

Revista SÍNTESE

Direito Imobiliário

26 – Mar-Abr/2015

Conselho Editorial

Christiano Cassetari
Luciano Lopes Passarelli
Luiz Antonio Scavone Junior
Marcelo Manhães de Almeida
Rubens Carmo Elias Filho

 SÍNTESE  sage

Built to Suit — Uma Visão Então da Lei nº 12.744/2012

SABRINA BERRADDOCCO

Advogada, Especialista em Direito Imobiliário pela PUC/SP, Especialista em Direito Empresarial pela FPM (Escola Paulista da Magistratura), Palestrante convidada na Escola Superior da Advocacia — ESA, Professora Assistente no Curso de Pós-Graduação em Direito Imobiliário da PUC-COGEAE/SP

SUMÁRIO: Introdução: 1 Dos contratos típicos e atípicos; 2 Do contrato *built to suit* e sua regulamentação pela Lei nº 12.744/2012; 3 Da ação renovatória nos contratos *built to suit* em curso antes da vigência da Lei nº 12.744/2012 e o direito aplicável; 3.1 Aspectos gerais; 3.2 O direito intertemporal e a Lei nº 12.744/2012; 3.3 O valor do aluguel na ação renovatória nos contratos *built to suit*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo é o estudo do contrato *built to suit*, sua positivação no sistema jurídico brasileiro pela Lei nº 12.744/2012 e o direito e interesse na proposição da ação renovatória nos contratos firmados antes de sua vigência frente ao direito intertemporal aplicável ao caso.

O tema foi escolhido em razão da complexidade desse modelo de contratação que não contempla unicamente a locação de prédios urbanos, mas, também, a conjugação de outros contratos, como a compra e venda, bem como a empreitada e problemáticas que advirão com a regulamentação pela Lei nº 12.744/2012. A escassez de material, tanto doutrinário como jurisprudencial, foi a motivação para a escolha do tema, diante do desafio que ele representa no campo acadêmico e prático do direito imobiliário.

Assim, a análise passará pelos conceitos de contrato atípico e típico, na medida em que, com a regulamentação trazida pela Lei nº 12.744/2012, urge-se perquirir se esta contém os requisitos necessários para a caracterização do contrato de modo a elevá-lo, doravante, à categoria de um contrato típico. Para tanto, buscar-se-á a distinção entre contrato típico e atípico nas lições de Orlando Gomes¹, Darcy Bessone², Eduardo Espinola³, Roberto de Ruggiero⁴, Miguel Maria de Serpa Lopes⁵, entre outros.

Buscar-se-á também, ainda que de forma superficial, analisar, de forma crítica, a inclusão do mencionado contrato na Lei de Locação, assim como seus reflexos, em contraposição à ideia de incluí-lo no Código Civil, legislação completa e aplicável plenamente antes da vigência de Lei nº 12.744/2012.

O estudo apresentado partiu da análise e das justificativas apresentadas pelo Deputado Carlos Bezerra, quanto ao Projeto de Lei Original nº 6.562/2009, que aponta as características do novo modelo de contrato imobiliário e que também manifesta sua opinião quanto à inclusão de mencionado tipo na Lei de Locação. Vejamos:

Embora não haja descrição legal expressa desse tipo de contrato, o vigente Código Civil autoriza sua celebração e consolida-o como fonte de obrigações nos termos do art. 425 que dispõe: *É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais neste Código.*

Não obstante referida atipicidade, a circunstância de o contrato *built to suit* trazer, em seu bojo, uma relação locatícia incidental tem amparado a compreensão de que a Lei de Locação, Lei nº 8.245/1991, teria aplicabilidade sobre esse instituto. Ocorre, contudo, que as particularidades dessa modalidade de contratação mostram-se incompatíveis com algumas das disposições da Lei de Locação, em especial aquelas atinentes ao prazo máximo de vigência, à denúncia, à ação revisional e à multa compensatória. Com efeito, o contrato *built to suit* precisa ser longo de sorte a viabilizar o investimento do Empreendedor e assegurar, por um lado, o retorno dos recursos ventidos — a amortização do investimento — por meio do pagamento dos aluguéis até o término do ajuste e, por outro, a fruição do imóvel pelo tempo de interesse do ocupante.

Entretanto, não obstante as observações feitas pelo autor do projeto de lei que positivou os contratos de “construção ajustada”, a opção legislativa foi pela inclusão desse tipo na Lei de Locação, muito embora a locação revele-se secundária num primeiro momento, como se explicará ao longo deste trabalho.

Por fim, será abordado o direito e interesse na proposição de ação renovatória pelo contratante nos contratos firmados antes da vigência da lei, mas com término após sua vigência e o direito intertemporal aplicável.

Em capítulo específico, analisar-se-á a extensão dos limites do Poder Judiciário na renovação compulsória, cujas características mudaram no decorrer da relação jurídica estabelecida entre as partes pela finalização da construção inicialmente contratada, com reflexos diretos e incidentes sobre o valor da remuneração inicialmente ajustada pelas partes.

Poderá o julgador simplesmente, em caso de renovação, arbitrar novo aluguel utilizando como parâmetro aquele em vigor à época da proposição da ação renovatória? O referido valor não agregaria outros elementos que não só a retribuição pela entrega da coisa em locação? Quais os critérios que deverão

- 1 *Contratos*, 17. ed., atualizada por Humberto Theodoro Junior, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81.
- 2 *Do contrato* — Teoria geral, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 87.
- 3 *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- 4 *Instituições de direito civil*, 1. ed., atualizada por Paulo Roberto Benasse, Campinas: BookSeller, v. 3, 1999.
- 5 *Curso de direito civil* — Fonte das obrigações: contratos, 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1993.

ser considerados em eventual perícia? O contratante da construção (comumente denominado locatário) tem real interesse na renovatória, mesmo diante da existência de cláusula de renovação automática? Caso o Judiciário entenda que a ação renovatória é o meio para assegurar ao locatário a continuidade do contrato por prazo determinado, como fica a relação *pacta sunt servanda* e o direito adquirido na renovação automática, assegurada por cláusula livremente pactuada pelas partes, antes da vigência da Lei nº 12.744/2012 e a Lei nº 8.245/1991?

As referidas questões, com a entrada em vigor da Lei nº 12.744/2012, passaram a assombrar os estudiosos e profissionais do Direito, na medida em que não se tem um posicionamento acerca do tema, antes tratado como contrato atípico, sem a incidência da Lei de Locação, que, neste tipo de negócio, se mostra limitada.

1 DOS CONTRATOS TÍPICOS E ATÍPICOS

O objeto deste estudo é a relação jurídica estabelecida através e por causa de um contrato. O contrato, fonte das obrigações por excelência, tem como alicerce os seguintes princípios básicos: (a) autonomia da vontade; (b) consensualismo; (c) boa-fé; (d) força obrigatória; (e) função social do contrato.

O contrato denominado de *built to suit* expressa muito bem o princípio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, na medida em que vem sendo utilizado em larga escala nos setores privado e público, mesmo diante da inexistência de sua definição legal e elementos caracterizadores antes da vigência da Lei nº 12.744/2012. Nesse tipo de modelo de negócio, as partes, atendendo as características da contratação, os interesses envolvidos, o grau de investimento e o comprometimento das mesmas, pactuavam livremente suas cláusulas, as quais teriam que estar alinhadas com a função social do contrato, equilíbrio das partes e função econômica da contratação.

Nesse sentido, Orlando Gomes⁷ bem revelou em sua obra:

O conceito de *liberdade de contratar* abrange os poderes de autorgência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob triplice aspecto: a) *liberdade de contratar propriamente dita*; b) *liberdade de estipular o contrato*; c) *liberdade de determinar o conteúdo do contrato*. A *liberdade de contratar propriamente dita* é o poder conferido às partes contratantes

tes de suscitar os efeitos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente. Em matéria contratual, as disposições legais têm, de regra, caráter *supletivo* ou *subsidiário*, somente se aplicando em caso de silêncio ou carência das vontades particulares.

Tais considerações são necessárias e serão aprofundadas quando da análise da necessidade ou não do ajuizamento de ação renovatória antes da inclusão do contrato *built to suit* na Lei de Locação, diante da liberdade da contratação e os limites fixados na legislação processual.

Os contratos são classificados em diversas categorias, interessando-nos, agora, o agrupamento de contratos típicos e atípicos.

O agrupamento dos contratos, segundo uma classificação, tem efeitos práticos quando de sua inexecução, daí a necessidade de enfrentar o tema, face à inclusão do contrato em estudo na Lei de Locação.

Quanto ao conteúdo e alcance da divisão dos contratos em típicos e atípicos, iniciaremos pela lição de Darcy Bessone⁸:

Outra divisão corrente, entre os romanos, era a dos contratos *nominados* e *inominados*. Os que tinham denominação própria eram providos de ações especiais. Os *inominados* só dispunham de ação geral, chamada *praescriptis verbis*. A resolução dos primeiros dependia de acordo dos contratantes e a inexecução das obrigações por uma das partes conferia à outra o direito de forçá-la a cumprir o prometido, mas não o de repetir a própria prestação e resolver o contrato. Nos *inominados*, ao contrário, a parte adimplente podia escolher entre o uso da *actio praescriptis verbis*, para forçar a outra a executar a obrigação prometida, e a repetição da prestação realizada, com fundamento no princípio – *condictio causa data causa non secuta*.

Para Orlando Gomes⁹, a expressão *contratos típicos designa os contratos esquematizados na lei, com denominação própria, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados*.

Hoje, tal classificação, para Roberto de Ruggiero¹⁰, não tem a importância que tinha no direito romano, afirmando o jurista que se *baniu explicitamente qualquer importância da distinção*. A conclusão alcançada por Ruggiero parte do pensamento de que a nomeação dos contratos tem razões históricas e limitadamente no direito romano e era utilizada para a submissão das regras gerais aos tipos *inominados*.

6 Neste particular, expresso desde já que, no nosso entendimento, a Lei nº 12.744 não tipificou o contrato, tampouco trouxe os elementos que o caracterizam por completo. A referida lei nada mais fez do que incluir um artigo de lei restritivo ao direito das partes em pleitear a revisão do contrato, permitir a renúncia a alguns direitos dos contratantes, perdendo uma grande oportunidade de efetivamente tipificar esse tipo de negócio jurídico tão crescente na sociedade contemporânea.

7 Op. cit., p. 22 e s.

8 Op. cit., p. 87.

9 Op. cit., p. 81.

10 Op. cit., p. 306/307.

Posição diversa mostra-se a de Eduardo Espínola¹¹, que entende que, no direito contemporâneo, diante da existência de inúmeros modelos de contratos, a lei deve fixar, em alguns casos, os conteúdos gerais de determinados contratos, daí a denominação contratos normativos ou regulamentares.

Como se vê, a relevância no direito contratual contemporâneo acerca da distinção entre contratos típicos e atípicos encontra posições divergentes na doutrina com alguns pontos de intercessão entre tais posições, seja o da validade da contratação ainda que o negócio traçado não esteja previsto na lei (nominado), mas que com ela não conflita, e a necessidade de se criar novas relações jurídicas (atípicas) para atender o mercado atual, de forma que as partes estejam sempre equilibradas na lei, não podendo as partes ficarem restritas aos tipos definidos na lei.

Nesse sentido, Arnaldo Waldi¹² aponta que:

À medida que o liberalismo foi impondo ideias, as normas legais referentes aos contratos passaram a ter função geralmente supletiva, a não ser quando defendendo alguns princípios básicos de ordem pública, entendendo-se que, do mesmo modo que os contratantes podiam afastar a aplicação das normas dispositivas, nada impedia que criassem novas figuras contratuais, sem regulamentação legal prévia. Conhecemos, pois, hoje no nosso direito duas espécies de contratos: os contratos nominados ou típicos, que têm *nomen iuris*, ou seja, definição e estrutura provenientes da lei, e os contratos inominados ou atípicos, sem regulamentação legal apropriada.

A tendência do direito se manifesta no sentido de permitir às partes a criação de número ilimitado de contratos atípicos ou inominados que somente se regulam pelos princípios gerais referentes aos contratos e, supletivamente, por normas jurídicas referentes a algum contrato típico análogo.

Mesmo em relação ao contrato nominado, nada impede que as partes manifestem a aplicação das normas supletivas existentes na legislação pátria ou incluam cláusulas ou condições não previstas pela lei brasileira, pois tudo que não for proibido e não atentar contra a nossa ordem pública e os nossos bons costumes é lícito.

Assim, nessa esteira criativa e visando a fomentar o mercado imobiliário e de capitais, apareceu a figura do contrato *built to suit* no Direito brasileiro, que atende não só o setor privado, como também o público, neste último visando a contornar a escassez de oferta de prédios ao funcionamento das instalações da

Administração Pública, bem como a diminuição das despesas com aluguéis e adaptação dos imóveis às atividades do setor público¹³.

Paulo Resitife Neto e Paulo Sérgio Resitife¹⁴ apontam algumas características desse modelo de negócio, considerando-o atípico misto. Vejamos:

O regime contratual do empreendimento de incorporação imobiliária caracterizada denominado *built to suit* (ou *built to suit*) – conforme se lê em considerando de modelos casuísticos de algumas dessas avenças complexas, atípicas, que há menos de duas décadas vêm sendo utilizadas entre nós – revela cuidar-se de nova modalidade de empreendedorismo que abrange construção imobiliária em terreno vazio ou para reconstrução etc., a cargo do futuro arrendador, por encomenda e especificações de obra sob medida, para utilização futura por via de subespécie de arrendamento mercantil, ou locação predial urbana tradicional, sob condição suspensiva, em regimes jurídicos distintos, no interesse de terceiro, isto é, de acordo com necessidades específicas de funcionalidade para desenvolvimento de atividades empresariais do solicitante, também futuro arrendatário predeterminado.

A autonomia privada dos contratantes prevalece, de regra, nas relações estabelecidas em contratos atípicos mistos ou complexos coligados: é o caso do *built to suit* ("construir para servir"), neste observadas as normas gerais fixadas no CC, diz o seu art. 425, em harmonia com outras normas especiais compatíveis na interface dos vários negócios econômico-jurídicos conexos pactuados, tendo em vista a finalidade-meio ou secundária de cada um, e sobretudo a finalidade primária ou do direito principal determinante da vontade negocial conjugada e convergente ao empreendimento. (p. 304/306)

O contrato *built to suit* contempla, portanto, várias modalidades contratuais (compra e venda, empreitada, prestação de serviços, administração, locação) e, por esta razão há de se indagar se a classificação de contrato típico ou atípico a ele se ajusta, apesar do Deputado Carlos Bezerra apontar na justificativa de seu Projeto de Lei nº 6.562/2009, a atipicidade de tal contrato. Seria o contrato *built to suit* atípico e misto?

Revelou-se nesse capítulo que, a grosso modo, o contrato típico é aquele previsto em lei e o contrato atípico, aquele não previsto em lei, que se submete às regras gerais aplicáveis aos contratos. Nesse ponto, o fato de a Lei de Locação incluir esse modelo de negócio em seu texto eleva o contrato *built to suit* a categoria de contrato típico? A locação é o fator determinante desse contrato, ou seria ela secundária do ponto de vista da causa da contratação?

11 Op. cit., p. 14.

12 Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos. 5. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 168 e ss.

13

A exemplo disso, temos o "Projeto Built to Suit" como foi denominando o modelo de contratação utilizada para a futura instalação do Fórum da Comércio de Campo Mourão/PR. Artigo publicado disponível em: <http://servicos.toe.sc.gov.br/enao/participantes_publico/privado/projeto_built-to-suit.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013.

14

Locação: questões processuais e substanciais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Atento à tendência de incluir esse contrato na Lei de Locação, o Deputado Carlos Bezerra fez constar, com muita propriedade em sua justificação, que o objetivo do projeto era proporcionar maior segurança jurídica sem impedir o dinamismo e evolução desse modelo de negócio imobiliário, decidindo, por isso, *manter o caráter alipico, restringindo-nos a estabelecer que os dispositivos da Lei de Locação não terão incidência, salvo se as partes dispuserem em sentido contrário*.

Entretanto, denota-se que houve uma opção legislativa em incluir tal contrato na Lei de Locação, relegando aos profissionais do Direito a árdua tarefa de adequá-lo à realidade fática de cada caso concreto, de modo a não mitigar os interesses das partes e as funções social e econômica do contrato diante das restrições existentes na Lei nº 8.245/1991.

A crítica que se faz também é compartilhada por outros profissionais do Direito, preocupados com as demandas e soluções outorgadas pelo Judiciário sobre o tema. Otávio Luiz Rodrigues expressou tal pensamento em coluna veiculada na internet¹⁵:

Ocorre que os contratos na modalidade *built to suit*, por sua destinação para agentes econômicos privilegiados, não deveriam ter sido incluídos em uma norma com as características da Lei de Locação. Problemas relativos à interpretação desse novo tipo contratual, nomeadamente os conectados com a conciliação dos princípios de proteção ao inquilino, evidenciar-se-ão nos pontos mais sensíveis para os interessados nessa forma de contratar.

2 DO CONTRATO *BUILT TO SUIT* E SUA REGULAMENTAÇÃO PELA LEI Nº 12.744/2012

A expressão *built to suit* significa “construído para servir”, ou seja, a primeira ideia que nos vem à cabeça é o da construção ajustada, e não da locação.

A construção ajustada é para servir as necessidades do contratante e reverte-se de caráter primordial na contratação, afigurando-se a locação um fator secundário – daí a crítica que se faz pela inclusão deste modelo contratual na Lei de Locação.

O Deputado Carlos Bezerra, socorrendo-se do conceito de Marcelo José Lomba Valença (*apud Built-to-suit – Operação de crédito imobiliário estruturada. Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, v. 8, n. 27, p. 328-343, jan./mar. 2005), aponta, na justificação de seu projeto de lei, aspectos importantes desse tipo de negócio:

Essa integração internacional da economia brasileira aproxima nossas práticas comerciais daquelas utilizadas em outros mercados, proporcionando a introdu-

ção, no País, de novos mecanismos econômicos. Um desses recém-importados modelos de negócios consiste no contrato de *built to suit*. Uma operação pela qual “a parte interessada em ocupar um imóvel para o desenvolvimento de uma atividade empresarial (ocupante) contrata com um empreendedor imobiliário (empreendedor): i) a aquisição de um terreno em localização estrategicamente selecionada pelo ocupante (terreno), ii) a construção de um edifício no terreno para atender as atividades empresariais do ocupante (edifício), e iii) a locação, do empreendedor para o ocupante, do terreno com o edifício (terreno e edifício, coletivamente o imóvel)”.

Disto, podemos extrair os elementos caracterizadores do contrato *built to suit* e perquirir se as relações jurídicas que nele se inserem estão ou não tipificadas na lei de forma a configurar não um contrato atípico, mas um contrato misto, criado a partir de elementos típicos que o caracterizam. Para tanto, analisaremos um pouco mais o conteúdo da Lei nº 12.744, em especial o art. 3º, que acrescentou o art. 54-A à Lei nº 8.245/1991. Vejamos:

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o (1) *locador procede à prévia aquisição*, (2) *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* (3) *locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta lei*.

Fazendo uma análise crítica do texto de lei incorporado à Lei de Locação, denota-se que a locação prevaleceu como opção legislativa e aparece como causa principal da contratação, preferindo o legislador denominar as partes, desde o início do contrato, pelas figuras tipificadas de “locador” e “locatário”, muito embora a primeira parte da contratação não se insira no tipo legal da locação, o que refletirá à época da renovação do contrato, via judicial ou extrajudicialmente.

Observação feita, retomemos a análise dos elementos trazidos pela Lei nº 12.744/2012 com a identificação dos contratos nominados. Vejamos:

1 LOCADOR PROCEDE À PRÉVIA AQUISIÇÃO

Compra e venda: o empreendedor, para atender as necessidades do ocupante, utilizando-se da terminologia de Marcelo Valença, busca e adquire no mercado um imóvel especialmente para o ocupante. Nessa relação jurídica, o empreendedor encerra um contrato de compra e venda, incorporando em seu ativo imobilizado um imóvel específico e destinado à atividade comercial de outrem.

A compra e venda é o clássico exemplo de contrato nominado e é considerado um dos contratos mais frequentes e de maior importância social como instrumento da circulação dos bens (Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 221).

¹⁵ Artigo veiculado e disponível no sítio: <www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-compartadanaise-compartadanaise-contratos-built-to-suit>. Acesso em: 30 jul. 2013.

Para o locatário (utilizaremos aqui a denominação dada pela lei, apesar de com ela não concordar), a aquisição do terreno pelo locador é extremamente vantajosa, pois não disponibilizará capital para a compra de um imóvel, tampouco incorporará um bem ao seu ativo imobilizado. Para o locador, à primeira vista, a aquisição de um terreno específico para atender às necessidades de outrem pode se revelar como um ônus excessivo, na medida em que, extinta a relação jurídica formada, seja pela resolução do contrato, seja pelo seu término, ficará o locador com um bem imóvel destinado a uma atividade específica, e, portanto, esse aspecto deverá ser considerado quando da fixação da remuneração (que a lei chama de aluguel).

Tomemos como exemplo a aquisição de um imóvel para a instalação de uma gráfica que faça a impressão de jornal. Neste tipo de atividade, as máquinas de impressão são de tal proporção que são instaladas no imóvel presas à sua fundação. Imaginemos que o locador não computou essa imobilização e destinação do imóvel ao seu preço e que, ao final do contrato, o locatário não mais permaneça no imóvel. Ao locador restará amargar a imobilização de um bem imóvel que se destina unicamente a um tipo de atividade empresarial. Note-se que a fixação do preço do “aluguel” deve ser arbitrado com muito cuidado pelo locador, ainda mais porque, com a edição da Lei nº 12.744/2012, poderá ele se submeter à renovação compulsória.

2 CONSTRUÇÃO OU SUBSTANCIAL REFORMA, POR SI MESMO OU POR TERCEIROS

Empreitada: o empreendedor adquire o terreno e nele erige uma construção conforme e nos moldes das necessidades e exigências do ocupante.

A empreitada não se confunde com a compra e venda, como bem advertiu Orlando Gomes; portanto, deve ser analisado como um contrato autônomo que integra o contrato novo formado pela conjugação de elementos específicos de outros contratos típicos, qual seja, contrato *builto suit*. Observa o renomado jurista que, na empreitada em quem o empresário fornece os materiais, muitos veem uma venda, por ser verificar transferência de domínio, opinião por ele criticada, adotada no campo do direito tributário.

Prestação de serviços e administração: no contrato de empreitada, pode estar inclusa a prestação de serviços, como, por exemplo, a elaboração de projetos de engenharia civil, contratação de mão de obra, compras de materiais etc., bem como a administração da própria obra.

A construção ou reforma para atender as necessidades do locatário, a nosso ver, é um ponto crucial do contrato, já que poderá ele recusar o recebimento da obra, alegando que não está a contento? E os investimentos do locador como serão ressarcidos pelo futuro locatário? Como se verá a seguir,

faremos uma crítica pela inclusão desse tipo de contrato na Lei de Locação, cujo entendimento não se encontra isolado.

Com a edição da lei, fez-se publicar na internet inúmeros artigos sobre o tema, dos quais encontramos um artigo publicado por Otávio Luiz Rodrigues¹⁶ que, com muita propriedade, expõe seu entendimento sobre a inclusão desse contrato na Lei de Locação, fazendo, inclusive, referência a um caso julgado em 1997 pela Suprema Corte do Texas de um locatário que recusou a obra. Vejamos:

Esses novos dispositivos são extremamente sintéticos e que deixam em aberto muitos problemas que poderiam ter sido evitados com um tratamento legislativo mais adequado. Observe-se que o intuito da norma foi tipificar um contrato cujo desenvolvimento ocorreu no Brasil graças à autonomia privada. A intervenção do legislador deveria oferecer um resultado melhor do que o já consolidado pelas práticas negociais. [...] Diferentemente de um contrato locatício tradicional, seu aperfeiçoamento depende do exame do prédio e da constatação de que ele é adequado ao fim almejado pelo locatário. [...] A construção não é uma prestação de secundária importância. Muito ao contrário, sua devida execução é imprescindível para que seja atingido o objetivo perseguido pelas partes”. [...] Segundo a jurisprudência norte-americana, essa é a maneira mais fácil de se “kill the deal”. O caso clássico sobre essa questão foi julgado em 1997 pela Suprema Corte do Texas: Palisades Plaza, Inc., em 1992, celebrou um contrato de *builto suit*, por prazo de cinco anos, com Austin Hill Country Realty, Inc. Concluídas as obras, Palisades notificou Austin Hill, dando-lhe ciência de que não receberia a construção no estado em que se encontrava, por se haver desviado das especificações contratuais, e, em razão disso, resolvia o contrato. No julgamento, a Corte texana entendeu que o locatário deveria ter cooperado e evitado que o locador (responsável pela reforma) incorresse em gastos superiores aos necessários, devendo este último receber uma indenização. Utilizou-se a doutrina *duy to mitigate the loss para fundamentar esse julgado, embora não pareça ser possível simplesmente transpô-la para a realidade brasileira. Até porque o Código Civil brasileiro dispõe de regra expressa a respeito, em seu art. 615: “Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”. O inconveniente é a compatibilização desse dispositivo, que é de um regime jurídico diverso (contrato de empreitada), com a especialidade da Lei de Locação, embora já existam posicionamentos doutrinários respeitáveis no sentido de que se “podem incluir pactos peculiares à modalidade de locação por encomenda, notadamente quanto*

16 In: <www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-releio-reformas-revisao-contratobuilt-to-suit>. Acesso em: 30 Jul. 2013. Tema do artigo: “Direito comparado, 24.04.2013, rejeição de reformas e revisão de contrato *builto suit*”.

17 Citação feita pelo autor do artigo, com identificação da fonte da ideia sublinhada: ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Built to suit: qualificação e consequências*. In: BAPTISTA, Luiz Cláudio; PRADO, Maurício Almeida (Org.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 110-114.

aos parâmetros para a conclusão das obras, início da relação locatícia e alugueis, além de penalidades em razão do desrespeito a esses prazos, entre outras avencas peculiares”. (grifos nossos)

Aporte-se que o Superior Tribunal de Justiça¹⁸ deparou-se com questão semelhante à julgada pela Corte do Texas, quando, em julgamento realizado em 15.04.2008, a Ministra Nancy Andrighi enfrentou demanda indenizatória em contrato do tipo *built to suit*, analisando a culpa caracterizada pela má execução da obra. Mencionado julgado é uma das referências deste contrato no Direito brasileiro. Vejamos:

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de indenização. Contrato de incorporação no modelo *built to suit*. Construção de imóvel sob medida para utilização e no interesse de terceiros predeterminados. Contrato posterior de empreitada. Obra que foge aos padrões determinados, de forma a ter sua utilidade reduzida. Reparação dos danos pleiteada, em valores a serem parcialmente estabelecidos em liquidação de sentença, de acordo com perícia ainda a ser realizada. *Culpa caracterizada pela má execução do serviço*. Condenação a reparar os gastos verificáveis para dar à obra a utilidade desejada, assim como para indenizar os prejuízos sofridos pela limitação de uso. Alegação de condicionalidade e de julgamento para além do pedido. Honorários. A inicial não tratou, especificamente, de valores a serem ressarcidos; nesse ponto, o levantamento total dos prejuízos foi relegado à prova pericial, pois, ao lado dos reparos já realizados, constatou-se a necessidade de novas obras. Porém, apesar de não ter havido menção a valores na inicial, a autora admitiu que a perícia havia superestimado os custos das obras já realizadas em memoriais apresentados antes da sentença. Em que pese ser bastante peculiar a situação, e nos limites em que devolvida a matéria em recurso especial, deve-se considerar tal conduta como sendo equivalente a uma individualização tardia do pedido, que nem por ter sido postergada pode ser considerada. Nas circunstâncias, a referência a valores feita só no memorial deve ser equiparada àquela que deveria ter constado na própria inicial, tendo o efeito de limitar a condenação possível. Há, portanto, julgamento *ultra petita* quando o juiz considera o valor superior constatado pelo perito, em desprezo à manifestação da própria parte interessada, ainda que esta tenha sido praticada posteriormente à inicial. A solução, na hipótese, encontra-se no simples afastamento do excesso, sendo totalmente descabida a alegada obrigatoriedade de anulação de todo o processo – providência que vicia, inclusive, em desfavor das próprias partes. Quanto às alegações de condicionalidade, em recentes precedentes, a 3ª Turma tem entendido que, em casos de dúvida a respeito do alcance e da precisão do dispositivo da sentença, este não pode ser lido em total isolamento, como se não fosse decorrência lógica do processo obrigatório de argumentação jurídica que o precede. O suposto vício no dispositivo, na verdade, deixa de ter plausibilidade quando a frase citada pela recorrente é traduzida com base na motivação do ato

judicial. Assim, na sentença, consignou-se a obrigatoriedade de novas reformas, muito embora não fosse possível, ainda, precisar quanto elas custariam; em tal provimento não há qualquer vício, pois se trata de típico caso no qual se fixa o *an debeat*, mas relega-se à execução o *quantum*. No modelo de construção *built to suit*, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizam efetivamente o bem. Na presente hipótese, tal relação originária já previa a responsabilidade da ora recorrente, que ficara incumbida de escolher o empreiteiro, por eventual má prestação de serviços deste. A sentença, já reconhecendo o dever de ressarcimento da incorporadora em face de terceiros que não são parte neste processo – os locatários –, condenou a ré nos mesmos termos, aplicando assim uma espécie de cadeia de responsabilidades contratuais. Ainda nessa situação não há condicionalidade, pois, se há responsabilidade contratual – questão que não pode mais ser discutida –, a parte sobre a qual recai tal obrigação não é obrigada a ser demandada em juízo para que se sinta no dever de cumpri-la. Portanto, o dever escalonado de ressarcimento é certo; apenas a liquidação e a execução desta obrigação é que podem estar condicionadas a evento futuro e incerto, que é o pagamento dos prejuízos, por parte da incorporadora, aos locatários. Pontos definidos pelo Tribunal de Justiça com base no exame das provas dos autos não podem ser alterados em sede extraordinária, em face do óbice da Súmula nº 7 do STJ. A constatação de que houve sucumbência recíproca, e não sucumbência mínima como determinara a sentença, pode ter seus efeitos res-pitados pela simples redução, em metade, do valor inicialmente fixado a título de honorários, na medida em que estes devem ser compensados nos termos da Súmula nº 306 do STJ, passível de aplicação nesta instância caso ocorra, aqui, o redimensionamento das verbas de sucumbência. Não haveria, portanto, efeito prático na alteração do acórdão. Recurso especial parcialmente provido.

3. LOCAL DO PRAZO DETERMINADO

Localção: a locação propriamente dita só se inicia se a obra for entregue da forma como contratada e para atender exclusivamente às necessidades do locatário. Há quem discorde desse ponto, uma vez que, durante a construção, o contratante (ocupante) remunera o contratado (empreendedor), afirmando, alguns, que tal remuneração tem caráter de aluguel. Antes da edição da Lei nº 12.744/2012, tal denominação poderia ser considerada uma aberração, mas, depois dela, muitos consideram uma atecnia denominar os pagamentos feitos pelo agora locatário, ao locador, por outro nome que não aluguel¹⁹, ainda que o locatário não esteja remunerando o gozo e uso da coisa que sequer está pronta.

18 REsp 885910/SP, Registro nº 2006/0144180-0, 3ª T., J. 15.04.2008.

19 Esse é um ponto importante para fins da ação renovatória, uma vez que há de se considerar que a remuneração inicial paga pelo contratante contém não só a retribuição pelo uso da coisa – locação pura e simples –, mas também valores alienantes à aquisição do terreno, os custos de sua manutenção, os custos da imobilização do capital em terreno destinado para servir exclusivamente à atividade empresarial de outrem, impostos, taxas, entre outras despesas e encargos.

Miguel Maria de Serpa Lopes (*Curso de direito civil*, p. 23) define, em linhas gerais, a relação jurídica locatícia:

Num sentido geral, o contrato de locação, compreendendo tanto a locação de coisas como a de serviços, pode ser assim construído: o contrato pelo qual duas partes se obrigam reciprocamente, uma a conceder o uso ou gozo de uma coisa, ou a executar uma obra, ou prestar um serviço, e a outra a pagar por este uso, gozo, obra ou serviço um preço determinado em dinheiro. [...] O contrato de locação pressupõe os seguintes requisitos: 1º) a concessão do uso e gozo de uma coisa; 2º) um preço certo em dinheiro. Como um contrato que é a locação exige igualmente a reunião dos elementos comuns a todos os contratos, a saber: a) o consentimento das partes, b) capacidade dos contratantes; 3º) objeto lícito. Apresenta-se, neste particular, com uma fisionomia análoga à do contrato de compra e venda, o qual exige, como requisitos elementares, *res, pretium et consensus*. Só se diferencia a locação da compra em venda; em relação à função da coisa e do preço, na compra e venda, há a transferência da coisa, de um patrimônio a outro, ao passo que, na locação, a transferência se projeta apenas quanto ao seu uso e gozo; na compra e venda, o preço representa a contraprestação do valor transmitido, ao passo que, na locação, o preço corresponde à retribuição devida pela função da utilidade da coisa a serviço do locatário. Na locação, como na compra e venda, esses três requisitos são essenciais.

De tal definição extrai-se que a locação pura e simples não remunera a coisa, mas sim o uso e gozo dela, o que, portanto, nos faz refletir sobre a inclusão desse contrato na Lei de Locação e a designação da remuneração como aluguel desde a primeira fase do contrato, qual seja, a da aquisição do terreno e sua construção ou reforma.

Como se vê, o contrato *built to suit* é formado pela conjugação de outros contratos, todos típicos, configurando-se como verdadeiro contrato misto.

Contratos mistos, na definição de Arnoldo Wald²⁰, são criados pelas partes com a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados. E complementa: contrato misto se distingue do atípico pois utiliza a regulamentação e a estrutura de contratos nominados, mas realiza uma fusão de diversos figurinos ou moldes num contrato só.

Portanto, ousar afirmar que o contrato *built to suit* não é atípico propriamente dito, mas sim misto²¹, pela conjugação de elementos de vários contratos típicos, o que encerra a conclusão de que a liberdade de contratar está delimitada nos tipos legais dos contratos cujos elementos se fundiram na formação do contrato novo.

Nesse sentido, Vera Helena de Mello Franco²² bem esclarece a diferença entre contratos atípicos (propriamente ditos) e mistos, utilizando-se da classificação feita por Orlando Gomes. Vejamos:

Conforme a diversidade da sua contratação, os contratos atípicos podem se subdividir em *atípicos propriamente ditos* e *mistos*. Os mistos, por sua vez, subdividem-se em *contratos múltiplos*, *geminados*, *cumulativos* e *complementares* ou, como pretende Orlando Gomes, em *gêneos*, *dúplexes* e *mistos stricto sensu*. Nos contratos múltiplos (ou gêneos na classificação de Orlando Gomes), mediante a sobreposição de vários elementos, obtém-se uma multiplicidade de funções que correspondem a contratos distintos, conjugando-se vários contratos que ali se unificam. [...] Já os contratos geminados (dúplexes para Orlando Gomes) formam-se com “a contraposição de obrigações características de contratos diversos [...]”. [...] Os cumulativos (ou mistos *stricto sensu* de Orlando Gomes) correspondem ao que se conhece como negócios jurídicos indiretos, agrupando funções características de dois contratos típicos, mediante a estrutura típica, própria de só um deles, de molde a atingir finalidade específica de outra modalidade contratual.

Referida jurista aponta a preocupação com esses contratos, traduzindo, sem sombra de dúvida, o porquê esse tipo de negócio jurídico foi escolhido para esta monografia, afirmando que, como estes contratos não têm uma regulamentação legal específica, há dificuldades em determinar quais as regras legais aplicáveis, além dos princípios gerais do direito contratual²³.

Em busca de soluções para justificar a aplicação desta ou daquela norma aos contratos atípicos (em sua generalidade, das quais se incluem os mistos, conforme definição de Orlando Gomes), a doutrina estabeleceu três teorias, quais sejam: a *teoria da combinação*, a *teoria da absorção* e a *teoria da aplicação analógica*, conforme apontado por Vera Helena de Mello Franco:

A *teoria da combinação*. Esta parte da ideia de que há uma relação intrínseca entre os elementos de cada contrato típico e as normas que lhe traçam a disciplina jurídica. Disto decorre se possível decompor e isolar elementos de quaisquer contratos atípicos, aplicando-lhes a respectiva regulamentação da disciplina legal. O contrato misto, desta forma, submeter-se-ia às várias regras predispostas para cada um dos vários elementos. [...] Mas a tese é insatisfatória posto que, como afirma, os diversos elementos do contrato típico não se encontram um ao lado do outro, mas sim compenetrados formando uma unidade orgânica, pois cada contrato “não é uma soma mas uma síntese” dos vários elementos. A *teoria da absorção*. A tese aqui é a de que em todo contrato atípico existe um elemento que prevalece sobre os outros, absorvendo os elementos secundários. Conforme a teoria, seria possível regulamentar o contrato atípico conforme as normas do contrato típico correspondente ao elemento preponderante que tivesse a mes-

20 Op. cit., p. 189.

21 Vera Helena de Mello Franco, utilizando-se da classificação de Orlando Gomes, aponta a diferenciação entre contratos atípicos propriamente ditos e mistos: *Teoria geral do contrato*, conforme com o direito europeu futuro. São Paulo: RT, 2011.

22 Op. cit., p. 180 e ss.

23 Op. cit., p. 181.

ma função econômica. [...] Nos contratos mistos, a relação entre os diversos elementos é de coordenação e por vezes não se pode assinalar a presença de um elemento que, por sua importância, se distinga dos demais. *A teoria da aplicação analógica*. A sugestão aqui é a de que se aplique ao contrato denominado o processo analógico de interpretação, procurando, entre os contratos típicos, aquele que mais se aproxime daquele atípico em concreto. Se tal recurso não for suficiente, a solução é recorrer aos princípios gerais do direito contratual. (Op. cit., p. 181/182)

Como se vê, o contrato *built to suit* enquadrar-se na categoria de contrato misto, relegando aos aplicadores e profissionais do Direito a árdua tarefa de adequar a sua interpretação à Lei de Locação. Pelas teorias aventadas, não vislumbramos solução pacífica em caso de litígio. Qual elemento será mais preponderante: a compra e venda, a construção, ou a locação? Qual é o elemento de maior função econômica? Por que a inserção de tal contrato se fez na Lei de Locação se tal relação jurídica só acontece se a coisa for entregue dos moldes como contratado? (Código Civil, art. 615²⁴).

Adverte-se, ainda, que não há que se confundir tal figura com contratos coligados, conforme escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁵:

O que caracteriza o contrato misto (ou complexo) é a coexistência de obrigações pertencentes a tipos diferentes de contratos, enlaçadas pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Ele não se distingue da união de contratos, que se caracteriza pela coexistência, num mesmo instrumento, de tais obrigações simplesmente juxtapostas, sem a amálgama da unidade econômica aludida. No caso de união de contratos, pode ser anulado ou rescindido um deles, sem prejuízo dos outros; enquanto que, em se tratando de contrato misto, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio. Outrossim, cumpre-nos advertir que as regras principais a serem observadas, em relação ao contrato misto são estas: a) cada contrato se rege pela norma de seu tipo; mas b) tais normas deixam de ser incidentes quando se chocarem com o resultado a que elas visam assegurar (STF, RE 79562/SP, 1ª T., Rel. Min. Rodrigues Alicknin, v.u., J. 10.02.1976 – RTJ 77/884). O contrato misto, normalmente, é o meio próprio para a autonomia das partes elaborar novos contratos. Por isso, é entre eles que se encontram, com maior frequência, os contratos atípicos, inicialmente não regulados em lei, até mesmo por não serem praticados com frequência considerável pelas pessoas. (Penteado, *Doação*, p. 272)

Como se vê, muitas dúvidas e questões aparecem em torno dessa figura contratual, associada à sua inserção na Lei nº 8.245/1991, razão que nos motivou a escolher o tema, de forma que pudéssemos refletir sobre a nova lei e aprofundar alguns questionamentos para acompanhamento da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito.

Diante dos apontamentos feitos, entendemos que não havia razão para a sua inclusão na Lei de Locação, com respeito às opiniões contrárias de grandes juristas e profissionais de relevo no ramo imobiliário, como a de William Santos Ferreira, que, em artigo inédito²⁶, esclarece:

A importância do *built to suit* passou a ser tamanha que não se podia mais permitir a instabilidade relacionada a ser considerado um contrato atípico ou um contrato típico, cujas cláusulas poderiam ser consideradas nulas em razão do disposto no art. 45 da LI. Houve então a aprovação da Lei nº 12.744, de 20.12.2012 que o incluiu na LI, porém dando certa margem de definição pelas partes, uma liberdade de contratar mitigada. [...] Por estar agora previsto em lei, é um contrato típico (art. 54-A da LI) que determina que “prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta lei”. Portanto, as regras processuais incidentes serão da LI não admitindo convenção das partes, mas também encerrando a polêmica acerca do cabimento de ação de despejo ou reintegração de posse para reaver o imóvel.

Destaca-se, porém, que, durante a tramitação do projeto de lei, alguns artigos foram publicados na internet justificando tal inclusão em nome da segurança jurídica dos contratantes, como se os contratos mistos, ou, ainda, atípicos não tivessem proteção legal.

Note-se que a proteção legal do Código Civil aos contratos atípicos e mistos é muito maior e mais abrangente²⁷ do que a proteção inserida na Lei de Locação, já que especifica a determinado negócio (em linhas gerais, locação pura e simples).

Não se pode, em nome da segurança dos contratantes, engessar um modelo de negócio imobiliário complexo e multidisciplinar, inserindo-o num Diploma Legal específico e limitado às situações por ele acobertadas.

Nesse sentido, Arnoldo Wald coloca a tendência atual dos contratos:

A atual tendência do Direito para uma maior interferência nos contratos visa à ampla proteção para o elemento economicamente fraco, não pretendendo, todavia, reduzir ou limitar o número de contratos inominados e a liberdade que

²⁴ Artigo de lei: “Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”. Caberia aqui a exceção do contrato não cumprido prevista no art. 476 do Código Civil brasileiro?

²⁵ Código Civil comentado, 7. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 524.

²⁶ Artigo disponibilizado pelo autor em 14.08.2013, com publicação prevista na revista *Fórum Jurídico* em setembro deste ano.

²⁷ O Capítulo I – Disposições Gerais – do Título V – Dos contratos em geral – do Código Civil brasileiro bem revela tal conclusão, ex vi, inclusive, do art. 425.

os contraentes têm de criar novos tipos de contratos. Tal liberdade só encontra limitações quando a finalidade real das partes consiste em burlar a lei ou em locupletamento a custa de outrem. O que a lei pretende estabelecer são condições mínimas de ordem pública em relação a todos os contratos a fim de evitar o enriquecimento sem causa, a usura, a coação econômica. O problema do legislador não consiste em proteger os contratos nominados, mas em evitar os abusos e as fraudes.³⁸

A ideia trazida por Arnaldo Wald de que o legislador não consiste em proteger os contratos nominados, mas em evitar os abusos e as fraudes, bem se denota na redação final do art. 54-A da Lei de Locação, ao prescrever: *prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta lei*.

Ou seja, o legislador inseriu o contrato num diploma legal restritivo do ponto de vista do objeto da contratação (coisa infungível, remuneração pelo gozo e fruição da coisa, prazo certo, limitação das garantias, formas de execução do contrato, penalidades pela inexecução etc.), dando liberdade para as partes contratarem livremente, prendendo-as, porém, nos procedimentos da Lei de Locação. O legislador nada mais fez do que dar com uma mão e tirar com a outra.

Ora, o contrato misto, que não é de locação pura e simples, estará vinculado aos procedimentos da Lei nº 8.245/1991, que, apesar de salutar e revolucionários do ponto de vista processual, com a previsão de várias tutelas de urgência, não se adequa inteiramente às condições do negócio imobiliário complexo que é o contrato *built to suit*.

Como se viu, esse modelo de negócio contempla em si mesmo várias relações jurídicas que não só aquela firmada entre locador e locatário. Há a relação jurídica entre vendedor e comprador, entre construtor e proprietário do terreno, entre locador e locatário. Não se pode limitar a atuação procedimental das partes unicamente à Lei nº 8.245/1991.

Imaginemos que o “locador” adquira o imóvel, nele construa e, nesse interim, o “locatário” submeta-se a uma recuperação judicial. O que restará ao locador? – propor ação de despejo cumulada com cobrança –, sem o direito de pleitear indenização pela imobilização do capital em um imóvel destinado única e exclusivamente às atividades de outrem?

Por estas e outras questões, acredito que a inserção desse contrato na Lei de Locação não se adequa à melhor técnica jurídica, uma vez que ele não contempla unicamente uma locação pura e simples, mas agrega inúmeras relações jurídicas que se interligam e se submetem à vontade das partes.

Em nosso humilde entendimento, teria o legislador agido com mais acerto se tivesse incorporado esse contrato no contexto do Código Civil, diploma que contém um espectro bem amplo na questão da inexecução das obrigações e princípios, relegando ao Código de Processo Civil os procedimentos destinados à tutela jurisdicional invocada pelas partes, já que este último Diploma Legal constitui-se em um código de procedimentos e princípios de largo espectro também.

Analisado o contrato *built to suit* e feitas as críticas à opção do legislador, passemos ao estudo do direito à ação renovatória assegurado ao locatário, bem como ao direito intertemporal aplicável aos contratos em curso antes da vigência da Lei nº 12.744/2012, em confronto com as cláusulas inseridas em contratos dessa natureza de renovação automática e condições preestabelecidas para a renovação.

3 DA AÇÃO RENOVATÓRIA NOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT* EM CURSO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.744/2012 E O DIREITO APLICÁVEL

3.1 Aspectos gerais

Com a inclusão do contrato *built to suit* na Lei nº 8.245/1991 e a submissão dos procedimentos nela previstos, a questão que se coloca é: como ficam os contratos firmados antes de sua vigência, mas que terminarão no curso dela? Os locatários, para garantir a continuidade da locação, terão que ingressar com ação renovatória, ainda que no contrato contenha cláusula para a renovação, sem a intervenção do Poder Judiciário? E se o locador não concordar com as novas condições propostas pelo locatário e este não ingressar em juízo no prazo decadencial da Lei de Locação, o que poderá ele fazer?

Enfim, quando a mencionada lei foi editada, muitas questões passaram pelos pensamentos daqueles que atuam nessa área, principalmente em razão das consequências nefastas para o locatário em caso de perda do prazo para o ingresso da ação renovatória. Por tal importância, tentaremos enfrentar essas questões, ainda que do ponto de vista acadêmico, pois a lei é recente e agora é que esses pontos serão levados à apreciação do Judiciário; daí a escassez de doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Por premissa básica, a primeira análise a ser feita é: qual o direito aplicável à espécie aos contratos iniciados antes da vigência da Lei nº 12.744/2012 que contenham cláusula de renovação automática ou, ainda, que contenham disposições que submetam as partes a certas condições para a renovação que não aquelas previstas na Lei de Locação, mas cujo término da relação jurídica iniciada antes da Lei nº 12.744/2012 se dará após a sua entrada em vigor?

Questão altamente tormentosa é a influência do tempo na vida das pessoas e na sociedade, quicá no direito e no reconhecimento de certas relações jurídicas alteradas pela evolução da sociedade e influência do tempo, designadas comumente como época. A locação predial urbana passou por épocas em que a legislação protegeu o locador, outras em que se buscou a proteção do fúndo de comércio e, assim, conforme a influência do tempo e evolução da sociedade. Porém, já à época da Lei nº 8.245/1991, notou-se a preocupação em outorgar maior proteção ao locatário, notadamente, àquele não residencial, com proteção ao seu fúndo de comércio e direito à renovação da locação.

O tempo no direito aflige todos que militam na área, pois a situação de incerteza vem à tona quando da existência de lei nova que regula situações já consolidadas no tempo. Wilson de Souza Campos Batalha²⁹ aponta, com propriedade, que, em todas as épocas, sentiram os pensadores a necessidade de *mediação sobre o fluxo do tempo, que revela a destruição, a morte e o renascer dos dias, das coisas e de nós mesmos*.

O referido jurista, a par das questões filosóficas da influência do tempo, enfiaria o tema em sua obra já citada, de uma forma muito clara, valendo a pena aqui reproduzir seus ensinamentos sobre o “tempo no Direito”:

O tempo jurídico corta, opera dividindo, secando. Não é fluxo contínuo, não constitui um desenrolar-se, um envolver, um transformar-se. Opera por cortes e saltos numa realidade que *insta*, dura e se transforma paulatinamente. O tempo jurídico, na fixação dos termos e dos prazos, fatais, peremptórios, improrrogáveis ou prorrogáveis, corta a realidade que *dura*, distinguindo a legalidade de ontem da legalidade de hoje, separando a validade do que se fez ontem e a invalidade do que se fez hoje, o útil de hoje e o útil de amanhã, a perda e a aquisição, o castigo dos que dormiram até o dia “x” e o prêmio dos que permaneceram em ativa vigília até a data “y”. Mas como esses cortes numa realidade que dura, essas divisões numa vida social que flui e *insta* constituiriam flagrante injustiça, ou constituiriam justiça a gerar inseguranças, surgiu, no seio do conceito jurídico do tempo, a ideia da intemporalidade (p. 15). [...] A morte de uma lei e o nascimento de outra lei, caindo no fluxo da realidade, que perdura, impõem a indicação acerca da aplicabilidade um sistema jurídico intermédio ou de adaptação. Daí o conceito da intemporalidade, como o conjunto de soluções adequadas a atenuar os rigores da incidência do tempo jurídico com o seu poder cortante e desmembrador de uma realidade que *insta* e perdura. (p. 17)

O ponto principal a se perquirir é se se trata do fenômeno da intemporalidade ou se apenas de aplicação da lei a uma situação sem previsão legal. Da mesma forma, questiona-se a fluência do tempo e a criação, alteração ou até mesmo a extinção das leis que incidiram ou ainda incidem sobre determinados

negócios jurídicos e que quase sempre levantam discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do direito aplicável a cada situação jurídica estabelecida.

Certamente, aos contratos firmados antes da Lei nº 12.744/2012, nos quais nem se cogitavam impor ao locatário o ingresso da ação renovatória para garantir a continuidade do contrato, conforme os procedimentos da Lei nº 8.245/2012, mas cujo prazo final se dará na vigência dela, a incerteza de não ingressar com a ação renovatória será tamanha que se verá inúmeras demandas no Judiciário, mesmo com o pacto no contrato de renovação automática, dada a fragilidade de tal cláusula frente ao comando impositivo da Lei nº 8.245/1991 e as consequências nefastas que ela traz ao locatário que decai do seu direito de renovar a locação.

A título de exemplo, colhemos no Judiciário a petição³⁰ proposta por uma empresa locatária de um contrato do tipo *built to suit*, que aponta, em sua inicial, a dúvida que nos aflige, qual seja:

[...] salvo a hipótese de discordância da autora, o prazo contratual que se finda em 1º de novembro de 2013 deve ser automaticamente prorrogado pelo período de 10 (dez) anos, não havendo, portanto, possibilidade de se tornar um contrato por prazo indeterminado. Contudo, em que pese tal disposição, a autora entende por bem precaver-se, valendo-se da presente medida para ratificar a referenciada cláusula e assim evitar futuros argumentos que possam ser utilizados para, eventualmente, questionar a renovação automática da locação... (grifos nossos)

Percebe-se a ocorrência do fenômeno da fragilização das cláusulas ajustadas no contrato *built to suit* com a positivação de tal contrato na Lei de Locação. Referida lei é tão certa e aplicável às relações jurídicas que acoberta o que a vontade das partes manifesta em cláusulas bem redigidas, passando pelo caminho da incerteza de sua validade frente aos procedimentos rígidos da Lei nº 8.245/1991, como é o caso da existência de cláusula de renovação compulsória.

Situação diversa seria se o referido contrato não estivesse inserido nos procedimentos da Lei nº 8.245/1991 e se regesse pelos princípios e normas gerais do Código Civil. Em tal hipótese, o locador teria como obrigar o locatário a cumprir o contrato ou mesmo fazer valer a cláusula da renovação que, se não cumprida³¹, se reverteria em perdas e danos sem qualquer limitação, como vista na Lei nº 12.744/2012.

Mas, uma vez inserido tal contrato na Lei de Locação, nossa análise restringe-se a ela e, neste particular, constata-se que a fragilidade da cláusula da

³⁰ Disponível em: www.jbsp.jus.br. Acesso em: 31 jul. 2013. Processo nº 1014826-54.2013.8.26.0100, 9ª Vara Cível, Foro Central.

³¹ A exemplo dos arts. 422, 425, 473, parágrafo único, 474 e 475.

renovação automática não é assunto novo e nem haverá de surgir somente por causa dos contratos do tipo *built to suit*, ponto que nos causou estranheza.

Pesquisando sobre o tema, encontra-se, na jurisprudência, validação da cláusula de prorrogação automática, extinguindo as ações renovatórias propostas, por carência de ação, na modalidade da falta de interesse processual, como se lê nas emendas abaixo transcritas:

*Locação comercial. Renovatória. Existência de cláusula contratual de renovação automática. Ajuizamento da ação quando já verificada a renovação automática. Falta de interesse processual. Pretensão real de revisão do valor de aluguel e da forma de reajuste. Via inadequada. Carência da ação. Recurso improvido.*³²

*Locação de imóveis. Ação renovatória. Contrato com previsão expressa de renovação automática. Ausência de prova de manifestação de desacordo pela parte no prazo previsto na avença. Ausência de interesse processual. Sentença mantida. Na esteira de entendimento reiterado desta col. Corte, na medida em que o contrato entabulado pelas partes possui cláusula expressa de renovação automática da locação, e não existindo prova de manifestação contrária por qualquer dos contratantes, no prazo previsto na avença para tanto, carece a locatária de interesse processual para a presente demanda, cabendo-lhe buscar a via adequada para rediscutir os termos do pacto. Apelo improvido.*³³

Em verdade, estudando sobre o tema, denota-se que a doutrina clássica comentada por Pontes de Miranda, Miguel Maria de Serpa Lopes, entre outros, trouxe, com muita propriedade, a distinção entre prorrogação e renovação, deixando claro que, quando há cláusula de prorrogação, as partes nada mais querem do que perdurar o contrato no tempo, e não renovar as condições da locação, o que se encerra no acerto de decisões que julgam os locatários carecedores da ação quando há dispositivo de prorrogação no contrato.

Miguel Maria de Serpa Lopes³⁴ aponta, com propriedade, que:

A prorrogação da locação ocorre em nosso Direito nos seguintes casos: a) a prorrogação da locação pode ser tácita, mediante a presença de certos pressupostos, como a continuidade da posse pelo locatário, a despeito de terminado o prazo locativo, com o assentimento tácito do locador; b) pode resultar de uma cláusula contratual, prevendo a sua prorrogação, se não denunciado o contrato com um certo prazo de antecedência ou outra circunstância qualquer com igual efeito; c) por força de um contrato especialmente prorrogando a locação; d) finalmente, por determinação de lei. Quando a prorrogação provém de contrato especial ou

de cláusula contratual inserida no contrato prorrogado, a questão não comporta dificuldades.

Pontes de Miranda³⁵ defende a mesma ideia, esclarecendo que a lei não exige que todas as renovações sejam sempre judiciais, dada a autonomia da vontade das partes que podem prorrogar ou renovar, ou ainda, transformar totalmente o objeto do contrato.

Se assim é, por que o tema volta à tona nos contratos *built to suit*? Por que os locatários desse tipo de negócio imobiliário não fazem valer suas cláusulas? Talvez as respostas não estejam no campo do Direito, mas sim no campo financeiro e dos riscos que a não proposição da ação renovatória poderá implicar ao locatário.

A questão aqui ganha relevância na medida em que, na formação do contrato e na maior parte de sua execução³⁶, não existia norma jurídica que impusesse ao locatário a obrigação de demandar para ver seu contrato renovado. A renovação imposta pela Lei de Locação, se de um lado tem uma função protetiva ao fundo do comércio, do outro, encontra limitações quanto ao prazo da renovação³⁷, das garantias e das novas condições para o período renovando, além da imposição do ônus financeiro com o pagamento das custas calculadas em 12 vezes o valor do aluguel, que, nesses contratos, é altíssimo.

Aqui, vale a pena fazer breves parenteses quanto ao valor do aluguel para fins de custas da ação renovatória. Como dito alhures, o contrato *built to suit* agrega diversos outros custos em sua fase inicial, quais sejam, os valores da aquisição do terreno, da construção, dos impostos, das taxas, da mão de obra, enfim, todos os custos até a entrega da coisa (que é o objeto do contrato de locação pura e simples) para uso e gozo pelo locatário. Tais custos revertem-se no cálculo dos aluguéis³⁸ inicialmente previstos e crescentes na execução do contrato, longo por sua natureza. Assim, deveria a lei ter criado uma norma específica para o cálculo das custas para o ingresso da ação renovatória de contratos do tipo *built to suit*, de forma a minimizar os impactos financeiros de tal obrigação.

35 Op. cit., p. 71.

36 Considera-se aqui o prazo decadencial para a proposição da ação renovatória – entre 6 meses e um ano – e o longo prazo de execução do contrato *built to suit* que geralmente é de 10 a 20 anos. Logo, num contrato de contrato à Lei nº 12.744/7.

37 Entendendo a jurisprudência pelo prazo máximo de 5 anos, em consonância com a regra do art. 51 da Lei nº 8.245/1991, limitando, assim, a vontade das partes. Neste sentido: STJ, REsp 267.129/RJ, DJ 06.11.2000 e AgRg-AI 1.157.629/RJ, DJe 07.05.2012.

38 Designação que será adotada face à inclusão desse contrato na Lei de Locação.

32 Apelação nº 0002307-19.2008.8.26.0204, Registro nº 2013.0000170988, Rel. Hamid Beline, J. 26.03.2013.

33 Apelação nº 0001947-14.2008.8.26.0486, Registro nº 2013.0000064432, Rel. José Maltini, J. 18.02.2013.

34 Op. cit., p. 43.

3.2 O DIREITO INTERTEMPORAL E A LEI Nº 12.744/2012

Trataremos aqui da aplicação da Lei nº 12.744/2012 aos contratos *built to suit* firmados antes de sua existência, mas com a produção de efeitos após sua vigência. A questão é complexa, tendo a doutrina criado os conceitos de retroatividade máxima, média e mínima, como apontado por Antonio Jeová Santos³⁹. De outra parte, o já citado jurista Wilson de Souza Campos Batalha⁴⁰ coloca o estudo do tema de uma forma bem clara. Vejamos:

Nasce uma lei, mas há situações que não podem, ou não devem ficar sujeitas. Se a Justiça poderia exigir a aplicação imediata dos novos cânones, a segurança está a impor a estabilidade das relações e das situações. Até que ponto o valor de segurança, que integra a própria ideia do Direito, juntamente com os valores de justiça e bem comum, exige a persistência dos antigos preceitos e até que ponto se tornam aplicáveis as novas regras – eis o problema do conflito das leis no tempo, a concorrência de leis para reger relações e situações, a *dinâmica da intertemporalidade*. Quando uma lei nova entra em vigor, deparam-se-lhe três tipos fundamentais de situações jurídicas: a) as situações jurídicas iniciadas e findas antes da data de início de sua vigência (situações jurídicas pretéritas, como que fossilizadas); b) as situações jurídicas iniciadas antes de sua vigência, mas cujos efeitos perduram após essa data (situações jurídicas pendentes, como a árvore que produz seus frutos), e c) as situações jurídicas iniciadas após a data de sua vigência (situações jurídicas futuras).

A par dos conceitos de retroatividade máxima, média ou mínima, ou mesmo da ocorrência da retroatividade ou eficácia imediata da norma, o estudo em comento precisa ultrapassar um ponto nevrálgico da questão que se propõe estudar, qual seja, estamos diante da intertemporalidade no campo do direito das obrigações (contrato) ou no campo do direito processual (ação renovatória)?

A solução dada a cada caso será diferente conforme o campo em que o problema esteja sendo apreciado?

Em matéria contratual, como regra geral, vigora o princípio de que as leis não têm efeito retroativo nem imediato (Campos Batalha, p. 310, *apud* Roubier), uma vez que as obrigações regulam-se pela lei vigente ao tempo em que se verificarem os atos ou fatos jurídicos que lhes deram causa.

Para Roubier (segundo Campos Batalha), mesmo as disposições de caráter imperativo que limitam a liberdade das partes não se aplicam aos contratos em curso.

Tal princípio é aceito pela maioria da doutrina (João Luiz Alves, Espínola e Espínola Filho, Carlos Maximiliano, Oscar Tenório, Serpa Lopes *apud* Wilson Batalha, p. 317), tendo Carlos Maximiliano excepcionado tal regra nas obrigações duradouras ou perpétuas, das quais poderiam estar incluídas o contrato *built to suit*. É *escólio do nobre jurista que relações obrigacionais duradouras, como sejam contratos de fornecimentos e os de locação de serviços, passam a ser disciplinados pela lei nova, a partir de seu advento*⁴¹ (Wilson Campos Batalha).

Teriam os dispositivos da Lei nº 12.744/2012 status de norma de ordem pública? Há quem entenda que as leis de ordem pública são aplicáveis aos contratos em curso, embora, como apontado por Wilson Batalha, esse não seja o entendimento dominante, para citar Carlos Maximiliano e Roubier. Para o primeiro, as disposições imperativas, reformatórias ou proibitivas, inclusive as de ordem pública, em nenhum caso mudam a natureza dos contratos pretéritos, sendo que Roubier também não aceita a teoria segundo a qual as normas de ordem pública sejam sempre aplicáveis ao direito contratual.

Citando Roubier, Antonio Jeová Santos esclarece que aos contratos de execução continuada aplica-se o princípio *tempus regit actum* aos efeitos futuros dos contratos celebrados sob a existência de uma determinada lei.

Também a questão da extensão das normas de ordem pública foi objeto de ampla discussão na doutrina, tendo Planiol-Ripert e Henri Capitant⁴² enfrentado o tema da seguinte forma:

Segundo Planiol-Ripert (*Op. cit.*, t. I, p. 127), há leis novas que, destinadas a assegurar às atividades contratuais uma liberdade ou uma eficácia mais ou menos relevante, parecem dever suportar derrogações momentâneas resultantes de contratos anteriores, mas há leis, ao contrário, que se acham tão estreitamente ligadas a uma nova ordem econômica ou social que parecem exigir uniformemente aplicação imediata, é então que o juiz as qualifica como leis de ordem pública. Esclarecem que, nas épocas em que o legislador intenta dirigir a economia, o número dessas leis aumenta, porque a diversidade das situações é contrária à ordem indispensável para a direção das relações econômicas do Estado. A seu turno, Henri Capitant (*Op. cit.*, p. 80) distingue as leis imperativas fundadas sobre a ordem pública e as leis imperativas de proteção de interesses privados. As leis de ordem pública, ensina Capitant, devem ser aplicadas imediatamente, sem reservas, mesmo quando modificam convenções anteriormente celebradas e cujos efeitos ainda se não esgotaram.

39 "Da-se a retroatividade máxima, também chamada restitutória, quando a lei nova abrange a coisa julgada (sentença irrecorrível) ou os fatos jurídicos consummados [...]. A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os direitos exigíveis, mas não realizados antes da sua vigência..." Enfim, a retroatividade é mínima (temporada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos fatos anteriores, verificados após a data em que ela entra em vigor." (*Direito intertemporal e o novo Código Civil*, 2. ed. São Paulo: RT, 2005)

40 *Op. cit.*, p. 48/49.

41 *Op. cit.*, p. 317.

42 Ambos citados por Wilson Campos Batalha, p. 358/9.

Diante do posicionamento desses renomados juristas, a Lei nº 12.744/2012 teria o caráter de ordem pública ou de lei imperativa de proteção de interesses privados? Parece-nos que o contrato *built to suit* veio impulsionar a economia pública e privada, gerando uma infinidade de negócios em cadeia (compra e venda, construção civil, locação), interessando não só às partes, mas também à economia.

Este modelo de negócio imobiliário está em crescente ascensão, desperdiçando a atenção de todos os setores da sociedade, razão, inclusive, da preocupação do legislador em positivar esse contrato em nome da segurança jurídica das partes⁴³.

O Direito *versus* a economia, o interesse eminentemente privado das empresas em obter lucro *versus* o interesse público do Estado em assegurar a todos a *existência digna, conforme ditames da justiça social*, segundo os princípios da propriedade privada, defesa do consumidor e livre concorrência (CF/1988, art. 170) e atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica (CF/1988, art. 174), promulgando leis de repressão ao abuso do poder econômico, é que torna interessante a discussão do status da norma inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.744/2012.

O Professor Fábio Nuss⁴⁴ muito bem retrata a dicotomia entre o interesse privado do mercado e o público do Estado, tratando-a como uma falha de estrutura e trazendo, com lucidez, a figura do Estado na intervenção do domínio econômico:

[...] O poder do monopolista de provocar a escassez e fixar preços significa a compulsória entrega a ele de parcela extra da renda do consumidor. A defesa intransigente da liberdade do indivíduo frente ao poder político poderia levá-lo à perda dessa liberdade frente ao poder econômico, por alguma forma mantida. Começa-se, assim, a falar na intervenção do Estado na economia, ou no domínio econômico, e a aceitá-la, desde que cercada das indispensáveis cautelas para limitá-la ao estritamente necessário, a fim de suprir as disfunções maiores do sistema. No entanto, o debate em torno dessas imperfeições, acesso no período entre as duas guerras mundiais e mesmo depois, ao invés de inquirir definitivamente o mercado como base para a organização econômica e decretar a sua falência, concluiu por mantê-lo, ao reconhecer os seus indiscutíveis méritos. Levou, porém, ao surgimento de um outro centro decisório paralelo: o Estado. Este, até então visto como um mero interventor, passa a ter sua presença reclamada como um agente habitual. Aquelles setores da economia, insuscetíveis de equacionamento pelo mercado, deverão necessariamente ser atendidos pela ação co-

letiva. Isto não significa devesa ela agir contra o mercado, mas, pelo contrário, em harmonia com ele, suprimindo-lhe as deficiências, sem lhe tolher as condições de funcionamento. E mais, dar-lhe condições de operacionalidade e viabilidade, legitimando-o. (2001, p. 165)

Assim, refletindo um pouco sobre a dicotomia direito x economia, teria então a Lei nº 12.744/2012 o status de lei imperativa de ordem pública? Arriscaria em dizer que, nesse primeiro momento de adaptação da norma à realidade social, sim, mas há quem irá discordar, haja vista que a relação jurídica que a lei visa proteger é de caráter privatista.

No campo do direito das obrigações e, em especial, nos contratos de locação, a regra é a mesma: será aplicada a lei vigente ao tempo em que foi celebrado, conforme posição dominante da doutrina.

Questão interessante e que faz parte desse estudo diz respeito à lei aplicável em caso de *recondução tácita do contrato de locação* (nas palavras de Wilson Campos Batalha), que equivaleria a dizer, no linguajar popular, prorrogação do contrato de locação.

Neste ponto, o entendimento é no sentido de que o contrato será regido pela lei ao tempo em que for prorrogado, e não pela lei vigente ao tempo da celebração do ajuste. Porém, adverte Wilson Campos Batalha⁴⁵: “Se, porém, a recondução resulta de cláusula expressa do contrato inicial, aplica-se a lei vigente ao tempo em que este foi celebrado, por se tratar de mera cláusula relativa à sua duração”.

Nota-se, com tal observação, as dificuldades que encontrarão os juízes, advogados e demais profissionais do direito ao se depararem com um caso prático de renovação do contrato *built to suit* que contenha cláusula dispositiva neste sentido. Se assim for realmente, estará o locatário seguro em não propor a ação renovatória? Esta é uma indagação que se faz e que se espera que a doutrina e a jurisprudência, com a consolidação da lei aos contratos em curso, possam se manifestar a respeito, outorgando, realmente, maior segurança jurídica às partes, propósito final que a lei busca alcançar.

Como nesse aspecto dúvidas e dificuldades assombram os estudiosos do Direito, analisaremos agora se a Lei nº 12.744/2012 tem status de lei processual e o que pensa a doutrina sobre sua aplicação aos casos concretos e em curso.

É entendimento dominante que o processo rege-se pela lei do tempo em que foi ajuizado, tendo em vista a autonomia da ação em relação ao direito que ela visa proteger.

43 Neste ponto, já expressamos nossa opinião acerca da desnecessidade de positivar em nome da segurança jurídica. Mesmo antes da Lei nº 12.744/2012, o sistema jurídico brasileiro possui mecanismos eficazes para assegurar o cumprimento do contrato, sua execução e resolução, outorgando aos contratantes ampla segurança.

44 *Curso de economia – Introdução ao direito econômico*, 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

45 *Op. cit.*, p. 382.

Assim, antes da edição da Lei nº 12.744/2012, pairava dúvida acerca da incidência dos procedimentos da Lei de Locação aos contratos *built to suit*, diante da natureza híbrida da contratação, com a junção de vários contratos que não apenas a locação pura e simples, como já se comentou.

Tanto é verdade tal afirmação que o Tribunal Paulista teve a oportunidade de se manifestar sobre o pleito de um “locatário” no ajustamento de ação revisional de aluguel, entendendo, à época, que a contratação não se submetia ao regime jurídico da Lei nº 8.254/1991, valendo a disposição das partes, declarando válida a cláusula que previa a renúncia de tal direito⁴⁶. Nesse sentido, vejamos a ementa e trechos do bem lançado aresto:

Locação de imóveis. Ação revisional de aluguel. Contrato atípico (*built to suit*) que encerra amplo feixe de direitos e deveres, relativos a contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação imobiliária, além de outras características próprias. Cláusula de renúncia à revisão do valor da remuneração mensal paga pela autora válida e eficaz, na medida em que firmada paritariamente com a ré enquanto na livre administração de seus interesses patrimoniais disponíveis, não se confundindo com a renúncia ao direito constitucional de ação (CF, art. 5º, XXXV). Catência da ação confirmada. Trechos do acórdão: [...] Em razão da natureza do contrato (*built to suit*) – que não é, como quer fazer crer a autora, puramente de locação de imóvel, visto que esta é apenas uma de suas facetas, na medida em que apresenta elementos dos contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação, além de outras características próprias –, fizeram as partes constar do instrumento que o valor da remuneração mensal a encargo da autora não se referia somente ao uso e gozo do imóvel, mas também o custo de aquisição do terreno e da construção do imóvel pela ré, além de remunerar-lhe o capital próprio e de terceiros, obtido no mercado financeiro. Além disso, renunciaram o direito de pleitear judicialmente a revisão da remuneração (cláusula nº 21, h, à fl. 42). O negócio jurídico firmado entre as partes não se submete exclusiva ou preferencialmente ao regime jurídico das locações de imóveis urbanos para fins residenciais ou comerciais (Lei nº 8.245/1991). A avença contempla em seu bojo amplo feixe de direitos e obrigações às partes que extrapolam os limites da pura locação de imóvel, o que põe a legislação especial da locação em segundo plano quanto ao negócio jurídico sob exame, que deve ser regido pela autonomia da vontade privada, em atenção ao princípio da liberdade de contratar. (grifos nossos)

No mesmo sentido foi o julgamento da Apelação nº 0036632-84.2007.8.26.000 do TJSP:

[...] *Built to suit* (em português: “construído para servir”) é uma expressão conhecida no mercado imobiliário usado para identificar contratos de locação a longo prazo no qual o imóvel é construído para atender os interesses do locatário, já predeterminado.

46 Apelação nº 9156991-70.2008.8.26.000, Rel. Antonio Benedito Ribeiro Pinto, J. 04.05.2011.

Trata-se, portanto, de um contrato atípico (CC, art. 425).

[...] Não havendo regulamentação legal desse tipo de contrato, as partes podem ainda ajustar regras especiais não contempladas na Lei nº 8.245/1991. O locador, por exemplo, tem a possibilidade de captar fundos para o investimento, mediante garantia com os recursos advindos da locação do empreendimento, emitindo títulos reportados a valores imobiliários. Como a locação se faz, com garantia de cumprimento da obrigação do locatário, durante longo prazo (geralmente 10 ou mais anos), ao término da avença, o empreendedor recupera totalmente desembargado o imóvel, valorizado pela planta erguida no seu terreno. Não é, portanto, uma singela locação de imóveis.

Entretanto, com a edição da Lei nº 12.744/2012 e a referência expressa da aplicação dos procedimentos da Lei de Locação aos contratos *built to suit*, com aplicação imediata das regras processuais, como princípio geral, há de se afirmar que, para assegurar o direito à renovação, os locatários terão mesmo que ingressar com a ação renovatória para assegurar o direito à continuidade da avença, com ampliação, a nosso ver, do objeto da própria renovatória, como veremos a seguir. Extra-se tal conclusão da lição de Espinola e Espinola Filho (apud BATALLA, Wilson. *Tratado*, v. II, p. 245, contido no *Direito intertemporal*, p. 554):

Deve-se atender a que o direito à ação não resulta das leis processuais, e sim do direito objetivo material. Quem adquiriu um direito sob o império de uma lei adquiriu também o direito de invocar a proteção judicial para sua garantia e realização. É bem de ver, contudo, que não tem o titular do direito patrimonial adquirido, para sua segurança, um direito adquirido a uma determinada forma de processo, mas simplesmente o direito à ação judiciária assegurada ao seu direito, isto é, a agir perante o Magistrado competente, invocando a garantia inerente ao mesmo direito patrimonial.

Nesse tipo de contrato, como já se sinalizou, há um agrupamento de várias relações jurídicas que não só o uso e gozo da coisa pelo locatário; logo, a ação renovatória desse tipo de contrato há de ser vista pelo Magistrado de uma forma diferenciada, não se submetendo apenas à perícia para apuração do valor de mercado do aluguel. Inúmeros fatores haverá de ver considerados, com aumento significativo do espectro do objeto da ação renovatória.

3.3.0 VALOR DO ALUGUEL NA AÇÃO RENOVATÓRIA NOS CONTRATOS *BUILT TO SUIT*

Nada melhor que começar esse item com o sábio ensinamento de Pontes de Miranda⁴⁷: “Renovar não é prorrogar. Quem prorroga não renova. Nem renova quem prorroga”.

47 *Tratado de direito privado*. Parte especial. Direito das obrigações, renovação da locação. Atualizado por Cláudio Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo, RT, t. XLI, 2013, p. 65.

Parece óbvia tal afirmação, mas, no campo prático, essa obviedade não existe. Não é incomum e a prática assim atesta que, nas ações renovatórias, os locatários pretendem, no fundo, não renovar a locação, no sentido de renovar o contrato, as condições, mas, sim, de simplesmente prorrogar o pacto, tanto que deduzem pedido pleiteando “[...] manutenção das condições da locação, com valor reajustado para o período do contrato renovando...”.

Não é raro encontrar decisões que efetivamente limitem o alcance da ação renovatória, cingindo-se apenas a arbitrar novo valor de aluguel sem alterar quaisquer condições do contrato, já que isto estaria dentro da disponibilidade dos contratantes.

Entretanto, há de se registrar que, quando não a litigância, é justamente porque não conseguiram se compor na esfera extrajudicial e precisam se socorrer do Poder Judiciário para intervir na vontade privada manifestada naquele contrato que encontra resistência das partes na renovação.

Pontes de Miranda bem esclarece tais ideias:

Renovação não é prorrogação: porque não prorroga, não prolonga, não estende, nem é novação: porque não atinge o contrato em curso, não o nova, nem o perturba em seu adimplemento. Quem quer que tenha contratado pode ofertar e obter renovação, prorrogação, ou novação: o acordo entre os contratantes compõe o negócio jurídico bilateral, de que deflui, respectivamente, a eficácia renovativa, prorrogativa, ou novativa. A diferença é de ordem geométrico-jurídica: na novação, o negócio jurídico novo toma o lugar do anterior, pela substituição do devedor, ou do credor, ou da própria dívida, na prorrogação, o *tempus*, o prazo do negócio jurídico, prolonga-se, prorrogando o negócio jurídico mesmo, na renovação, outro negócio jurídico novo, se justapõe ao que havia.

Tais ensinamentos certamente deverão ser relembrados nas ações renovatórias envolvendo contratos *built to suit*, sendo certo que a prova pericial será determinante para a segurança jurídica das partes e orientação do julgamento, diante das várias facetas que esse tipo contrato apresenta.

Pesquisando sobre o tema, colhemos o julgamento de um agravo de instrumento pelo Superior Tribunal de Justiça⁴⁸, em 08.02.2007 que, a par das limitações processuais do conhecimento do recurso, apontou com propriedade a importância da perícia neste tipo de negócio.

No mais, quanto ao mérito, também sem razão a recorrente. Vê-se que o colegiado analisou os elementos de prova dos autos e cláusulas contratuais para decidir, de um lado, pela impossibilidade de se reduzir, imediatamente,

os aluguéis; de outro, pela manutenção do segredo de justiça. Confira-se os seguintes trechos do acórdão recorrido:

[...] conforme se vê dos termos do contrato firmado entre os litigantes ou sucessores, trata-se, em princípio, de avença complexa que abrangeu, além da locação em si, outros fatores, no denominado conceito *built to suit*, tal como se vê primeiramente do item a dos considerandos contidos no instrumento (fls. 77) onde se disse que se cuida de empreendimento construído de acordo com a necessidade específica do locatário, e sob sua encomenda, para o desenvolvimento de suas atividades e, mais adiante, no item 18.1 (fls. 93), quando se afirmou que a presente locação é ajustada em caráter *inuito personae*, uma vez que a locadora impar, através da interveniente Construtora, executará a construção da edificação, em regime *built to suit*, isto é, especialmente para atender as necessidades de uso da locatária Comsat e segundo suas especificações, visando aos aspectos de funcionalidade e desenvolvimento específico de suas atividades. Vai daí que, por esses fatores que se acham embutidos no contrato, não se mostra possível, em princípio, a imediata redução do locativo a pretensão valor de mercado quando não se pode estabelecer, desde logo, se o parâmetro adotado pelo perito contratado pela agravante observou os requisitos apontados, mesmo porque há de se ter em conta que a matéria exige exame mais aprofundado, ao longo da instrução processual, não sendo razoável a respectiva discussão final em sede de simples agravo de instrumento tirado contra liminar não acolhida pelo juízo nos moldes pretendidos pela recorrente. Por último, não se mostrou desarrazoado o deferimento do processamento da causa sob sigilo de justiça, em face das alegações da existência, no feito principal, de informações pertencentes a terceiros.

Nesse contrato, como já dito, o aluguel inicialmente fixado não é composto somente pelo uso e gozo, mas é composto visando à aquisição da coisa (terreno), sua adaptação (construção ou reforma) e entrega ao locatário.

Nota-se que o valor do aluguel na primeira fase do contrato *built to suit* é formado, geralmente, pelos seguintes elementos: (1) V/A/T (valor da aquisição do terreno) + (2) VCM (valor da construção e mão de obra) + (3) VAD (valor da administração da obra) + (4) V/A (valor estimado pela imobilização de ativo) = valor do investimento (V/I) a ser restituído pelo locatário, que não se confunde com o aluguel.

Após a entrega da obra e sua aceitação pelo locatário, entendemos que o contrato inicia uma nova fase, denominada por nós de “segunda”, qual seja, a fase em que ao valor do investimento (V/I) deve estar acrescido do valor estimado pelo uso e gozo da coisa locada (V/U/G).

Então, no contrato *built to suit*, durante sua longa duração (geralmente acima de dez anos), o “aluguel” deve ser entendido em duas fases: a primeira, na qual o valor não contempla o uso e gozo da coisa, mas sim o valor de sua aquisição e demais elementos de grande relevo financeiro; e, a segunda, na

48 STJ, AI 825.706/SP (2006/0118962-7), Min. Nilson Neves.

qual, entregue a obra, o locatário passará efetivamente a pagar pela fruição da coisa até a extinção do prazo contratual.

O ponto central é entender tal dinâmica quando o contrato adentra para a terceira fase: a fase da renovação do pacto, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial.

Quando o contrato entra nessa terceira fase, as partes, comumente, entram em choque porque os interesses, que antes eram convergentes, passam a ser divergentes, buscando o locador aumentar o valor do aluguel e o locatário em reduzi-lo. Ainda pode ser objeto de litígio a pretensão de alteração das condições contidas no próprio contrato, que não envolve só a locação, mas também todos os outros elementos que integram o contrato do tipo *built to suit*.

Para o locador, a Lei nº 8.245/1991 criou mecanismos limitadores da defesa a ser apresentada quanto à pretensão do locatário, nos termos do art. 72:

A contestação do locador, além da defesa de direito que possa caber, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, ao seguinte:

- I – não preencher o autor os requisitos estabelecidos nesta lei;
- II – não atender, a proposta do locatário, o valor locativo real do imóvel na época da renovação, excutida a valorização trazida por aquele ao ponto ou lugar;
- III – ter proposta de terceiro para a locação, em condições melhores;
- IV – não estar obrigado a renovar a locação (incisos I e II do art. 52).

Diz a lei que a contestação ficará adstrita quanto à matéria de fato aos acontecimentos que ela alegou. Ocorre que, com a evolução da sociedade, da economia e dos negócios imobiliários, o locador não pode, a nosso ver, ficar adstrito às situações descritas na lei, ainda mais em se tratando de contrato *built to suit* com a conjugação de vários elementos e situações não previstas no referido dispositivo legal.

Todas as críticas que já se fez pela opção legislativa de inclusão desse contrato na Lei de Locação aqui se ratificam, pois realçam a vulnerabilidade da lei frente às situações contempladas no contrato em estudo.

Assim, o que se pretende, nesta monografia, é chamar a atenção também para a instrução do processo nas demandas renovatórias. Terá o juiz que ter a sensibilidade e conhecimentos necessários para conduzir a demanda e não restringir a defesa às matérias descritas no transcritto art. 72 da Lei nº 8.245/1991, por se mostrarem insuficientes na discussão e arbitramento do novo valor do aluguel para o período renovando?

Poderão ambas as partes pretenderem alterar as condições básicas do contrato que quando da contratação fizeram sentido, mas que não se mostram mais presentes para o novo período?

Neste sentido, Vera Helena de Mello Franco⁴⁹ aponta, de uma maneira, muito interesse à visão dos economistas aos contratos, no que diz respeito aos seus efeitos, que vale a pena a transcrição para futura reflexão. Vejamos:

Para os economistas os contratos de duração continuada ou de trato sucessivo, e aquele de execução diferida, podem ser considerados incompletos, dada a possibilidade de que eventos futuros e imprevisíveis possam afetar o adimplemento das prestações acordadas, quer pela insuficiência de informações, quer pela falta da sua previsão. O fundamento para tanto reside no fato de que, no momento da transação, as partes não podem prever todas as variáveis que possam vir no futuro a incidir sobre o contrato durante sua execução. Esta impossibilidade de previsão pode conduzir ao aumento dos “custos de transações”, assim entendidos, conforme a lição de Rachel Szajn, “aqueles incorridos nas transações, ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercado; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes [...]”. Sobre o ponto Paula Forgioni, com apoio na doutrina específica, as seguintes causas na origem desta incompletude: “(i) impossibilidade de previsão do futuro; (ii) improbabilidade do acontecimento de certos fatos; pois ‘alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora [...]’, tendo em vista o dispêndio de tempo inadequado, *in casu*, para prever estas contingências”; (iii) “imprecisão da expressão do acordo [...]”, já que “a linguagem é naturalmente inexacta, de sorte que sempre haverá mais de uma interpretação possível para o texto do instrumento contratual [...]”.

Como se vê, a visão dos economistas muito mais se adequa ao contrato *built to suit* do que a visão da Lei nº 8.245/1991, que limita o espectro de discussão nas demandas renovatórias. Pesquisando sobre o tema, colhemos um julgado de 10.06.2013⁵⁰ que legitima a limitação do rol do art. 72 da mencionada lei, entendimento que nos causa preocupação em relação às demandas renovatórias que começarão a serem julgadas envolvendo os contratos *built to suit*.

Locação de imóvel não residencial. Ação renovatória. Terreno sem benfeitorias. Contrato que prevê a locação de apenas parte da área total do imóvel. Pretensão da locadora-ré, deduzida em contestação, objetivando a incorporação da área re-

49 Op. cit., p. 150/151.

50 TJSP Apelação nº 0001072-83.2010.8.26.0224, Registro nº 2013.0.000328285, Rel. Mendes Gomes.

manescente àquela efetivamente locada, para fins de majoração do novo aluguel. Rejeição. Aplicação dos princípios do "pacta sunt servanda", autonomia da vontade e boa-fé objetiva. Ampliação da área locada que, ademais, deve ser objeto de adiantamento contratual ou de discussão em ação própria, e não em ação renovatória, dado o rol taxativo de matérias de defesa passíveis de serem arguidas em contestação nesta ação. Art. 72 da Lei nº 8.245/1991 [...]. Trechos do acórdão: [...]. Ademais, e como bem observou a autora-apelante, há uma questão de cunho processual que impede a pretendida ampliação da área locada no caso em tela, qual seja, o rol taxativo, previsto no art. 72 da Lei do Inquilinato, das matérias de defesa que podem ser arguidas em sede de contestação na ação renovatória de contrato de locação. [...] Ora, a ampliação da área locada deve ser objeto de adiantamento contratual ou, então, de discussão em ação própria a ser ajuizada pela locadora-ré, não cabendo o seu exame na presente ação renovatória, sob pena de afronta ao referido dispositivo legal. (grifos nossos)

Observa-se pelo julgado acima que, por uma questão processual, as partes deixaram de resolver por completo todos os pontos de divergência que permeava aquele contrato, perdendo o Judiciário a oportunidade de estanciar a questão e apaziguar as partes, outorgando-lhes uma prestação jurisdicional integral. Relegar a discussão a um novo processo, ou ainda, a uma nova composição extrajudicial é, em nossa opinião, fazer letra morta aos princípios da economia processual, durabilidade razoável do processo, da segurança jurídica e da justiça social.

CONCLUSÃO

Constata-se, pelo sucinto estudo das características do contrato *built to suit*, que a opção legislativa em acrescentá-lo à Lei de Locação, apesar das observações feitas pelo autor do projeto que deu origem à Lei nº 12.744/2012, não foi a mais adequada para esse tipo de negócio imobiliário.

O contrato *built to suit*, não obstante a previsão no art. 54-A da Lei nº 8.245/1991, é misto, por contemplar inúmeras relações jurídicas relevantes do ponto de vista econômico, configurando-se a locação sua última fase.

Do ponto de vista econômico, os contratos podem ser considerados incompletos, dada a possibilidade de que eventos futuros e imprevisíveis possam afetar o adimplemento das prestações acordadas, quer pela insuficiência de informações, quer pela falta da sua previsão dada à possibilidade de que eventos futuros e imprevisíveis⁵¹, ponto de vista interessante e importante em demandas renovatórias de contratos *built to suit*.

51 Conforme escólio de Vera Helena de Mello Franco.

Do ponto de vista jurídico, com a incorporação do contrato *built to suit* à Lei de Locação, poderá haver uma mitigação da liberdade das partes na contratação, seja em razão da limitação imposta pela referida lei, seja pelo receio de se levar este contrato ao Poder Judiciário, face à rigidez dos procedimentos previstos na Lei nº 8.245/1991.

Como se vê, todavia, o mercado imobiliário está inserido num conceito muito mais amplo, pois irradia seus efeitos para além das partes, podendo atingir a sociedade e a economia de tal forma que o Estado intervém, legitimamente, para impedir e/ou limitar a prática de atos lesivos ao mercado. A crítica que se faz não se deve à edição da lei, mas sim à sua alocação na Lei de Locação.

A análise do direito aplicável e a intemporalidade no campo contratual também foi objeto de estudo, passando a análise para o questionamento se a Lei nº 12.744/2012 tem natureza de norma de ordem pública ou se de caráter nitidamente privatista.

Por fim, abordou-se a questão da renovação da locação em contraposição ao conceito de prorrogação, levantando-se a polêmica quanto ao rol taxativo do art. 72 da Lei nº 8.245/1991 frente ao contrato *built to suit*, para fins de defesa do locador e renovação das condições da locação que não inicialmente previstas quando da transação inicial, dada sua longevidade.

O que se pretendeu com este estudo foi justamente demonstrar a importância do mercado imobiliário e os reflexos no mundo externo que as decisões internas podem acarretar para toda a sociedade e economia.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato* – Teoria geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Sujeitos e objecto. Coimbra: Almedina, v. I, 1983.
- BATALHA, Wilson de Sousa Campos. *Direito intertemporal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Lei de introdução ao Código Civil*. Fontes e interpretação do direito. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1957.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: RIO, 1980.
- ESPINOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*. O estabelecimento comercial. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 2, 1952.

- FRA'ICO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato. Confronto com o direito europeu futuro*. 1. ed. São Paulo: RT, 2011.
- COMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. atual. por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LOPES, Miguel Maria de Serra. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. 4. ed. rev. e atual. por José Serra. Santa Maria/Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1993.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte especial. Direito das obrigações – Obrigações e suas espécies – Fontes e espécies de obrigações*. Ed. atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, v. 22, t. XXII, 2012.
- _____. *Pontes de. Tratado de direito privado – Parte especial. Direito das obrigações – Locação das coisas – Renovação de contrato de locação – Fretamento*. Ed. atual. por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: RT, v. 41, t. XLI, 2012.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – Introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Contratos*. 12. ed. atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2007.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio; RESTIFFE NETO, Paulo. *Locação. Questões processuais e substanciais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Bookseller, 2000.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil. Direito das obrigações. Direito hereditário*. 1. ed. atual. por Paulo Roberto Benasse. São Paulo: Bookseller, v. 3, 1999.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato – Lesão e imprevisão no CC/2002 e no CDC*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.
- _____. *Direito intertemporal e o novo Código Civil – Aplicações da Lei nº 10.406/2002*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- SANTOS, Cildo dos. *Locação e despejo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.
- WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos – Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. atual. colaboração Serry Glanz. São Paulo: RT, 1979.
- BRASIL. [Lei]. *Código Civil comentado*. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. 9. ed. São Paulo: RT, 2012.
- _____. [Lei]. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013.
- _____. [Lei]. Lei nº 8.245/1991.
- _____. [Lei]. Lei nº 12.744/2012.

- _____. [Lei]. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DISPONÍVEL em: <http://servicos.iceasc.gov.br/enaop/artigos/parceria_publicoprivadaprojeto_built-to-suit.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013.
- _____. <www.conjur.com.br/2013-abr-10/direito-comparado-analisecomparativista-contratos-built-to-suit>. Acesso em: 30 jul. 2013. Otávio Luiz Rodrigues.
- _____. <www.conjur.com.br/2013-abr-24/direito-comparado-rejeicao-reformas-revisao-contrato-built-to-suit>. Acesso em: 30 jul. 2013. Tema do artigo "Direito Comparado, 24.04.13, Rejeição de reformas e revisão de contrato built to suit".
- FERREIRA, William Santos. Artigo disponibilizado pelo autor em 14.08.2013, com publicação prevista na revista *Fórum Jurídico* em setembro deste ano.