

SUMÁRIO

CAPÍTULO 01

Visão geral da contratação built to suit

1. Introdução	23
2. Legislações e jurisprudência aplicadas ao <i>built to suit</i>	29
2.1 Legislações.....	29
2.2 Jurisprudência	33
2.3 A aplicação do <i>built to suit</i> na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)	37
2.3.1 Hipóteses de contratação direta na Lei nº 13.303/2016.....	41
2.3.2 A aplicação do Acórdão nº 1.301/2013 do Plenário do TCU para as empresas estatais	43
3. As faces do Direito na interpretação legal	45
4. O direito de propriedade	51
5. Licitação, dispensa ou inexigibilidade na contratação <i>built to suit</i>	54

CAPÍTULO 02

A contratação built to suit na prática

6. O planejamento da contratação <i>built to suit</i>	65
6.1 Justificativa da necessidade de obra pública (aquisição, construção ou substancial reforma)	67
6.2 Demais pressupostos exigidos no Acórdão nº 1.301/2013 do Plenário do TCU	69
6.2.1 Localização condicionante, preço de mercado e parcelamento do objeto	70
6.2.1.1 Demonstração clara de que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel	71
6.2.1.2 Demonstração de que o preço da locação é compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia	72
6.2.1.3 Demonstração de que a junção do serviço de locação com a eventual execução indireta de obra apresenta economia de escala e que, portanto, tal locação sob encomenda não ofende o princípio do parcelamento do objeto	75
6.2.2 Necessidade de novo imóvel, inexistência de imóvel na Administração Pública e fundamentação da decisão da escolha do BTS	80
6.2.2.1 Inexistência de imóvel disponível na Administração Pública	80
6.2.2.2 Fundamentação da decisão da escolha do BTS	84
6.2.2.3 Possibilidade de celebração de PPPs	87

6.3	A estimativa de preço da contratação.....	90
6.4	Estudo de viabilidade técnica econômica e ambiental (EVTEA)	93
6.5	Governança nas locações de imóveis – Acórdãos nºs 1.479/2019 e 779/2018 do Plenário do TCU	95

CAPÍTULO 03

Tipologias da contratação built to suit

7.	Tipologias do <i>built to suit</i>	99
8.	Tipologias do <i>built to suit</i> considerando as parcelas de aluguel e de investimento	106
8.1	BTS com obras de construção, com reversão do imóvel e em terreno da Administração Pública.....	108
8.2	BTS com obras de construção, com reversão do imóvel em terreno do particular	109
8.3	BTS com obras de construção, sem reversão do imóvel e em terreno do particular	112
8.4	BTS com obras de reforma, com reversão e em imóvel do particular	114
8.5	BTS com obras de reforma, sem reversão e em imóvel do particular	116

CAPÍTULO 04

A elaboração do edital na contratação built to suit

9. Elaboração do edital para licitação: preço máximo, prazo de reversão, anteprojeto e projeto básico	123
9.1 Projeto básico ou anteprojeto de arquitetura e engenharia no BTS?	123
9.2 Valor máximo no edital do BTS a título de aluguel e prazo para reversão do imóvel à Administração Pública.....	128
9.2.1 Parcelas fixas sem reajuste.....	132
9.2.2 Parcelas variáveis com reajuste.....	136
10. A utilização do pregão na contratação <i>built to suit</i>	140
11. Exigências de habilitação no <i>built to suit</i>	144

CAPÍTULO 05

Sugestões de consultas ao TCU sobre a contratação built to suit

12. Entes com prerrogativas de consultas junto ao TCU.....	149
13. Sugestões de consultas.....	151
14. Impactos do Projeto de Lei (PL) nº 1.292/1995 na contratação <i>built to suit</i> (em tramitação no Congresso Nacional para a nova Lei de Licitações)	156

14.1 Introdução ao Projeto de Lei nº 1.292/1995.....	156
14.2 Novidades e paralelos trazidos pelo PL nº 1.292/1995 em relação às licitações (Lei nº 8.666/1993), ao pregão (Lei nº 10.520/2002), ao RDC (Lei nº 12.462/2011) e às estatais (Lei nº 13.303/2016)	159
14.2.1 Rito procedimental	159
14.2.2 Modalidades de licitação	160
14.2.3 Regimes de execução.....	161
14.2.4 Critérios de julgamento.....	162
14.2.5 Procedimentos auxiliares das licitações	162
14.2.6 Garantia contratual.....	163
14.2.7 Valores-limite para dispensa de licitação.....	164
14.3 Alterações na contratação <i>built to suit</i>	165
14.3.1 Da fase preparatória (planejamento da contrata- ção).....	165
14.3.2 Das obras e dos serviços de engenharia.....	168
14.3.3 Da locação de imóveis	169
14.3.4 Da inexigibilidade da licitação	169

CAPÍTULO 06

Parcerias público-privadas (PPP)e concessões

15. Introdução sobre PPPs e concessões	173
15.1 Parcerias público-privadas (PPPs).....	173
15.2 Concessões de serviços públicos.....	180

CAPÍTULO 07

Permuta de imóveis

16. Requisitos para permuta de imóveis na Administração Pública federal.....	185
---	-----

CAPÍTULO 08

Conclusões

17. Considerações finais.....	195
18. Referências.....	197
19. Anexos.....	202
ANEXO I - Entrevista publicada pela Escola de Adminis- tração Pública (ENAP) com o Engº Jorge Leitão e o Engº Cláudio Sarian Altounian	202
ANEXO II - Modelo de edital para contratação <i>built to suit</i>	212

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: O processo de licitação, contratação e execução de obra pública.....	65
Figura 2: Tipologia 1 do BTS	99
Figura 3: Tipologia 2 do BTS	100
Figura 4: Tipologia 3 do BTS	101
Figura 5: Tipologia 4 do BTS	102
Figura 6: Esquema de BTS com obra de construção com reversão em terreno público	108
Figura 7: Esquema de BTS com obra de construção com reversão em terreno do particular	109
Figura 8: Esquema de BTS com obra de construção sem reversão em terreno do particular	112
Figura 9: Esquema de BTS com obra de reforma com reversão em terreno do particular	114
Figura 10: Esquema de BTS com obra de reforma sem reversão em imóvel do particular.....	116
Figura 11: Esquema do fluxo de caixa com parcelas fixas sem reajuste.....	132
Figura 12: Esquema do fluxo de caixa com parcelas variáveis com reajuste.....	137
Figura 13: Esquema comparativo entre o fluxo de caixa com parcelas fixas e parcelas variáveis	138

Figura 14: Esquema serviços <i>versus</i> obras	141
Figura 15: Esquema da capacidade de geração de receita	176
Figura 16: Fases para contratações de PPP e de concessões.....	178
Figura 17: Cálculo do VPL de um fluxo de caixa.....	178
Figura 18: Evolução do escopo contratual de uma obra tradicional até uma concessão	181
Figura 19: Características dos contratos de obras tradicionais e de concessões	182

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Parâmetros para elaboração de edital para cada tipologia de BTS	125
Tabela 2: Cálculo do número de parcelas no BTS com taxa de 1% a.m.	129
Tabela 3: Simulação da taxa com prazo de amortização de 300 meses.....	130
Tabela 4: Simulação da taxa com prazo de amortização de 270 meses.....	130
Tabela 5: Simulação da taxa com prazo de amortização de 240 meses.....	130
Tabela 6: Simulação para cálculo do valor da parcela com taxa de 1% a.m.....	132

1. Introdução

No atual cenário econômico de contenção de gastos e de investimentos públicos, restaram poucos caminhos para a Administração Pública viabilizar instalações adequadas para seus órgãos e suas entidades. Em razão da dificuldade de aportar recursos para a contratação de obras públicas em curto espaço de tempo, o caminho que se mostra viável é a busca de alternativas junto aos investidores privados para contornar as dificuldades de caixa percebidas neste momento.

A contratação *built to suit* (BTS),¹ ou locação sob medida, é uma dessas novas alternativas à disposição das organizações públicas e consiste, basicamente, na utilização de edifícios já construídos, com reforma substancial a cargo do particular, para o atendimento das necessidades específicas do órgão público por meio de pagamento de valor mensal. Evitam-se, assim, altos investimentos na execução de obras.

A contratação *built to suit* também pode consistir em aquisições e obras de construção feitas pelos investidores privados, a fim de atender às necessidades específicas das organizações públicas.

Com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, em 15 de dezembro de 2016, também chamada de “PEC do teto dos gastos”, que limitou os dispêndios de todos os órgãos públicos federais por 20 anos, reajustados apenas pelo IPCA,

¹ *Built to suit* ou *build to suit* (em português, “construída para servir” ou “construir para servir”).

abriu-se um novo cenário para o gestor público no que se refere aos investimentos, notadamente para as obras públicas. A execução de obras deverá ser dificultada diante das crescentes despesas de custeio e de pessoal, que ensejarão a redução dos investimentos para o enquadramento dos valores nos limites definidos pela EC nº 95/2016.

Portanto, a inovação será a tônica de atuação dos gestores públicos a partir de agora, haja vista que a necessidade de infraestrutura para o desenvolvimento do país é contínua. As modelagens *built to suit* são opções viáveis para suprir essa demanda, pois são maneiras de utilização do capital privado para execução de obras em proveito da Administração Pública, seja por amortizações ao longo do tempo para essa aquisição, seja por reforma substancial ou obra de construção (“obra do zero”).

As vantagens para a Administração Pública são inúmeras, uma vez que evita dispêndios elevados antes da utilização do empreendimento e concentra a força de trabalho na atividade-fim da organização. Além disso, também é possível apontar:

- ausência de elevado investimento inicial;
- aporte financeiro de forma diferida;
- a Administração começa a pagar pela fruição ou amortização somente após o início da utilização do imóvel;
- utilização de edificações construídas de acordo com a necessidade específica da organização;
- transferência de todos os esforços de execução da obra, fiscalização de contrato e acompanhamento da quitação de encargos ao particular;

- redução de equipes alocadas em licitação, contratação e fiscalização de obras públicas;
- facilidade na obtenção de dotação orçamentária;
- diminuição do tempo de planejamento e execução, pois os investidores privados são mais ágeis nas ações;
- troca de dívida para investimentos em infraestrutura por compromisso de pagamento;
- priorização dos recursos orçamentários para as funções constitucionais exclusivas do Estado;
- redução do compromisso de investimento público em setores nos quais é viável o investimento pela iniciativa privada;
- transferência do risco do negócio ao particular, a julgar o investimento inicial partir deste.

O negócio é sempre bom e duradouro quando é lucrativo para ambas as partes pactuantes. Nesse sentido, para as empresas privadas, há uma diminuição das cargas tributárias, notadamente quanto ao IRPJ e à CSSL, como bem conduzido por Nakamura:

Outra vantagem para as empresas é a possibilidade de contabilização dos valores pagos em decorrência dos contratos de *built to suit* como despesas operacionais, com redução da carga tributária, em razão da possibilidade de dedução dos valores pagos a título de aluguel na apuração do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, tributado com base no lucro real, e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL. Tal redução tributária tem se mostrado como um dos fatores preponderantes para o crescimento do *built to suit*. (NAKAMURA, 2016, p. 349.)

Os orçamentos da União, dos estados e dos municípios são limitados, sobretudo em razão da crise econômica que estamos atravessando; da diminuição da capacidade produtiva e da minoração quanto aos recolhimentos tributários; e da limitação imposta pela EC nº 95/2016. Assim, a utilização de capital público em obras de construção ou reforma de um imóvel não é a melhor opção ao interesse público. Na onda do liberalismo econômico, o investimento público deve ser direcionado às atividades-fim do Estado, tais como educação, saúde e segurança pública, passando à iniciativa privada os investimentos que fogem dessa área vital estatal e que a tecnologia e o *know how* são plenamente dominados pelo meio empresarial.

A contratação *built to suit*, em qualquer de suas formas de contratação, é uma das modelagens disponíveis aos gestores públicos que propicia ganhos de economicidade e eficiência. Com seu viés descentralizado e apenas controlado pelo Poder Público, não há necessidade, efetivamente, de execução por seus próprios meios.

Para uma melhor visualização desse tipo de contratação, passamos a conceituar a modalidade BTS pelas mãos do Ministro Benjamin Zymler, no voto revisor do Acórdão nº 1.301/2013 do Tribunal de Contas da União (TCU):

5. [...]

a) a operação *built to suit* ou *build to suit* é mais conhecida no Brasil como “locação sob encomenda” ou “locação com obrigação de fazer”. Ela é utilizada pelos setores industrial e de varejo tanto no exterior quanto no Brasil, visando restringir a imobilização de ativos ampliar o aporte de recursos para a atividade finalística do locatário;

b) a operação *built do suit* consiste na locação de um imóvel construído pelo futuro locador conforme especificações pré-definidas pelo futuro locatário. O locador recebe alugueis cujo valor permite o retorno dos investimentos realizados na construção e a remuneração do uso do bem imóvel por um longo período previamente ajustado;

[...]

d) uma operação *built to suit* não pode ser considerada uma mera locação. Ao locador cabe adquirir o terreno (via de regra), elaborar projetos, construir e entregar o imóvel pronto, receber remuneração pelo uso do imóvel e obter o retorno dos investimentos alocados. É possível, ainda, securitizar o contrato, os títulos serão como lastro o valor dos alugueis acordados. Já ao locatário cabe definir a localização ideal, elaborar as especificações detalhadas das instalações necessárias, analisar e aprovar os projetos, fiscalizar a execução da obra, receber o imóvel pronto e pagar as parcelas locatícias, durante o prazo acordado, que varia, em média, de 8 a 15 anos; (TCU, Acórdão nº 1.301/2013, Plenário, Rel. André Luís de Carvalho, j. em 29.05.2013.)

O Acórdão nº 1.479/2019, que trouxe recomendações à governança nas locações de imóveis na Administração Pública federal (APF), identifica três modelos de locações: locação tradicional, locação com *facilities* e locação *built to suit*. Vejamos:

5.1 - locação tradicional: neste modelo, o espaço físico é locado sem serviços inclusos, sendo cada um desses serviços acessórios contratados independentemente.

5.2 - locação com *facilities* (modelo de condomínio): pode-se definir o termo *facilities* como a aplicação de um conjunto de mão-de-obra especializada em determinados serviços no âmbito de uma organização. Neste modelo, o locatário aluga não só o espaço físico, como serviços à sua operação, a exemplo de limpeza, administração predial, recepção, vigilância etc.; e

5.3 - locação "*built to suit*": o termo *built to suit* é usado para referenciar contratos de locação nos quais o locador investe recursos monetários em um determinado imóvel com o fito de ajustá-lo às

necessidades de um locatário específico. Isto é, o imóvel é customizado de acordo com as necessidades de um dado locatário. Em regra, tais contratos são atípicos (neles prevalecem as condições livremente pactuadas no contrato respectivo, e não os dispositivos da Lei 8.245/1991) e os valores pagos a título de aluguel incluem a amortização dos investimentos feitos pelo locador. (TCU, Acórdão nº 1.479/2019, Plenário, Rel. Vital do Rêgo, j. em 26.06.2019.)

Não integram o escopo desta obra as locações tradicionais e as locações com *facilities*. Sem embargo, faz-se mister adotar medidas quanto à metodologia para seleção do modelo de locação a ser efetivado, considerando os custos de mudança e das obras de reforma quando da restituição do imóvel (item 9.1.2.1 do Acórdão nº 1.479/2019 do Plenário do TCU).

Assim, nosso intuito aqui é traçar um roteiro para que o gestor público possa caminhar com mais segurança na opção *built to suit*, haja vista ser uma solução relativamente nova para o setor público e, principalmente, sem um marco legal que dê segurança jurídica ao processo, como passamos a detalhar a seguir.