceção dá-se no Direito do Consumidor, âmbito em que: “[...] abre-se a discussão sobre o superendividamento como causa de revisão dos contratos. Tal se dá num instante em que ocorre uma oferta abusiva de crédito pelo sistema financeiro [...]”⁴⁵⁴.

Embora eventualmente reafirmada⁴⁵⁵, muitas críticas são tecidas quanto ao requisito da extrema vantagem⁴⁵⁶, inscrito no art. 478, do Código Civil. O ganho do outro contraente não é relevante para a imprevisão, sendo a excessiva onerosidade o elemento visível do desequilíbrio econômico do contrato. O que importa é restabelecer o sinalagma. A alteração das circunstâncias passa a ser o elemento objetivo. Nesse sentido, Rodrigues Junior aponta que o art. 478, CC, é falho ao denotar “extrema vantagem” como consectário lógico da onerosidade excessiva. “[...] será cometida essa importante missão aos intérpretes do art. 478, numa hermenêutica que mantenha o conteúdo de justiça da indicação, admitindo a extrema vantagem como um elemento accidental da alteração das circunstâncias de fato, que, embora não ocorrendo, jamais poderia obviar seu uso para rever contratos com excessiva onerosidade”⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 133.

⁴⁵⁵ Sobre a vantagem de um dos contratantes, em 1996 Álvaro Villaça Azevedo escreveu que: “[...] a cláusula *rebus sic stantibus* instala-se nos contratos, para prevenir contra a alteração objetiva, imprevista e imprevisível, das situações, existentes no momento da contratação, contra a onerosidade excessiva, representada pelo desequilíbrio prestacional, e contra o enriquecimento de um dos contratantes, com prejuízos do outro, não previstos no negócio” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 733, 1996, p. 111-112).

⁴⁵⁶ “Notemos enfim que não pertence à essência da figura que a alteração atinja apenas uma das partes, em benefício da outra. Podem ser ambas atingidas, se a base em que comumente assentaram o negócio for alterada. [...] Isto mostra que não há necessariamente um prejudicado e outro beneficiado. Há uma alteração anormal da base do negócio, base que é comum; portanto ambos são atingidos. Qual a consequência, só pode resultar da solução que a ordem jurídica trouxer para o caso, e, portanto, das regras de cálculo da nova equação econômica que estabelecer.” (ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 12).

⁴⁵⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 147.

⁴⁵⁸ O Projeto de Lei 6990/2002, conhecido por “Projeto Fiuza” pretendia modificar o art. 478, CC, também em razão da inadequação da extrema vantagem: “A onerosidade excessiva da prestação de uma das partes, acha-se vinculada, “ratio legis”, ao resultado de extrema vantagem para a outra, para tipificar o desequilíbrio contratual. [...] De fato, não se deve configurar a onerosidade excessiva, na dependência do contraponto de um grau de extrema vantagem. Isto significaria atenuar o instituto, sopesado por uma compreensão menor”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6990/2002. Autor Ricardo Fiuza. Disponível em: <<

A rigor, as regras sobre revisão possuem natureza dispositiva⁴⁵⁹, com exceção daquelas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Locações, de modo que a renúncia a esse regramento seria possível. Ocorre que, muito embora a renúncia seja juridicamente pertinente, até mesmo em contratos interempresariais a noção de abusividade poderia surgir pela própria configuração do contrato. Dessa forma, a depender de como foi feita a estipulação, o abuso de direito poderia emergir.

Muito embora haja ainda algum dissenso a respeito da aplicação do art. 317, do Código Civil⁴⁶⁰, em razão da sua localização em capítulos distintos, e atrelação ao termo “prestações devidas”, ambos os dispositivos usualmente são interpretados em conjunto⁴⁶¹, posicionando-se a maioria da doutrina pela concepção de que “[...] a regulação regionalizada do art. 317 não afasta para quem dela não beneficia o recurso ao regime geral do art. 478”⁴⁶². José Oliveira Ascensão diz que quando uma parte requer a revisão, mas a outra acredita que a base foi tão atingida a ponto de não mais ser possível manter o vínculo, é possível reconvir pedindo a resolução contratual⁴⁶³.

Em nome do princípio da conservação do negócio o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil enunciou que “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

Há doutrina minoritária que se manifesta em sentido diverso. Francisco Paulo de Crescenzo Marino acredita que o art. 317 do Código Civil não se trata de revisão por onerosidade excessiva, devendo se limitar às prestações pecuniárias. A revisão do negócio seria possível como matéria de

⁴⁵⁹ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo II. Torino: UTET, 2004, p. 698. No mesmo sentido: ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 945.

⁴⁶⁰ Francisco Paulo de Crescenzo Marino explicita que há três correntes a respeito da aplicabilidade do art. 317, do Código Civil: “A *primeira* restringe o dispositivo em exame às prestações pecuniárias. A *segunda*, ao que parece majoritária, postula a aplicabilidade do art. 317 a toda e qualquer prestação. Por fim, a *terceira* orientação, bastante residual, é ainda mais restritiva do que a primeira, ao postular a inaplicabilidade da referida norma ao campo dos contratos, no qual incidiriam apenas os arts. 478 e 479 do Código Civil. O art. 317 ficaria circunscrito, assim, às obrigações não contratuais”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 25-26.)

⁴⁶¹ “E precisamente por essa razão o art. 317 tornou-se, em nossa experiência, uma espécie de “puxadinho hermenêutico” dos arts. 478 a 480, sendo raro encontrar quem trate desses sem aquele, e vice-versa. O art. 317 acaba, assim, por ser empregado em uma interpretação corretiva dos arts. 478 a 480, para garantir a revisão mesmo na hipótese dos contratos bilaterais, ao contrário do que sugeriria a leitura isolada daqueles dispositivos”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 311. (livro digital)

⁴⁶² ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 13.

⁴⁶³ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 14.

defesa em razão da aplicação do art. 479, do Código Civil, a pedido apenas do credor, após o devedor requerer a resolução do contrato por onerosidade excessiva (art. 478, do Código Civil). Para Marino “não há, em suma, um princípio geral da revisão dos contratos no direito positivo brasileiro”⁴⁶⁴.

Portanto, quem deteria legitimidade para requerer a resolução seria o devedor, e quem deteria para a revisão seria o credor. A doutrina em geral, contudo, reconhece que o pleito pode ser realizado por ambos os polos, a exemplo de Ruy Rosado de Aguiar⁴⁶⁵.

Ademais, não há como se fazer um juízo prévio em abstrato do que é imprevisível ou não. Essa análise depende da natureza do contrato. O grau de especificidade de cada evento é uma presente dificuldade, já que é evidente que em algum dado momento algum evento imprevisível pode ocorrer. Isto é, podem sobrevir novos tributos e guerras, mas não se sabe sua data e nem qual seria sua duração e, no caso do tributo, sobre o que incidiria⁴⁶⁶. De maneira abstrata, sabe-se que podem ocorrer guerras e desastres naturais, mas se desconhecem elementos temporais e a dimensão que tais eventos impactam os mais variados vínculos jurídicos.

Deve haver causalidade entre a superveniente onerosidade e o evento imprevisível, com incidência sobre o vínculo contratual. Isto é, não basta que haja um fato notadamente inesperado, a exemplo da pandemia, para que se possa cogitar a revisão contratual se torna imprescindível que o evento tenha impacto direto sobre a relação contratual, dada às circunstâncias em que foi celebrado. Os efeitos de eventual evento deverão ser sempre analisados à luz de cada contrato⁴⁶⁷.

A avaliação da revisão deve ser pautada pela operação econômica em si. Não é suficiente que se compreenda o que é a revisão contratual, mas, sim, a revisão sobre determinado contrato. Nesse sentido: “Deste modo, os critérios operacionais de aplicação do instituto deverão ser

⁴⁶⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 38.

⁴⁶⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003, p. 154.

⁴⁶⁶ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. Tomo II. Torino: UTET, 2004, p. 711. No mesmo sentido: “[...] qualquer pessoa pode prever a possibilidade de guerras no mundo ou a possibilidade de pandemias; já será mais difícil prever os efeitos econômicos na cultura do café em São Paulo de uma guerra entre os Estados Unidos e a China, ou os efeitos econômicos de medidas de restrição a deslocamentos urbanos que se estendem por cinco meses em virtude de uma pandemia”. (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 216).

⁴⁶⁷ “[...] os critérios operacionais de aplicação do instituto deverão ser procurados na intersecção da missão teleológica que lhe é conferida com as especificidades funcionais e contextuais da relação contratual concreta, identificáveis, em medida não despreciando, pela categoria negocial em que esta se insere”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 18).

procurados na intersecção da missão teleológica que lhe é conferida com as especificidades funcionais e contextuais da relação contratual concreta, identificáveis, em medida não despendida, pela categoria negocial em que esta se insere”⁴⁶⁸. Afinal, também o legislador não poderia realizar uma análise quantitativa de cada contrato, indicando com exatidão o que se justificaria para intervenção⁴⁶⁹.

Serão confrontadas, a esse momento, as teorizações ao *built to suit*.

3.3 INTERPRETAÇÃO E INTERVENÇÃO AO *BUILT TO SUIT*

Considerado o *built to suit* um contrato de longa duração, e sendo dessa natureza, um contrato usualmente incompleto, por qual razão ganhou fama a impossibilidade de revisão judicial desse contrato?

A resposta é simples e foi exposta em momentos anteriores da dissertação. Como houve uma inadequada inserção do *built to suit* na Lei de Locações, e por se tratar de empreendimento usualmente realizado por pessoas “hiperssuficientes”, o temor ao pleito de revisional de aluguel ganhou cor.

Conforme explicitado, a Lei de Locações possui um critério objetivo para que se possa pleitear a revisão contratual: basta que tenha passado três anos de contrato e que haja descompasso do aluguel com o preço de mercado.

Contudo, três razões impõem a análise dos demais dispositivos a respeito da revisão contratual do Código Civil: (i) dada a atipicidade do contrato e a possibilidade de renúncia à revisional, resta como fonte o Código Civil e seus dispositivos próprios a respeito do tema; (ii) o fato de existir a previsão da revisional não impede a aplicação dos dispositivos do Código Civil, já que se tratam de hipóteses distintas; (iii) as partes podem não ter pactuado a renúncia à revisional (iv) a revisão contratual não se limita ao que se entende por revisão do aluguel (ação revisional), de modo que outras facetas do contrato podem ser objeto de pleito nesse sentido.

Aliás, a alteração das circunstâncias pode ser estudada até mesmo no âmbito dos contratos aleatórios. Determinados eventos são passíveis de ocorrerem e se situarem para além do risco

⁴⁶⁸ COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Coimbra: Almedina, 2019, p. 18.

⁴⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 05.

envolvido no negócio, impactando o vínculo obrigacional. Nos contratos aleatórios, muito embora a álea seja elemento estrutural e intrínseco ao negócio, admite-se a revisão do pactuado quando há alteração de circunstâncias que atinja o vínculo quando o fato extrapola o risco contratual⁴⁷⁰. Exemplifica José Oliveira Ascensão: “[...] quem joga na Bolsa está sujeito aos riscos da oscilação das cotações. Mas o encerramento das Bolsas é uma ocorrência extraordinária, que deve levar à revisão ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”⁴⁷¹.

Dita o Enunciado nº 440 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que “é possível a revisão ou a resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato”⁴⁷².

A legislação acerca da revisão não exclui a possibilidade de que os contratos aleatórios possam ser modificados ou que não sejam alvo de onerosidade excessiva⁴⁷³. Dessa forma, é preciso distinguir risco de onerosidade excessiva. Muito embora seja possível a alocação de riscos, pode ocorrer de determinadas situações implicarem desequilíbrio obrigacional fora da álea comum ao negócio. Todavia, ainda que possível, a concessão pelo Poder Judiciário é rara.

Nessa modalidade de análise, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que em contratos de compra de soja não há, a rigor, imprevisão quando há queda do preço, tendo em vista que “[...] o produto vendido - soja -, cuja entrega foi diferida a um curto espaço de tempo, possui cotação em bolsa de valores e a flutuação do preço, até mesmo diária, é inerente à característica do negócio”⁴⁷⁴. Dessa forma, a variação de preço em um contrato de soja é encarada pelo Poder Judiciário como uma alteração normal ao negócio.

⁴⁷⁰ TRANCHINI, Marcela. Clasificaciones de los contratos. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 59.

⁴⁷¹ ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008, p. 12.

⁴⁷² Muito embora o Código Civil brasileiro não possua dispositivo sobre o tema, denota-se que o Código Civil Argentino manteve o art. 1.198 com a reforma operada em 2015, enunciando no correspondente art. 1.091 que a imprevisão ocorre nos contratos aleatórios “si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”. Tradução livre: se a prestação se torna excessivamente onerosa por causas estranhas a sua própria álea.

⁴⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 137.

⁴⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça, REsp 849.228/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, j. em 03 ago. 2010.

Sobre os *contratos derivativos*, o Superior Tribunal de Justiça enfatizou a licitude de estipulação de riscos distintos no momento da contratação, desde que tais informações sejam de livre conhecimento das partes, fixando entendimento pela não aplicação da teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva nesses casos⁴⁷⁵.

Portanto, também aqui, é perceptível que a análise da afetação do vínculo se torna necessária. Nos contratos aleatórios é hipoteticamente possível que haja revisão, desde que a imprevisibilidade e onerosidade excessiva recaia fora da álea, muito embora seja incomum tal ocorrência.

Da mesma maneira como opera nos contratos aleatórios, no *built to suit* a precificação da remuneração adentra a álea contratual, de modo que fica obstada a revisão sob esse aspecto — da revisional, portanto. Ocorre que, à semelhança do que se dá nos contratos aleatórios, é cogitável a revisão naquilo que excede a álea, de modo que eventual configuração não esteja no campo do risco contratual.

Evidentemente, a renúncia ao direito à revisional de aluguel, inspirada no art. 19, da Lei de Locações, não implica na passagem do contrato à aleatoriedade. Seria absurda tal constatação. E, mesmo que assim o fosse, a aleatoriedade, por si, não tem o condão de afastar as regras gerais da revisão contratual, quando não abrangida a álea na discussão.

Com essa explanação quer-se demonstrar que, à semelhança do que ocorre com os contratos aleatórios, é indubitável a aplicação das regras gerais ao *built to suit*. Resta entender quando essa revisão poderia se dar.

Em consonância ao que foi anteriormente dito, o *built to suit* é um contrato em que, primeiramente, é realizada a construção ou reforma customizada de um imóvel adquirido ou anteriormente de propriedade do empreendedor, para que, finda essa etapa, seja cedida a posse para uso e fruição do usuário, que exercerá atividade empresarial no local.

Algumas situações podem ensejar dúvidas a respeito do tema. Veja-se que a revisão contratual do *built to suit* é usualmente pensada em termos de revisional do aluguel e, portanto, parte da premissa de que essa modificação poderia se dar apenas em um segundo momento da contratação, isto é, após finda a obra.

⁴⁷⁵ Superior Tribunal de Justiça, REsp 1689225/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 21/05/2019.

Todavia, é preciso ponderar que, antes que se chegue a esse momento da execução do contrato, o contrato já vinha sendo cumprido em razão da prestação do empreendedor ao construir/adquirir e reformar o imóvel a ser utilizado. Dessa forma, à semelhança do que ocorre com os contratos de empreitada, é possível perquirir se o *built to suit* pode ser revisto se houver uma diminuição ou aumento no preço dos materiais; ou, ainda, se houver determinação de paralisação das obras por algum mandamento municipal; se houver problemas na fundação aptas a dificultar ou tornar a obra mais onerosa; e assim por diante.

Mais um ponto a se considerar é que essa operação é realizada por instituições financeiras, academias, escolas, supermercados, centros de distribuição, e afins. Isto é, a realidade de cada um desses ramos pode variar e soluções apriorísticas estão fadadas ao insucesso, já que a atividade econômica é diversa em cada setor.

Como cânones interpretativos para o estudo do *built to suit*, havendo ou não cláusula de alteração de circunstâncias, devem ser utilizados os arts. 113, e 421-A, do Código Civil. Inclusive, esses dispositivos foram recentemente alterados com reflexos sobre a matéria de revisão contratual.

Em 2019, o ordenamento jurídico recebeu a Lei 13.874/19, conhecida como Lei da Liberdade Econômica. A legislação é fruto da Medida Provisória nº 881/19 e teve como objetivo “[...] limitar a intervenção estatal, estimular o empreendedorismo e garantir o desenvolvimento econômico do Brasil”⁴⁷⁶. Dentre os diplomas legais alterados, destaca-se o Código Civil.

Importa, para a dissertação, analisar os dispositivos que impactam o tema da interpretação dos negócios jurídicos e revisão contratual, cumprindo analisar o art. 421 e 421-A, do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;
II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e
III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada

⁴⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 310.

No dispositivo referente à função social (art. 421), foi inserido o parágrafo único para aduzir que nas relações privadas deverão prevalecer a intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. O art. 421-A enunciou que os contratos civis e empresariais são, a princípio, paritários e simétricos e que a revisão somente ocorrerá de forma excepcional e limitada (inciso III).

O art. 421 do Código Civil buscou afastar o entendimento de que a função social do contrato poderia fundamentar uma revisão contratual defendido por parte da doutrina nacional⁴⁷⁷. De maneira complementar a esse espírito, o art. 421-A reforça os princípios contratuais clássicos, dando primazia à autonomia privada⁴⁷⁸. Contudo, o dispositivo pode ter criado problema outrora inexistente. Isso porque a simetria e a paridade já eram pressupostos das contratações civis e empresariais. Em uma leitura acurada do art. 421-A poderia ser dito que a paridade é afastada caso comprovada a ausência de “elementos concretos”, mesmo em contratos empresariais ou civis⁴⁷⁹. Essa escolha parece não ter sido adequada, dado que “há relações jurídicas de Direito Empresarial que são fisiologicamente assimétricas e que assim se estabelecem justamente para viabilizar a circulação de riquezas (v.g., os contratos de distribuição)”⁴⁸⁰. Os contratos paritários são aqueles nos quais há equilíbrio na relação jurídica, de modo que não há um interesse predominante em uma das partes do negócio durante o momento genético e funcional do contrato⁴⁸¹.

Contudo, ao que parece, a intenção do legislador foi a de destacar que, quando não houver parte vulnerável, ou, em melhores palavras, uma assimetria entre as partes (a exemplo dos contratos consumeristas e da Lei de Locações), os contratos serão paritários. Sendo assim, a inserção desse dispositivo pode ter criado confusão outrora inexistente, podendo haver interpretações de que determinada circunstância evidenciaria uma desigualdade patente de tutela jurídica diferenciada. Caberá ver como os tribunais lidarão com o tema.

⁴⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 212.

⁴⁷⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 311.

⁴⁷⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 319-320.

⁴⁸⁰ FERREIRA, Antonio Carlos; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos no Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado na Pandemia de 2020 (lei 14.010, de 10 de junho de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 25/2020, p. 311-377, out.-dez., 2020.

⁴⁸¹ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 67.

Pela simples leitura dos dispositivos, percebe-se que, no que tange à revisão, a Lei de Liberdade Econômica pouco mudou. Isso porque a revisão contratual sempre foi excepcional e limitada, isto é, a regra é a conservação daquilo que foi livremente pactuado. Afinal, compõe a liberdade de contratar a possibilidade de estipulação, em conjunto, de um regramento contratual.

Essa já era a regra antes mesmo da alteração normativa. A revisão é remédio excepcional, sendo imperativo que se respeite o que foi contratualmente estabelecido. Apenas razões relevantíssimas podem levar ao regime excepcional e possibilitar a intervenção do Poder Judiciário ou do juízo arbitral⁴⁸². Dessa forma, a alteração legislativa pode ter advindo de uma impressão ideológica⁴⁸³, dado que os requisitos para que se modifique o contrato não foram alterados, permanecendo hígidos os dispositivos a ela referentes (art. 317, 478 e 479, do Código Civil).

Muito embora tenha ganhado coro nacional a ideia de que muitas alterações promovidas pela Lei da Liberdade Econômica seriam desnecessárias, como bem alerta Paula Forgioni, “a realidade é menos racional do que gostaríamos” e os temas de direito comercial não são apenas julgados por árbitros e varas especializadas. Magistrados que pouco conhecem da prática comercial são chamados a decidir *lides* empresariais⁴⁸⁴. Dessa forma, ainda que se tenha positivado o “óbvio”, pode haver bons frutos a se retirar.

A Lei da Liberdade Econômica igualmente alterou o art. 113, do Código Civil, passando a aduzir:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

⁴⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 324; MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação*: estudo de Direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 212. Em posição crítica à alteração, destaca Schreiber: Se a intenção dos autores da Lei da Liberdade Econômica foi evitar que revisões judiciais de contratos resultem em alterações excessivas do pacto estabelecido entre as partes, parece certo que a lei empregou meio inadequado: afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional nada diz, porque não altera as hipóteses em que a revisão se aplica. Pode-se concluir, nessa esteira, que os arts. 421, parágrafo único, e 421-A, III, não promoveram qualquer alteração real ao tecido normativo brasileiro”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 317 (versão digital).

⁴⁸³ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 317 (versão digital).

⁴⁸⁴ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 365.

- II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
 - III - corresponder à boa-fé;
 - IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
 - V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
- § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Dessas mudanças, algumas são consideravelmente importantes para o estudo do *built to suit* e a aplicação do dispositivo anteriormente apresentado clama a atuação hermenêutica conjunta ao art. 113, do Código Civil. Os usos e costumes são chamados como cânones interpretativos, devendo-se “interpretar conforme aquilo que normalmente acontece”⁴⁸⁵, especialmente em matéria de Direito Comercial. Não se deixe de mencionar que os usos e costumes servem de baliza para a *integração contratual*, isto é, quando o contrato e a legislação nada dispuserem a respeito de determinado assunto.

E, conforme art. 113, V, do Código Civil, a interpretação deverá se dar em atenção ao que seria a “razoável negociação das partes” inferida no negócio e em razão da racionalidade econômica dos contratantes. Afinal, a interpretação relaciona-se diretamente à “[...] determinação do conteúdo negocial e suas implicações para a autonomia privada e a segurança jurídica”⁴⁸⁶.

Evidente, também, que deve ser privilegiada a natureza do contrato. A interpretação deverá ser guiada pelos efeitos esperados daquela contratação, tido como calculáveis⁴⁸⁷.

Tendo essas perspectivas em vista, é possível, agora, analisar algumas situações. Para os fins da dissertação, propõe-se a verificar duas questões: problemas existentes na fase de construção da obra, e pleitos revisionais pautados em situações adversas ocorridas na fase da cessão do uso do imóvel.

Primeiramente, considerando que o ponto de partida da interpretação é o próprio contrato⁴⁸⁸, é preciso verificar se há cláusula que delimite sobre as consequências da alteração de

⁴⁸⁵ FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 377.

⁴⁸⁶ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 328.

⁴⁸⁷ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 246.

⁴⁸⁸ FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 239.

circunstância⁴⁸⁹. Essa estipulação pode ser alterada pela interpretação, porque não é toda e qualquer situação de alteração de circunstância que ensejará a modificação⁴⁹⁰. Segundo Menezes Cordeiro, tal prática é bem-vinda, já que “transfere para a negociação o regime das superveniências e evita litígios futuros, permitindo encontrar soluções mais adequadas para as ocorrências possíveis, de acordo com as aspirações das partes”⁴⁹¹.

Havendo a pactuação dessas cláusulas, a interpretação terá início por esse caminho. Não sendo o caso, em razão do caráter atípico do *built to suit*, conforme evidenciado nos capítulos anteriores, mister a aplicação das regras gerais existentes no Código Civil. Para tanto, evidentemente aplicam-se ao *built to suit* os dispositivos apresentados sobre a revisão contratual, quais sejam, o art. 317, 478 e 479, todos do Código Civil.

Imagine-se a situação em que há um aumento ou uma diminuição de preço considerável nos materiais da obra. Considerando que o responsável pela obra, no *built to suit*, é o empreendedor, seria possível pleitear a revisão do preço? Arnaldo Medeiros da Fonseca traz exemplo cabível ao raciocínio do *built to suit*:

Um industrial obriga-se a fornecer toda a produção de sua fábrica, por alguns anos, a preços previamente combinados; sobrevém, entretanto, por circunstâncias fortuitas e imprevistas, uma profunda alteração nas condições gerais do mercado, de tal sorte que o custo da matéria-prima indispensável triplica de valor, acarretando assim o cumprimento inalterado do contrato a ruína do fabricante a um lucro para o comprador estimável em mais de 300 %. Consagrará o direito uma tal solução, apesar de, evidentemente, não corresponder à intenção presumível das partes?⁴⁹²

Miguel Reale, em debate sobre o Código Civil de 2002, também exemplifica outro problema que pode advir em contratos que envolvem construção, aduzindo que “[...] há casos tremendos, fora de qualquer previsão, como já ocorreu em São Paulo, numa construção imensa,

⁴⁸⁹ Segundo Menezes Cordeiro “A vontade das partes surge, assim, como o meio mais indicado para enfrentar eventuais alterações das circunstâncias. Dada a regra da liberdade contratual [...] não oferece dúvidas a possibilidade de se estipular no domínio da alteração as superveniências negociais”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 47).

⁴⁹⁰ “Apenas a interpretação pode, caso a caso, determinar se as partes pretenderam equacionar toda e qualquer superveniência, apenas alguma e algumas e até que medida”. (MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 49).

⁴⁹¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 51).

⁴⁹² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 15.

em que o construtor se viu às voltas com um fato imprevisto. Apesar de terem sido feitos 23 testes de fundação, quando se foi bater uma estaca, encontrou-se um câncer no terreno. Quando estacas se punham, tantas eram absorvidas, e a construção se tornou extremamente onerosa. [...]”⁴⁹³.

Nessas situações, eventualmente se pensaria na lógica do contrato de empreitada, para além das regras gerais a respeito da revisão no Código Civil. No que tange aos contratos de empreitada, dispõe o art. 619, do Código Civil que “salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra”. Para que haja a modificação pleiteada pelo empreiteiro, deve ser requerida com base na imprevisão e onerosidade excessiva⁴⁹⁴.

Na sequência, o art. 620, do Código Civil dita que “*se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada*”.

Ainda, o art. 625, II, do Código Civil, enuncia que pode o empreiteiro suspender a obra “quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços”⁴⁹⁵.

Isto é, em uma relação entre dono da obra e empreiteiro, caso haja diminuição superior a um décimo do preço dos materiais ou da mão-de-obra, poderá o dono da obra pleitear a revisão do preço global acordado. Na outra ponta, se houver algum fato *imprevisível* na execução da obra, de modo a tornar *excessivamente onerosa* a execução da avença, poderá o empreiteiro requerer a revisão do preço e, com a negativa, suspender a obra. Esses dispositivos também estão amparados pela imprevisão⁴⁹⁶. Também “a jurisprudência tem flexibilizado a norma, ao admitir a emenda do

⁴⁹³ MENCK, José Theodoro Mascarenhas. Código Civil no Debate Parlamentar. Elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002. Vol. I. Audiências públicas e relatórios. Biblioteca Digital. *Câmara dos Deputados*. 2012. Conferência Miguel Reale, 1975, p. 74.

⁴⁹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*: parte especial – das várias espécies de contratos. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 310.

⁴⁹⁵ Segundo Marino, não se trata de hipótese de revisão da empreitada pelo empreiteiro, pois se o dono da obra se negar a revisar a consequência jurídica é a resolução. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual*: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020, p. 54).

⁴⁹⁶ WALD, Arnoldo. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 17, 2008, *passim*. Nesse sentido: “Ora, se o próprio Código Civil de 2002 (essa regra não existia no CC de 1916) abre a possibilidade de revisão do contrato com fins de diminuição do

preço, aplicando ao contrato de empreitada a teoria da imprevisão, pela superveniência de fato extraordinário ou imprevisível, sobrecarregando o custo do material e dos encargos da obra”⁴⁹⁷.

Na lógica do *built to suit*, o tema é um pouco diferente. Isso porque, ainda que não se considere a questão da posterior cessão do uso do imóvel, o empreendedor é que será responsável pela obra, de modo que a relação entre dono da obra e empreiteiro não pode ser transportada ao *built to suit*. No limite, pode-se pensar que as figuras de dono da obra e empreiteiro se condensam na figura do empreendedor, e eventual prejuízo da obra deveria ser oponível a quem custearia a obra ao longo do contrato, que é o usuário.

Dessa forma, a concepção de que é o dono da obra quem deve custear a oneração decorrente de fatos imprevisíveis e extraordinários, por ser o beneficiado pela obra⁴⁹⁸, não faz sentido ao *built to suit*. Afinal, quem utilizará o imóvel é o próprio usuário, por longo período.

Todavia, o problema em si, de fato, poderia ser pensado ao *built to suit*.

Assim, o cálculo de 10% poderia eventualmente servir de parâmetro para a parte da remuneração que diga respeito à remuneração da construção. Isto é, sem que necessariamente haja uma alteração daquilo que seria remunerado a título de “locação”. Todavia, tal interpretação apenas poderia ser respaldada quando presentes os requisitos para a revisão contratual, conforme explicitação anterior. Veja-se que não se quer afirmar que a remuneração do *built to suit* seja apartada em locação e construção, mas que haja um juízo valorativo sobre o *quantum* seria possível alterar para que a haja a manutenção do equilíbrio. Aliás, não é incomum que alguns contratos distingam a remuneração em duas partes. É preciso ter cuidado, todavia, já que o valor da remuneração é uno em razão do feixe de obrigações assumidos.

Muito embora fosse possível uma aplicação analógica⁴⁹⁹ dos referidos dispositivos, conduta mais coerente seria transpor esses questionamentos ao regramento geral do Código Civil, isto é, os

preço global avençado, notamos que o diploma não encara de maneira absolutamente rígida o princípio da imutabilidade do preço da empreitada *à forfait*. Nesse ponto, o art. 620 corrobora com a tese da possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, bem como da onerosidade excessiva à empreitada por preço fixo”. (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 309/330-331).

⁴⁹⁷ ALVES, Jones Figueiredo. Das modalidades das obrigações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 567.

⁴⁹⁸ “Como o dono da obra é o beneficiário final do empreendimento, no caso do contrato de empreitada, é ele que deve arcar com tais riscos imprevisíveis. Caso contrário, estará caracterizado o seu enriquecimento sem causa”. (WALD, Arnoldo. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 17, 2008, p. 22 – versão digital).

⁴⁹⁹ SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile*. t.2. 3 edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2004, p. 452.

arts. 317 e 478. Isso porque, conforme alertado no capítulo 01, a tentativa de concessão dos regimes jurídicos de contratos “bases” pode levar à desnaturação da operação econômica do contrato analisado. Contudo, como se demonstrou, as partes desses contratos não são idênticas, de modo que as posições jurídicas não são equivalentes.

Dessa forma, é preciso analisar se estão presentes os requisitos para a revisão do contrato. Isto é, deverá ser comprovado que ocorreu um fato *imprevisível e extraordinário*, apto a abalar o sinalagma contratual, gerando uma desproporção onerosa a uma das partes. Dentro desse exemplo, o requisito da *extrema vantagem* faz sentido, dado que o aumento ou diminuição do preço do material ou da mão de obra implicará um bônus inesperado à contraparte. Assim, muito embora o art. 625 não elenque a necessidade da extrema vantagem, entende-se que é necessária no *built to suit*.

Seria possível pensar, também, na superveniência de um aumento de tributação dos materiais. Esse fato poderia, ou não, ser considerado imprevisível e extraordinário? Em um primeiro momento, a resposta é negativa, dado que, assim como as crises econômicas são eventos previsíveis, a oscilação tributária é igualmente uma variável que faz parte da regra do jogo, já que o imprevisível “[...] é o que não poderia ser *legitimamente esperado* pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste”⁵⁰⁰.

Não se deve desconsiderar que na economia brasileira não é imprevisível que o “[...] o Governo lance planos econômicos pelos quais venha a ser desvalorizada a moeda, ou estabelecidos preços mínimos para certos setores da atividade produtiva, ou se “congelem” os preços de determinados produtos”⁵⁰¹. Ocorre que se essa mudança tributária impactar diretamente os custos a serem suportados pelo empreendedor, deve-se analisar o específico vínculo contratual para que se saiba se há, de fato, impacto no sinalagma para além da álea normal do negócio. Nesse sentido:

“[...] sempre está ligado a um contrato de longa duração um certo risco de flutuação de preços, salários, despesas, etc., risco este normal, a suportar pelas partes, as alterações da relação de valor só devem ser tomadas em conta quando promanam de acontecimentos não previstos normalmente, e atinjam um tal volume que surgiu uma <<*grosseira não relação*>>, isto é, uma não relação <<tão grave que um julgador razoável não pode já considerar a prestação de um, como contra-valor da do outro>>”⁵⁰².

⁵⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 253.

⁵⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 253.

⁵⁰² PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 611.

Não há como fazer um juízo prévio em abstrato do que é imprevisível ou não, essa verificação depende do contrato. O grau de especificidade de cada evento é a dificuldade a ser enfrentada, já que é evidente que em algum dado momento um fato imprevisível pode ocorrer.

Dessa forma, pressupõe-se que após estudos do solo, é realizado o *built to suit*, mas que, apenas no meio da execução da construção é que se percebe que as condições são piores, de modo que o empreendedor terá que arcar com custo mais elevado, conforme exemplo dado por Miguel Reale. Pode-se considerar tal evento imprevisível e extraordinário?

Sobre o tema, servem as lições sobre a empreitada, que serve à diligência igualmente a ser tomada pelo empreendedor:

Por se tratar de desdobramento da teoria da imprevisão consoante no art. 478 do Código Civil de 2002, ressaltamos que os problemas hídricos (relativos às chuvas, águas em geral, rios, poços artesianos e lençóis freáticos) ou geológicos (ligados ao solo, seus tipos e às rochas) devem ser *imprevisíveis*. Se forem *previsíveis*, o empreiteiro deverá ter sido diligente em verificá-los e não poderá alegar a sua existência para suspender a empreitada⁵⁰³.

Dessa forma, a alegação de problemas com a fundação, bem como qualquer outro entrave relacionado a um dado natural, necessariamente deverá ser comprovada. Essa comprovação deverá lastrear que tal dado não poderia ser obtido ao tempo do contrato. Repita-se, o empreendedor é o responsável pela obra, assumindo todos os riscos da prestação da construção.

Imagine-se a situação em que o Decreto Municipal determinou a paralisação da obra em razão de uma urgente reforma a ser feita em terreno vizinho. Com isso, todo o cimento comprado será perdido, com oneração do empreendedor. Ou ainda, que no decorrer da obra a fornecedora de cimentos, por algum fato que lhe é próprio, não mais poderá entregar a mercadoria, de modo que o empreendedor será onerado pela compra em novo fornecedor, agora desconhecido.

Todas essas situações parecem deter solução semelhante. A princípio, entram na álea do negócio, mas não há impedimento para que se comprove que houve grande impacto direto ao vínculo contratual, de modo a quebrar aquele sinalagma em concreto. Esses casos retratam hipóteses em que não há a impossibilidade da prestação, mas que alguma dificuldade é

⁵⁰³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 330.

superveniente, impondo a comprovação de que naquela operação determinada houve, de fato, afetação do vínculo, como por meio da apresentação de faturamento, por exemplo. A interpretação, conforme evidenciado, deverá levar em consideração que as partes são empresárias, prevendo-se quando não seria possível dizer que determinada alteração foi excepcional e não precificada pela parte.

Assim como se dá em todos os contratos, no *built to suit*, também, as figuras de credor e devedor se misturam, de modo que a aplicação do art. 478, do Código Civil deve se atentar a esse aspecto⁵⁰⁴. Se a dificuldade surgir nessa etapa da contratação, o empreendedor é devedor da obra frente ao usuário, e o usuário será devedor do empreendedor na etapa da cessão do uso do imóvel. Assim, caberia ao empreendedor pleitear a resolução do contrato e comprovar que estão preenchidos os demais requisitos. O usuário, por sua vez, poderia, com fulcro no art. 479, CC conceder a revisão contratual. Também seria possível cogitar que o empreendedor pleiteie a revisão e o usuário a aceite⁵⁰⁵.

Essas constatações evidenciam quão equivocado é tratar do *built to suit* apenas sob seu aspecto do uso do imóvel, ou seja, a questão imobiliária, ignorando suas outras facetas. Não por outra razão, as análises sobre o tema da revisão limitam-se à revisional de aluguel. Esquece-se que pode haver uma operação de crédito e há a prestação de construção do imóvel. Apartar a análise em razão da inserção do *built to suit* na Lei de Locações torna impossível sua correta interpretação.

3.3.1 APLICAÇÃO EM UM CONTEXTO DE EXCEPCIONALIDADE

Em 2020, a Organização Mundial da Saúde decretou a natureza de *pandemia* à doença provocada pelo Sars-CoV-2. Com isso, numerosas determinações sanitárias foram tomadas, impactando a vida pessoal e profissional do mundo de uma maneira geral.

⁵⁰⁴ “Num contrato bilateral, qualquer parte pode ser considerada “credora” ou “devedora” sob ângulos da interdependência das prestações. Logo, o significado de *solvens*, como está inscrito no art. 478 do novo Código Civil, não pode ser associado exclusivamente à figura do vendedor, do locatário, do prestador de serviço etc. [...] Enfim, nas avenças bilaterais, todos são, a um só tempo, credor-devedor e devedor-credor, permitindo que o art. 478 seja aplicado a qualquer parte e legitimando-as, indistintamente, a requerer o reconhecimento judicial da imprevisão”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 124).

⁵⁰⁵ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 50, 2012, p. 149.

No Brasil, muitos decretos foram editados por Estados e Municípios no intuito de reger o período pandêmico, já que à época — e mesmo até o presente momento — não havia previsibilidade de retomada dos negócios. Com a determinação de fechamento dos estabelecimentos comerciais, com exceções variáveis a depender de ser a atividade desenvolvida essencial, a economia foi duramente atingida.

Para amparar o momento, uma Comissão de Juristas⁵⁰⁶ elaborou proposta de alteração legislativa denominada Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), inspirados pelas regras excepcionais da *Lei Faillot* de 1918, do Direito Francês, no intuito de estabelecer algum nível de segurança jurídica e mitigar o possível caos. Foi, assim, elaborado o Projeto de Lei 1.179/2020, posteriormente convertido na Lei 14.010/2020. A legislação possuía caráter transitório e não modificou qualquer dispositivo.

Tal legislação evidenciou que há um poder a ser exercido pelo Judiciário, um poder limitado, no âmbito das relações contratuais, mas essa intervenção deve se desenvolver dentro das fronteiras do ordenamento. É preciso ter em conta que tanto em tempos de normalidade quanto de excepcionalidade o contrato continua a ser pautado por um conjunto de princípios fundamentais, como o da força obrigatória, ainda que haja mora.

Em grande medida, a jurisprudência e doutrina brasileiras pautaram-se pelas figuras do caso fortuito, força maior e fato do príncipe, amplamente estabelecidos e presentes no Código Civil (art. 393, Código Civil). O caso fortuito e a força maior dão-se quando há ausência de responsabilidade do devedor pelo incumprimento (art. 393, Código Civil), ou, ainda, quando haja impossibilidade em seu cumprimento (art. 234, 248, 250, Código Civil). Essas concepções clássicas foram fortemente invocadas pela pandemia.

Muito embora essas formulações tenham sido recorrentemente arguidas, na revisão não há *impossibilidade de prestação*, mas uma prestação excessivamente onerosa⁵⁰⁷. No que tange ao *built to suit*, duas ordens de problemas podem decorrer da pandemia. Aqueles decorrentes da fase de

⁵⁰⁶ De acordo com a justificativa contida no Projeto de Lei, participaram dessa Comissão os professores Fernando Campos Scaff, Paula Forgioni, Marcelo von Adamek e Francisco Satyro (USP), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUCSP), Rodrigo Xavier Leonardo (UFPR), Rafael Peteffi da Silva (UFSC), os advogados Roberta Rangel e Gabriel Nogueira Dias, o Ministro Dias Toffoli (STF), Ministro Antonio Carlos Ferreira (STJ) e Otavio Luiz Rodrigues Junior (USP).

⁵⁰⁷ LARROZA, Ricardo Osvaldo. *Imprevisión contractual*. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 345.

execução da obra e que se assemelham aos evidenciados no tópico anterior, e aqueles envolvendo a cessão do uso do imóvel, objeto do presente tópico.

Ao menos em um primeiro momento, é nítido que o empreendedor assume mais riscos do que o usuário, que terá sua prestação postergada e diluída no tempo. Dessa forma, ainda que se possa reconhecer a possibilidade de revisão de um contrato *built to suit*, a limitação dessa revisão é clara.

Primeiramente, deve-se olhar o específico vínculo jurídico. No caso da pandemia, o fechamento de atividades poderia impactar diversos usuários de distintas atividades comerciais. Os casos são muito diferentes. Um supermercado, uma farmácia e uma academia possuem realidades desiguais. Redes de farmácias e supermercados, por exemplo, tiveram a continuidade regular de suas atividades. Os efeitos do evento deverão ser analisados à luz de cada contrato⁵⁰⁸.

Em outras palavras, o exame da revisão deve ser pautado pela operação econômica em si, muito embora comumente se escute que a pandemia é, sim, um fato imprevisível e extraordinário. Afinal, também o legislador não poderia realizar uma análise quantitativa de cada contrato, indicando com exatidão o que se justificaria para intervenção⁵⁰⁹.

Dessa forma, não é porque a Covid-19 afetou, de uma maneira geral, o mercado de locação que todos esses negócios serão revisados. Seria inapropriado que um locatário com faturamento regular requeresse a adequação do contrato, pois nada haveria a ser alterado, a rigor. Ao contrário, estar-se-ia ante um comportamento oportunista. A revisão deve ser analisada, também, à luz dos riscos contratuais assumidos e inerentes ao negócio.

No cenário da locação de imóvel urbano, várias alternativas foram pensadas tendo em vista os dispositivos sobre o tema. Mesmo que admitida a revisional de aluguel fora do prazo de três anos — realidade de muitos contratos impactados pela pandemia — com o fechamento do comércio não houve propriamente uma inadequação ao preço de mercado (art. 19). Nesses casos, muitas vezes a melhor opção deu-se pela estipulação temporária de descontos, já que as partes podem de comum acordo rever o aluguel. Todavia, soluções das mais variadas foram sugeridas, ora baseadas

⁵⁰⁸ “[...] os critérios operacionais de aplicação do instituto deverão ser procurados na intersecção da missão teleológica que lhe é conferida com as especificidades funcionais e contextuais da relação contratual concreta, identificáveis, em medida não despidianda, pela categoria negocial em que esta se insere”. (COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias*: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais. Coimbra: Almedina, 2019, p. 18).

⁵⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias*: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987, p. 05.

no caso fortuito, força maior e, ora até mesmo, na deterioração da coisa alugada (art. 567, do Código Civil⁵¹⁰).

No *built to suit*, é preciso verificar se houve a ocorrência de um evento imprevisível e extraordinário apto a atingir a reciprocidade do sinalagma. Certamente a pandemia pode ser considerada um evento imprevisível e extraordinário de uma maneira geral, mas não necessariamente haverá impacto em todos os contratos *built to suit*. Como dito, as diferentes atividades econômicas suportaram realidades distintas, de modo que não há uma regra aplicável a todas as situações. É preciso verificar, também, a alocação de riscos.

Indubitavelmente, para que um usuário possa pleitear a redução da remuneração deverá necessariamente fazê-lo com base nos dispositivos do Código Civil, isto é, arts. 317 e 478. Com a formulação do pleito, deverá instruí-lo com a comprovação de que a pandemia desequilibrou o vínculo contratual. Notou-se que os tribunais se utilizaram, em geral, de um critério econômico para essa análise, como a demonstração da queda de faturamento pelo requerente, a ponto de tornar a prestação insustentável àquele sinalagma.

Apresenta-se como hipótese criativa, a partir da atual situação, a possibilidade de se chegar a um caso em que a decisão mais adequada teria que buscar elementos de interpretação na intervenção judicial. Explica-se. Por hipótese, nesse caso limítrofe em que for comprovado o impacto do sinalagma, seria possível pensar na possibilidade de manutenção do valor cobrado para fins de retorno de investimento da construção, e eventual redução no *quantum* estipulado para remunerar o uso do imóvel. Por exemplo, no caso de academias. Muito embora a remuneração do *built to suit* seja única, há contratos que preveem uma segmentação entre os valores, e, caso não seja essa a realidade de determinado contrato, seria pertinente realizar uma análise do *quantum* a ser considerado a título de retorno de investimento mensal.

Pense-se no que acontece nas cláusulas *take or pay*. É pactuado que haverá o pagamento mínimo correspondente a uma quantidade específica a ser fornecida pela contraparte. Ainda que não haja o consumo de energia elétrica total, o preço convencionado deverá ser pago mensalmente. Uma solução encontrada pelo Poder Judiciário, nesses casos, em razão da Covid-19, foi determinar a cobrança, pelas fornecedoras de energia elétrica, do valor efetivamente consumido, e não àquele

⁵¹⁰ Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.

mínimo contratado, desde que comprovada a brusca diminuição do consumo⁵¹¹. Isto é, muito embora afastada a pactuação original, garante-se um *quantum* razoável.

Não parece caber nessas hipóteses o requisito da extrema vantagem, dado que o empreendedor não terá benefício algum com o fechamento do comércio do usuário, especialmente se for pactuada uma remuneração vinculada ao faturamento mensal, como pode ocorrer em um *shopping center*. Nesses contratos, comumente o locador também participa dos riscos, juntamente ao lojista-locatário, dado que usualmente é estipulado um aluguel com participação no lucro. Dessa forma, a alocação de riscos do *shopping center* é distinta das demais locações, assim como pode ser mais ou menos distinta da lógica inscrita no *built to suit*.

Nesses casos, o requisito da *extrema vantagem* poderia ser encarado de maneira mais tênue, como sugere boa parte da doutrina. Há situações imprevisíveis e extraordinárias que não necessariamente trarão à contraparte uma extrema vantagem. No contexto estudado, é provável que as duas partes sejam prejudicadas pelo evento⁵¹². O Direito brasileiro nada dispõe a respeito, de modo que formulações precisam ser pensadas, com base nas regras interpretativas e integrativas, ante à lacuna de previsão⁵¹³.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de julgar demanda relevante sobre os exatos contornos trazidos⁵¹⁴. A ação foi ajuizada pelo Banco Santander

⁵¹¹ “O cerne da controvérsia é avaliar, a partir da teoria da imprevisão, a viabilidade jurídica da revisão da cláusula *take or pay* prevista no contrato celebrado entre os litigantes, haja vista os nefastos efeitos econômicos decorrentes da pandemia da COVID-19. A despeito da viabilidade e legalidade, *prima facie*, de cobrança por acesso à rede elétrica, independentemente do número de quilowatts por hora consumidos, a existência de fato superveniente e imprevisível capaz de desequilibrar as prestações pactuadas permite que haja revisão pontual do contrato. Inteligência do art. 317 do Código Civil. Apelada que demonstrou queda brutal de faturamento e necessidade de fechamento de suas instalações em virtude de medidas estaduais e municipais de distanciamento social. D. Magistrado de origem que reconheceu, acertadamente, que o faturamento deveria se dar de acordo com o efetivo consumo de energia, até o final das restrições à atividade econômica ou até o término do ano de 2020. Priorização ao princípio da socialidade e respeito à função social do contrato. Divisão equitativa dos riscos negociais. Sentença mantida. Recurso não provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1018231-12.2020.8.26.0114; Relatora: Rosangela Telles; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 18 mar. 2021.)

⁵¹² Exemplificou Miguel Reale a respeito da revisão no Código Civil: “[...] contrata-se a construção de um edifício em função de certos parâmetros, mas todas as previsões são superadas pelos acontecimentos. Tanto uma parte como a outra poderão pedir, nesse caso, a revisão do contrato. [...] Em tal hipótese, permite-se resolução parcial ou total do contrato, a acomodação do pactuado às novas condições, de tal maneira que, se o contrato não for atualizado, a parte ficará liberada do vínculo assumido. [...]”. (MENCK, José Theodoro Mascarenhas. Código Civil no Debate Parlamentar. Elementos históricos da elaboração da Lei n.º 10.406, de 2002. Vol. I. Audiências públicas e relatórios. Biblioteca Digital. *Câmara dos Deputados*. 2012. Conferência Miguel Reale, 1975, p. 66).

⁵¹³ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 243.

⁵¹⁴ Ação 1058432-88.2020.8.26.0100, 4ª Vara Cível de São Paulo.

em face de RBVA FII. Relatou a inicial que o Banco Santander vendeu imóveis à RBVA FII e, na sequência, os locou. Essa operação, como visto, é denominada *sale-leaseback*.

Alegou o Banco Santander que o réu não fez investimentos nos negócios, apenas trocando dinheiro por imóveis. Isso porque os estabelecimentos já estavam padronizados às operações da instituição financeira. Dessa forma, não se trataria propriamente de um *built to suit*.

O argumento principal do Banco Santander foi o de que a pandemia ocasionou uma mudança drástica no contrato, de modo que houve impacto para além da álea. Não obstante a pactuação de renúncia à revisional de aluguel (art. 54-A, §1º, Lei de Locações), foi formulado pedido liminar para a diminuição do aluguel e, ao final, a instituição financeira buscava a revisão da remuneração, fundamentando o pleito nos arts. 317 e 478, do Código Civil. Expressamente pontuou que não se tratava de ação revisional de aluguel, prevista na Lei de Locações, porque haveria uma distinção entre alocação de riscos e onerosidade excessiva.

O Banco Santander não negou que possuía condições financeiras de arcar com o valor do aluguel, mas argumentou que está desajustado ao negócio, especialmente em razão de inexistência de amortização – o FII teria recebido o imóvel pronto. A análise subjetiva da revisão judicial seria irrelevante, de modo que seria preciso diferenciar desequilíbrio patrimonial do desequilíbrio contratual.

O FII, ao seu turno, alegou que houve expressa renúncia à revisional de aluguel, consoante art. 54-A, § 1º, da Lei de Locações, e essa pactuação era pressuposto indispensável à feitura do instrumento. A cláusula do contrato enunciava que:

7.1. Revisão Judicial dos Alugueis. As Partes declaram e reconhecem expressamente que, dada a atipicidade do presente Contrato, os Alugueis do Imóvel representam (i) remuneração do locador pelos investimentos realizados à aquisição do imóvel referenciado pelo Locatário; e (ii) remuneração pela Locação pelo período de 10 (dez) anos. Diante disso, tanto o Locador como o Locatário renunciam, de comum acordo, aos seus respectivos direitos de pleitear revisão judicial do valor do alugueis, nos termos do artigo 19 da Lei nº 8.245-91.

O FII esclareceu que a previsibilidade da remuneração era, inclusive, atrativo aos investidores que adquiriram participação no Fundo em Oferta Pública nos anos de 2012 e 2013, fato que possibilitou a obtenção de mais de R\$ 560 milhões em prol do empreendimento. Argumentou que seria inadequado relacionar o aluguel pago nessa contratação com o preço

praticado pelo mercado na localidade, bem como vincular o preço da locação à receita da exploração da atividade bancária, visto que esse fator não era pressuposto do negócio.

Contra a alegação de que a operação não se trataria de *built to suit*, o FII afirmou que o custo da construção e melhoras para atender à operação bancária já estavam equalizadas no preço de venda dos imóveis. Dessa forma, o art. 54-A, da Lei de Locações também englobaria o chamado *sale-leaseback*, operação abrangida pela legislação por meio do termo *adquirir*. Isto é, quando a parte compra o imóvel também incide a hipótese normativa e, por consequência, é lícita a pactuação de renúncia à revisional.

Consoante o contrato, os alugueres representariam a contraprestação do locador (FII) não apenas pelo uso, gozo e fruição do imóvel, mas também em razão do investimento feito para a aquisição.

Dessa forma, segundo o FII, não seria possível ignorar que o negócio foi celebrado com base em duas premissas. A primeira, de que houve a criação do fundo para a finalidade exclusiva de adquirir os imóveis. A segunda, de que ocorreu a emissão pública de participação no mercado de ações, de modo que a alteração do preço implicaria a modificação das bases das operações feitas pelas milhares de pessoas que investiram no fundo.

O FII invocou o art. 421-A, II, do Código Civil requerendo que fosse respeitada a alocação de riscos definida pelas partes. Foi também acordado que caso o Banco Santander não intentasse renovar o contrato, o FII teria que vender os imóveis. Isto é, apenas o aluguel seria a remuneração para o fundo. Tendo tudo isso em vista, o FII defendeu que a conduta da instituição financeira seria oportunista, pois tentaria usar a pandemia como justificativa para mudança de um contrato que há muito pretende alterar.

A tutela de urgência foi indeferida, sob o fundamento de que não foi demonstrado, em cognição sumária, que o faturamento do Banco Santander teria caído, bem como em razão de não se tratar de *contrato de locação típico*, “[...] de sorte que o enquadramento aos ditames das Teorias da Imprevisão e da Vedação à Onerosidade Excessiva [...] que autorizam a revisão contratual [...] não é aqui automático nesta fase de cognição inicial”⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, autos nº 1058432-88.2020.8.26.0100, 4ª Vara Cível Central de São Paulo, Juiz de Direito Sidney da Silva Braga, j. em 14 jul. 2020.

O magistrado também manifestou a impossibilidade de alterar o contrato, naquele momento processual, em razão de a operação envolver o mercado de capitais, e do papel mínimo do Judiciário nos temas revisionais (art. 421, parágrafo único, Código Civil).

Na sentença, pontuou a 4ª Vara Cível de São Paulo que o contrato tem características de “contrato de locação sob encomenda”, motivo pelo qual deveria receber o mesmo tratamento legal que o *built to suit*. Em razão da expressa menção ao termo *aquisição*, o art. 54-A, incluído seus parágrafos, da Lei de Locações, seriam aplicáveis àquele contrato em questão. Dessa forma, tendo expressamente renunciado à ação revisional (art. 19, da Lei de Locações), não haveria meios de deferimento do pedido.

A decisão afastou a tese da onerosidade excessiva, já que o contrato previu que a remuneração englobaria o aluguel e o investimento. A formatação do negócio não determinou que o preço de mercado seria o parâmetro do aluguel. Desse modo, a estipulação de um preço acima do mercado não tornaria a prestação excessivamente onerosa e nem haveria extrema vantagem ao fundo.

A ação, enfim, foi julgada improcedente.

Como observado anteriormente, de fato há semelhança das operações envolvendo o *built to suit* e o *sale-leaseback*, existindo na doutrina brasileira quem defenda a aplicação do art. 54-A também a esse contrato.

No mérito, a decisão parece acertada. Não foi demonstrada a causalidade da pandemia no desequilíbrio do contrato. Considerando que havia expressa renúncia à revisional de aluguel, a possibilidade da revisão contratual apenas poderia se dar pelas normas gerais inscritas no Código Civil. Ocorre que não foi comprovado que a pandemia teria, de fato, alterado a base do negócio.

Não se afasta a possibilidade de rever o contrato para além da álea comum ao contrato, mesmo no *built to suit*. Ocorre que, no caso, não foi demonstrado que a Covid-19 teria impactado o equilíbrio da operação econômica entabulada. Consoante a análise adotada pelo Poder Judiciário, naquele vínculo em específico, não houve comprovação de queda de faturamento. Muito ao contrário, a instituição financeira afirmou que teria capacidade financeira de arcar com o aluguel nos moldes pactuados, tendo aparentemente utilizado a pandemia como pretexto para elaborar o pedido revisional.

Em outros demandas envolvendo a Covid-19 e o *built to suit*, notou-se a inadequação das decisões que suspenderam a remuneração integral (aplicando 80%), por meio da Lei de Locações, apenas com base na inexistência de cláusula de renúncia à revisional de aluguel⁵¹⁶.

Conforme visto, o tema merece cautela.

3.3.2 REVISÃO DA CLÁUSULA PENAL

Por fim, denota-se que é igualmente possível que o usuário demande a redução da cláusula penal, que poderá ser estipulada até a “soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação” (art. 54-A, § 2º, Lei de Locações). Isso porque, pode intentar desligar-se do contrato e entender que a multa é exorbitante dada o tempo em que ficou vinculado à avença.

Dessa forma, essa é uma outra maneira de requerer a revisão do *built to suit*. O fundamento jurídico para tal pleito seria o art. 413, do Código Civil, que prevê a minoração da multa em caso de excessiva desproporção entre a multa e o que já foi cumprido, ditando que “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”.

Ocorre que “tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio” dificilmente será possível comprovar que a cláusula penal seria excessiva. Conforme visto, justamente a natureza do *built to suit* é que impõe a necessidade do cumprimento contratual no tempo estabelecido, já que ficam arriscados os interesses do empreendedor e eventualmente dos terceiros investidores. Dessa forma, não poderá o usuário pretender que a praxe de três alugueres ou, ainda, de multa proporcional ao tempo do uso, seja adotada.

A dúvida sobre a aplicação desse dispositivo permanece, opinando a doutrina sobre a possibilidade de imposição do art. 413, CC, ainda que de maneira excepcional⁵¹⁷. A princípio,

⁵¹⁶ Tribunal de Justiça do Paraná, 0031907-74.2020.8.16.0000, Rel.: Juíza de Direito Substituto em segundo grau Luciane Bortoleto, 18ª Câmara Cível, j. em 17 mar. 2021. E também em: Tribunal de Justiça do Paraná, 0058770-67.2020.8.16.0000, Rel.: Desembargador Marcelo Gobbo Dalla Dea, 18ª Câmara Cível, j. em 03 mar. 2021.

⁵¹⁷ PEDRAS, Lucas Salim Vilela; KHOURI, Paulo Roque. A contratação *built to suit* e os aspectos polêmicos das alterações trazidas pela Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 09, 2016, p. 125-139. E ainda: GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, ps. 161-171.

inexistindo outra regra na Lei de Locações que verse sobre esse tema, isto é, da redução da cláusula penal, por uma aplicação subsidiária não haveria como afastar sua incidência.

Aliás, o art. 413, CC é encarado como norma de ordem pública, de modo que seria, em tese, inviável seu afastamento pela autonomia privada. Essa orientação é objeto dos Enunciados 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil que ditam que “não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC, por se tratar de preceito de ordem pública” e “nas hipóteses previstas no art. 413 do CC, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício”. Os casos encontrados que abordam o art. 413 são fundamentados na onerosidade excessiva e na imprevisão⁵¹⁸ e costumam serem rejeitados pelos tribunais⁵¹⁹, inclusive em querela que se discutia a aplicação da teoria da imprevisão na pandemia da Covid-19:

Trata-se, pois, de cláusula penal que decorre diretamente do objeto principal do contrato, que é de possibilitar ao contratante concretizar a consecução de sua atividade empresarial, e ao locador o retorno de seu investimento no prazo de duração convencionado pelas partes. Além disso, o valor da cláusula penal não excede o da obrigação principal nem é manifestamente excessivo, lembrando que o cálculo da multa já leva em conta os pagamentos realizados pela autora. Os argumentos afastam, assim, a incidência do art. 413 do Código Civil⁵²⁰.

Diferente solução foi dada a *lide* em que o contrato em questão era anterior à Lei 12.744/12, demanda em que foi reduzida a multa por essa razão⁵²¹. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em outro caso envolvendo discussão da cláusula penal em *built to suit* celebrado antes da legislação igualmente afastou a validade da cláusula que previa multa consistente na soma dos “alugueres” remanescentes, aplicando, para tanto, o art. 413, do Código Civil. Nessa celeuma em específico,

⁵¹⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1011093-55.2019.8.26.0008; Relator: Sergio Alfieri; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; j. em 04 nov. 2020; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1056478-46.2016.8.26.0100; Relator: Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível, j. em 25 jun. 2020. Em sentido diverso: Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1002019-57.2016.8.26.0274; Relator: Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado, j. em 24 set. 2019.

⁵¹⁹ “Nos contratos de locação ordinários, é possível a redução proporcional da cláusula penal, de acordo com o prazo contratual cumprido. Porém, nos contratos de locação *built-to-suit* não é possível a redução proporcional da cláusula contratada, em razão da sua especialidade, cujo limite máximo é a soma do valor dos alugueres até o prazo final”. (Tribunal de Justiça do Paraná, 0016091-30.2018.8.16.0030, Rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin, 17ª Câmara Cível, j. em 10 jun. 2020).

⁵²⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1006728-08.2020.8.26.0562; Relator: Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado, j. em 06 nov. 2020.

⁵²¹ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1056728-16.2015.8.26.0100; Relator: Azuma Nishi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado, j. em 15 mar. 2018.

para um contrato de dez anos, foi estabelecida multa de 6 alugueres somada à quantia gasta pelo empreendedor na reforma do imóvel⁵²².

Muito embora tenha o Poder Judiciário, encontrado um meio termo entre os pleitos das partes, entende-se que não haveria qualquer razão para afastar a cláusula estipulada anteriormente, especialmente em razão de estar em consonância ao que posteriormente iria dizer o art. 54-A, §2º, da Lei de Locações. A livre pactuação de uma cláusula como essa configura pura e simples expressão da autonomia dos contratantes em fixar a disciplina contratual. Não haveria qualquer abusividade a ensejar a aplicação do art. 413, CC, no caso concreto.

Não se está com isso afirmando que nunca o art. 413, CC poderá ser chamado à solução da lide, mas que a justificativa de que a cláusula mereceria minoração não deveria ter sido fundamentada na ausência de legislação sobre o *built to suit*.

Dessa forma, da mesma maneira que os tribunais têm afastado à revisional no bojo dos contratos *built to suit*, é também essencial que entendimento idêntico seja aplicado aos eventuais casos de pedido de revisão da cláusula penal com base em onerosidade excessiva e imprevisão.

3.3.3 CLÁUSULAS DE ADAPTAÇÃO

Como forma de driblar o efeito deletério do tempo, é possível a pactuação de cláusulas de distribuição de riscos⁵²³, de adaptação ou, ainda, prever um dever de renegociação quando o vínculo for atingido por um fato superveniente⁵²⁴. A ciência de que nos contratos duradouros há, em geral, incompletude de conteúdo, sugere que determinadas cláusulas possam ser previstas a fim de que haja um direcionamento de solução em caso de superveniência desarmônica do vínculo.

Conforme explicita Judith Martins-Costa, alguns eventos são incertos, mas previsíveis, sendo prudente que haja uma fixação prévia de que as partes possam, no momento da modificação, enfrentar a questão “[...] por meio de fórmulas e técnicas que possibilitem a aderência entre os valores patrimoniais devidos e os riscos efetivamente realizados, modelando, assim, uma relação

⁵²² Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 1056728-16.2015.8.26.0100; Relator: Azuma Nishi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível; j. em 15 mar. 2018.

⁵²³ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011, p. 945.

⁵²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, p. 11-39, 2010, p. 01 (versão digital).

sinalagmática evolutiva”⁵²⁵. Pode-se pensar, no caso do *built to suit*, na variação dos preços dos materiais e de mão de obra, na indexação anual de valores, e assim por diante.

É possível que as partes gerenciem os riscos, alargando ou diminuindo o que seria encarado como a “álea normal” de determinado contrato⁵²⁶. No *built to suit*, toma-se como exemplo a possibilidade de estipulação de ajuste do preço caso os materiais aumentem ou diminuam em determinada percentagem. Ou, então, a pactuação de proibição de revisão nesses casos.

Tratando especificamente da Covid-19, Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva fazem apontamento relevante ao enunciar que as renegociações que implicaram mudanças definitivas nos contratos durante a pandemia notadamente, após a crise, precisarão de novo reajuste, dado que a situação excepcional terá passado⁵²⁷. Por essa razão, muitas vezes é essencial que haja um regime transitório para que naquele específico momento de desajuste haja alteração, sem que isso afete a relação contratual em definitivo⁵²⁸. Aliás, “é muito provável, inclusive, que da experiência nascida com a pandemia da Covid-19 advenha cláusulas específicas nos próximos contratos a respeito de crises sanitárias similares à presente”⁵²⁹.

No mercado de locações, uma solução encontrada, caso comprovada dificuldade financeira do locatário, foi o diferimento das remunerações no tempo, proposta que visa a não onerar em demasiado o usuário, e, ao mesmo tempo, garantir ao empreendedor o retorno devido, ainda que de maneira precificada.

Dentre essas cláusulas de renegociação destaca-se a conhecida *hardship*, disseminada internacionalmente. Nos negócios, podem ser previstas as situações consideráveis de *hardship*, isto é, hipóteses que, ocorrendo, obrigarão as partes a debater eventual ajuste. É majoritário o

⁵²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, p. 11-39, 2010, p. 03 (versão digital).

⁵²⁶ “[...] as partes poderão alargar a álea normal, incluindo na gestão do risco eventos previsíveis que ordinariamente não sejam associados a determinada espécie negocial (e que, portanto, no comum dos casos, seriam considerados fatos extraordinários)”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. *Revista de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 06. Out.-dez., 2015, p. 13)

⁵²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 300.

⁵²⁸ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 302.

⁵²⁹ FERREIRA, Antonio Carlos; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos no Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado na Pandemia de 2020 (lei 14.010, de 10 de junho de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 25/2020, p. 311-377, out.-dez., 2020, p. 13 (versão digital).

posicionamento de que o *hardship* não precisa se relacionar a um acontecimento imprevisível, mas que seja substancial àquele contrato⁵³⁰.

Se pactuada, a cláusula implicará uma obrigação contratual, isto é, não tem aplicação automática como as que estabelecem correção monetária ou a escala móvel. Significa dizer que as partes serão compelidas a discutir o fato e, havendo recusa, estará configurada a culpa contratual⁵³¹. A *hardship* prevalece ante à heteronomia da onerosidade excessiva, de modo que as partes, pelo *autorregramento* da vontade, estipulam tal obrigação de fazer, e “[...] transformam a imprevisão num dado previsto contratualmente”⁵³².

Não havendo consenso e existindo, no contrato, estipulação dos procedimentos a serem adotados, a questão pode ser judicializada ou levada à arbitragem. Sobre a postura do julgador, os princípios UNIDROIT estabeleceram no artigo 6.2.3 os efeitos da *hardship*. Dessa forma, caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável: (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.

Além da *hardship*, existem as chamadas “cláusulas de reajuste”, em que há indexação automática no preço, a exemplo do que usualmente se dá nos contratos de locação — a cada ano o aluguel é reajustado pelo IGP-M ou IPCA. Já nos contratos de construção, é comum a contratação em CUB.

Essas cláusulas decorrem da autonomia e liberdade das partes, e não custa lembrar que o art. 54-A, da Lei de Locações prevê que prevalecem as disposições pactuadas estipuladas no *built to suit*. A alocação de riscos deve ser respeitada, não apenas pelo cumprimento ao que foi convencionado, mas porque esse é um critério de interpretação estabelecido no Código Civil, já que é permitida a livre distribuição de riscos pelas partes (art. 421-A, II⁵³³). Pode ter importante aplicação ao *built to suit*, também, o art. 113, §2º, do Código Civil, que dispõe: “As partes poderão

⁵³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, p. 11-39, 2010. Ainda Judith Martins-Costa: “Diferentemente da escala móvel, a cláusula de *hardship* não vincula o preço, desde já, a determinado parâmetro. Seu objetivo é o de estabelecer, no próprio contrato, o *dever de renegociar o preço*, se houver alteração das circunstâncias. É uma pré-figuração da possibilidade de reajuste, derivada da autonomia privada”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 217).

⁵³¹ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, p. 11-39, 2010, p. 05 (versão digital).

⁵³² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 50, 2012, p. 152.

⁵³³ “II - A alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”

livremente pactuar regras de interpretação, dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”. Nesse sentido:

Mostra-se conforme ao ordenamento jurídico estipular cláusulas esclarecendo que determinados eventos futuros, devidamente previstos, não poderão dar ensejo à revisão contratual, assim como também é lícito estabelecer previamente que determinados eventos ou determinadas circunstâncias possam ensejar a modificação do contrato. Tem-se, como exemplo, a existência de cláusulas contratuais específicas, que estabeleçam a revisão da prestação contratual diante de um patamar máximo de desvalorização da moeda: elas podem ser convencionadas e aplicadas, afastando-se a disciplina geral prevista no art. 7º, caput, da Lei 14.010/2020.⁵³⁴

Por outro lado, a dificuldade da indexação de certas situações implica uma dificuldade futura de rara previsão. Pense-se em uma sociedade de determinada atividade empresarial. Na sua constituição, pode ter sido estipulado uma cláusula de apuração de haveres que disponha que o método para liquidação da participação societária se dará pelo método do fluxo de caixa descontado. Trinta anos depois, quando do desligamento de um dos sócios, a apuração por esse método pode acabar com a liquidez da sociedade, fadando-a ao fracasso. Ou, ainda, os tribunais poderão possuir entendimento de que essas estipulações não retratariam, de fato, a situação da empresa, devendo-se contabilizar outros bens, como os intangíveis. Em razão de situações como esta, tem-se que em não raras vezes se adota um comportamento estratégico de não disciplinar no contrato pontos controvertidos⁵³⁵.

Não é por outro motivo que Antonio Junqueira de Azevedo adiantou que ainda que possa ser acordada alguma cláusula de revisão, como é a de *hardship*, é difícil no Brasil tal cláusula ter eficiência. Isso porque sua funcionalidade seria mais notável em um país dotado de sistema econômico estável, o que não é o caso do país⁵³⁶. Como sabido, o Brasil já enfrentou diversas crises econômicas e políticas, que acarretaram a elevação da inflação, aumento de taxa de juros, e assim por diante. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo é incomum a pactuação de cláusulas de revisão

⁵³⁴ FERREIRA, Antonio Carlos; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos no Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado na Pandemia de 2020 (lei 14.010, de 10 de junho de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 25/2020, p. 311-377, out.-dez., 2020, ps. 12-13 (versão digital).

⁵³⁵ FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 86.

⁵³⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

voluntárias. Seja porque a econômica é instável, seja pela cultura jurídica. Os contratos em que é mais comum essa estipulação são justamente os de longa duração⁵³⁷. Em contratos de fornecimento, por exemplo, seria usual a pactuação de renegociação do preço após um período de tempo, ou ainda de um “gatilho” concernente à uma equação máxima de risco, de modo que passado tal limite haveria desequilíbrio econômico⁵³⁸.

De todo modo, “em contratos duradouros, a impossibilidade de cumprimento pode ser transitória. Nestes casos, as partes têm direito à resolução, se essa for do seu interesse, ou podem manter o vínculo, reajustando em comum acordo o conteúdo da prestação devida”⁵³⁹.

Para o *built to suit* deve-se ter em mente que “em relação à conduta das partes, na vigência do contrato, sobretudo nos de duração, impõe-se que seja leal e até mesmo de colaboração, o que já se exige nos contratos associativos, mas que se estende hoje a todos os contratos”⁵⁴⁰. Isso porque há “[...] maior intensidade de deveres, resultantes da concreção do princípio da boa-fé”⁵⁴¹ e “mais amplos são os deveres de consideração recíproca e observância da confiança tratando-se de contratos [...] colaboração duradoura”⁵⁴².

A recente reforma do Código Civil Argentino, inclusive, trouxe no art. 1.011 a ideia de que antes de optar pela resolução contratual, nos contratos de longa duração deve haver a oportunidade da renegociação:

Artículo 1011. Contratos de larga duración
En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar.

⁵³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188.

⁵³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

⁵³⁹ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia do coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 1015/2020, p. 353-363, 2020. É ainda: “A incompletude econômica pressupõe incapacidade fisiológica do contrato e dos contratantes de lidar com todas as modificações de circunstâncias posteriores à sua conclusão”. (SZTAJN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, 2010, vol. 01, p. 33)

⁵⁴⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 61.

⁵⁴¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 165.

⁵⁴² LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 21. No mesmo sentido: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005, p. 124.

Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos⁵⁴³.

Ainda que não se acredite em um dever de renegociação propriamente dito, a renegociação, por livre vontade, muitas vezes é a melhor alternativa às partes, dado que há grande instabilidade nas decisões judiciais ofertadas⁵⁴⁴. Não se ignore que a revisão deve ser sempre interpretada à luz de cada negócio jurídico, e as disputas judiciais comumente são levadas até o Superior Tribunal de Justiça, Corte que, por força da Súmula 07, apenas poderá abstratamente discorrer sobre os requisitos da revisão⁵⁴⁵, mas pautado no que o tribunal de origem houver decidido — isto é, a análise sobre imprevisão e onerosidade excessiva naquele caso concreto.

Judith Martins-Costa igualmente destaca numerosas lacunas na legislação sobre as mais variadas hipóteses que possam ocorrer em matéria de revisão contratual. Cita a situação na qual quem receberá a prestação é que será prejudicado, já tendo cumprida sua obrigação⁵⁴⁶, como se daria se no *built to suit* o empreendedor entregasse a obra mas a superveniência de um Decreto municipal impedisse a usuária de inaugurar momentaneamente o local, recusando-se a pagar antes de iniciada a operação.

Dessa forma, a lógica binária do Código Civil, em que é atribuído ao credor ou ao devedor os riscos da impossibilidade ou dificuldade da prestação não traz solução satisfatória em muitos

⁵⁴³ Tradução livre: Contratos de longa duração. Nos contratos de longa duração o tempo é essencial para o cumprimento do objeto, de modo que se produzam os efeitos queridos pelas partes ou se satisfaça a necessidade que as fez contratar. As partes devem exercer seus direitos de acordo com o dever de colaboração, respeitando a reciprocidade das obrigações do contrato, considerada na relação da duração total. A parte que rescindir o contrato deve dar a outra a oportunidade razoável de renegociar de boa-fé, sem praticar exercício abusivo de direito.

⁵⁴⁴ Nesse sentido: “Uma análise mais profunda da fundamentação das decisões judiciais brasileiras revela que o debate em torno da imprevisibilidade do acontecimento, e também de sua extraordinariedade para aqueles que diferenciam os dois requisitos, não se afigura apenas aleatório em seus resultados, mas também arbitrário no seu conteúdo. O que se discute, na imensa maioria dos casos, é um acontecimento de caráter geral que se distancia do impacto sofrido pelo contrato por uma longa e complexa cadeia causal, inteiramente ignorada nas sentenças e acórdãos que decidem o destino dos contratantes”. (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 250 (livro digital).

⁵⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 249 (livro digital).

⁵⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 243.

dos casos⁵⁴⁷, devendo-se procurar caminhos que conciliem os parâmetros hermenêuticos apresentados ao longo da dissertação.

⁵⁴⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A peste e as despesas incorridas para a execução de contratos. In: *Direito e Pandemia*. Brasília: OAB Nacional, 2020, p. 33.

NOTAS CONCLUSIVAS

O *built to suit* emerge como modalidade contratual apta a despertar discussões diversas sobre a teoria contratual. A inserção de dispositivo a seu respeito na Lei de Locações, muito embora tenha parcialmente solucionado algumas celeumas, fez com que inadequadamente fosse reputado como modalidade de locação.

Uma das questões mais relevantes que surge dessa aproximação legislativa é saber em que medida é possível qualificar um contrato em razão de sua nomenclatura pela norma, e qual regramento da Lei de Locações é, de fato, aplicável ao *built to suit*.

A jurisprudência, antecipando esse debate, já entendia, por exemplo, que a ação revisional não se adequava ao *built to suit*, dado que a equação da remuneração era distinta da corrente nas locações, em que vige o preço de mercado. O Poder Judiciário, de uma maneira geral, tem respeitado a autonomia privada e aquilo que foi livremente estipulado pelas partes. O afastamento de comportamentos oportunistas tem ganhado coro e tem sido identificado.

Na análise dessas ambivalências a respeito da revisão, destacaram-se alguns temas que permitem identificar e acentuar as diferenças entre o contrato de locação e o *built to suit*. A compreensão da importância do tempo no *built to suit* abre o espectro do intérprete e permite que soluções adequadas possam ser ofertadas a esse contrato.

O ponto de partida da dissertação consiste na tentativa de afirmar a qualificação jurídica do *built to suit*, fixar seu regime jurídico, e as consequências dessa qualificação e regime jurídico para perquirir a compatibilidade da inserção do *built to suit* na Lei de Locações.

Da análise da recepção inicial dessa espécie contratual, fica evidenciado que se trata de um contrato atípico misto, com contornos próprios. Isso porque possui, dentre tantos outros índices do tipo, uma causa diversa daquela existente nos demais tipos contratuais. Não se trata de locação. Não se trata de empreitada. Mas, sim, de *built to suit*. A essencialidade da definição de seus exatos contornos é extremamente relevante na medida em que deve prevalecer a autonomia privada. Isto é, o que as partes pactuarem como conteúdo contratual deverá ser observado pelos eventuais intérpretes do instrumento, seja em demandas levadas ao Poder Judiciário ou à arbitragem.

A interpretação do *built to suit* necessariamente implica a observância do que usualmente é praticado nos contratos empresariais dessa natureza, privilegiando-se a paridade entre os

contratantes e o risco do negócio. É preciso indagar qual o razoável juízo de prognose feito pelas partes quando da celebração do instrumento.

Por essas razões, uma irrestrita aplicação da Lei de Locações invariavelmente acarretará soluções injustas no caso concreto. Não se pode pretender transportar a racionalidade de uma legislação pautada pelo dirigismo contratual a um contrato elaborado entre empresários simétricos e paritários.

Quando da elaboração desses contratos é de extrema relevância que sejam observadas as duas regras inscritas na Lei de Locações sobre o tema. Quer-se fazer menção, aqui, à cláusula de renúncia à ação revisional de aluguel, bem como à estipulação da cláusula penal seguindo os critérios do art. 54-A, §2º. São duas maneiras de driblar o efeito deletério do tempo de modo a precificar o valor da remuneração em caso de cumprimento e descumprimento do contrato, respectivamente.

Na elaboração da dissertação ficaram evidenciadas que existem outras situações aptas a ensejar discussões a respeito da revisão contratual que não se relacionam ao aspecto da remuneração propriamente dita. Em razão de o *built to suit* estar usualmente vinculado a debates envolvendo seu aspecto de “locação”, isto é, decorrente da cessão do uso do imóvel, nada há na literatura sobre os demais problemas que possam levar a uma revisão desse contrato.

Com isso, evidenciou-se que é preciso enfrentar eventuais demandas que versem sobre aumento ou diminuição dos custos de materiais; sobre a superveniência de problemas na fundação da obra, e assim por diante. Do mesmo modo, foi demonstrado o risco de uma revisão sem parâmetros adequados quando se está diante de um *built to suit* cumulado com a securitização. Conforme visto, o *built to suit* pode envolver um mercado de crédito auxiliar. Caso alterada a relação contratual, os investidores do negócio podem ser atingidos. Dessa forma, muito embora se trate de uma relação de longa duração, é preciso olhar com cautela a viabilidade de uma revisão em operações dessa magnitude.

A questão da intervenção judicial nos contratos sempre foi discutida para a busca de superação de questões vinculadas à imprevisibilidade e à onerosidade excessiva, atuando sobre a base econômica do contrato. O tema da revisão contratual jamais foi tão debatido como em razão da superveniência da Covid-19. Isso porque a pandemia impactou numerosos contratos, ora impossibilitando o desenvolvimento da atividade, ora pela afetação do vínculo de modo a tornar a prestação dificultosa.

Para que tal cenário fosse vislumbrado, além do conjunto de casos apresentados, foi analisada uma demanda recente em que a pandemia serviu de fundamento para o pleito revisional, em operação próxima ao *built to suit*. As constatações de cunho teórico e normativo ganharam especial relevância no debate jurisprudencial que foi apreciado em termos qualitativos, com um exame do discurso jurídico que mobilizou os conceitos da doutrina clássica para verificar sua aplicação em um problema contemporâneo, como se vê no acórdão paradigma.

Os casos hipotéticos ou concretos permitem compreender que a intervenção nos contratos se situa entre as disposições normativas e uma análise acurada das situações fáticas que são levadas até o Poder Judiciário.

O percurso teórico-metodológico da dissertação foi conduzido, em primeiro lugar, pela presença de uma jurisprudência que não continha todos os elementos da experiência contratual e da formulação legislativa nacional suficientes para oferecer decisões seguras à revisão dos contratos *built to suit*. Posteriormente à publicação da Lei 12.744, com a inserção do art. 54-A na Lei de Locações, foi conferida maior clareza à possibilidade de interpretação e conclusão nos casos em que se discutia a revisão do aluguel e a cláusula penal, ensejando o debate sobre tais aspectos da teoria contratual.

Ao lado dessa análise jurisprudencial e legislativa se impôs a recuperação das balizas teóricas da interpretação contratual em geral com todo o seu rico percurso pelo direito alemão e francês ao longo do século XX, e com sua inflexão e peculiaridades no Direito brasileiro, ao ser primeiro absorvidas pela doutrina e posteriormente aplicadas pelos tribunais. Neste ponto, apresentou-se incontornável compreender como o Código Civil de 2002 recepcionou todas essas teorias e experiências do Direito estrangeiro.

Essa proposta metodológica de construção da dissertação já havia sido objeto do projeto apresentado para ingresso no Mestrado, que se iniciou em pleno advento da pandemia, levando a discussão pretérita a incorporar os aspectos referentes à situação excepcional vivida desde 2019. Esse fato abriu espaço para refletir sobre o lugar que essa excepcionalidade ocupa na interpretação e na aplicação do Direito, a exemplo do que se formulou com o Regime Jurídico Transitório do Direito Privado (RJET).

Por evidente, a temática analisada em relação ao contrato *built to suit* em plena pandemia ao mesmo tempo que recorre a uma base teórica normativa e jurisprudencial já consolidada, abre

espaço para reflexões futuras sobre o tema da revisão contratual e sua aplicabilidade e contornos em outras espécies contratuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

ALMADA, Ana Paula. Registro de Imóveis. In: GENTIL, Alberto (Coord.). *Registros públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALVES, Jones Figueiredo. Das modalidades das obrigações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Juliana Rubiniak. *Built to suit* – questões sobre a recém tipificada ferramenta dos mercados de construção civil, econômico e financeiro. Dissertação de Mestrado (Insper), 2013.

ARAÚJO, Paula Miralles de. *Contratos built to suit: qualificação e regime jurídico*. Dissertação de Mestrado (USP). São Paulo, 2014.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos Direitos Reais*. Lisboa: Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no Novo Código Civil. *Revista Pensar*, v. 13, n. 1, p. 7-20, jan./jun. 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial nos contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 733, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado da locação predial urbana*. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; TUCCI, Rogério Lauria. *Tratado da locação predial urbana*. Vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1980.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos built to suit*. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2015.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t.2. Campinas: LZN Editora, 2003.

BEZERRA, Eduardo Santos. Das nulidades. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 2000.

BREGMAN, Daniel; FERREIRA, Tiago Toledo. Financiamento a projetos de infraestrutura no Brasil. In: *Infraestrutura no Brasil: regulação, financiamento e modelagem contratual*. São Paulo: Atlas, 2017 (livro digital).

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica*. a. 2. n. 1, 2013.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista de Direito GV-SP*, 10(1), p. 155-200, jan-jun., 2014.

CAMINHA, Unie. *Securitização*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CHALHUB, Melhem. *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 415 (livro digital).

CILLI, Fabio. *Empreendimentos do tipo build-to-suit: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência*. Monografia (Escola Politécnica – USP). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, 1937.

COSTA, Mariana Fontes da. *Da alteração superveniente das circunstâncias: em especial à luz dos contratos bilateralmente comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019.

COUTO, Mônica Bonetti. Das atribuições. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Lei de Registros Públicos Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. t. II. Barcelona: Bosch, 1950.

ESPÍNOLA, Eduardo. A cláusula *rebus sic stantibus* no direito contemporâneo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

ETTER, David G.; ETTER, Wayne, E. Built to suit: single-tenant retail construction. *Tierra Grande, the Real Estate Central Journal*. vol. 1.168. Texas, 1997.

FAVACHO, Frederico. Da locação não residencial. In: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; PERES, Tatiana Bonatti Peres (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos: diálogo entre a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Out-dez/2014, p. 27-39.

FERREIRA, Antonio Carlos; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão Judicial dos contratos no Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado na Pandemia de 2020 (lei 14.010, de 10 de junho de 2020). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 25/2020, p. 311-377, out.-dez., 2020.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Built to suit. *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 72, p. 161-187, jan-jun, 2012.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FREITAS, Rodrigo de; LOFFREDO, Ricardo Guimarães. Tributação nas operações *built to suit* e os novos critérios contábeis. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRITZ, Karina Nunes. Contratos *built to suit*. *Wambier, Bevervanço e Lobo Advogados*. Disponível em <<https://wambier.com.br/contratos-built-to-suit/>>. Acesso em 03 mar. 2021.

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*, 2014.

GALGANO, Francesco. El crepúsculo del negocio jurídico. *Revista Derecho & Socied*, n. 16, 2001.

GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale*. (III, t. I). Milano: Giuffrè, 1988.

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.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – art. 113 do Código Civil. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (Org.). *Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos built to suit*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos built to suit: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GROTTI, Franco Musetti; PIZA, Guilherme de Toledo. Abrangência e limites para aplicação do artigo 54-A da Lei nº 8.245/1991. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações built to suit: a prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. O Estado e a Economia dos Contratos Privados. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 31. ano XVII, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KHAN, M. Fouzul Kabir; PARRA, Robert J. *Financing Large Projects: using Project finance techniques and practices*. Singapore: Pearson Prentice Hall, 2003.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARROZA, Ricardo Osvaldo. Imprevisión contractual. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 472 do CC2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7, 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato “built to suit”. In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O pensamento tipológico no Direito Civil e os tipos contratuais gerais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 16, p. 121-135, 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Org.). *Comentários à Lei da Liberdade Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil: parte especial – das várias espécies de contratos*. t. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo 1. Buenos Aires: Runbital-Culzoni, 1999.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Do Registro de Imóveis. In: ALVIM, Arruda; Cambler, Everaldo Augusto; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Lei de Registros Públicas Comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 25, p. 11-39, 2010.

MARTINS COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*. n. 45, ano XVI.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Arts. 304 a 388. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1 (2015), nº 01, 1247-1299.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 16, n. 59, p. 19-38, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbação no cumprimento da prestação: estudo de Direito comparado luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1997, ps. 71-97.

MARZAGÃO, José Paulo. Regime Jurídico do *built-to-suit*. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da alteração das circunstâncias: a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*. Lisboa: Tipografia Guerra, 1987.

MESSINEO, Francesco. *Contratto*. Milano: Giuffrè, 1961.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia do coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 1015/2020, p. 353-363, 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. Segunda Parte. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto do Código Civil. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, 1999, ps. 5-11.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do Direito Civil brasileiro: das origens aos dias atuais. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, 1993, p. 222.

MORRI GARCIA, Evelini, RAIMUNDINI, Simone, NEUMANN, Marguit, MORAES, Romildo. Evidências Empíricas Da Securitização No Financiamento De Empreendimentos Built to Suit. *Revista Universo Contábil*, v. 13, n. 1, p. 24-48, 2017.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O built to suit e a Administração Pública. *Revista Jurídica Cesumar*, maio/ago., 2016, p. 349-374.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no Direito contratual brasileiro. Ano XXXII. n. 116. *Revista do Advogado*, 2012.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A peste e as despesas incorridas para a execução de contratos. In: *Direito e Pandemia*. Brasília: OAB Nacional, 2020.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Revisão, resolução, reindexação, renegociação: o juiz e o desequilíbrio superveniente de contratos de duração. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 50, 2012.

NOVA, Giorgio de. *Il tipo contrattuale*. Pádua: CEDAM, 1974.

OPPO, Giorgio. I Contratti di di durata. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. XLI. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1943.

OPPO, Giorgio. I Contratti di di durata - parte 2. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Vol. XLII. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1944, p. 17-46.

OPPO, Giorgio. *Obbligazioni e negozio giuridico: scritti giuridici*. T. III. Pádua: Cedam, 1992.

PEDRAS, Lucas Salim Vilela; KHOURI, Paulo Roque. A contratação *built to suit* e os aspectos polêmicos das alterações trazidas pela Lei 12.744/2012. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 09, 2016, p. 125-139.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito brasileiro. In: *Estudos em homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PIRES, Daniela Marin. *Os fundos de investimentos em direitos creditórios (FIDC)*. São Paulo: Almedina, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXV Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUINAN, Paula Veit; NEGRÃO, Ricardo; SARMENTO, Toufic Youseff Ghazale. Contrato *built to suit* – origem e natureza jurídica. In: RUBINIAK, Juliana (Coord.). *Operações built to suit: a prática e novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

RÁO, Vicente. Empreitada – Modalidades de contrato. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 6, 2011, p. 317 – 326.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira (Coord.). *I Congresso Luso-Brasileiro de Direito*. São Paulo: Almedina, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Rejeição de reformas e revisão de contrato *built to suit*. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-rejeicao-reformas-revisao-contrato-built-to-suit#:~:text=A%20nova%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20acrescentou%20o,ou%20por%20terceiros%2C%20de%20im%C3%B3vel>>. Acesso em 09 ago. 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2011.

SACCO, Rodolfo; NOVA, Giorgio de. Il contratto. In: SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Civile*. t.2. 3 edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário: teoria e prática*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHUNK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado). São Paulo, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020. (livro digital).

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil: fonte das obrigações*. Vol. III. 4 ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.

SIDOU, J. M. Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). *Revista de Processo*. Vol. 37/1985, p. 238-270, jan.-mar, 1985.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 19, p. 61-86, 2019.

SOUZA, Sylvio Capanema de. *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019 (livro digital).

STIGLITZ, Rubén. Efectos de los contratos: autonomía de la voluntad y revisión del contrato. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoría general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*. v. 101, p. 171-179, jan-dez., 2006.

SZTAJN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, 2010.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de riscos nos contratos. *Revista de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 06. Out.-dez., 2015.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Comentários ao art. 1º da Lei 8.245/91. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários à lei de locações de imóveis urbanos (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991)*. São Paulo: Saraiva, 1992.

TRANCHINI, Marcela. Clasificaciones de los contratos. In: STIGLITZ, Rubén. *Contratos: teoria general*. t. II. Buenos Aires: Depalma, 1993.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. vol. 01. Coimbra: Almedina, 2000.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Um estudo sobre a pressuposição*. Lisboa: Faculdade de Lisboa, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito Comercial: os contratos empresariais em espécie: segundo a sua função jurídico-econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

XAVIER, Luciana Pedroso. *O Direito brasileiro à procura de um conceito: encontros e desencontros com o trust*. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2016.

WALD, Arnoldo. A aplicação da teoria da imprevisão pelos árbitros nos litígios decorrentes de contratos de construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 17, 2008.

WALD, Arnoldo. *A cláusula de escala móvel*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.

WHATELY, Thomaz Henrique Monteiro. Estruturação de empreendimentos por meio de Fundo de Investimento Imobiliário. In: FARIA, Renato Vilela; MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (Coord.). *Operações Imobiliárias: Estruturação e Tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WILSON, John A. Sale and lease-back—a re-appraisal. *Case Western Reserve Law Review*, v. 04, 1953.

ZANETTI, Cristiano. Build to suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção Civil e Direito*. São Paulo: Ed. Lex Magister, 2011.

ZANETTI, Cristiano. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patricia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de risco e Direito Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ZANETTI, Pedro Ivo Gil. *Revisão contratual e negócios processuais*. São Paulo: Almedina, 2019.