

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDO JUNQUEIRA BERTONCINI

**CONTRATO *BUILT TO SUIT* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE E DA EFICIÊNCIA
ADMINISTRATIVA**

**FLORIANÓPOLIS
2017**

EDUARDO JUNQUEIRA BERTONCINI

**CONTRATO *BUILT TO SUIT* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE A
PARTIR DOS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE E DA EFICIÊNCIA
ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora do Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam

FLORIANÓPOLIS

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Contrato *Built to Suit* na Administração Pública: uma análise a partir dos princípios da sustentabilidade e da eficiência administrativa**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Eduardo Junqueira Bertoncini**, defendido em **28/11/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 28 de novembro de 2017



José Sérgio da Silva Cristóvam
Professor Orientador



Pedro de Menezes Niebuhr
Membro de Banca



Felipe Boselli
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Eduardo Junqueira Bertoncini

RG: 5690654 SSP/SC

CPF: 087.450.239-05

Matrícula: 13100108

Título do TCC: Contrato *Built to Suit* na Administração Pública: uma análise a partir dos princípios da sustentabilidade e da eficiência administrativa.

Orientador (a): Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, **Eduardo Junqueira Bertoncini**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de novembro de 2017.

EDUARDO JUNQUEIRA BERTONCINI

AGRADECIMENTOS

À minha família, meus pais e meu irmão, pela educação que tive. Por incentivarem meu desenvolvimento, apoiarem as minhas escolhas e darem todo o suporte necessário. Tenho a sorte de contar com o afeto e carinho proporcionados por vocês diariamente.

À minha namorada, pelo companheirismo e afeição. Por encorajar-me a perseguir meus objetivos e pelo extraordinário exemplo de disciplina. Por fazer-me crer que tudo é possível.

Aos amigos de sempre e àqueles conquistados neste curso, por tornarem os dias mais alegres e renovarem o ânimo para seguir adiante.

Aos chefes e colegas de estágio que tive ao longo da Graduação, por permitirem verdadeira experiência prática que possibilitou escolhas profissionais.

Aos professores que tive, especialmente na Graduação, por instigarem a reflexão jurídica para além da sala de aula. Merecem todo o reconhecimento.

Por fim, ao Professor Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, pela orientação desta monografia e pelas primorosas aulas na Graduação, que resultaram no meu interesse pela temática deste trabalho.

“O valor de praticar com rigor, por algum tempo, uma *ciência rigorosa* não está propriamente em seus resultados: pois eles sempre serão uma gota ínfima, ante o mar das coisas dignas de saber. Mas isso produz um aumento de energia, de capacidade dedutiva, de tenacidade; aprende-se a *alcançar um fim de modo pertinente*. Neste sentido é valioso, em vista de tudo o que se fará depois, ter sido um homem de ciência.”

NIETZSCHE (1878)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a possibilidade da promoção dos princípios da eficiência e da sustentabilidade na Administração Pública por meio do contrato *Built to Suit*. Nesse sentido, é apresentado o panorama tradicional da atividade administrativa pautada em princípios, para após constatar-se a superação do regime jurídico administrativo estruturado na supremacia do interesse público e verificar os novos princípios regentes da Administração Pública, com abordagem específica do primado da eficiência. Assim, por meio de uma análise do ajuste e do princípio da eficiência, propõe-se verificar a promoção deste último a partir de três acepções distintas e complementares da atividade administrativa eficiente: resultado, economicidade e sustentabilidade. Nessa ordem de ideias, busca-se demonstrar as particularidades do contrato *Built to Suit*, bem como os aspectos controvertidos que orbitam a espécie negocial. Ainda, trata-se do histórico e vantagens do pacto em exame. Para tanto, é realizada investigação da doutrina de autores consagrados e expoentes. Também, verifica-se as disposições do tema positivadas na legislação brasileira, bem como diretrizes de organismos públicos de execução e controle.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípios. Eficiência. Contrato *Built to Suit*. Sustentabilidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADA EM PRINCÍPIOS	12
2.1 Princípios constitucionais estruturantes do Direito Administrativo	12
2.1.1 Princípios constitucionais clássicos do Direito Administrativo.....	14
2.1.2 Princípios estruturantes do novo regime jurídico-administrativo	17
2.2 O Princípio da Eficiência e a atuação administrativa	22
2.2.1 Contratação Administrativa fundamentada na eficiência.....	27
3 PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA POR MEIO DO CONTRATO BUILT TO SUIT	32
3.1 Eficiência como resultado.....	32
3.2 Eficiência como otimização de recursos.....	36
3.3 Contrato Built to Suit e administração sustentável.....	38
4 CONTRATO BUILT TO SUIT NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	47
4.1 Histórico.....	47
4.2 Aspectos legais	51
4.3 Vantagens da modalidade de ajuste	55
4.4 Aspectos controvertidos.....	57
4.4.1 Aplicação das cláusulas exorbitantes no contrato Built to Suit: regime jurídico-administrativo.....	57
4.4.2 Revisão contratual ou rescisão contratual por parte da Administração Pública	67
4.4.3 Prazo do contrato.....	69
4.4.4 Built to Suit e o direito de superfície	70
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

Os contratos celebrados pela Administração Pública, assim como toda atividade administrativa, seguem uma série de princípios atinentes ao regime jurídico-administrativo. Mais a fundo, representam meios promotores dessa fundamentação principiológica. Um dos princípios relevantes na atuação do Poder Público é o da eficiência. A atualidade exige, também, observância do princípio da sustentabilidade. Dessa forma, o tema central do presente estudo é a promoção dos princípios da eficiência e da sustentabilidade na Administração Pública por meio do contrato *Built to Suit*.

Para delimitação do tema, parte-se da análise dos princípios regentes da atividade administrativa, com atenção específica à eficiência. Nesse sentido, busca-se a relação da atuação administrativa eficiente com as inovações proporcionadas pelo contrato *Built to Suit* nas contratações públicas.

O contrato *Built to Suit* é um pacto de locação ajustada, em que o locador procede à prévia aquisição, construção ou reforma substancial de um bem para deixá-lo exatamente conforme as exigências do locatário. As mensalidades do aluguel, assim, remuneram tanto o uso do bem como o investimento realizado pelo locador-empresendedor.

Sobre as justificativas do trabalho, cumpre destacar a hodierna existência da espécie contratual examinada. O contrato *Built to Suit* na esfera privada encontra-se, desde 2012, disciplinado no artigo 54-A da Lei de Locações - 8.245/1991. Na seara do Direito Administrativo, contudo, tal espécie contratual só foi disposta em lei no ano de 2015, por meio do artigo 47-A da Lei 12.462/2011 - Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Em virtude da recente legislação do tema, pouco se explorou a questão deste contrato aplicado na Administração Pública. Como consequência, o reflexo do princípio da eficiência nessa espécie contratual ainda não foi devidamente estudado.

Ainda, a análise do princípio da eficiência relacionado com o contrato *Built to Suit* é convergente com a situação nacional atual, em que há clara necessidade de melhoria da infraestrutura dos serviços públicos e de maior cuidado com o erário, tendo em vista a conjuntura financeira, política e social brasileira.

Ademais, um dos atuais desafios do novo Direito Administrativo é a relação público-privada e parcerias de investimentos, de maneira que o contrato em estudo aparece como ferramenta interessante também nesses aspectos.

Os contratos representam as relações negociais, com traço marcante de desenvolvimento econômico e social. Dessa forma, o contrato *Built to Suit* aplicado à Administração Pública apresenta uma faceta multidisciplinar, que intercala dimensões do direito público e privado. O objeto do estudo se relaciona com diferentes ramos do direito, sendo influenciado principalmente pelos princípios e normatizações administrativistas, com presença do direito contratual administrativo e interessantes reflexos na área do direito imobiliário, sem deixar de lado toda a conjuntura constitucional. Outrossim, em virtude da ótica proposta na monografia, há relevantes reflexos em questões ambientais e de outras ciências, o que tornou necessário observar disposições sobre construção “verde”, por exemplo.

Ao mesmo tempo, é um tema pouco explorado e em forte expansão de uso prático, em razão do avanço econômico e negocial da sociedade contemporânea que, como será visto, deve guardar atenção aos aspectos da sustentabilidade.

Feitas essas considerações sobre o recorte temático proposto, formula-se o seguinte problema central: é possível promover a atuação administrativa de resultados, pautada nos princípios da eficiência e da sustentabilidade, com qualidade e economia na prestação dos serviços públicos, por meio da utilização do contrato *Built to Suit* na Administração Pública?

Por consequência, a formulação desse problema conduz à subsequente hipótese básica: é possível que o contrato em apreço promova o princípio da eficiência na Administração Pública, com alocação inteligente dos recursos públicos e bens móveis e imóveis construídos de acordo com as necessidades e expectativas da Administração Pública, de maneira sustentável, oferecendo-se aos administrados serviços públicos de qualidade.

Com o intuito de estabelecer parâmetros adequados ao desenvolvimento da temática, fixa-se algumas variáveis: princípios clássicos do direito administrativo; princípios estruturantes do novo regime jurídico-administrativo; eficiência administrativa; contratos da Administração Pública; serviços públicos de qualidade, sustentabilidade.

Como objetivo geral, busca-se averiguar as peculiaridades da espécie contratual em análise, juntamente com sua repercussão no princípio da eficiência e sua contribuição para o desenvolvimento sustentável da Administração Pública brasileira.

Estabelecido este objetivo geral, o desdobramento necessário é a definição dos seguintes objetivos específicos: examinar o princípio da eficiência nos contratos administrativos; estudar a redução dos impactos financeiros proporcionada pelo contrato *Built to Suit*; analisar a atuação administrativa focada nos resultados; pesquisar as cláusulas exorbitantes e o regime jurídico administrativo aplicado à espécie contratual escrutinada;

perquirir as implicações da revisão contratual e rescisão contratual da espécie em questão e verificar o fomento da sustentabilidade na atividade administrativa.

A metodologia utilizada consiste na pesquisa descritiva, adotado o método de abordagem dedutivo e procedimento monográfico, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, com revisão de textos.

Como estrutura, optou-se pelo recorte do trabalho em três capítulos. O primeiro é dedicado ao exame da relação entre princípios e atividade administrativa. Busca-se, logo de início, verificar o arquétipo clássico da principiologia constitucional administrativa e suas pilares. Propõe-se, então, a superação do paradigma tradicional do regime jurídico-administrativo, substituindo a estrutura fundada no princípio da supremacia do interesse público pelos primados da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e no princípio republicano, com embasamento na construção teórica de Cristóvam. Em seguida, verifica-se as questões da eficiência e atuação da Administração, passando-se então para a contratação administrativa fundamentada nesse princípio.

A promoção dos princípios da eficiência e da sustentabilidade como obrigação imposta à Administração e sua conexão com o *Built to Suit* é o foco do segundo capítulo. Isto posto, a proposta é averiguar o incremento da eficiência compreendida em três acepções distintas, mas complementares: como resultado, interpretação ligada à prestação de serviços públicos de qualidade; como otimização de recursos, significado relativo à economicidade, e como sustentabilidade, ideia correlacionada com o desenvolvimento social e ambiental.

O terceiro capítulo destina-se à abordagem do contrato *Built to Suit*, com a finalidade de verificar sua serventia na promoção dos princípios da sustentabilidade e da eficiência administrativa. Após o histórico e conceituação da espécie negocial, são explicados os elementos legais, bem como apresentadas algumas vantagens da modalidade de ajuste. Na sequência, pretende-se elucidar os aspectos controvertidos, como a aplicação das cláusulas exorbitantes, o regime administrativo regente, as possibilidades de revisão e rescisão contratual unilateral, o prazo do contrato e a viabilidade de concessão do direito real de superfície na hipótese do empreendimento feito em terreno da Administração Pública.

A aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do CCJ/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nele são expostos.

2 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA FUNDAMENTADA EM PRINCÍPIOS

2.1 Princípios constitucionais estruturantes do Direito Administrativo

O constitucionalismo contemporâneo apresenta os princípios jurídicos como espécies normativas, transformando-os em meio de relação entre a prática e teoria, base de sustentação para todo o ordenamento jurídico, como explica Cristóvam (2016, p. 28). De acordo com o autor, os princípios constitucionais são espécies normativas que fundamentam e dão coerência a todo o sistema jurídico constitucional (2016, p. 89).

Mas não só. Ainda conforme Cristóvam, com a nova hermenêutica constitucional e teorias do neoconstitucionalismo, deixa-se de lado a noção fraca de princípios apenas programáticos e sugestivos, para que diversos princípios constitucionais passem a ser normas estruturantes e vinculativas ao Estado e indivíduos (2015, p. 221).

Para Ataliba, os princípios expressam a vontade popular e seus anseios, funcionam como alicerces norteadores do sistema jurídico e apontam os rumos a serem seguidos, e por essas razões, por serem linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição, devem ser prestigiados (2011, p. 35).

A principiologia, portanto, está presente por todo o ordenamento jurídico, de maneira que o Direito Administrativo também contenha seu núcleo de princípios, além daqueles princípios gerais e interdisciplinares.

Nesse sentido, conforme lição de Carvalho Filho, os princípios administrativos exercem a função de fundamentos da atuação da Administração Pública, norteando suas relações internas e externas, com servidores, administrados, outros entes públicos e privados (2013, p. 18).

Já no entendimento de Di Pietro, os princípios sempre exerceram relevante papel no Direito Administrativo, pois permitem que o Judiciário e a Administração equilibrem as relações entre as prerrogativas da Administração e os direitos dos administrados (2017, p. 94).

Para verificar a promoção do princípio da eficiência na Administração Pública por meio do contrato *Built to Suit*, é necessário uma análise da principiologia aplicada ao Direito Administrativo, sobretudo no que diz respeito aos princípios que traçam as linhas mestras da atuação administrativa.

Os princípios constitucionais estruturantes do Direito Administrativo representam o norte a ser seguido pela atividade da Administração.

Conforme ensina Cristóvam, o entendimento tradicional é no sentido de que o princípio de maior relevância na ordem administrativa é o da supremacia do interesse público sobre o privado, que “fundamenta e estrutura todo o arcabouço teórico e normativo do regime jurídico-administrativo, a funcionar como genuíno suporte e fonte de legitimação”, justificando portanto a posição verticalizada da Administração Pública em relação aos particulares, evidenciada pelos privilégios e prerrogativas (2015, p. 245).

Esse é o entendimento de Di Pietro. Para a autora, o regime jurídico-administrativo pode ser resumido em duas noções: prerrogativas e sujeições (2017, p. 92). Nesse passo, assevera que os princípios da legalidade – sujeição – e o princípio da supremacia do interesse público – prerrogativas – representam a bipolaridade do Direito Administrativo, no sentido da liberdade do particular e autoridade da Administração, sendo por consequência princípios “essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais” (2017, p. 94).

Em consonância com essa ideia, Carvalho Filho afirma que toda a atividade administrativa é realizada para a coletividade, com vista a algum interesse público, inclusive com a prevalência deste sobre um interesse privado em eventual conflito (2013, p. 33). Reconhece, assim, a supremacia do interesse público, ainda que não considere um princípio exposto, mas sim um princípio reconhecido e que rege toda a atuação da Administração Pública, um verdadeiro princípio geral (2013, p. 33).

No entender de Osório, “a superioridade do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional que incide no Direito Administrativo brasileiro, ora como regra, ora como princípio.” (2000, p. 105).

O ponto crucial, contudo, é que há um processo de mudança nas estruturas do Direito Administrativo, principalmente com a nova ordem constitucional. A ideia de supremacia do interesse público como princípio estruturante do regime administrativo não se sustenta, pois de acordo com Cristóvam, “o fundamento de regras e princípios da disciplina jurídico-administrativo” passa a residir “na própria estrutura normativa constitucional”, afastando-se o centralismo estatal e criando a estrutura com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano (2015, p. 247).

Essa nova base estrutural do regime administrativo prestigia uma Administração Pública mais plural e democrática, menos impositiva, de maneira que a atuação administrativa passa a ser mais eficiente, uma vez que não apenas socorre as demandas sociais, mas sim participa de todo o processo.

Passa-se, a seguir, uma análise dos princípios constitucionais clássicos regentes da atividade administrativa, entre eles o princípio em foco nesta monografia, para, após, ser possível traçar a nova estrutura do regime jurídico-administrativo.

2.1.1 Princípios constitucionais clássicos do Direito Administrativo

Os princípios constitucionais clássicos do Direito Administrativo aqui abordados são aqueles dispostos expressamente no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Embora existam outros princípios aplicados à Administração Pública, constitucionalmente dispostos ou presentes em leis infraconstitucionais, o recorte proposto encontra os princípios consagrados no artigo 37, que recebeu posteriormente, com a EC 19, o princípio da eficiência, de maior interesse para essa monografia.

Os cinco princípios expressos tratados neste tópico regem toda a atividade administrativa, não importando se for considerada a estrutura do regime jurídico-administrativo fundamentado na supremacia do interesse público, ou se for considerada a estrutura do novo regime jurídico-administrativo, que será abordado posteriormente.

No entendimento de Di Pietro, a Constituição foi inovadora por trazer expressamente “alguns princípios a que se submete a Administração Direta e Indireta, a saber, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e eficiência (art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-98)” (2017, p. 94).

De acordo com Carvalho Filho, esses princípios chamados expressos devem ser observados por toda a Administração Pública, pois representam as diretrizes fundamentais a serem seguidas, devendo a conduta administrativa ser compatível com eles para poder ser válida (2013, p. 19).

Incontestável, portanto, a importância desse rol de princípios para a atuação administrativa. Embora expressamente previstos no corpo da Carta Magna, não foram conceituados pelo Poder Constituinte, tarefa que ficou a cargo da doutrina. Desse modo, passa-se a uma breve explicação sobre cada um desses princípios expressos.

O princípio da legalidade, na lição de Carvalho Filho, “é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”, uma vez que deve haver autorização legal para toda e qualquer atividade administrativa, pois do contrário a atividade é ilícita (2013, p. 19). Ainda conforme o autor, “só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante” (2013, p. 20).

Já para Di Pietro, o princípio da legalidade é um dos principais meios de garantir os direitos individuais (2017, p. 95). Para a autora, “a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”, o que causa toda a submissão da atividade administrativa aos ditames legais (2017, p. 95). Logo, os atos administrativos devem ser sempre autorizados por lei, sendo vedado ao agente da Administração inovar por iniciativa própria sem amparo da legislação.

A lição de Geraldo Ataliba também merece destaque (2011, p. 122):

Se o povo é o titular da *res publica* e se o governo, como mero administrador, há de realizar a vontade do povo, é preciso que esta seja clara, solene e inequivocamente expressada. Tal é a função da lei: elaborada pelos mandatários do povo, exprime a sua vontade. Quando o povo ou o governo obedecem à lei, estão: o primeiro obedecendo a si mesmo, e o segundo ao primeiro. O governo é servo do povo e exercita sua servidão fielmente ao curvar-se à sua vontade, expressa na lei. O Judiciário, aplicando a lei aos dissídios e controvérsias processualmente deduzidas perante seus órgãos, não faz outra coisa senão dar eficácia à vontade do povo, traduzida na legislação emanada por seus representantes.

Ao governo, portanto, cumpre executar a vontade do povo, expressa por meio da lei. A ação fora dos ditames legais, assim, fere tal função. Por esse motivo, a atuação administrativa cinge-se nas disposições legais, admitida a discricionariedade, como consequência, somente nas hipóteses dispostas em lei.

Conforme entende Fábio Calcini, o limite imposto pelo princípio da legalidade torna “impossível a atuação em face dos direitos dos cidadãos sem que exista uma lei que possibilite esta conduta, principalmente, quando se tratar de restrição aos direitos fundamentais.” (2013, p. 207).

Em suma, tal primado exige da Administração comportamento contrário ao do particular. Enquanto que este pode agir de acordo com a sua vontade, desde que a lei não o proíba, aquela somente atua da forma que a lei prevê. Para o particular, o silêncio da lei significa, em regra, permissão. Para o Poder Público, significa, em regra, proibição.

O segundo princípio expresso do artigo 37 da Constituição é o da impessoalidade (BRASIL, 1988). De acordo com Pietro, referido primado pode ter dois sentidos, um em relação aos administrados e outro em relação à própria Administração (2017, p. 98).

O primeiro sentido, que diz respeito ao trato com os administrados, guarda relação com a finalidade pública que norteia a atividade administrativa, pois conforme leciona Di Pietro, “a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.” (2017, p. 98). Assim, o princípio estabelece vedação aos privilégios ou retaliações promovidos em face de determinado particular por meio dos atos administrativos, caso sejam levados a cabo em razão da pessoa que se encontra no outro polo da relação.

Por essa razão, não se admite tratamento diferenciado, por exemplo, nas repartições públicas, para o parente ou amigo do agente público. Do mesmo modo, a licitação deve permitir a livre concorrência daqueles que cumpram os requisitos. É, inclusive, o que prevê a Lei de Licitações, em seu artigo 3º, *caput* e § 1º, inciso I, quando estabelece que a licitação observará, entre outros, o princípio da impessoalidade, sendo vedado aos agentes públicos estabelecer preferências ou distinções em razão de características da pessoa do licitado, ressalvadas as exceções legais (BRASIL, 1993).

O segundo sentido, que diz respeito à própria relação da Administração Pública, de acordo com Silva “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário” (2009, p. 667).

No entendimento de Carvalho Filho, o princípio da impessoalidade relaciona-se com a isonomia, eis que visa ao tratamento igualitário que a Administração Pública deve promover aos particulares que se encontram na mesma situação jurídica (2013, p. 20).

Próximo princípio expresso, a moralidade “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta”, como afirma Carvalho Filho (2013, p. 21). A relevância de tal princípio, além da obviedade ética e da honestidade necessária a qualquer aspiração de vida em sociedade, revela-se nos instrumentos de combate dispostos no ordenamento pátrio, como as ações de improbidade, a ação popular e a ação civil pública, bem argumentado por Carvalho Filho (2013, p. 20-21).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera, por sua vez, que a moralidade deve ser observada não só pelos administradores, tanto no trato interno – com os próprios agentes – como externo, mas também é um dever do administrado quando se relaciona com a Administração (2017, p. 109). As constantes notícias e fatos políticos, envolvendo todo tipo de agente público e também particulares, demonstram a fragilidade da incorporação de tal princípio na atividade administrativa, principalmente no que diz respeito às parcerias privadas.

O quarto princípio constitucional expresso que rege a Administração Pública é o da publicidade. Este primado, conforme lição de José Afonso da Silva, exige que as ações da Administração sejam feitas sempre “com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo” (2009, p. 669).

Para Carvalho Filho, o princípio da publicidade visa possibilitar aos administrados o controle da legitimidade das condutas dos agentes públicos, pois é por meio da transparência

desse agir que será possível analisar a legalidade e eficiência dos atos administrativos (2013, p. 25).

No entendimento de Di Pietro, esse princípio só possui exceção quando se tratar das hipóteses de sigilo dispostas em lei, pois em regra a Administração Pública deve divulgar seus atos (2017, p. 102). Atualmente, resta clara a importância que é dada à publicidade dos atos da Administração, haja vista a existência de diversos “portais da transparência” de toda sorte de entes públicos e esferas de governos, notadamente após a Lei 12.527, que regulamentou os artigos 5º, XXXIII, e 37, § 3º, II, da Constituição (BRASIL, 2011b). Ainda, as contratações públicas obedecem, em regra, as disposições da lei 8.666/93, que traz alguns dispositivos sobre a transparência dos processos de contratações (BRASIL, 1993).

O quinto e último princípio constitucional expresso no artigo 37 é também o mais pertinente para o presente trabalho (BRASIL, 1988). O princípio da eficiência, por ser foco mais específico desta monografia, será abordado em seu tópico reservado.

Conforme lição de Carlos Ayres Britto na apresentação do livro de Emerson Gabardo, esses cinco princípios são “princípios-espécie”, que pertencem ao “princípio-gênero” da juridicidade (2003, p. XVI). Segundo o jurista, os princípios do artigo 37 da Constituição Federal são entrelaçados e se complementam, “estão a serviço uns dos outros” e também a serviço dos princípios fundamentais, de modo a direcionar as ações do governo (2003, p. XVII).

Estabelecidos os princípios constitucionais mais relevantes para a atuação administrativa, bem como o princípio estruturante do regime jurídico-administrativo tradicional – supremacia do interesse público –, é mandatório compreender o novo regime jurídico administrativo e seus princípios estruturantes.

2.1.2 Princípios estruturantes do novo regime jurídico-administrativo

O entendimento tradicional, arauto do princípio da supremacia do interesse público como estrutura fundamental do regime administrativo, apresenta fragilidades na sua defesa como princípio constitucional. Cristóvam, mencionando a doutrina de Humberto Ávila, revela que os princípios constitucionais apresentam “condições de prevalência quando da sua aplicação”, não tendo o peso necessário em si mesmo para serem aplicados com preponderância absoluta como pretende o paradigma tradicional da supremacia do interesse público (2015, p. 158).

Preleciona a corrente clássica, portanto, que a supremacia do interesse público é um princípio constitucional estruturante sempre absoluto sobre qualquer outra ponderação de

interesses. O interesse público, assim, é inflexível diante de uma colisão com o interesse particular, pois, sob essa ótica, engloba em última análise o próprio interesse do privado.

Essa ideia de prevalência absoluta, como explica Cristóvam, não se sustenta no modelo constitucional atual, que valoriza os direitos fundamentais, a construção democrática e plural e o princípio da dignidade humana (2015, p. 158). O autor não nega a existência do princípio do interesse público, mas sim o caráter de norma abstrata de prevalência absoluta (2015, p. 162-169). O interesse público, expressão um tanto vaga, mas determinável, não pode ser escudo de arbitrariedades e decisionismos a bel prazer do administrador.

A ruptura com o paradigma tradicional da supremacia do interesse público não significa, tampouco, a prevalência do interesse particular, pois se estaria da mesma forma a ofender os ditames constitucionais vigentes. Não há como justificar a mudança de um polo de interesse pelo outro. O que se pretende, ao contrário, é a harmonização.

A lição de Cristóvam reforça a cooperação, e não o conflito de interesses. Como menciona, é preciso “admitir uma atuação conjugada e complementar do Estado e da sociedade em geral (iniciativa privada)” (2015, p. 170). A superação incide também sobre a ideia equivocada de público oposto ao privado, de Estado como contrário aos particulares e da iniciativa privada como egoísta e perigosa ao Estado (2015, p. 170). Os radicalismos tanto a um lado, como ao outro, já se mostraram ineficazes ao desenvolvimento humano e social.

Esse processo de superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público está ligado ao princípio da eficiência e ainda, sob o olhar deste trabalho, ao contrato *Built to Suit*, vez que uma nova estrutura do regime jurídico-administrativo que priorize a atuação democrática e plural da Administração Pública significa também a valorização de novas formas de contratação, no sentido de melhorar a prestação dos serviços públicos e oferecer alternativas aos administrados.

Sobre o tema, Moreira Neto afirma que a atividade administrativa pautada na tríade supremacia, imposição e unilateralidade cede, a cada dia, espaço para consensualidade e negociação, eis que essas são qualidades mais eficientes para a consecução dos interesses públicos (2008, p. 576).

Aos administradores, o processo de tomada de decisão passa a ser mais complexo, e consequentemente, mais justo aos administrados. No entender de Cristóvam, as decisões passam a estar subordinadas aos ditames constitucionais, e não mais somente vinculadas à lei, pois se deixa para trás a estática legalidade administrativa e emerge a dinâmica normatividade constitucional (2015, p. 251).

Tendo em vista a valorização concedida pela Constituição aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, à democracia e ao princípio republicano, o regime do Direito Administrativo é obrigado a evoluir no mesmo sentido. Os privilégios travestidos de prerrogativas e as imposições consequentes da verticalização da relação público-privado não fazem mais sentido perante a nova ordem constitucional.

O direito administrativo pós-moderno, no entender de Moreira Neto, evoluiu para adaptar-se ao Estado Democrático de Direito, passando a atuar sob o império do direito e não mais sob o império da lei (2008, p. 583). Assim, o autor explica que “a marca dominante dessa nova conformação do poder estatal deslocou-se para a supremacia dos direitos fundamentais”(2008, p. 583).

O paradigma despontante da Administração Pública democrática, como afirma Cristóvam, demanda fundamentos estruturantes harmônicos com a normativa constitucional (2015, p. 259). Para o autor, a estrutura do regime jurídico-administrativo passa a ser os princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e o princípio republicano (2015, p. 260). São as linhas mestras, indicadoras das diretrizes a serem seguidas pela atuação administrativa.

A valorização da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal é clara não somente pela expressa disposição no texto constitucional, mas principalmente por toda a construção normativa e principiológica do diploma. Cristóvam informa que o centro normativo constitucional deslocou-se do Estado para a pessoa humana, de maneira que o Estado transforma-se em instrumento de promoção da própria dignidade da pessoa humana, possuindo o dever de agir nesse sentido (2015, p. 269).

O autor defende que é um verdadeiro princípio axiológico fundamental na normatização constitucional pátria, que apresenta além da natureza ética e moral, “eficácia plena e efeito vinculante a toda ordem normativa estabelecida, às atividades legislativas, administrativas e judiciais, bem como impositiva de respeito e consideração por toda a comunidade política” (2015, p. 270).

Outro aspecto relevante do princípio da dignidade da pessoa humana levantado por Cristóvam é o caráter dúplice, uma vez que é ao mesmo tempo limite, numa dimensão negativa, e tarefa, numa dimensão positiva (2015, p. 270). Na dimensão positiva, portanto, estão os deveres prestacionais do Estado, que tem a missão de garantir uma vida minimamente digna aos particulares. Do outro lado, na dimensão negativa, encontram-se os direitos fundamentais, as garantias contra violações, tanto praticadas por particulares quanto pelo Estado.

O contrato *Built to Suit*, representante de ferramenta para a adequada e eficiente prestação de serviço público, é uma forma de promoção do princípio da dignidade da pessoa humana – dimensão positiva, prestacional –, pelo que se encontra em posição harmônica com o emergente regime jurídico-administrativo.

O princípio do Estado democrático de direito como estrutura do novo regime jurídico-administrativo também se justifica pelo amplo destaque constitucional que recebe. Cristóvam menciona as diversas passagens do texto da Carta Magna que prestigiam tal princípio, como a separação de poderes, organização federativa, processo legislativo (2015, p. 284). Para além disso, lembra que o modelo de democracia representativa e direta está expresso no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, quando dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (2015, p. 285).

Ainda sobre o tema, Cristóvam defende que o princípio do Estado democrático de direito é aberto e dinâmico, em constante mutação, que promove a democratização do espaço público e político, envolvendo aspectos como cidadania e igualdade (2015, p. 286). Nesse sentido, o autor entende que o princípio indica o norte dos postulados da justiça material e igualdade substancial, pois são requisitos básicos para a participação popular democrática e livre, sem os quais não há efetiva promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais (2015, p. 286).

Logicamente, não há como admitir ou mesmo exigir que os particulares sem condições econômicas mínimas e necessidades básicas atendidas participem adequadamente da vida política. Além de outras prioridades que ocupam a frente da participação democrática para essa parcela marginalizada, esses indivíduos se apresentam demasiadamente vulneráveis para qualquer manipulação antidemocrática.

Outro fator importante concernente ao princípio do Estado democrático de direito, conforme lição de Cristóvam, é a relação com o controle social e com o princípio da eficiência administrativa (2015, p. 287).

O controle social, consubstanciado na participação popular, é traço fundamental da Administração Pública democrática. A população deve participar das decisões do Poder Público, acompanhar a execução das políticas públicas, prestigiando-se as audiências públicas e debates, como defende Cristóvam (2015, p. 290). No mesmo sentido de promoção da Administração Pública democrática, o autor menciona a exigência imposta pelo Estado democrático de direito na observância da eficiência administrativa, que será abordada em momento oportuno do presente trabalho (2015, p. 291).

Desse modo, compreende-se a importância do princípio do Estado democrático de direito como base constitucional estruturante do regime administrativo, eis que em consonância com os demais preceitos constitucionais e relevante para a defesa dos direitos fundamentais.

O terceiro pilar estruturante do novo regime jurídico-administrativo defendido por Cristóvam é o princípio republicano (2015, p. 293).

Nesse sentido, construindo o conteúdo deste princípio, Cristóvam afirma que, em nosso sistema constitucional, possui *status* estruturante do próprio Estado constitucional de direito, uma vez que é parte do núcleo essencial da Constituição Federal, “servindo de base e esteio à defesa e promoção de todos os direitos e interesses da coletividade dos cidadãos” (2015, p. 301).

De maneira mais incisiva, Cademartori e Cruz afirmam que o referido princípio, é “reitor de todo ordenamento jurídico que o adota”, razão pela qual “dele derivam e devem estar de acordo todos os outros princípios constitucionais ou não, assim como as demais normas jurídicas existentes e válidas.” (2008, p. 847). Os autores defendem a ideia do princípio republicano como meio de promoção do bem comum, expoente do interesse da maioria, o “princípio dos princípios”.

Nesse ponto, contudo, Cristóvam discorda dos autores, pois explica que não há lugar para um absolutismo principiológico dessa dimensão, haja vista o conseqüente retrocesso semelhante ao superado princípio da supremacia do interesse público (2015, p. 303). Na normativa constitucional vigente, a primazia abstrata e absoluta de um princípio não coaduna com a construção plural democrática necessária à Administração Pública.

Assim, Cristóvam entende que o princípio republicano é dinâmico e se concretiza por diversos outros princípios e regras constitucionais, além de se manter, certamente, em diálogo incessante com os demais princípios estruturantes constitucionais, como os já mencionados princípio do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana (2015, p. 301).

Ainda, como aponta Cristóvam, o princípio republicano reflete necessariamente nas prerrogativas – ou privilégios – conferidas à Administração Pública pelo paradigma tradicional, uma vez que indica, invariavelmente, a direção de horizontalidade na relação da Administração com os particulares (2015, p. 308). Aborda-se a questão em tópico específico sobre a aplicação das chamadas “cláusulas exorbitantes” ao contrato *Built to Suit*.

Essa trindade de princípios, na visão do autor, constitui a base estruturante do regime jurídico-administrativo emergente, harmônico aos ditames constitucionais e que prestigia a promoção dos direitos fundamentais.

A percepção do novo regime jurídico-administrativo, portanto, ao mesmo tempo em que exige uma Administração Pública mais responsável, democrática e eficiente, legitima e fundamenta esse novo modo de atividade administrativa. Princípios como publicidade e atualidade, que dão enfoque à transparência e exigência do “estado da arte” na prestação de serviço público e na condução da Administração, merecem destaque nessa constitucionalização do Direito Administrativo, ao nosso sentir irreversível.

2.2 O Princípio da Eficiência e a atuação administrativa

A Constituição da República Federativa do Brasil dedicou o capítulo VII à Administração Pública (BRASIL, 1988). Na Seção I trouxe as disposições gerais, de maneira que, no artigo 37, *caput*, dispõe expressamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Tais princípios, com exceção da eficiência, foram abordados no item 2.1.2 deste trabalho.

A Lei 9.784 de 1999, conhecida por lei do processo administrativo, também traz expressamente em seu artigo 2º, *caput*, o princípio da eficiência como fundamento da Administração Pública (BRASIL, 1999).

Assim, por expressa disposição constitucional e legal, a atuação administrativa deverá levar em conta esses princípios, além de outros princípios constitucionais ou gerais de direito, conforme o caso.

A contratação administrativa, conseqüentemente, também obedece esse norte. O intuito do presente trabalho é analisar a promoção de um princípio específico, o princípio da eficiência, por meio do contrato *Built to Suit* na Administração Pública.

Aqui cabe uma ressalva. Não se busca o princípio por simples amor à teoria ou divagações terminológicas e conceituais. Tampouco se busca a fundamentação em princípios como forma de mascarar alguma deficiência normativa ou insubsistência teórica. Os princípios não podem ser usados como “muleta” ou “cartada” para justificar decisionismos e opiniões preconcebidas.

A função de princípio, como explica Sundfeld em lúcida crítica, é de ressaltar a relevância, importância de algo que seja necessário exercer no plano prático, e não no sentido de princípio por ser algo inicial, que denota, como frequentemente ocorre, aspecto de insuficiência e indeterminação (2014, p. 209).

Ainda, o presente trabalho não busca a análise de conflitos entre princípios ou do combate entre regras e princípios, campo amplamente estudado e debatido por diversos autores

prestigiados. O foco, apresentado no primeiro tópico, é tratar da promoção do princípio da eficiência e suas diversas conotações por meio de uma espécie contratual, em especial a sua relação com a sustentabilidade. A abordagem da noção de princípio, desse modo, é no sentido de linha mestra, de norte orientador da atividade administrativa.

Dito isto, fica claro que para superar as críticas sobre a indeterminação e vagueza de um princípio como o da eficiência na Administração Pública, a análise deve ser feita levando em consideração as implicações práticas na sociedade e nos administrados, bem como as ações concretas da Administração Pública na busca de resultados efetivos nas diversas acepções de eficiência.

O princípio da eficiência foi acrescentado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/1998 (BRASIL, 1998). Consoante ensinamento de Carvalho Filho, tal princípio foi denominado no projeto da Emenda de “qualidade do serviço prestado” (2013, p. 30).

Paulo Modesto questiona a sua inserção na Constituição Federal por meio dessa Emenda, porquanto, a seu ver, já se fazia presente no texto original de 1988 no artigo 74, II, o qual traz o dever de eficácia e eficiência no controle da atividade administrativa (2000, p. 1). O autor ainda lembra a existência expressa de tal princípio no artigo 144, parágrafo 7º, que ao tratar da segurança pública dispõe que "a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades" (2000, p.1).

Na mesma toada, Modesto informa a existência de jurisprudência, ainda que tímida, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tratando de referido princípio anteriormente à EC n. 19 (2000, p.1). Com relação à doutrina, o autor ressalta a abordagem do princípio da eficiência muito antes da Emenda Constitucional, citando a lição de Hely Lopes Meirelles, que entendia como imposto ao administrador o dever de eficiência, sendo exigido do agente precisão, presteza, perfeição e rendimento funcional, dever este correspondente ao dever de boa administração da doutrina italiana (2000, p. 1).

Modesto afirma que era reticente à inclusão do princípio no *caput* do artigo 37, pois seria redundante e desnecessário (2000, p. 1). Quando percebeu que era inevitável a aprovação, propugnou fosse disposta a expressão eficiência, mais ampla que a mera qualidade da prestação dos serviços.

É imperioso reconhecer a existência prévia à Emenda do princípio da eficiência na Constituição Federal. Apesar disso, afirmar que foi acrescentado pela Emenda 19 significa

tratar da sua disposição expressa em conjunto com os outros princípios constitucionais regentes da atividade administrativa.

Como se verá ao longo do trabalho, na verdade, o princípio da eficiência vai muito além da mera qualidade do serviço prestado pela Administração Pública. Ainda, conforme ensina Carvalho Filho, a intenção era de conferir direitos aos administrados e obrigações aos administradores ou prestadores de serviços públicos, com procura por produtividade e economicidade, em que pesem críticas por se tratar de um termo relativamente vago e por não bastar que, pela simples disposição no texto constitucional, a atuação passe a ser eficiente (2013, p. 30-31). É preciso uma mudança de comportamento e cultura da Administração Pública.

Conforme lição de Di Pietro, a eficiência apresenta dois aspectos, um considerado o modo de atuação do agente público, e o outro considerado o modo de organização e estruturação da Administração Pública, sendo que ambos apresentam o foco no resultado de melhor prestação dos serviços (2017, p. 114). Assim, sob o aspecto objetivo, os serviços públicos devem ser prestados da melhor maneira possível, ao passo que sob o aspecto subjetivo, os agentes públicos devem ser mais qualificados.

No entender de Ferraz e Dallari, a eficiência impõe que o administrador não se limite a agir corretamente de acordo com a lei, mas sim no sentido de que agiu para obter os melhores resultados (2012, p. 122).

A organização e estruturação da Administração Pública deve ser feita de modo a otimizar os recursos e reduzir desperdícios. Essa otimização, contudo, não pode prejudicar a prestação dos serviços públicos e conseqüentemente ofender os direitos fundamentais e garantias constitucionais. Mas não só, pois há outras interpretações, oriundas da hermenêutica constitucional, sobre o dever de eficiência.

Como será visto no terceiro capítulo, a noção de eficiência na Administração Pública deve ser abordada para além da mera redução de despesas e aumento de produtividade. Propõe-se, com embasamento doutrinário, o aspecto da eficiência como sustentabilidade, conforme construção de Juarez Freitas. Também, esse princípio é abordado na sua relação com o resultado na Administração Pública, com a qualidade dos serviços prestados.

Em crítica aos parâmetros usuais de eficiência, Gabardo esclarece que a noção neoliberal de eficiência economicista e focada em resultados pode ser prejudicial ao desenvolvimento da participação democrática na política (2003, p. 93-94). Segundo o referido autor, o povo passa a demonstrar desinteresse na participação política, com uma ideia de satisfação com o governo contanto que haja eficiência na acepção de resultados.

Essa situação assevera o individualismo contemporâneo, que propicia a fuga do interesse do indivíduo para suas próprias questões particulares, criando um microcosmo, ao mesmo tempo em que abandona as questões sociais e coletivas (GABARDO, 2003). Gabardo afirma que esse processo é favorável aos regimes totalitários (2003, p. 94-95).

Ao desenvolver sua hipótese, Gabardo explica outro problema, residente na relação promíscua entre Executivo e Legislativo, uma vez que, em nome da eficiência, submetem-se um ao outro para, por exemplo, passar projetos de lei, aprovar medidas provisórias e emprestar apoio ao governo com a chamada governabilidade (2003, p. 98-99).

Sob um enfoque de resultado, Mello e Borges destacam que a profissionalização dos gestores públicos é um requisito defendido constitucionalmente para a promoção da eficiência, uma vez que se apresenta por meio das exigências de licitação e concursos públicos para a seleção mais qualificada daqueles que ocuparão as atividades da Administração Pública (2011). Além disso, há ainda a previsão constitucional de avaliação especial de desempenho como requisito à estabilidade e a avaliação periódica de desempenho do servidor (2011).

Também nessa perspectiva, Mello e Borges defendem que o agente público tem a responsabilidade, em virtude da função pública exercida, de praticar uma atuação administrativa que vise sempre a melhor solução para os interesses da coletividade, analisando as circunstâncias concretas envolvidas (2011).

Outro exemplo de eficiência na Administração Pública é extraído do processo administrativo. Como é corrente, a Administração age, basicamente, por meio de processos administrativos. Do entendimento de Mello e Borges, infere-se a noção de processo administrativo como “modo de exercício legítimo das funções estatais, instrumento mediante o qual o Estado realiza o direito em quantidade e qualidade, assegurando ao seu titular o exercício do interesse juridicamente protegido, na exata medida dessa proteção.”(2011).

Os processos administrativos podem ser gerais ou especiais, sancionatórios, punitivos, internos ou externos, ampliativos ou restritivos, dentre grande sorte de classificações ao gosto do doutrinador (FERRAZ e DALLARI, 2012). Para Ferraz e Dallari, uma classificação útil é a lembrada por Ricardo Marcondes Martins, pois reflete no sistema de invalidades e convalidação do processo administrativo: distinção entre processos administrativos de defesa e processos administrativos de participação (2012, p. 62). Contudo, os autores entendem que o esforço da doutrina em classificar as modalidades de processos administrativos é de diminuta importância, haja vista a “convicção de que as garantias, os pressupostos e as finalidades do processo administrativo são sempre idênticos” (2012, p. 59). A aplicação do princípio da eficiência é mandatória, portanto, a todo processo administrativo.

Ainda, Ferraz e Dallari explicam que o princípio da eficiência exige um processo administrativo célere e com uma decisão que conclua a matéria, de maneira a solucionar o ponto controvertido, confirmando ou negando um direito (2012, p. 123).

Um processo que demora injustificadamente não satisfaz os interesses nem das partes, nem da coletividade. A “razoável duração do processo”, dessa forma, está intimamente ligada à noção de eficiência. Não se espera apenas uma resposta, um resultado, mas sim uma resposta ou resultado em tempo útil. Imaginemos a situação de compra de medicamentos, ou fornecimento de cirurgia pleiteada administrativamente. Em nada serve aos administrados que tais processos se prolonguem, tendo em vista que então será necessário o socorro do Judiciário para ver seus direitos garantidos, o que nem sempre é possível.

Não menos importante para cumprir a eficiência no processo administrativo é o requisito da impessoalidade. Conforme Mello e Borges, “eficiência exige postura ativa da Administração, na busca da efetivação da juridicidade, ou seja, cabe à Administração atingir o efeito útil e adequado expresso em lei, de forma transparente, moral e impessoal.” (2011).

O processo administrativo deve ser conduzido não como mera formalidade para ao final ser proferida uma decisão já antes vislumbrada, sob pena de perder completamente sua eficácia e eficiência.

Os processos administrativos punitivos, por exemplo, via de regra são conduzidos por autoridades do próprio órgão que vai proferir a decisão. Além disso, na maioria das vezes o ônus da prova é invertido e não é deferida a produção de provas requerida pelo administrado, tornando o processo mera etapa formal da aplicação da sanção. Outra situação comum é a condução de processo que exige conhecimento técnico sobre determinada matéria ser realizada por autoridade desprovida daquele conhecimento. Aqui, é demonstrada a importância da exigência de capacitação dos agentes como meio de promoção da eficiência.

Sobre a relação entre imparcialidade e eficiência, Ferraz e Dallari bem pontuam que (2012, p. 167):

Seria total e absurdamente inútil o processo administrativo se inexistisse para os litigantes a garantia de imparcialidade na tomada da decisão. Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração).

A visão de Paulo Modesto sobre o princípio da eficiência parece bastante acertada. O autor refere tal princípio como instrumental e pluridimensional (2000, p. 1). É instrumental porque, como os demais princípios da Administração Pública, não é auto-suficiente, necessita

integrar-se com outros princípios. Assim, não sendo absoluto, “irradia efeitos em quatro dimensões: cumpre uma função ordenadora, uma função hermenêutica, uma função limitativa e função diretiva.” (2000, p. 1).

Modesto afirma que é pluridimensional porque apresenta, ao menos, duas dimensões: a “dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios”, mais próxima à economicidade, maximização de recursos e redução de desperdícios; e a “dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”, que exige a obtenção de resultados satisfatórios ou excelentes (2000, p. 1). Nesse sentido, Modesto simplifica a atuação eficiente em três imposições: “ação idônea (eficaz), ação econômica (otimizada) e ação satisfatória (dotada de qualidade)” (2000, p. 1).

A essas duas dimensões referidas por Modesto, acrescenta-se a dimensão da sustentabilidade, proposta por Juarez Freitas e abordada no terceiro capítulo.

Modesto conceitua o princípio da eficiência como (2000, p.1):

exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público.

Tecendo comentários finais sobre o princípio, Paulo Modesto ressalta o caráter revigorante que pode exercer sobre outros institutos do direito público, encontrando “um novo equilíbrio entre os interesses fundamentais tutelados pelo direito administrativo, evitando tanto a prepotência quanto a impotência do Estado” (2000, p. 2). Logo, apesar da resistência inicial que o autor apresentou diante da disposição do princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição Federal, entende que é necessário estudar melhor suas implicações, sem descuidar da interpretação constitucional.

2.2.1 Contratação Administrativa fundamentada na eficiência

A imposição de atuação administrativa eficiente engloba, por consequência lógica, as contratações administrativas. Cumpre, em primeiro lugar, esclarecer que a expressão contratação administrativa aqui utilizada visa abarcar todo e qualquer contrato em que a Administração Pública seja parte, independentemente, portanto, de se tratar de contrato administrativo propriamente dito – regime administrativo – ou contrato privado. Essa distinção é estudada no item 3.4.1, pelo o que é deixada de lado por ora.

Moreira Neto entende haver necessidade de novos parâmetros para a contratação pública contemporânea, pois afirma que (2008, p. 583):

As imposições da sociedade pós-moderna expressam-se eloquentemente nos seguintes parâmetros em jogo nas contratações públicas: a preeminência dos direitos fundamentais; a exigência de legitimidade; a necessidade de assegurar a competitividade; a indispensabilidade de criar e aperfeiçoar as tecnologias; a importância da publicidade e da visibilidade da atuação pública; a obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais, cada vez mais especializados.

Todos esses parâmetros elencados pelo autor refletem o princípio da eficiência nas contratações públicas. Assegurar a competitividade garante a disponibilização à Administração da melhor hipótese de contratação, aquela mais vantajosa. Aperfeiçoar e criar tecnologias, também, vai ao encontro dos critérios de eficiência e atualidade, principalmente no que diz respeito a novas formas sustentáveis e acessíveis – aqui a ideia de apoio da internet como meio de publicidade, conforme tratado no item 3.4.1.

No mesmo sentido, a exigência de legitimidade e a valorização dos direitos fundamentais corroboram com a eficiência no Estado Democrático de Direito e na constitucionalização do direito administrativo.

A importância da publicidade e visibilidade, a obrigatoriedade da motivação e a inafastabilidade de controles multimodais, ao nosso sentir, estão intimamente ligadas à boa prática administrativa, à ética dos administradores e às suas responsabilidades como gestores públicos. O controle por parte da população só é possível mediante ampla publicidade e visibilidade do que se passa nos meandros da Administração.

A obrigatoriedade da motivação, também, decorre de todo o sistema jurídico regente da atuação administrativa, aqui especificamente no que tange às contratações. Não se tolera uma contratação desarrazoada, viciada e tendenciosa.

A contratação administrativa, portanto, deve obedecer a uma série de princípios, dentre eles o da eficiência, tanto na acepção de resultados como no sentido de sustentabilidade, aproximando-se das disposições constitucionais que permeiam toda a atividade administrativa. O cabimento desta atuação é a promoção de práticas adequadas e concernentes com a pauta constitucional de democratização da Administração Pública.

A ressalva feita por Moreira Neto sobre o princípio da eficiência na contratação pública diz respeito à relevância em eventual conflito de princípios (2008, p. 591). Segundo o autor, a eficiência é princípio absoluto no âmbito da atividade privada, mas não na esfera da atividade pública administrativa. Por essa razão, na contratação administrativa tal primado aponta para a eficiência possível, não ostentando a mesma relevância aplicativa do âmbito privado. Moreira Neto defende que a situação seja resolvida pela definição de qual princípio será mais relevante no caso concreto, vez que não há prevalência absoluta da eficiência (2008, p. 591).

Com base na superação da visão tradicional do regime administrativo, Cristóvam defende que a burocratização, a imposição, os privilégios, as assimetrias, não possuem mais espaço no novo regime jurídico-administrativo, que encerra a verticalização da Administração Pública perante os administrados, para fundar-se em novo modelo de Administração Pública democrática, com prevalência dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, do princípio republicano e do Estado democrático de direito, mais próxima da ordem constitucional (2015, p. 27-35).

Dessa forma, o dever de eficiência é imposto pelo Estado democrático de direito ao Poder Público, com a essência de promover e alcançar os direitos fundamentais dos indivíduos por meio da prestação de serviços públicos e atividade administrativa racional, de acordo com Cristóvam (2015, p. 291). Os direitos fundamentais vão muito além da mera redução de custos e aumento de produtividade, que sem dúvida são importantes, mas devem manter a sustentabilidade do sistema, a prevenção e precaução de danos ambientais e sociais e o foco no resultado, no propósito de proteger e promover o bem-estar dos indivíduos por meio dos serviços públicos.

Em recente entrevista concedida ao portal eletrônico da Escola Nacional de Administração Pública, Joel de Menezes Niebuhr tratou sobre a modernização das licitações no Brasil e sua relação com a eficiência (2017). Para Niebuhr, as compras públicas no Brasil são extremamente ineficientes, sob diversos aspectos. Conforme o professor, é possível medir a eficiência das contratações por meio dos aspectos preço, qualidade, tempo e retidão (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017).

Niebuhr ressalta que embora haja exceções, de forma geral a Administração Pública não atende bem nenhum desses aspectos, pois “contrata objetos de péssima qualidade, paga mais caro que o mercado, leva muito tempo para fazer uma licitação e para os procedimentos próprios relativos à execução contratual, como aditivos, medições e pagamentos, e há muita corrupção.” (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017). Contribuem para tanto diversas causas complexas, conforme explica o entrevistado, como insegurança jurídica, legislação, falta de capacitação, órgãos de controle apegados às formalidades, cultura avessa ao planejamento.

Apesar de considerar a legislação sobre licitações e contratos ultrapassada e falha, além de complexa, confusa e contraditória, Joel Niebuhr afirma que não é preciso e não se deve aguardar uma nova legislação para aumentar a eficiência das contratações públicas (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017).

Do ponto de vista de Joel Niebuhr, embora um bom começo seja uma legislação exclusiva e menos formalista, a melhor capacitação dos agentes administrativos é fundamental para alcançar a eficiência nas contratações públicas, vez que os agentes precisam estar atualizados e preparados para conduzir os procedimentos e tomar as decisões adequadas (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017).

Outra mudança de atitude elencada por Joel Niebuhr é o planejamento das licitações e contratos. Para o entrevistado, não há conflito necessário entre legalidade e eficiência, pois o investimento em planejamento está em consonância com a legislação atual e é completamente possível, de maneira a incrementar o aumento de eficiência na Administração (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017).

Para melhorar a eficiência, mensurada pelos aspectos do preço, qualidade, tempo e retidão, o primeiro passo é a capacitação dos gestores e uma mentalidade de planejamento contínuo das licitações e contratações públicas, o que evita desperdícios. A mudança legislativa também é importante, de maneira a simplificar os procedimentos e a complexidade normativa.

Em conclusão sobre o assunto, Joel Niebuhr relembra que as causas da ineficiência das licitações e contratos públicos são diversas e complexas, exigindo uma ação sistêmica para dirimir a questão (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017).

Nesse sentido, considera um aspecto nuclear que precisa urgentemente de tratamento: o inadimplemento contumaz da Administração Pública. Nas palavras do entrevistado (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017):

Esse aspecto diz respeito ao inadimplemento contumaz da Administração e à falta de segurança jurídica para os contratados. Grita aos olhos que o inadimplemento retira a credibilidade da Administração Pública. Contratar com ela é muito arriscado e o risco é precificado pelo mercado. O resultado é que a Administração Pública, sem querer generalizar, paga mais caro do que a iniciativa privada. Então, fazer com que a Administração Pública pague em dia é fazer com que ela economize, o que é essencial em tempos de crise econômica. O inadimplemento da Administração Pública também alimenta a corrupção, cria o ambiente ideal para que as empresas sejam achacadas pela classe política. Se a Administração Pública pagar em dia, se o inadimplemento for coibido, os corruptos terão menos “favores” e “vantagens” a oferecer, o que diminui a corrupção. Então, uma recomendação relativamente trivial para os compradores públicos que queiram contribuir: contrate com responsabilidade, pague em dia, cumpra as suas obrigações e respeite os direitos dos contratados. Quem mais ganha com isso é a própria Administração Pública.

Acrescenta-se, apenas, que quem também ganha com essa nova prática é a coletividade, pois como se viu no item 2.1.3 – oportunidade em que foi tratada a superação do paradigma tradicional do regime jurídico-administrativo – o foco do Poder Público deixou de ser em si mesmo, transferido agora para os indivíduos e justificado pela promoção dos direitos

fundamentais. Em última instância, o Estado serve aos administrados – ou cidadãos, expressão mais acertada.

O contrato *Built to Suit* pode ser ferramenta fundamental nesse processo, de forma que seja possível trazer ao plano da realidade toda a teoria envolvente do princípio da eficiência na contratação pública, para que não seja limitado ao mero plano de norma programática.

Por essas razões, a promoção prática do primado da eficiência exige a prestação de serviço público de qualidade, a otimização de recursos e a defesa do princípio da sustentabilidade administrativa, entendida tanto no sentido ambiental quanto social.

Passa-se, então, a averiguar a imposição da atividade administrativa nesse rumo, tendo por plano de ação o contrato *Built to Suit*.

3 PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SUSTENTABILIDADE E DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA POR MEIO DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

3.1 Eficiência como resultado

Tratou-se no item 2.2 sobre a atuação administrativa pautada pelo princípio da eficiência, bem como, por decorrência lógica, a própria contratação pública nesse sentido. Foram vistos, ainda, ao longo do trabalho, outros princípios regentes da atividade administrativa, inclusive com um panorama renovador do novo regime jurídico-administrativo.

Nesse rumo, os conceitos devem ser concatenados, de maneira que seja preservada a lógica constitucional do ordenamento. O princípio da eficiência, por sua vez, deve ser tratado nas suas diversas acepções. O objeto em estudo, contrato *Built to Suit*, representa ferramenta de promoção de tal princípio, sob nosso ponto de vista, em três aspectos: resultado, otimização de recursos e sustentabilidade.

No presente tópico, abordaremos a ideia de eficiência como resultado. Para tanto, necessária a análise de conceitos teóricos.

Juarez Freitas considera a atividade eficiente aquela que utiliza meios idôneos, que respeita a compatibilidade entre os meios utilizados e os resultados almejados (2016, p. 44). Traz uma acepção de eficiência como meio, portanto (2016, p. 240). A ideia de resultado é abordada pelo autor como eficácia. Eficiência – meio – e eficácia – resultado –, estariam, sob essa ótica, interligados.

A conceituação de Carvalho Filho, por sua vez, é diversa. Entende que não há confusão entre eficiência, eficácia e efetividade. Eficiência, na sua opinião, diz respeito ao modo como a atividade é exercida, uma regra de conduta (CARVALHO FILHO, 2013). Já a eficácia estaria relacionada aos meios e instrumentos empregados pela Administração, enquanto que a efetividade é associada aos resultados obtidos com a atuação administrativa (2013, p. 32).

Em que pese essa divergência teórica-terminológica, entendemos pertinente a adoção da ideia de eficiência como resultado, em razão de ser conceito mais atinente às obrigações constitucionais do Estado. Nesse sentido, corroboram os autores Cristóvam, Di Pietro, Ferraz e Dallari, Mello e Borges, Modesto, todos referenciados nos itens 2.2 e 2.2.1 do presente trabalho.

A ideia de resultado, contudo, deve ser explicada. O dever imposto à Administração, pelo princípio da eficiência, de agir administrativamente sempre em busca dos melhores resultados é um tanto quanto impreciso. O termo “melhores resultados”, portanto, deve ser entendido como satisfação das expectativas dos administrados, de maneira adequada aos

propósitos e finalidades públicas. Bom resultado, desse modo, não se limita à economicidade, mas sim possui caráter de promoção dos direitos fundamentais, conforme Cristóvam (2015, p. 291).

Moreira Neto afirma que se passou, após o término do século passado, ao novo direito administrativo, regente de uma atividade mais reguladora e menos prestacional do Estado, uma ideia de Estado fomentador (2008, p. 591). É lúcida e correta a análise do autor. Ainda assim, é inegável o caráter prestacional imposto ao Poder Público, quer pela via da Constituição, quer pelas características sociais, econômicas e culturais de nossa pátria. Mesmo que se admita uma redução paulatina nas prestações Estatais, diversas questões são inerentes à própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, abordamos a noção de eficiência como resultado e diretamente ligada à prestação de serviço público de qualidade. Por essa razão, inicia-se pelo aspecto do dever imposto ao Estado de prestação de serviços públicos de qualidade.

Carvalho Filho conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” (2013, p. 325).

Já para Di Pietro, serviço público pode ser conceituado como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” (2017, p. 138).

Entre diversas classificações de serviços públicos, Carvalho Filho adota quatro categorias que considera mais precisas (2013, p. 327).

A primeira diz respeito ao sujeito que executa o serviço, que efetivamente presta a função. Desse modo, separa-se os serviços delegáveis, aqueles que por decorrência da própria natureza admitem ser executados pelo Estado ou por particulares, dos indelegáveis, aqueles cuja execução é restrita ao Estado, só podendo ser prestados diretamente por este (2013, p. 327). Como exemplo de serviços delegáveis é possível citar o transporte público e energia elétrica, ao passo que se tem como indelegáveis os serviços de defesa nacional e fiscalização de atividades regulamentadas, entre outros, como leciona Carvalho Filho (2013, p. 327).

Outra classificação mencionada por Carvalho Filho é a distinção entre serviços administrativos e de utilidade pública, sendo dispostos na primeira hipótese aqueles “que o Estado executa para compor melhor sua organização”, enquanto que são de utilidade pública os que “se destinam diretamente aos indivíduos” (2013, p. 328).

A terceira distinção selecionada pelo autor é determinada pelo destinatário do serviço público. Dessa forma, serviços coletivos são aqueles prestados pela Administração a grupos indeterminados de indivíduos, conforme a disponibilidade de recursos públicos e prioridades estatais (CARVALHO FILHO, 2013). Por sua vez, serviços singulares possuem destinatários individualizados, sendo possível a aferição da utilização da atividade por cada indivíduo (CARVALHO FILHO, 2013).

A última classificação estabelecida por Carvalho Filho diferencia os serviços sociais dos econômicos (2013, p. 329). Para o autor, os primeiros são aqueles executados pelo Estado “para atender aos reclamos sociais básicos”, os serviços assistenciais (2013, p. 329). Os serviços econômicos, a seu turno, são aqueles que permitem ao prestador a obtenção de lucros advindos de sua execução, como os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transporte coletivo (2013, p. 329).

Da lição de Carvalho Filho, retira-se a noção de que, independentemente da modalidade classificatória, “os serviços públicos a cargo do Estado ou de seus delegados devem obedecer a certos *standards* compatíveis com o prestador, os destinatários e o regime a que se sujeitam” (2013, p. 334).

Nessa ordem de ideias, o autor argumenta que essas características genéricas formam os princípios regentes dos serviços públicos (2013, p. 334). São eles: generalidade, que preceitua a prestação do serviço de maneira a beneficiar o maior número de indivíduos, ao mesmo tempo em que tal execução deve ser feita sem discriminar os beneficiários que apresentem as mesmas condições; continuidade, princípio que veda a interrupção do serviço público; modicidade, primado que estabelece a remuneração do serviço a preço módico, para impedir que, por condição financeira desfavorável, o usuário não seja excluído do rol de beneficiários (2013, p. 334-340). Por fim, há o dever de observância do princípio da eficiência, analisado com mais profundidade.

De acordo com Di Pietro, o princípio da eficiência norteia a atuação do agente público com foco no resultado de seu trabalho, ao mesmo tempo em que guia a organização e estruturação da Administração Pública também focada em resultados (2017, p.114).

A explicação de Carvalho Filho, por sua vez, é de que os serviços públicos devem ser prestados com eficiência, valendo-se dos novos processos tecnológicos e com execução mais proveitosa e menos dispendiosa, pelo o que a Administração Pública deve avaliar periodicamente o proveito do serviço prestado e adotar mudanças caso necessário (2013, p. 339-340).

Fica claro, portanto, que a prestação de serviços públicos fundamentada na nova ordem constitucional supera a simples visão de meio. O serviço público é, essencialmente, a efetivação dos direitos fundamentais dispostos no ordenamento.

O que deve ser buscado é a qualidade prestacional e satisfação dos administrados, na medida trilhada pela Constituição Federal e por outras normas infraconstitucionais, como Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Segundo Cristóvam, para a concretização do Estado democrático de direito, é preciso o cumprimento de padrões de eficiência na gestão administrativa e conseqüentemente na prestação de serviços públicos de qualidade, de maneira que satisfaça e amplie os direitos fundamentais individuais e sociais (2015, p. 293). De acordo com o autor, é preciso um “choque de gestão”, com exigências mais comprometidas com o profissionalismo nos ocupantes de cargos comissionados das diversas estruturas administrativas. A distribuição de cargos comissionados dotados de decisão administrativa, disfarçados de funções de direção, chefia e assessoramento, representam um desvirtuamento dos dispositivos constitucionais (2015, p. 327).

Propondo uma revisão e superação do paradigma tradicional do regime jurídico administrativo pautado no princípio da supremacia do interesse público, Cristóvam sugere que o fundamento passe a ser a trindade principiológica estruturante da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano (2015, p. 326). Nesse sentido, o modelo da Administração Pública deixa de ser mais autoritário, imperativo, para conceber uma perspectiva de construção mais democrática, consensual e plural das decisões administrativas.

Por essas razões, o foco do novo paradigma emergente da Administração Pública democrática, no que concerne à prestação de serviços públicos, passa a ser o cidadão, que possui direito na obtenção de serviços de qualidade e de resultados satisfatórios, eis que o centro, o norte, o alvo da atividade administrativa e prestacional pública não é o próprio Estado, mas sim a coletividade de indivíduos que o compõe.

Com olhar semelhante, mas abordagem distinta, Freitas estabelece a relação direta entre sustentabilidade e resultado, sustentabilidade e qualidade, seja nas contratações e licitações administrativas, seja na prestação dos serviços públicos, de maneira a tornar obrigatória tal observância dos critérios de bem-estar das gerações presentes e futuras (2016, p. 269). Para o autor, é mandatória a contratação pública sustentável, que preze pelo custo benefício social, ambiental e econômico, para que seja possível atingir a boa administração (direito fundamental) como resultado.

Ou seja, a finalidade de resultado está presente em mais de um aspecto nas contratações públicas. O serviço público é de qualidade se for sustentável socialmente, ambientalmente e economicamente. É de qualidade se atender aos anseios da população e promover os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade expressos e implícitos no ordenamento. É de qualidade se respeitar as metas fiscais, o direito à informação e a publicidade. É de qualidade se atingir o resultado, que passa a englobar os requisitos anteriores e a promoção da Administração Pública democrática, plural e não impositiva. O Estado não presta os serviços públicos para si mesmo, mas sim para os cidadãos, com dever de probidade, igualdade e isonomia.

É com base nessas premissas que se entende o contrato *Built to Suit* como – mais uma – ferramenta de promoção da eficiência administrativa, em razão da possibilidade de alcançar os resultados pretendidos com a contratação, concernentes na prestação de serviços públicos de qualidade por meio de bens móveis e imóveis construídos com específica finalidade.

3.2 Eficiência como otimização de recursos

Como mencionado anteriormente, a análise da promoção do princípio da eficiência pelo contrato *Built to Suit* não se finda nas questões meramente econômicas e financeiras. Os reflexos são muito mais abrangentes. Ainda assim, é preciso levar em consideração o aspecto monetário, mormente se tratar de espécie de contratação pública e, no caso em questão, de um País com recursos públicos escassos, historicamente mal geridos, com grande dívida pública.

Por essas razões, é necessário analisar, sob o ponto de vista financeiro e de custo benefício econômico, a relevância dessa nova modalidade de contratação.

A eficiência administrativa impõe ao administrador a otimização dos recursos financeiros existentes. Nesse norte, aborda-se o contrato *Built to Suit* como ferramenta de promoção da eficiência na otimização dos recursos.

A característica do pagamento do contrato ocorrer em prestações sucessivas ao longo dos anos de vigência do pacto, por si só, dilui o relevante gasto de uma obra pública, que envolveria toda a construção ou fabricação, e equipamento de algum bem móvel ou imóvel necessário à adequada prestação de serviços públicos.

Ademais, observado o déficit orçamentário comum à Administração Pública, que constantemente se vale de manobras legais e fiscais para financiar obras públicas caríssimas, alternativas que desonerem o erário permitem atender um maior número de administrados de

maneira imediata, transferindo o oneroso investimento inicial à iniciativa privada, sem que seja necessário causar rombo aos cofres públicos.

Conforme pesquisa da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib), trazida a público por seu presidente Venilton Tadini, o investimento nacional em infraestrutura recuou nos últimos anos, chegando em 2016 a apenas 1,7% do PIB (2017). Isso demonstra a grave situação de investimentos públicos, aquém do necessário para o desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, o contrato *Built to Suit* permite a alocação de recursos públicos nessas outras áreas necessárias, sem que se deixe de prestar serviços de qualidade por meio de bens móveis e imóveis adequadamente pensados e construídos.

Sobre o tema, Joel Niebuhr relaciona a questão da eficiência como otimização de recursos com o critério do resultado, da melhor prestação de serviços, consoante abordado no item anterior (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017). Para o entrevistado, a otimização de recursos passa necessariamente pela simplificação das licitações e contratações públicas (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2017):

A eficiência em licitação será encontrada na medida em que ela tornar-se mais simples, mais focada no propósito de selecionar a proposta mais vantajosa. Tudo que se põe na licitação que não vise a selecionar a proposta mais vantajosa acaba prejudicando em algum grau este intento, já que a torna mais complicada. O País ganhará muito com uma licitação menos complicada, o procedimento será mais célere, o custo financeiro dos contratos menor e os objetos terão melhor qualidade. Isto fará com que a Administração desempenhe melhor as suas atividades, em prol da população. Disporá de obras, serviços e bens de melhor qualidade e mais eficientes, portanto prestará serviços melhores. Economizará recursos financeiros, portanto poderá utilizar o montante economizado para ampliar sua atuação, atendendo mais gente e com mais funcionalidades. Enfim, a simplificação da licitação é a melhor medida para promover o desenvolvimento nacional e as políticas públicas, sob todos os seus aspectos.

Ainda, a constante paralisação de obras públicas por inúmeros motivos, que inclusive ensejou projeto de lei aprovado na CCJ da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina com o intuito de obrigar a colocação de placas informativas sobre a razão de paralisação nas obras, é outro fator que conta a favor da contratação *Built to Suit* (SANTA CATARINA, 2016). O fato é tão comum que se tornou necessário a explicitação do motivo do atraso da obra. Não é preciso dizer que os constantes atrasos e paralisações, além de acarretarem prejuízo na prestação do serviço público, oneram ainda mais o erário.

A contratação *Built to Suit* pode ajudar a combater os repetidos retardos em obras públicas. A responsabilidade e risco do empreendimento ficam por conta do locador, de maneira que não é interessante para este que a obra demore, atrase ou custe além do orçamento inicial. O locador deseja que o bem esteja pronto para uso pela Administração o quanto antes, para que

possa receber a contraprestação pecuniária. Além disso, é possível prever contratualmente as penalidades por eventual impontualidade, ao abrigo da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

Não se defende, obviamente, a aplicação cega do contrato a toda e qualquer contratação pública que se enquadre nas características. É, sim, mais uma opção interessante, que pode ser fundamental em diversas atuações da Administração Pública, sempre observados os processos de escolha do modelo com base no custo benefício social, econômico e ambiental.

3.3 Contrato *Built to Suit* e administração sustentável

Após tratarmos dos aspectos da eficiência como resultado e como otimização de recursos, bem como do papel do contrato *Built to Suit* nesse sentido, abordaremos uma outra feição da eficiência administrativa e da espécie contratual tema do trabalho, possivelmente um dos principais desafios atuais: a sustentabilidade.

O reconhecimento da natureza como recurso escasso e a concordância da prioridade do bem-estar intra e intergeracional, no entender de Juarez Freitas, colocam a sustentabilidade no foco da transformação da cultura contemporânea (2016, p. 139). Argumenta o autor que “sustentabilidade é valor e é princípio-síntese vinculante e mudancista, gerador de novos direitos subjetivos públicos das gerações presentes e futuras” (2016, p. 139).

A mudança de conduta da sociedade, adotando um comportamento solidário às novas gerações e disposto a melhorar a qualidade de vida da coletividade, repercute em todos os cenários de participação do indivíduo. O direito administrativo, e mais do que isso, a própria atividade administrativa, como não poderia deixar de ser, é local propício para o desenvolvimento da ideia de sustentabilidade, contaminando, por assim dizer, os demais segmentos da coletividade. Não se trata de modismo ou ideologia, mas sim de questão de sobrevivência com qualidade de vida.

Com uma visão vanguardista e inédita no cenário doutrinário nacional, Freitas apresenta uma distinta concepção do princípio da eficiência, ligada ao princípio da sustentabilidade, de maneira que toda a atuação da Administração Pública deve levar em conta os aspectos econômicos, sociais e ambientais, com seus respectivos impactos, numa análise profunda de custo benefício (2016, p. 35). Sob essa ótica, a sustentabilidade passa a ser pressuposto da eficiência, e por consequência é inafastável na atividade administrativa.

De acordo com essa nova conceituação, Freitas defende ser necessário pensar em eficácia, para ele significando resultados justos, acima da mera eficiência, que em sua opinião se trata de meios idôneos (2016, p. 32). Assim, Freitas relaciona o princípio da eficiência com

a vedação de meios impróprios e o imperativo de atingir o mais com o menos, diretamente ligado ao princípio da eficácia, que trata como vedação de descumprimento dos objetivos e metas constitucionais (2016, p. 213). Aqui, claramente, o autor relaciona os outros dois aspectos da eficiência que já tratamos: resultados, visto por ele como eficácia, e otimização de recursos, ambas formas de alcançar a sustentabilidade.

Observar a sustentabilidade na atividade administrativa é obrigação do administrador. Para tanto, Freitas considera haver uma vinculação plena da discricionariedade administrativa à sustentabilidade, razão pela qual a ação administrativa sustentável independe de normas que a exijam (2016, p. 248).

Justificando essa ideia de vinculação, o autor relembra que não se trata de agir em desacordo com a lei, mas sim de observar os preceitos constitucionais, entre eles o princípio da sustentabilidade, de modo que a ação discricionária esteja em concordância com a Constituição Federal (2016, p. 249). Daí a noção de agir sustentavelmente mesmo inexistindo lei específica que o exija. Basta o mandamento constitucional.

No entendimento de Freitas, busca-se uma progressiva constitucionalização das relações administrativas, com intuito de propiciar a expansão do direito à gestão pública sustentável e reduzir a enorme distância entre os princípios constitucionais e a realidade fática (2016, p. 209). Acrescenta o autor que a “finalidade cogente” deve incorporar a sustentabilidade como vetor, de forma que passa a ser “obrigatório, nas relações administrativas, aquele desenvolvimento apto a produzir o bem-estar duradouro, individual e coletivamente. Fora disso, há desvio de finalidade” (2016, p. 210).

É nesse sentido que Freitas enxerga a transição das relações de administração, que passam de imediatistas e parciais para o paradigma da racionalidade imparcial (2016, p.215). O autor comenta ser normal invocar a expressão interesse público para encobrir e dissimular interesses próprios, que fogem da noção de coletividade e alimentam a manipulação (2016, p. 216). Como exemplo, Freitas cita os retoques em equipamentos públicos e obras aparentes feitas com pressa e sem qualidade, na proximidade das eleições, apenas para promoção pessoal ou partidária, quando, ao inverso, a atitude correta e sustentável é pactuar contratos administrativos sem relação com o calendário eleitoral (2016, p. 216). Neste exemplo fica claro a relação da sustentabilidade com os demais princípios regentes da atividade administrativa.

Diante desse panorama, Freitas relaciona o controle da eficiência e eficácia das decisões administrativas com o controle de qualidade das escolhas do administrador (2016, p. 221). Para ele, a consolidação do princípio da sustentabilidade passa pelo controle de qualidade da decisão do administrador. Para isso, impende verificar se o administrador público age com

eficiência e eficácia, que significa tomar as decisões administrativas em consonância com os objetivos fundamentais constitucionais (2016, p. 221). Associa-se esse modo de tomada de decisão com a utilidade dos processos administrativos, que permeiam toda a atividade da Administração.

Sem dúvida, a constitucionalização do processo administrativo, levado a cabo seguindo seus objetivos e não como mera formalidade justificante de uma decisão pré concebida, promove a eficiência e sustentabilidade no âmbito administrativo, eis que evita a judicialização corriqueira – e por vezes necessária em virtude da má condução do processo administrativo – das matérias que deveriam ser resolvidas fora da seara judicial. A economia é de recursos, tempo, pessoal. Se receber a devida atenção e condução, o processo administrativo – aqui visto como toda tomada de decisão da Administração – percebe significativo aumento de efetividade, por consequência refletindo na sustentabilidade administrativa. Essa é a verdadeira utilidade do processo administrativo.

Essa reformulação do princípio da eficiência na Administração Pública traz reflexos, logicamente, na contratação pública (contratação administrativa). Nesse sentido, Juarez Freitas argumenta que nas licitações e contratações administrativas é preciso perceber o novo conceito de proposta mais vantajosa, que não será simplesmente a de menor custo ao erário, mas sim aquela que traz os menores impactos (sociais, econômicos e ambientais) e os maiores benefícios, sempre com norte nos ditames constitucionais e na solidariedade intergeracional (2016, p. 249). Ainda, o escritor destaca o grande poder de contratação que possui o Poder Público, de forma que é fundamental que este influencie a matriz produtiva a fornecer produtos e serviços com foco na sustentabilidade (2016, p. 249).

A influência é benéfica para a coletividade não só por possibilitar a contratação pública sustentável, mas sobretudo por cultivar essa mentalidade de forma a alastrar a prática também no âmbito privado, eis que enseja o *know-how* dos prestadores de serviços e fornecedores de produtos. Uma vez seguido o caminho da sustentabilidade, a tendência é de que tal mercado cresça em importância diante das atividades tradicionais.

O contrato *Built to Suit* no âmbito da Administração Pública está disposto no artigo 47-A da Lei nº 12.462 de 2011, incluído pela Lei nº 13.190 de 2015 (BRASIL, 2011a, 2015a). A Lei 12.462, consoante explicitado em tópico posterior, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (BRASIL, 2011a). Como afirma Freitas, o artigo 3º da Lei do RDC trouxe expressamente um rol de princípios que devem ser observados nas licitações e contratações, entre eles o princípio da eficiência e do desenvolvimento sustentável (2016, p. 257).

Continuando a análise do diploma legal, Freitas demonstra ainda a preocupação do legislador com a sustentabilidade no artigo 4º, que de maneira inovadora traz a necessária busca pela maior vantagem para a Administração Pública, levando em consideração custos e benefícios, diretos e indiretos, de ordem econômica, ambiental e social, com preocupação sobre resíduos, manutenção e depreciação econômica (2016, p. 257).

No artigo 4º, § 1º, há previsão de que as contratações realizadas com base no RDC devem prezar pela disposição ambientalmente adequada de resíduos, pela utilização de produtos, equipamentos e serviços que reduzam o consumo energético e de recursos naturais, pela avaliação do impacto de vizinhança, pela proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e pela acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2011a). Ainda, a Lei do RDC menciona os aspectos de sustentabilidade nos artigos 10 e 19 (BRASIL, 2011a).

É um novo critério de escolha da oferta mais vantajosa, que suplanta a mera questão financeira, usualmente decisiva no universo das licitações. O ideal é aliar o menor custo com as vantagens acima elencadas, por meio de um adequado planejamento de contratação.

Assim, no cenário das licitações, Freitas defende a imposição imediata de boas práticas, como fomentar o uso de energias renováveis e a redução extrema de produtos tóxicos e nocivos, incentivando alternativas (2016, p. 251). Para ilustrar, o autor comenta a importância da construção de edifícios públicos de maneira inteligentemente sustentável, razão pela qual “os edifícios obrigatoriamente devem ser ‘verdes’, obtendo a certificação cabível, com ganhos operacionais e preservacionistas.” (2016, p. 251). E arremata (2016, p. 251-252):

Assim, os edifícios novos, públicos ou privados, devem ser quase nulos em matéria de consumo de energia, ou seja, urge que cuidem do descarte e da redução de resíduos, diminuam as emissões de poluentes, utilizem a vegetação para reduzir a temperatura (eventualmente, o “telhado verde”), empreguem materiais oriundos de locais próximos, assim como cogitem criteriosamente de equipamentos avançados (como o elevador de frenagem regenerativa e as células fotovoltaicas de ponta) que contribuem à eficiência subordinada a eficácia. Bem por isso, os projetos básicos e executivos, na contratação de obras e serviços de engenharia, estão obrigados, desde logo, a contemplar as opções redutoras dos custos de manutenção e de operacionalização, não apenas os de construção.

Observados esses pressupostos, reconhece-se a viabilidade de promover a eficiência – na acepção da prática sustentável – por meio do contrato *Built to Suit*, seja ele sobre bem móvel ou imóvel. A contratação deverá levar em conta tais critérios, sendo dever do órgão licitante ou contratante exigir do contratado que cumpra com os requisitos das práticas sustentáveis, sem negligenciar o custo do empreendimento e sua disponibilidade orçamentária.

O portal eletrônico do Ministério do Meio Ambiente traz algumas informações sobre construção sustentável, dentre elas a de que a construção civil é o setor de atividade humana

que mais consome recursos naturais e energia, conforme dado do Conselho Internacional da Construção (BRASIL, 2017c). Ainda, apresenta a estimativa de que mais de cinquenta por cento dos resíduos sólidos gerados pelas atividades humanas sejam provenientes da construção (BRASIL, 2017c). É evidente o impacto ambiental e social que o setor causa. Está mais do que justificado, portanto, o foco em sustentabilidade.

Nessa lógica, o Ministério do Meio Ambiente aponta a Agenda 21, resultado da conferência Rio-92 e ainda prevista no plano plurianual 2008-2011, como ferramenta para promover a construção sustentável (BRASIL, 2017a). De acordo com o Ministério, a Agenda é definida como “instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica.” (BRASIL, 2017a).

Por conseguinte, no contexto do desenvolvimento sustentável, o conceito ultrapassa meras questões ambientais ao tratar da sustentabilidade econômica e social, com valorização da qualidade de vida do indivíduo e da coletividade (BRASIL, 2017a).

Outro programa do Ministério do Meio Ambiente é a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), concebida em 1999, implantada nos planos plurianuais de 2004/2007 e 2008/2011 e ainda utilizada pelo Departamento de Produção e Consumo Sustentáveis do Ministério (BRASIL, 2017b). O programa objetiva estimular os órgãos públicos brasileiros a implementarem práticas sustentáveis e eficientes, sendo destinado às instâncias federal, estadual e municipal e aos três poderes da República (BRASIL, 2017b). É uma agenda voluntária, razão pela qual não há sanção para os entes que não adotaram suas diretrizes (BRASIL, 2017b).

Para receber a assistência técnica fornecida pela A3P, o órgão público interessado deve firmar parceria com o Ministério do Meio Ambiente por meio de termo de adesão (BRASIL, 2017b). Em síntese (BRASIL, 2017b):

O que o Programa A3P fez foi sistematizar em eixos temáticos aquilo que é fundamental para um projeto de sustentabilidade, hoje disperso em diversos órgãos. São seis eixos: Uso dos recursos naturais; Qualidade de vida no ambiente de trabalho; Sensibilização dos servidores para a sustentabilidade; Compras sustentáveis; Construções sustentáveis; e Gestão de resíduos sólidos.

Conforme os dados do programa, até o ano de 2016 foram efetivadas 312 adesões à A3P, sendo que destas, 123 foram de entes federais, 102 estaduais e 87 da esfera municipal de governo (BRASIL, 2017b).

Com embasamento nesse conceito, o contrato *Built to Suit* deve servir como ferramenta de promoção dos programas de desenvolvimento e dos critérios da construção

sustentável. As recomendações do Ministério do Meio Ambiente norteiam a atividade, nada obstante permanecer a necessidade de, caso a caso, verificar-se todas as peculiaridades de projeto e execução do contrato. Eis algumas prescrições do Ministério, adequadas à realidade brasileira (BRASIL, 2017c):

Para a implantação urbana, recomenda-se: adaptação à topografia local, com redução da movimentação de terra; preservação de espécies nativas; previsão de ruas e caminhos que privilegiem o pedestre e o ciclista e contemplem a acessibilidade universal; previsão de espaços de uso comum para integração da comunidade; e, preferencialmente, de usos do solo diversificados, minimizando os deslocamentos.

No âmbito da edificação, entende-se como essenciais: adequação do projeto ao clima do local, minimizando o consumo de energia e otimizando as condições de ventilação, iluminação e aquecimento naturais; previsão de requisitos de acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida ou, no mínimo, possibilidade de adaptação posterior; atenção para a orientação solar adequada, evitando-se a repetição do mesmo projeto em orientações diferentes; utilização de coberturas verdes; e a suspensão da construção do solo (a depender do clima).

Na escolha dos materiais de construção: a utilização de materiais disponíveis no local, pouco processados, não tóxicos, potencialmente recicláveis, culturalmente aceitos, propícios para a autoconstrução e para a construção em regime de mutirões, com conteúdo reciclado. Além disso, deve-se evitar sempre o uso de materiais químicos prejudiciais à saúde humana ou ao meio ambiente, como amianto, CFC, HCFC, formaldeído, policloreto de vinila (PVC), tratamento de madeira com CCA, entre outros. Quanto aos resíduos da construção civil, deve-se atentar para a sua redução e disposição adequada, promovendo-se a reciclagem e reuso dos materiais.

Com relação à energia, recomenda-se o uso do coletor solar térmico para aquecimento de água, de energia eólica para bombeamento de água e de energia solar fotovoltaica, com possibilidade de se injetar o excedente na rede pública. Sobre águas e esgoto, é interessante prever: a coleta e utilização de águas pluviais, utilização de dispositivos economizadores de água, reuso de águas, tratamento adequado de esgoto no local e, quando possível, o uso de banheiro seco.

A respeito do tratamento das áreas externas, recomenda-se a valorização dos elementos naturais no tratamento paisagístico e o uso de espécies nativas, a destinação de espaços para produção de alimentos e compostagem de resíduos orgânicos, o uso de reciclados da construção na pavimentação e de pavimentação permeável, a previsão de passeios sombreados no verão e ensolarados no inverno.

Ainda que o custo inicial seja um pouco mais elevado do que uma obra comum, a construção sustentável é particularmente interessante no contrato *Built to Suit*, tendo em vista que o custeio do empreendimento, ou de eventuais adaptações exigidas pelo Poder Público em edifício já erigido, não será transferido de uma só vez aos cofres públicos, mas sim diluído com as prestações ao longo do contrato. Outra vez, a possibilidade de reversão do bem ao patrimônio público ao final do prazo de locação é um ponto interessante, transferindo um bem de baixo custo de operação e reduzido impacto ambiental.

No mesmo aspecto de construção sustentável, o *Green Building Council* Brasil fornece certificados de edificações e empreendimentos sustentáveis (2017). O LEED, ou *Leadership in Energy and Environmental Design*, é a principal certificação global de edifícios verdes, sendo utilizada em mais de 160 países (GREEN BUILDING COUNCIL, 2017). A plataforma

funciona por meio de pré-requisitos e recomendações, que garantem um *score* ao empreendimento. O nível do atestado, então, é definido com base no grau de atendimento a esses critérios, de acordo com a pontuação conferida (GREEN BUILDING COUNCIL, 2017). Essa certificação pode ser um interessante requisito a ser exigido em eventual licitação ou contratação *Built to Suit*, uma vez que permite aferir, de maneira mais objetiva, a promoção da eficiência por meio da sustentabilidade.

Todas essas preocupações, embora tenham provocado um movimento de busca pela sustentabilidade, ainda não apresentaram resposta efetiva na esfera da Administração Pública. Conforme informações do Portal do Tribunal de Contas da União, em sessão realizada em maio de 2017, os Ministros verificaram a falta de avanço na implementação de ações para promover a sustentabilidade em órgãos e entidades públicas federais (BRASIL, 2017d). A conclusão foi oriunda de uma pesquisa feita junto à 101 instituições da Administração Pública Federal, que responderam questionários sobre a matéria (BRASIL, 2017d).

Na oportunidade, foram utilizados indicadores como aplicação do Plano de Gestão de Logística Sustentável, uso racional de água e energia elétrica, acessibilidade, certificação de prédios públicos, consumo racional de papel, implementação de processo eletrônico, coleta seletiva e gestão de resíduos, contratações públicas sustentáveis, mobilidade, capacitação e adesão a programas de sustentabilidade (BRASIL, 2017d). Os resultados alcançados não foram satisfatórios, como demonstra a informação do TCU (BRASIL, 2017d):

Os resultados apontam grau insuficiente de gestão e de implementação das ações de promoção da sustentabilidade na APF, atuação deficiente no nível central de governo e baixa evolução na adoção de critérios e práticas sustentáveis nas contratações. A equipe de auditoria verificou, também, a implementação incipiente de ações voltadas para a utilização de edifícios públicos mais eficientes e sustentáveis, além de constatar deficiências nas iniciativas relacionadas com a gestão de resíduos e a realização de coleta seletiva solidária.

Ainda, outro dado relevante da pesquisa do Tribunal de Contas da União é a promoção das práticas sustentáveis perante os três poderes da União. Na ordem, o Poder Legislativo aparece como aquele que mais promove referidas práticas, seguido do Judiciário e então em terceiro lugar o Poder Executivo. Provavelmente, a própria estrutura e orçamento de cada poder contribui positivamente – ou negativamente – para esse cenário. Notadamente mais complexa e com maiores problemas orçamentários, a estrutura do Executivo destaca-se negativamente na promoção das práticas sustentáveis.

A tarefa de expandir a administração sustentável, fundamentada nos preceitos expostos por Juarez Freitas, valorizadores do bem-estar social, econômico e ambiental, ao que tudo indica, está ainda nos seus primeiros passos. O trajeto é necessário e irreversível.

Para proporcionar o desenvolvimento adequado, Freitas comenta que é preciso compreendê-lo em ao menos cinco dimensões, relacionadas com a sustentabilidade (2016, p. 322).

A primeira dimensão relatada pelo autor é a dimensão social, em que para ser sustentável é preciso que promova o aumento da equidade, priorize uma gestão de processos que forneça condições ao progresso das potencialidades humanas, especialmente no âmbito educacional, e traga engajamento no desenvolvimento de longo prazo, com respeito e dignidade (2016, p. 322).

A segunda dimensão diz respeito à ética, em que Freitas dá relevância para a exigência moral de universalizar concretamente o bem-estar duradouro (2016, p. 322).

Em seguida, a dimensão ambiental destaca a impossibilidade de ser alcançada a qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado, a necessidade de enfrentarmos o problema do hiperconsumo e a importância do resguardo da sustentabilidade ambiental para a preservação da espécie humana (2016, p. 322-323).

A quarta dimensão do desenvolvimento trata do aspecto econômico, em que é fundamental lidar com os custos e benefícios e realizar o *trade-off* entre eficiência e equidade intra e intergeracional, combater o desperdício e estabelecer uma regulação do mercado que relacione eficiência com eficácia, na visão de Freitas (2016, p. 323).

A última dimensão de desenvolvimento abordada por Juarez Freitas é a dimensão jurídico-política, ocasião em que a sustentabilidade aparece como princípio constitucional vinculante, interferindo na interpretação jurídica, como “norma que determina, a partir da revisão de titularidades (admitidos os direitos de gerações futuras), a eficácia intertemporal dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, e também como critério utilizado para reconhecer a antijuridicidade de condutas provocadoras de danos intergeracionais e intrageracionais (2016, p. 323).

Esse desenvolvimento defendido por Juarez Freitas deve ser almejado pela coletividade e pela Administração Pública. Mais uma vez, o contrato *Built to Suit*, bem planejado e executado, pode ser instrumento do desenvolvimento sustentável. Diretamente, por meio de obras públicas ambientalmente adequadas e que forneçam aos cidadãos a possibilidade de prestação de serviços de qualidade, promovendo as dimensões social, ética e ambiental da ideia de desenvolvimento. Indiretamente, permitindo a melhor alocação de recursos financeiros dos entes públicos, de maneira que seja possível atender ao máximo de demandas, acolhendo as dimensões jurídico-política e econômica.

Por essas razões, entende-se inafastável a acepção de eficiência como sustentabilidade na Administração Pública. O tratamento constitucional do direito administrativo, assim como a percepção da doutrina, impõe a busca por contratações públicas de reduzido impacto ambiental e social. Nesse norte, é reconhecida a viabilidade do contrato *Built to Suit* como promotor do princípio da eficiência.

Evidenciadas as três acepções de eficiência, com destaque para a sustentabilidade, é preciso conhecer mais a fundo o pacto em estudo para compreender as disposições práticas do incremento dessas questões essenciais na contratação administrativa.

Passa-se, assim, a análise das peculiaridades do contrato *Built to Suit*, de maneira que seja possível verificar seu potencial como fomentador da qualidade do serviço público, da otimização de recursos e do foco na atividade administrativa sustentável e eficiente.

4 CONTRATO *BUILT TO SUIT* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Histórico

Para um melhor entendimento sobre o histórico do contrato *Built to Suit*, é necessário traçar as linhas conceituais dessa espécie contratual. Assim, o contrato em questão trata da locação de um bem, móvel ou imóvel, construído ou substancialmente reformado para que se adeque às exigências da parte locatária.

No âmbito privado a legislação específica somente trata da locação de bem imóvel, de acordo com a redação do artigo 54-A da Lei de Locações - 8.245 de 1991, que conceitua como “locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado” (BRASIL, 1991).

O locador, por sua vez, é quem arcará com os custos de aquisição ou reforma do bem, recebendo no valor da locação a remuneração pelo uso e também pelo investimento inicial feito. Por essa peculiaridade, o prazo do contrato normalmente é longo, superando dez anos na maioria dos casos, conforme afirma Benemond (2015, p. 17-20).

Desse modo, no Brasil o contrato *Built to Suit* pode receber as traduções de “locação em contratos de construção ajustada”, “construído para servir”, “construção sob encomenda”, enquanto que no direito norte americano é conhecido como *Build to Suit*, de acordo com a lição de Benemond (2015, p. 16).

Ainda conforme argumenta Benemond, diversas especificidades podem ser ajustadas no âmbito privado, como o fornecimento do material, a contratação da mão de obra, a frequência dos pagamentos, entre um sem número de cláusulas típicas da contratação privada (2015, p. 17-20).

Outro ponto peculiar nesse tipo negocial, no âmbito privado, é o financiamento da operação. De acordo com Benemond, o empreendimento pode ser custeado pelo capital próprio do locador-empendedor, por empréstimo de investidores ou instituições financeiras, e ainda por meio da securitização dos créditos provenientes do contrato, no mercado de capitais (2015, p. 47). A autora informa que essa última opção é comumente utilizada, e consiste na vinculação de “valores mobiliários a determinados direitos creditórios” (2015, p. 47). Benemond explica a implantação da operação no Brasil (2015, p. 48):

O conceito de securitização de créditos imobiliários foi introduzido no Brasil por meio da Lei nº 9.514/1997, a qual estabeleceu o Sistema de Financiamento Imobiliário

(“SFI”). O artigo 8º da referida lei define securitização de créditos imobiliários como a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante termo de securitização de créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos: (i) a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido; (ii) a identificação dos títulos emitidos; a constituição de outras garantias de resgate dos títulos da série emitida, se for o caso.

Quando se tratar desse modo de financiamento, portanto, haverá a figura de um terceiro, a companhia securitizadora. O empreendedor-locador, por sua vez, receberá antecipadamente, a menor, o valor da contratação, transferindo os créditos para a securitizadora negociá-los com os investidores no mercado de capitais. Ainda, a operação é garantida pelo lastro do próprio imóvel objeto do contrato.

No tocante ao contrato *Built to Suit* na Administração Pública, em razão da própria natureza diversa da operação, outras características próprias se fazem presentes. Passa-se então ao breve histórico da modalidade de negócio.

A origem dessa espécie contratual remonta ao mercado imobiliário estadunidense da década de 1950, posteriormente expandindo-se para a Europa e Ásia, sendo que as primeiras notícias que se tem da aplicação do *Built to Suit* no Brasil é da década de 1990, conforme entrevista com empreendedor do setor realizada por Fábio Cilli (2004, p. 136).

Essa forma de contratação iniciou-se, justamente por suas características, com empreendimentos como *shopping centers*, galpões e estabelecimentos industriais, abrangendo ulteriormente hospitais, escolas, e outras formas de exploração econômica que envolvam exigências, por parte dos locatários, de características específicas dos imóveis, de acordo com Benemond (2015, p. 17).

O contrato *Built to Suit* na Administração Pública, por sua vez, foi disciplinado no diploma do Regime Diferenciado de Contratação por meio da Lei nº 13.190/2015 (BRASIL, 2015a). Contudo, conforme o Acórdão 1301/2013 do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro André Carvalho, tal prática já ocorria na Administração Pública, ainda que de maneira tímida (BRASIL, 2013).

O referido Acórdão do TCU, que tratou de consulta do Conselho Superior da Justiça do Trabalho sobre a possibilidade de aplicação da dispensa de licitação – artigo 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 – na contratação *Built to Suit*, discorreu sobre a larga utilização dessa espécie contratual nos Estados Unidos da América (BRASIL, 2013):

Um exemplo do uso de tal modalidade de locação pode ser identificado no serviço público norte-americano, onde a administração de tais contratos integra o rol dos serviços prestados pela General Services Administration (GSA), órgão daquele

Estado encarregado dos negócios imobiliários do governo. Uma característica marcante dos contratos de locação *build-to-suit* firmados pelo GSA é que uma parcela dos imóveis alugados para o governo acaba por ser adquirida numa espécie de *leasing* ao cabo de contratos de 20 a 30 anos de duração.

Ainda, o mesmo precedente do Tribunal de Contas da União abordou a contratação *Built to Suit* na Administração Pública nos casos da locação e construção dos imóveis sede da Justiça Federal nas Subseções Judiciárias de Itaboraí/RJ e Campo Mourão/PR (BRASIL, 2013). Neste último município, o projeto experimental foi explanado no artigo de Josias Soares da Silva, apresentado no Encontro Técnico Nacional de Auditoria de Obras Públicas, que ocorreu em Florianópolis em 2011 (ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011).

Na oportunidade, Josias Soares da Silva relatou a experiência da Justiça Federal do Paraná. A contratação tinha por objeto a construção de prédio para sediar a Subseção de Campo Mourão, que seria realizada em um terreno de propriedade da União, doado anteriormente pelo Município justamente para essa finalidade. As dificuldades orçamentárias, contudo, impediam a licitação no molde padrão de obra pública, razão pela qual buscou-se a contratação *Built to Suit*, com a especificação de que o imóvel, ao final do prazo do contrato, seria revertido para propriedade da União. Assim, criou-se um direito de superfície para o locador empreendedor, no mesmo prazo de duração do contrato, para que pudesse explorar o terreno público e viabilizar a espécie contratual (ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011).

Outros exemplos de contratação *Built to Suit* na Administração Pública brasileira são trazidos em reportagem de Tuca Rosa para o *site* Infraestrutura Urbana, ocasião em que foram abordados os municípios de Praia Grande/SP e Guarulhos/SP (2012).

Segundo a reportagem, em meados dos anos 2000, havia no município do litoral paulista um grande déficit de imóveis que atendessem às necessidades da prefeitura para implantação de novas escolas. A locação convencional, por essa razão, foi logo descartada.

Outro desafio era orçamentário, tendo em vista a insuficiência de verba do Município para construir as escolas. Partiu-se, então, para o contrato *Built to Suit*. Conforme afirma Wagner Macedo, procurador do controle externo da Prefeitura Municipal de Praia Grande/SP, com o valor que seria despendido com a construção de uma escola foi possível entregar à população sete escolas locadas pela modalidade *Built to Suit*. Em 2012, como informa a matéria de Rosa, Praia Grande tinha dez escolas construídas e locadas por meio desse tipo contratual e mais sete em construção (2012).

No mesmo município, outros prédios públicos, como o centro de zoonoses, um ginásio de esportes e o centro de saúde, foram objeto de contratos *Built to Suit*. Os contratos que regem a locação das escolas possuem prazo de 15 anos, podendo ser renovados, e preveem multa por rescisão para ambas as partes, bem como a propriedade do imóvel para o investidor ao final do contrato. O investidor-locador, por sua vez, assume todos os riscos contratuais, inclusive fornece o terreno e constrói o imóvel. Ainda, vale ressaltar que todas as contratações foram feitas por meio de licitação na modalidade de concorrência pública, para garantir maior segurança tanto para a Administração como para o investidor, como informou o procurador Wagner Macedo (2012).

Na mesma reportagem, Rosa apresentou a experiência *Built to Suit* no município de Guarulhos/SP (2012). Nesta outra cidade, a Prefeitura realizou uma licitação em 2012 para a construção e locação de 25 escolas por meio dessa espécie contratual. Na época em que foi feita a reportagem, a operação estava na etapa de escolha dos terrenos. A princípio, o prazo do contrato seria de 15 anos e era responsabilidade do empreendedor-locador construir o imóvel em terreno próprio. O contrato foi redigido em duas partes, a primeira referente à etapa de empreitada, intitulada “Obrigação de Fazer”, e a segunda concernente ao aluguel, nomeada “Contrato de Locação” (2012).

Assim, embora em algumas ocasiões ainda não fosse nomeado *Built to Suit* – provavelmente em razão da inexistência de lei regulando tal contrato –, a verdade é que essa espécie contratual já vinha sendo utilizada, ainda que sob denominação de contrato misto de empreitada e locação.

A experiência dessa modalidade de contratação no direito norte americano mostrou-se satisfatória, sendo amplamente utilizada. Também, as experiências da contratação *Built to Suit* na Administração Pública brasileira, embora ainda pouco utilizada, mostram a viabilidade prática de tal modalidade contratual e a conveniência que pode gerar em determinadas situações.

O contrato *Built to Suit*, portanto, possui uma história muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando aplicado no âmbito da Administração Pública. Relevante mencionar que embora haja atualmente previsão legal desse tipo contratual, a eficácia da Lei nº 13.190/2015 encontra-se suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 33.889 (BRASIL, 2015b).

Na ocasião, o relator Ministro Luís Roberto Barroso depreendeu, conforme entendimento firmado pelo STF, a “impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida

Provisória”, por ferir os preceitos constitucionais que regem a temática (BRASIL, 2015b). Entre os dispositivos que foram atingidos pela suspensão, inclui-se aqueles concernentes ao *Built to Suit*, em virtude do vício legislativo. O Mandado de Segurança ainda segue aguardando o julgamento definitivo.

Em que pese essa suspensão de eficácia, por motivos formais do processo legislativo, parece não haver óbice à contratação *Built to Suit* pela Administração. Ainda antes da edição de lei prevendo a espécie contratual, já havia, mesmo que tímida, utilização desse tipo de empreendimento.

Como demonstra o histórico do contrato em nosso ordenamento, a pouca utilização pode ser atribuída em parte ao desconhecimento do gestor público, e em parte à recente previsão legal e consequentes incertezas advindas.

Bem se sabe, a iniciativa privada é muito mais aberta às novas possibilidades negociais, embora não se possa condenar a Administração Pública por isso, eis que limitada pelo princípio da legalidade, entre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regem a atividade administrativa.

Assim, como mais uma possibilidade de contrato da Administração Pública, o *Built to Suit* demonstra ser uma saída viável e prática para problemas de estrutura física da prestação de serviços públicos.

Acreditamos na ampliação de sua utilização com o passar do tempo, tanto em contratos com objeto de bem imóvel como naqueles pactos sobre bens móveis, em virtude da ampla dimensão territorial, das características geográficas, sociais e econômicas do Brasil, bem como em razão das restrições orçamentárias normais aos entes públicos e suas estruturas orgânicas.

4.2 Aspectos legais

A Lei nº 12.744 de 2012 trouxe a inclusão do artigo 54-A na Lei nº 8.245 de 1991, conhecida como “Lei do Inquilinato”, o que fez com que este fosse o primeiro diploma legislativo a dispor sobre o contrato *Built to Suit* (BRASIL, 1991):

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012)

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012)

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

dos alugueiros a receber até o termo final da locação. (Incluído pela Lei nº 12.744, de 2012)

Embora a legislação não faça menção expressa ao termo *Built to Suit*, fica claro que é esta modalidade contratual abordada. Ademais, a regência legal do referido diploma é limitada ao âmbito da contratação privada, consoante disciplina o próprio artigo 1º da Lei de Locações, usualmente pactuada entre sociedades empresárias e explorada, brevemente, no tópico 4.1 da presente monografia.

Já o contrato *Built to Suit* no âmbito da Administração Pública promete passar a ser previsto pela Lei nº 12.462 de 2011, conhecida como “Lei do RDC”, instituidora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – com disposições concernentes às obras de infraestrutura, contratação de serviços e licitações para os eventos da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo FIFA 2014 e das Olimpíadas e Paraolimpíadas do Rio de Janeiro 2016 (BRASIL, 2011a).

Posteriormente, tal diploma legal sofreu alterações diversas, entre elas a modificação que positivou a contratação *Built to Suit* da Administração Pública, a Lei nº 13.190 de 2015. Essa lei acrescentou à normativa originária o artigo 47-A, reproduzido (BRASIL, 2011):

Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

§ 1º A contratação referida no **caput** sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

§ 2º A contratação referida no **caput** poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

§ 3º O valor da locação a que se refere o **caput** não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

Por meio do cotejo do *caput* dos dois artigos, percebe-se algumas semelhanças – espécie contratual, possibilidade de construção ou reforma substancial sob responsabilidade do contratado ou de terceiros – e diferenças, como a viabilidade de locação de bem móvel na hipótese da contratação da Administração Pública. Os parágrafos do artigo 47-A da Lei do RDC revelam preocupações do legislador com três pontos principais: dispensa e inexigibilidade de licitação; reversão dos bens à Administração Pública ao final da locação, e limite do valor mensal da locação a 1% do valor do bem locado.

Como não poderia deixar de ser, em se tratando de contratação pública, o *Built to Suit* também obedece às disposições da Lei de Licitações e Contratações - Lei nº 8.666 de 1993 (BRASIL, 1993).

Merece análise a possibilidade expressamente aventada pelo legislador no parágrafo primeiro do artigo 47-A da Lei do RDC, quando prevê que o contrato *Built to Suit* observará o disposto na Lei de Licitações sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação das locações comuns.

A dispensa de licitação, conforme entendimento de Di Pietro, ocorre quando há viabilidade de competição mas a própria lei faculta a dispensa, ficando a cargo da discricionariedade da Administração (2017, p. 432). Já a inexigibilidade, consoante Di Pietro, manifesta-se quando só há um objeto ou pessoa capaz de atender às necessidades da Administração, não havendo possibilidade de competição e tornando a licitação inviável (2017, p. 432).

Dessa maneira, dispõe o artigo 24, inciso X, da Lei 8.666 de 1993 que a licitação é dispensável na locação “de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia” (BRASIL, 1993).

É possível argumentar que em se tratando de imóvel único, que seria escolhido pela Administração em virtude da localização, a hipótese seria de inexigibilidade de licitação, em virtude da impossibilidade de competição. Assim, forte no entendimento de Carvalho Filho, o administrador deve primeiro verificar se a licitação é viável ou não, e se não houver possibilidade de competição – por exemplo, só existe um único imóvel – é caso de inexigibilidade (2013, p. 270). Se houver mais de um imóvel teoricamente possível, mas a localização de um condicione a sua escolha, pois é o único que realmente atende às necessidades da Administração, o caso é de dispensa, conforme visto no inciso X do artigo 24 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

A questão da contratação direta *Built to Suit* de bem imóvel, embora aparente estar resolvida por meio das disposições legais, na prática exige cuidados. As disposições da Lei de Licitações sobre o tema não demonstram critérios absolutos de certeza, o que demanda planejamento e transparência no procedimento (BRASIL, 1993). Para o gestor, é recomendável amplo planejamento licitatório, a fim de verificar a viabilidade da contratação direta. A contratação via licitação, a princípio, é mais segura tanto para o contratante quanto para o contratado.

Um ponto ensejador de dúvida é quando se tratar de bem móvel. O entendimento acertado, tendo em vista que as causas de dispensa de licitação são taxativas, não admitindo ampliação, como explica Carvalho Filho, e que as hipóteses de inexigibilidade devem ser

verificadas caso a caso, pois dependem da inviabilidade de competição, é de que na contratação *Built to Suit* de bem móvel é possível fugir da licitação se configurada a inexigibilidade, ou se configurada, expressamente, alguma das situações dos demais incisos do artigo 24 da Lei de Licitações, desde que atinentes ao objeto do contrato (2013, p. 250). Aqui, cabe também as mesmas recomendações feitas com relação à contratação direta na hipótese do bem imóvel.

Outro ponto trazido pela redação do dispositivo legal do *Built to Suit* na Administração Pública é a possibilidade de previsão contratual da reversão dos bens à Administração ao final da locação, conforme o parágrafo segundo do artigo 47-A da Lei do RDC (BRASIL, 2011a).

Caso conste tal cláusula contratual no instrumento, ao término do prazo determinado de vigência da locação o bem objeto da avença passa a pertencer à Administração Pública. Por consequência, o valor das parcelas deverá compreender também essa previsão de reversão, de modo que será mais elevado do que uma contratação *Built to Suit* convencional.

O parágrafo terceiro do artigo 47-A da Lei do RDC, por sua vez, também se relaciona com o parágrafo segundo (BRASIL, 2011a). Isso porque estabelece a limitação do valor mensal do aluguel em 1% do valor do bem locado. Dessa forma, se for prevista a reversão do bem, nos termos do parágrafo segundo, o cuidado deve ser em não superar o limite do valor do aluguel estabelecido no parágrafo terceiro.

Entende-se a preocupação do legislador em estabelecer esse teto, pois caso contrário a discricionariedade do administrador poderia ensejar absurdos contratuais e desvirtuamento do instituto. Apesar disso, na prática essa imposição merece muita cautela, especialmente na hipótese de bem imóvel.

O valor médio mensal do aluguel comercial convencional no Brasil, em julho de 2017, foi de 0,42% do valor de mercado do imóvel, conforme pesquisa do Índice FipeZAP (2017). Importa ressaltar que a pesquisa do Índice FipeZAP foi realizada nas capitais São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Belo Horizonte. O contrato *Built to Suit*, em razão de suas características de remunerar não só o uso do bem, mas também o investimento inicial do locador, possui valor naturalmente maior do que o aluguel convencional. Essa diferença a maior em relação ao aluguel comum deve ser levada em consideração na contratação, pois como visto, o valor mensal da prestação não pode ultrapassar 1% do valor do bem. Também, é necessário analisar a duração total do contrato.

Na oportunidade de previsão contratual da reversão do bem, o prazo contratual deve ser, por consequência, maior do que cem meses, tendo em vista essa limitação do valor mensal e também a necessidade de diluir ao longo das parcelas o valor de “aquisição” do bem. Como exemplo, tomamos o contrato *Built to Suit* realizado pela Justiça Federal no município

paranaense de Campo Mourão, que já foi abordado no item 4.1 quando tratou-se do histórico da espécie contratual (ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011).

O contrato previa a reversão do bem imóvel ao patrimônio do ente público, uma vez que a construção foi realizada em terreno da União e que houve a constituição de direito de superfície ao locador-empendedor para concretização do pacto. Desse modo, o prazo de duração do contrato foi estipulado em 120 meses, período necessário para diluir nas prestações o investimento da construção, o uso do bem e a reversão à Administração ao final da locação. Aqui cabe a ressalva de que referida contratação foi realizada antes mesmo da existência de previsão legal do *Built to Suit* administrativo, revelando a razoabilidade empregada nesse caso (ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011).

Feitas as considerações sobre esses aspectos legais, é preciso esclarecer que a Lei nº 13.190 de 2015, responsável por incluir o artigo 47-A na Lei do RDC, está com sua eficácia suspensa – conforme explicamos no item 4.1 – em virtude de liminar concedida no Mandado de Segurança 33.889, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015b). Contudo, tendo em vista que referida suspensão ocorreu em virtude de aspectos formais do processo legislativo, aparentemente não haverá mudança significativa nas disposições legais que regem o *Built to Suit* administrativo. Assim, se antes mesmo da inclusão na legislação brasileira da modalidade contratual já se vinha utilizando o ajuste, as novas disposições legais, ainda que estejam com eficácia suspensa, reforçam a segurança jurídica para que se pactue a locação *Built to Suit*.

4.3 Vantagens da modalidade de ajuste

O contrato *Built to Suit* pode apresentar significativos benefícios com relação aos contratos usualmente utilizados pelo Poder Público para a consecução do mesmo fim. De acordo com Nakamura, são três as principais vantagens dessa espécie contratual, que justificam a sua utilização (2016, p. 138).

Em primeiro lugar, há corriqueiramente contingenciamento ou inexistência de dotação orçamentária do ente público para viabilizar compra ou desapropriação de imóvel. Assim, o *Built to Suit* surge como alternativa, haja vista não demandar a mesma dotação orçamentária que uma obra convencional e tampouco o grande aporte financeiro inicial, pois o pagamento é diluído nas prestações da locação. Dessa forma, a Administração Pública não imobiliza seu

capital, podendo dedicar tal recurso às suas atividades fins. É a lição de Nakamura (2016, p. 139):

Num contexto em que o orçamento estatal é limitado, seja em razão da aplicação de percentuais mínimos do orçamento em áreas específicas, como saúde e educação, seja pelas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a imobilização de grandes parcelas de capital para pagamentos de indenizações de desapropriações e posterior construção ou reforma de um imóvel não é a melhor alternativa ao melhor atendimento do interesse público. O Estado, devido ao seu grande número de deveres e atribuições, deve direcionar o seu capital para suas atividades fins, evitando a imobilização do capital.

O exemplo trazido no tópico 4.1, quando tratamos da contratação *Built to Suit* no município de Praia Grande/SP, é claro ao demonstrar que o valor orçado para a construção convencional de uma escola foi suficiente para a construção de sete escolas pela modalidade *Built to Suit*. Essa razão de custo-benefício não pode ser desprezada, principalmente em tempos de crise.

Outro ponto relevante é o fato de que os elevados custos de reformas em imóveis alugados pela Administração não retornam para o patrimônio público, tendo em vista que as reformas se incorporam ao patrimônio do locador (NAKAMURA, 2016). O investimento feito pela Administração, portanto, é desperdiçado. No caso do *Built to Suit*, a vantagem nesse aspecto é a possibilidade de reversão do bem ao patrimônio público ao término da locação, de maneira que seja preservado o investimento. Dessa maneira, a propriedade do imóvel substancialmente reformado passa a ser da Administração Pública, de forma que o gasto com as obras representa também benefício a longo prazo.

A terceira vantagem elencada por Nakamura é ligada ao fato de que existem poucos imóveis, ou muitas vezes nenhum, adequados às necessidades da Administração (2016, 139). Por essa razão, o *Built to Suit* é excelente alternativa ao permitir que seja feita uma locação de um bem exatamente construído para atender aos anseios do Poder Público e da sociedade, garantindo a prestação adequada dos serviços públicos. Ainda, o autor lembra que por vezes a reforma de um imóvel é mais custosa do que uma nova edificação feita desde o início (2016, p. 139).

A contribuição do contrato *Built to Suit* no processo evolutivo da prestação de serviços públicos é a possibilidade da Administração Pública oferecer aos administrados bens móveis e imóveis devidamente construídos e equipados para o exercício de suas funções específicas. Um edifício que será sede de um centro médico de pronto-socorro, por exemplo, deve ser construído e ter manutenção específica para tal finalidade. Um barco-hospital que será utilizado no atendimento à população ribeirinha amazônica deve ser projetado e mantido de maneira que

cumpra com excelência suas funções, sem onerar o Estado em demasia e sem demandar frequentes aportes de recursos financeiros para corrigir falhas técnicas da contratação.

Assim, a espécie contratual aqui tratada permite o acesso dos administrados aos bens específicos necessários para suas demandas sociais, muitas vezes regionalizadas e setorializadas, com prestação de serviço público adequado, sem que haja impactos financeiros de elevada monta ao orçamento público. A retribuição financeira ao contratado, que assumirá todo o risco inerente ao empreendimento, será diluída ao longo dos anos de contrato. Ainda, cabe ressaltar que conforme expressa disposição legal do artigo 47-A da Lei do RDC, é possível a reversão do bem objeto do contrato à Administração Pública ao término da locação (BRASIL, 2011a).

A análise do contrato *Built to Suit* como ferramenta de promoção da eficiência administrativa é tema do segundo capítulo, ocasião que tem por foco a relação da espécie contratual com a eficiência e como deve ser conduzida a contratação de acordo com os ditames constitucionais.

4.4 Aspectos controvertidos

4.4.1 Aplicação das cláusulas exorbitantes no contrato *Built to Suit*: regime jurídico-administrativo

Para compreender a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes ao contrato *Built to Suit*, é preciso uma análise conjunta com o regime jurídico-administrativo, proposta a seguir.

A Administração Pública, no entendimento de Di Pietro, submete-se ao regime de direito privado ou de direito público, dependendo do que dispõe a Constituição Federal ou a lei sobre determinada temática (2017, p. 91). Para referida autora, ainda que presente o regime de direito privado, capaz de nivelar a Administração Pública ao particular com que se relaciona, algumas prerrogativas e privilégios permanecem em vigor (2017, p. 91).

O regime jurídico administrativo, conforme Di Pietro, resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições, que representam a autoridade da Administração Pública e a liberdade do indivíduo, esta última presente no princípio da legalidade, por exemplo (2017, p. 92). Nesse sentido, a autora ensina que as prerrogativas colocam a Administração Pública em situação de supremacia perante o particular, com o intuito do benefício da coletividade, enquanto as restrições visam evitar o desvio de poder (2017, p. 93).

De um lado, portanto, há o limite decorrente da vinculação à lei, enquanto do outro há as prerrogativas – ou privilégios, a depender do caso – que possuem origem no caráter de interesse coletivo da atividade administrativa.

De acordo com a lição de Sundfeld, o berço da ideia de direito administrativo é a França do século XIX, época em que surgiram os juízes administrativos para julgar conflitos envolvendo particulares e a Administração Pública, criando-se o entendimento de que as normas de direito civil não eram adequadas (2014, p. 33). Assim, o autor afirma que também é dessa fonte a concepção de que o “direito administrativo se definiria por oposição ao direito privado”, o que justificaria as prerrogativas da Administração Pública, por exemplo, nos contratos administrativos, como poder alterar unilateralmente o que foi pactuado (2014, p. 34).

Moreira Neto, por sua vez, informa que o Direito Administrativo, tendo surgido ao final do absolutismo, originou-se sob o aspecto da imperatividade, o que provoca a noção de assimetria entre o público e o privado (2008, p. 572). É essa assimetria que justificou a ideia de prerrogativas da Administração.

Em um momento posterior, a imperatividade dá lugar ao interesse público como razão das prerrogativas, legitimando a assimetria como meio para o cumprimento do interesse público por parte da Administração, como assevera Moreira Neto (2008, p. 574). O autor observa que houve no decorrer do tempo uma evolução do conceito de prerrogativa para satisfação do interesse público. No início, Moreira Neto informa a ideia de prerrogativa como a arbitrariedade das “razões de Estado”, originária do absolutismo, passando então à discricionariedade substantivamente insindicável, comum ao direito administrativo clássico, e chegando, por meio de uma revisão desse conceito, à discricionariedade amplamente sindicável, conforme o entendimento atual (2008, p. 574).

Para compreender essa mudança de paradigma, é preciso estudar a evolução até o conceito pós-moderno do direito administrativo. Moreira Neto ensina que na virada do século XXI, esse ramo do direito passa a apresentar características diversas das vistas até então, passando a valorizar a consensualidade ao invés da imperatividade, caracterizando-se como um direito dos administrados mais do que do Estado, um direito de proteção e prestação e não de imposição, servindo cidadãos e não súditos (2008, p. 575).

Nesse sentido, Moreira Neto comenta que o Estado passa a ser instrumento e parceiro da sociedade, substituindo o seu caráter anterior de dirigente e mentor, de maneira que “a imperatividade deixa de ser critério para ser ferramenta” (2008, p. 575).

Desse modo, ao menos em um primeiro momento, fica claro que a Administração Pública goza de prerrogativas e, talvez, privilégios não vistos no âmbito privado. Isso é

inegável. O ponto questionável é: qual o limite dessas prerrogativas? Qual o alcance desses critérios nas contratações?

Essas questões podem ser respondidas com base no novo paradigma do regime jurídico administrativo, abordado no item 2.1.3, e também conforme as considerações de Moreira Neto sobre o direito administrativo pós-moderno.

Assim, entende-se que os limites das prerrogativas da Administração Pública são, em regra, os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade. No momento em que há a substituição do paradigma tradicional do regime jurídico administrativo, não mais é admitida a atividade administrativa voltada para o Estado. As prerrogativas nas contratações públicas adotam outros critérios, com a intenção de promover os direitos fundamentais e estimular o desenvolvimento social, reduzindo a imperatividade e verticalização da relação contratual.

Nas contratações públicas, de acordo com o paradigma tradicional, o ente contratante possui prerrogativas que evidenciam esse tratamento desigual e inclusive o legitimam, sob a ótica de estar-se agindo sempre na busca do interesse público. Passamos então à visão da doutrina tradicional sobre contratos da Administração, contratos administrativos e cláusulas exorbitantes.

Com relação à classificação, de acordo com o entendimento de Di Pietro, a Administração Pública celebra tanto contratos de direito público, que seriam os contratos administrativos propriamente ditos, quanto contratos de direito privado (2017, p. 297).

Para Carvalho Filho, contrato administrativo é “o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.” (2013, p. 175). Conforme o autor, o que diferencia os contratos administrativos e os contratos privados da Administração é o regime jurídico aplicável – direito público no primeiro caso e privado no segundo (2013, p. 175).

Ainda sobre o tema, Di Pietro ressalta que nos contratos de direito público há as chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem prerrogativas à Administração Pública, de maneira a tornar a relação mais verticalizada, com o Poder Público exercendo maior domínio na relação contratual (2017, p. 298-300). Nesse caso, as cláusulas podem ser implícitas, não havendo necessidade que estejam expressamente previstas no contrato para terem sua observância garantida (DI PIETRO, 2017). Aqui, se estaria diante daquela situação em que a relação verticalizada sustenta possibilidades conferidas à Administração Pública não vistas em outras relações contratuais, como alteração unilateral dos termos pactuados, rescisão unilateral, direitos de fiscalização e gerenciamento do contrato.

Por outro lado, os contratos privados celebrados pela Administração Pública, como é o caso da simples locação de um imóvel para abrigar uma repartição pública, por não traduzirem o interesse direto da coletividade, estabelecem uma relação mais horizontalizada entre as partes, sem as cláusulas exorbitantes implícitas, mas com a possibilidade de serem expressamente dispostas se assim desejarem as partes (DI PIETRO, 2017).

Tal relação, cumpre destacar, nunca será totalmente horizontal, tendo em vista a observância obrigatória das sujeições – a inafastável vinculação à lei que permeia toda atividade administrativa –, como ensina Di Pietro (2017, p. 298). Segundo a referida autora, o critério definidor sobre a caracterização do contrato administrativo é a “utilidade pública que resulta diretamente do contrato” (2017, p. 298).

Nessa ordem de ideias, parece que o simples fato de ser um contrato de locação não é capaz de determinar o grau de interesse coletivo. Caso a caso, o contrato pode demonstrar uma utilidade pública importante. A análise, por consequência, deverá ser feita sobre o contrato em si, nos moldes em que foi efetuado ou planejado, e não apenas em razão da espécie contratual determinada pelo seu objeto – locação, compra e venda, prestação de serviços.

Outro aspecto relevante é a disposição legal sobre o tema, e sobre determinada espécie contratual. Em algumas situações, é a própria legislação que classifica o contrato. Di Pietro traz como exemplo a Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 –, que denomina uma série de contratos como contratos administrativos, embora inclua no termo contratos tipicamente privados, como os de compra, alienação, concessão de direito real de uso, mencionados nos artigos 1º, 2º, 23, § 3º, 62, §3º (2017, p. 303). A autora ressalta também o contrato de locação, disposto na lei como contrato administrativo, embora seja considerado pela doutrina como espécie de contrato privado da Administração Pública. Não é diferente o entendimento de Carvalho Filho sobre a espécie contratual de locação, seja a Administração Pública locadora ou locatária (2013, p. 191). O contrato de empreitada, contudo, é referido na lei como contrato administrativo, equiparado à contratação de obras (BRASIL, 1993).

Assim, o contrato de locação pactuado com a Administração Pública deveria, no primeiro olhar, ser submetido às normas de direito privado, sem o desequilíbrio contratual provocado pelas prerrogativas do regime administrativo.

Contudo, como ressalva Carvalho Filho, a Lei nº 8.666/93 expressamente prevê, em seu artigo 62, parágrafo terceiro, a aplicação do regime administrativo e de suas prerrogativas – especialmente o artigo 58 da referida lei – ao contrato de locação em que a Administração Pública figure como locatário e a outros tipos de contratos privados, restringindo sobremaneira a contratação privada da Administração (2013, p. 191-192).

No mesmo sentido, Di Pietro demonstra que é justamente no artigo 58 da Lei nº 8.666/93 que residem as cláusulas exorbitantes, o que, por simples interpretação, denotaria que houve a exclusão do regime privado das contratações da Administração, fato desmentido pela autora, pois afirma que essa aplicação das cláusulas exorbitantes é apenas parcial, desde que compatível com as normas de direito privado regentes da espécie contratual em voga (2017, p. 304).

Visto esse panorama doutrinário e positivado, partimos à apreciação dos entendimentos mais críticos, com uma ideia de o que está por vir sobre essa temática.

Noutra forma de abordagem, Cristóvam informa como parâmetros do novo regime jurídico-administrativo a isonomia, consensualidade, democracia participativa, exigência de eficiência da máquina pública e horizontalidade (2015, p. 327). Para o autor, “As prerrogativas administrativas somente devem ser mantidas se, além de expressamente assentadas na ordem constitucional, forem imprescindíveis à satisfação de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.” (2015, p. 327).

As prerrogativas, nesse sentido, devem existir somente no interesse da coletividade, sob a perspectiva de promoção dos direitos fundamentais, e quando estritamente necessárias para a consecução desse objetivo. Não há justificativa para os privilégios fundados genericamente no interesse público, principalmente quando for pautado conforme a vontade da própria Administração.

De forma crítica ao regime administrativo reconhecido por grande parte da doutrina – sustentado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado – Sundfeld afirma que a dicotomia público e privado é prejudicial ao desenvolvimento do direito administrativo brasileiro, uma vez que essa ideia acabou fortalecendo a crença na autoridade, “justificando que os poderes e a supremacia do Estado sobre os privados fossem muitas vezes presumidos ou exacerbados” (2014, p. 138-140). Para o autor, é preciso superar o entendimento de que o público é o bem, o privado é o mal, de que o interesse público é oposto ao privado, deixar de considerar o regime privado como o do egoísmo e o público como o da solidariedade, generalizando ambos os conceitos (2014, p. 144).

Nas palavras de Sundfeld, “é preciso que o conceito de direito administrativo evolua para o de um amplo direito estatutário, um direito comum para o Estado”, de maneira que se aceite a existência de regimes múltiplos (2014, p. 144).

Retomando a diferenciação inicial entre contrato administrativo e contrato da Administração, Moreira Neto explica que a primeira distinção estabelecida no direito francês se limitava ao plano processual, uma vez que havia o entendimento de que os contratos

administrativos deveriam ser apreciados pelo sistema específico que tratava do contencioso administrativo, ao passo que os contratos privados da Administração deveriam ter lugar na justiça comum (2008, p. 577). Conforme o autor, é dessa época a noção das cláusulas exorbitantes na contratação administrativa, marcada pela assimetria da relação.

A evolução das cláusulas exorbitantes, como ensina Moreira Neto, passou então pela fase da substantivação dos contratos administrativos, com a desigualdade entre as partes sendo justificada pela presença do interesse público (2008, p. 578). Essa situação permaneceu até o entendimento tradicional recente.

No entender de Moreira Neto, a fase atual é marcada pela “revisão da doutrina substantivadora do contrato administrativo”, pois afirma que a gestão privada dos serviços públicos é mais eficiente (2008, p. 579). Entende, ainda, que as exorbitâncias são na verdade modulações contratuais “inseridas sempre que motivadamente exigíveis pela matéria administrativa” (2008, p. 579). Por essa razão, não seria necessária a dupla regência dos contratos, bastando a teoria geral contratual normalmente aplicada no âmbito privado.

Continuando a lição, Moreira Neto estabelece três tipologias das cláusulas exorbitantes (2008, p. 580).

As cláusulas de executoriedade, que entende decorrer da própria lei e não do contrato, sendo portanto cláusulas extracontratuais, fazem referência ao plano de exercício do direito (2008, p. 580).

A segunda tipologia diz respeito às cláusulas de *jus variandi*, consubstanciadas na possibilidade da alteração unilateral do contrato, embora o autor destaque a limitação legal já existente, bem como a necessidade do juízo de razoabilidade – Moreira Neto afirma ainda que não há vedação à inclusão dessas cláusulas em contratos privados, contanto que não sejam abusivas e não violem a paridade das prestações (2008, p. 580).

Finalmente, as cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros, situação que, novamente, Moreira Neto entende derivar de lei e não do contrato em si, razão pela qual são incluídas nos contratos administrativos apenas para efeitos declarativos (2008, p. 580-581).

Com relação às vantagens das cláusulas exorbitantes, Moreira Neto defende que no contexto do Estado moderno eram sem dúvida importantes, pois se associavam à ideia de supremacia estatal indiscriminada, num cenário de economia fechada e aparelhamento do Estado, situação que não mais se sustenta no Estado pós-moderno, marcado por tantas outras características que exigem maior dinamismo (2008, p. 581). Atualmente, defende que as cláusulas exorbitantes podem atrapalhar a contratação, porquanto vislumbra o Estado como fomentador e não mais executor (2008, p. 581).

Moreira Neto vê o futuro da contratação como instrumento de governança política (2008, p. 584). Nesse norte, identifica a flexibilização como conceito chave nesse processo, tendo em vista que as possibilidades contratuais da Administração Pública são muitas e diversas, não justificando que o administrador fique atado à padrões estáticos e genéricos, que não admitem as modulações exigidas pelas circunstâncias de uma contratação específica (2008, p. 585). Assim, Moreira Neto vê com bons olhos “a possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes.” (2008, p. 585).

A aplicação da “técnica flexível da discricionariedade” no lugar da “técnica rígida da vinculação”, sob o ponto de vista de Moreira Neto, não encontra óbice na legislação brasileira, pois referido autor defende que não há disposição constitucional sobre a utilização generalizada das chamadas cláusulas exorbitantes, mas apenas previsão legal, pelo o que poderia ser revista tal opção legislativa pelo legislador ordinário, positivando o entendimento de que cabe ao administrador escolher no caso em questão a legitimidade da aplicação de cada cláusula (2008, p. 585-586).

Moreira Neto, então, passa a explicar como se põe em prática a técnica flexível da discricionariedade. Adota-se a “teoria da dupla motivação”, consistente em dois momentos distintos da escolha discricionária, sendo o primeiro uma motivação para a “adoção ou afastamento em tese de cláusula exorbitante” e o segundo outra motivação para “aplicação de uma determinada cláusula exorbitante, inserida em determinado contrato com previsão para atuar em determinadas circunstâncias” (2008, p. 586). Nesse sentido, o autor conclui que a adoção da dupla motivação é uma garantia dupla de legitimidade e garantia dupla de segurança jurídica para a parte privada, sem prejuízo ao interesse público (2008, p. 586).

Percebe-se que a ressalva a ser feita sobre essa ideia de discricionariedade compreende a preservação da impessoalidade e da moralidade, que merecem observação obrigatória em qualquer atividade administrativa. Assim, a discricionariedade diz respeito à possibilidade do administrador optar, no caso concreto, pela aplicação ou não de determinada cláusula exorbitante apenas no intuito de melhor atender aos princípios regentes da contratação pública e, em última análise, na maximização da proteção dos direitos fundamentais.

As parcerias público-privadas, as contratações pautadas pela lei de licitações e o interesse da iniciativa privada na Administração Pública, quando legítimas e de acordo com os preceitos constitucionais, são verdadeiros aliados na promoção dos direitos fundamentais e melhoria social. A atividade administrativa moderna não permite o encastelamento do administrador. A Administração Pública democrática exige a participação popular, o que inclui

o bom relacionamento com a iniciativa privada, logicamente sempre de maneira ética e responsável.

Trazidas essas considerações para a análise do contrato *Built to Suit* na Administração Pública, mormente na aplicação ou não das cláusulas exorbitantes, surgem algumas questões. A legislação – Lei nº 8.666/93 – considera a empreitada como contrato administrativo, enquanto reconhece o contrato de locação como privado, embora aplique também a este algumas prerrogativas do regime administrativo (BRASIL, 1993).

O contrato *Built to Suit*, por sua vez, embora possua aspectos de empreitada – quando tratar de locação de bem imóvel –, é considerado pelo ordenamento como um contrato de locação. Contudo, não é uma locação qualquer, mas sim espécie complexa, em virtude da própria característica da operação e dos reflexos que gera, como, por exemplo, possíveis contratos acessórios.

Dessa forma, embora seja, aparentemente, um contrato tipicamente privado, não parece adequado exterminar toda e qualquer influência dos contratos administrativos, principalmente se for levada em conta a conceituação desse gênero contratual como sendo aqueles pactos que possuem relevância ao interesse da coletividade.

De uma maneira ou outra, ainda que indiretamente, o contrato *Built to Suit* na Administração Pública reflete, certamente, o interesse da coletividade. Passa por aspectos financeiros, sustentáveis, sociais, que dizem respeito, ainda mais se levada em conta a administração democrática, à coletividade. Portanto, independentemente de ser considerado contrato administrativo ou privado, o *Built to Suit* da Administração deve obedecer, por força de lei – afinal, é um contrato de locação - algumas cláusulas exorbitantes.

Contudo, como visto, as cláusulas exorbitantes não devem ser escoras da autoridade e imposição da Administração Pública, e tampouco razão para que se façam contratações sem embasamento, usando como escudo a possibilidade de revisão e rescisão unilateral do pactuado.

As prerrogativas e sujeições devem funcionar para promoção da Administração Pública democrática, eficiente, sustentável e responsável. A coletividade deve ser beneficiada não com base na supremacia, simples e pura, do interesse público sobre o privado, mas sim por meio da promoção dos direitos fundamentais.

Devem ser valorizadas as cláusulas exorbitantes concernentes à fiscalização do contrato, que permitem o controle interno e externo da atividade administrativa e da conduta dos particulares contratantes, exigindo-se da Administração Pública e dos agentes políticos uma postura proba e comprometida, sem descartar as eventuais sanções caso constatadas

irregularidades. A fiscalização, todavia, só é possível se presentes dois fatores: a informação e a participação da coletividade.

Partindo da ideia de cooperação no processo administrativo ambiental, Pedro de Menezes Niebuhr menciona a importância da participação dos afetados para obtenção do resultado adequado aos anseios da coletividade (2017, p. 157). Para tanto, o autor sustenta ser fundamental a ampla divulgação dos atos e processos da Administração, não podendo haver, em regra, informações secretas, eis que “a informação é pressuposto da cooperação” (2017, p. 158).

Sobre o tema, Niebuhr ressalta a Convenção de Aarhus de 1998, que trata, no âmbito europeu, do acesso à informação, da participação popular na tomada de decisão e do acesso à justiça em matéria de meio ambiente (2017, p. 158). Segundo o autor, a Convenção admite a relevância da aplicação dos modos de comunicação eletrônicos no processo decisório, que também contribuem “para o conhecimento público das questões ambientais” e dão “oportunidade dos cidadãos expressarem (e o Poder Público considerar) suas preocupações” (2017, p. 158).

Desse modo, a Administração Pública deve digitalizar e disponibilizar na *internet* todas as informações sobre a atividade administrativa desempenhada, pois é assunto de interesse coletivo. Ainda, Pedro Niebuhr comenta que tal disponibilidade “é uma obrigação deduzida do próprio contexto constitucional e legal brasileiro” (2017, p. 159).

A Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527 – trouxe relevantes disposições sobre a matéria (BRASIL, 2011b). Há disposição expressa, no inciso III do artigo 3º, prevendo a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação (BRASIL, 2011b). A necessidade de ser disponibilizada informação via *internet* aparece ainda nos artigos 8º, § 2º e 10, § 2º da norma (BRASIL, 2011b).

Em relação ao *Built to Suit*, o artigo 7º, inciso VI, da Lei 12.527 prescreve o direito de se obter informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos (BRASIL, 2011b). Na mesma senda, a Lei do RDC, diploma que positivou o *Built to Suit* na Administração Pública, apresenta no artigo 4º, inciso VII, a diretriz de “ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei.”, demonstrando a importância do assunto (BRASIL, 2011a).

Nesse sentido, é imperioso que todas as informações atinentes ao contrato estejam disponíveis na rede mundial de computadores, de forma que possibilite o amplo acesso de

qualquer cidadão interessado em fiscalizar e tomar nota do andamento das contratações públicas.

Além disso, esses portais eletrônicos devem permitir a participação da população, seja por sugestões, críticas, fóruns de discussão, pois de acordo com a lição de Pedro Niebuhr, essa prática permite a atuação popular sem que os entraves burocráticos – como horário de expediente do órgão público e processos físicos – desestimulem a cooperação (2017, p. 160).

A internet é um meio potencialmente poderoso para o controle e participação popular na Administração Pública, e por essa razão é condizente com os princípios aqui abordados.

Outras reflexões acerca do regime administrativo aplicado aos contratos são necessárias para desenvolver a relação entre eficiência e cláusulas exorbitantes. A postura de comprometimento da Administração na relação contratual vai além do simples dano causado ao contratado em virtude de eventual rescisão unilateral, por exemplo. A segurança jurídica e a percepção do mercado influenciam severamente no custo-benefício das contratações públicas. Ao preservar os direitos do contratado, há um conseqüente prestígio às contratações públicas, por óbvio benéfico à sociedade.

Sejam contratos públicos ou privados, isso motivaria a participação de outras formas de contratos e de outros sujeitos não usuais contratantes com a Administração, renovando as fontes de financiamento das obras públicas e dando um basta à cartelização dos licitados.

Maior segurança ao particular que pretende contratar com a Administração Pública aumenta a confiança dos envolvidos no processo, tornando mais atraente as modalidades de contratações públicas. Além disso, é um sinal claro de boa vontade no combate à corrupção e às más práticas administrativas, que devem ser extirpadas e não mais encontram espaço no regime jurídico-administrativo.

Para a Administração Pública, e por consequência também para a sociedade em geral, é benéfico que o número de interessados em contratar com o Poder Público seja cada vez maior, pois permite melhores condições de concorrência, tornando o processo mais democrático, e contratações mais favoráveis à Administração. Além disso, observados esses critérios, aumenta-se a segurança jurídica de tais operações, o que agrega vantagens tanto ao polo privado como ao pólo público da relação contratual.

Ainda, as prerrogativas devem ser trabalhadas no sentido de possibilitarem a contratação que melhor atenda aos requisitos do princípio da atualidade. Em outras palavras, significa prestigiar as contratações sustentáveis, inovadoras e eficientes, que ofereçam os mais recentes conceitos de qualidade e modernidade e que dependendo da situação em análise, pode ser uma operação *Built to Suit*.

Em consonância com o exposto, a contratação *Built to Suit* deve observar algumas cláusulas exorbitantes.

Por se tratar de prerrogativas, a análise deve ser feita cautelosamente, sob pena de prestigiar uma Administração impositiva, excessivamente verticalizada, e por consequência antidemocrática, o que fere não só a relação contratual, mas também toda a coletividade. Por fim, os privilégios injustificáveis não são acolhidos pelo direito administrativo constitucional, e dessa forma devem ser banidos de qualquer contratação pública.

4.4.2 Revisão contratual ou rescisão contratual por parte da Administração Pública

Como visto no item anterior, as disposições legais concernentes à contratação e licitação pública, bem como o regime administrativo, impõem as chamadas cláusulas exorbitantes, consubstanciadas em prerrogativas, muito embora a visão atual de parte da doutrina sobre o tema venha admitindo um entendimento diverso do tradicional. Mesmo quando se tratar de contrato privado, como observado anteriormente, algumas peculiaridades devem ser observadas.

No contrato objeto da análise do trabalho, as hipóteses de rescisão ou revisão contratual devem ser tratadas com ainda mais cuidado, em virtude das peculiaridades que se fazem presentes. Tal aplicação de cláusulas exorbitantes de executoriedade ou *jus variandi*, conforme definição de Moreira Neto – ver item 4.4.1 –, deve ser feita cautelosamente em razão da característica de prestação continuada, que dilui o investimento inicial (2008, p. 587).

Dessa maneira, a possibilidade de revisão e rescisão contratual por parte da Administração Pública no contrato *Built to Suit* é relevante para a análise do presente trabalho. Essas duas hipóteses transparecem nas cláusulas exorbitantes da alteração unilateral do contrato – revisão – e da rescisão unilateral do contrato, trazidas expressamente no texto do artigo 58 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

A análise partirá, então, do que já está positivado e amplamente aceito na doutrina. Não deixamos, contudo, de mencionar a crítica sobre a aplicação das cláusulas exorbitantes, tema debatido no item 4.4.1 e que merece ser levado em conta na contratação *Built to Suit*.

A alteração unilateral do contrato, inexistente no âmbito privado, confere à Administração Pública a prerrogativa de modificar o pactuado independente da vontade da outra parte, em alguns casos dispostos em lei, logicamente. Conforme Carvalho Filho, não se busca desvio de finalidade ou proteger interesses escusos, mas sim admitir que novos fatos permitam uma flexibilização na relação contratual (2013, p. 194).

Nesse sentido, a ocorrência da alteração unilateral do contrato é descrita no inciso I do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, que estabelece duas situações em que é permitido referido procedimento: no caso de modificação do projeto ou das especificações, para alcançar melhor adequação técnica aos objetivos do contrato; quando for necessário alterar o valor do contrato em razão do aumento ou diminuição quantitativa do objeto (BRASIL, 1993).

De acordo com Di Pietro, a primeira situação de alteração descrita na lei é considerada qualitativa, enquanto a segunda é quantitativa, e é sempre necessário observar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem lesar a outra parte (2017, p. 313).

Importante destacar que a lei estabelece limites para a alteração quantitativa, prevendo o teto de até 25% do valor inicial do contrato para acréscimos e supressões em obras, serviços ou compras, e excepcionalmente 50% para acréscimos na hipótese de reforma de edifício ou equipamento (BRASIL, 1993).

Com relação à alteração qualitativa, não há limite previsto em lei. A doutrina, por sua vez, diverge sobre o tema. Di Pietro entende o cabimento de tal limite apenas na hipótese de alteração quantitativa (2017, p. 313). Carvalho Filho, por outro lado, considera a aplicação do limite legal também no caso de alterações qualitativas do contrato (2013, p. 195).

A aplicação dessa prerrogativa ao contrato *Built to Suit* da Administração Pública deve ser cuidadosa. Como visto, o contrato envolve um aporte financeiro inicial do contratado, que espera ter nas parcelas do aluguel cobrado o retorno do investimento e o preço da ocupação do bem, simultaneamente. Assim, alterações unilaterais podem causar significativos prejuízos ao contratado.

A cautela também é necessária com relação à rescisão unilateral, que pode ensejar indenização pela ruptura contratual. Tal procedimento rescisório, descrito no artigo 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93, deve ser fundado em alguma das causas descritas no artigo 78 da mesma legislação (BRASIL, 1993). Carvalho Filho entende como dois principais motivos: descumprimento do contrato pelo particular e interesse da Administração Pública (2013, p. 196). No primeiro motivo, encontram-se o descumprimento de cláusulas contratuais, o cumprimento irregular do contrato, morosidade, atraso da obra, entre outros (BRASIL, 1993). Já no segundo motivo, o que importa é o interesse da Administração no desfazimento do contrato, que deve ser sempre motivado, justificado e de alta relevância.

No caso de rescisão por culpa do particular, nas hipóteses referentes ao descumprimento do contrato, por exemplo, não é devida indenização por parte da Administração, já que ele mesmo deu causa à rescisão. Por outro lado, quando não houver culpa do contratado, é devida indenização, no sentido de preservar o equilíbrio econômico financeiro

do contrato, como assevera Pietro, devendo ser apurado o prejuízo sofrido e comprovado, bem como o custo da desmobilização (2017, p. 314). Tal dever de ressarcimento e indenização está disposto no artigo 79, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993).

Ainda, Di Pietro faz crítica à disposição legal do artigo 79, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93, que prevê o dever da Administração indenizar o contratado também no caso de desfazimento do contrato em virtude de caso fortuito ou força maior (2017, p. 314). Para a autora, se trata de verdadeiro desvirtuamento da teoria do caso fortuito e força maior prevista no Código Civil e que abrange todos os ramos do direito, embora tal dispositivo legal deva ser respeitado por estar em vigor (2017, p. 314).

A alteração unilateral e rescisão unilateral do contrato, prerrogativas da Administração Pública, devem ser levadas a cabo com cuidado, esta última principalmente no que tange ao motivo do interesse público. Tal situação, como visto, enseja reparação pecuniária ao particular, devendo ser muito bem estudada. Por outro lado, os motivos de descumprimento do contrato devem ser evitados pelo particular, tendo em vista não só o prejuízo social que acarreta, mas também a provável perda de todo o contrato em si, algo extremamente indesejado para o empreendedor.

4.4.3 Prazo do contrato

A Lei de Licitações, em seu artigo 57, prevê que a duração dos contratos regidos por aquele diploma ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (BRASIL, 1993). O artigo 57, § 3º, estabelece ainda que os contratos devem ser celebrados por prazo determinado (BRASIL, 1993).

Tendo em vista que os créditos orçamentários possuem duração de um ano, vigorando no decorrer de cada exercício financeiro, Carvalho Filho explica que os contratos, em regra, terão duração de igual período (2013, p. 204).

As exceções, de acordo com Carvalho Filho, são: os contratos atinentes a projetos definidos no Plano Plurianual; contratos que tenham por objeto a prestação de serviços contínuos, com duração limitada a 60 meses e possibilidade excepcional de acréscimo de mais 12 meses, e os contratos em que a Administração pretende alugar equipamentos e usufruir programas de informática, ocasião em que a duração pode ser estendida até 48 meses (2013, p. 205).

Há ainda, consoante lição do autor, exceção aos contratos firmados com base nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei de Licitações, que tratam,

respectivamente, de: segurança nacional; materiais para as Forças Armadas; bens e serviços produzidos no País envolvendo alta complexidade tecnológica e defesa nacional; inovação e pesquisa científica para autonomia e desenvolvimento tecnológico no País (2013, p. 206). Nessas hipóteses, havendo interesse da Administração, a lei dispõe que a duração do contrato pode ser de até 120 meses (BRASIL, 1993).

O pacto de locação, contudo, não está adstrito à essa limitação de prazo. Isso porque, conforme explica Di Pietro, o artigo 62, § 3º, ao determinar a aplicação das normas da Lei de Licitações aos contratos de direito privado celebrados pela Administração, “fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo.” (2017, p. 309). Assim, o regime legal aplicável será, predominantemente, de direito privado.

O Tribunal de Contas da União já julgou a matéria, e seguiu o mesmo entendimento (BRASIL, 2009). Concordando com a argumentação da Advocacia Geral da União, a corte firmou entendimento de que o limite de duração do contrato previsto no artigo 57 da Lei de Licitações não se aplica às locações em que a Administração Pública figure como locatária, devendo ser utilizado, na hipótese, as disposições sobre prazos da Lei do Inquilinato, desde que o pacto seja firmado por tempo determinado (BRASIL, 2009).

No caso do *Built to Suit*, não poderia ser outro o parecer, sob pena de aniquilar qualquer possibilidade de contratação. A limitação da duração do contrato a 60 meses, se levado em conta a disposição da Lei de Licitações sobre o prazo das avenças que tenham por objeto prestação de serviços continuados, inviabilizaria a cobrança de aluguel suficiente para arcar com a remuneração do uso do bem e com o investimento inicial. Isso em virtude da combinação de dois fatores: limite de custo da parcela mensal – 1% do valor do bem locado – e período exíguo.

Por essas razões, a contratação *Built to Suit* pode ser feita pelo prazo que for necessário, desde que atenda ao melhor interesse da Administração Pública e tenha sua duração determinada no pacto. Em virtude das características próprias do contrato, a probabilidade é de que a duração do ajuste seja fixada entre 10 e 20 anos, prazo suficiente para que o investidor recupere as despesas do empreendimento e seja devidamente remunerado.

4.4.4 *Built to Suit* e o direito de superfície

No item 4.2, ocasião em que foram tratados os aspectos legais referentes ao contrato *Built to Suit* na Administração Pública, explicou-se a possibilidade de previsão contratual no

sentido de garantir a reversão do bem locado ao patrimônio da Administração, ao término do prazo de locação.

Uma utilização interessante dessa disposição é na hipótese da construção do imóvel objeto do contrato ser realizada em terreno de propriedade do ente público contratante. Foi o que aconteceu no caso da edificação da sede da Subseção Judiciária da Justiça Federal de Campo Mourão/PR, que foi construída em terreno de propriedade da União (ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011). Na ocasião, o Município de Campo Mourão doou o terreno à União para que fosse construída a nova sede da Justiça Federal.

Para ser viável tal negócio, é preciso conceder o direito real de superfície ao locador-empREENDEDOR, de modo que seja possível explorar o imóvel. Em regra, a escolha do empreendedor, nesse cenário, será por licitação, haja vista a localização ser característica própria do terreno da Administração. Não é caso, portanto, para dispensa do procedimento licitatório justificada pela localização do imóvel. Partimos então para um breve exame sobre o direito de superfície.

De acordo com Farias e Rosendal, o direito de superfície é um direito real imobiliário consistente na opção do proprietário em conceder a um terceiro, chamado superficiário, a propriedade de plantações ou construções feitas por este sobre ou sob o solo alheio, podendo ser pactuado por prazo certo ou indeterminado e devendo ser feita escritura pública no registro imobiliário (2014, p. 525). Conforme lição dos autores, é uma exceção à regra da acessão, ao princípio da *superficies solo cedit*, e pode ser concedido tanto de forma gratuita como onerosa (2014, p. 527).

Ainda, Farias e Rosendal afirmam que o direito de superfície pode ter natureza jurídica tanto de propriedade como de direito real em coisa alheia, pois após a construção ou plantação o superficiário exerce direito de proprietário sobre a obra ao mesmo tempo em que ainda há o direito de propriedade do dono do terreno (2014, p. 529). Assim, há a coexistência desses dois direitos reais.

Rodrigues explica que basta o registro do contrato de concessão do direito de superfície, no Cartório de Registro de Imóveis competente, para que o direito real passe a vigorar (2003, p. 275).

Em nosso ordenamento, a previsão legal do direito de superfície aparece tanto no Estatuto da Cidade como no Código Civil. No primeiro, os artigos 21 a 24 regem o assunto, enquanto que no Código Civil a matéria vem disciplinada pelos artigos 1.369 a 1.377 (BRASIL, 2001, 2002).

Para Farias e Rosenvald, o direito de superfície será regido pelo Estatuto da Cidade quando for o caso de interesse social, tendo em vista ser uma lei com o objetivo de conferir o máximo aproveitamento social do espaço urbano (2014, p. 538). Os mesmos autores entendem que o Código Civil, por sua vez, rege o direito de superfície quando este for instrumento destinado a atender interesse e necessidades privadas (2014, p. 539). Mesmo que seja considerado contrato de característica privada pactuado pela Administração Pública, reconhece-se o interesse social do *Built to Suit*.

Benemond considera que o Estatuto da Cidade deve ser aplicado ao direito de superfície na hipótese em que o direito real é utilizado como instrumento de política urbanística e nos casos em que for instituído pelo Poder Público, ao passo que o Código Civil será utilizado pelos particulares, não importando a destinação do terreno (2015, p. 59).

Levando em consideração o entendimento doutrinário, no contrato *Built to Suit* na Administração Pública, quando for feita a concessão do direito de superfície sobre o terreno público, a lei regente será o Estatuto da Cidade.

Além disso, cabe dizer que também é possível a utilização do direito de superfície ainda que não se trate de um terreno público. Nesse caso, haverá a figura do proprietário do solo – fundeiro –, do empreendedor-locador – que será o superficiário – e da Administração Pública – como locatária. Entende-se que a complexidade dessa última hipótese talvez seja contraproducente, principalmente por dificultar o controle em virtude do maior número de participantes na operação. Acredita-se que eventual benefício que possa advir de tal contratação é alcançável, do mesmo modo, por ajuste simplificado.

O direito de superfície aparece como instrumento interessante no caso em que seja feita a construção sobre solo do Poder Público, sendo concedido o direito real ao superficiário-empresendedor-locador pelo mesmo prazo de vigência do contrato *Built to Suit*. Nessa circunstância, a reversão do bem imóvel à Administração Pública ao final do prazo do contrato deverá ser cláusula obrigatória do instrumento contratual.

Como visto no segundo capítulo, a atuação administrativa eficiente e sustentável é imposição do ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, a contratação *Built to Suit* deve ser planejada levando em conta tais critérios.

Ainda, verifica-se a possibilidade de promover a sustentabilidade e eficiência administrativa por meio do ajuste em análise, conforme explicado neste capítulo, em virtude de suas características permitirem a locação de bens adequados à prestação de serviços públicos de qualidade, feitos sob medida para a Administração Pública, de maneira sustentável e com redução do impacto financeiro inicial das obras tradicionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade administrativa pautada em princípios, como restou demonstrado, é imposição do ordenamento jurídico pátrio. Tanto disposições constitucionais quanto normas infraconstitucionais preveem a aplicação de diversos primados de direito administrativo. O princípio da eficiência, dessa maneira, constitui importante norte da Administração Pública.

Pretendeu-se, ao longo do estudo, demonstrar como o contrato *Built to Suit* é ferramenta de estímulo de práticas eficientes e sustentáveis no âmbito público. Para tanto, no primeiro momento, é preciso superar a ideia tradicional de regime jurídico-administrativo pautado na supremacia do interesse público.

A trindade principiológica da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano como estruturas do novo regime, conforme leciona Cristóvam, mostrou-se adequada à promoção da Administração Pública eficiente. As relações entre Poder Público e indivíduos deixa de ser verticalizada e impositiva para tomar contornos de cooperação e solução conjunta de adversidades. Nesse sentido, o impulso dos direitos fundamentais é requisito da atuação estatal.

O contrato *Built to Suit* no âmbito administrativo, ainda que recente em nosso ordenamento, apresenta-se como alternativa interessante às locações convencionais e às obras das edificações de órgãos públicos. Fornece um bem mais adequado às necessidades da Administração com relação às primeiras, enquanto ostenta impacto financeiro inicial muito inferior às segundas. É, de fato, contratação complexa, que exige minucioso planejamento contratual. Ainda assim, viabiliza diversas hipóteses, como locação de bens imóveis e móveis, pactuação de reversão do bem ao Poder Público após o fim da avença e concessão de direito real de superfície para construção de imóvel em terreno da Administração.

O regime contratual aplicado à espécie, a princípio, por se tratar de contrato de locação, seria o de direito privado. Contudo, como visto, a Lei de Licitações impõe a observância de cláusulas exorbitantes, equiparando a avença aos contratos administrativos típicos. Conclui-se equivocada essa opção legislativa. Com subsídio na lição de Moreira Neto, é necessária maior flexibilização contratual atualmente, razão pela qual entende-se adequada a ideia de modulação das exorbitâncias, casuisticamente. A complexidade de um pacto como o *Built to Suit* exige adequações conforme as circunstâncias específicas para permitir todo o potencial contratual. Constatou-se, ainda, que as prerrogativas que devem sempre estar presentes na contratação são aquelas concernentes à fiscalização e publicidade, em consonância com as disposições constitucionais e o princípio republicano.

As hipóteses de alteração contratual e rescisão contratual unilateral, no mesmo sentido, devem ser estudadas com cautela. As características da avença analisada contribuem para que tais medidas sejam ainda mais prejudiciais à relação contratual, tendo em vista o caráter da remuneração diferida ao longo do prazo. Como consequência, adotadas sem fundamentação adequada, essas medidas são danosas à segurança jurídica, incrementando o já elevado risco em contratar com a Administração Pública e aumentando o custo das avenças para o Poder Público.

A promoção da eficiência, como constatado, admite percepções distintas e complementares. Cumpre salientar a noção da prestação de serviços públicos de qualidade, de maneira a atingir resultados satisfatórios para a coletividade. Nessa ordem de ideias, para o oportuno serviço público, é fundamental a existência de condições materiais permissivas, mormente o fornecimento de estrutura física efetiva dos aparelhos estatais. O contrato *Built to Suit* mostrou-se viável como ferramenta para a consecução desse objetivo prestacional, vez que proporciona à Administração bens móveis e imóveis construídos para atender especificamente suas necessidades. Por esse motivo, reconhece-se a possibilidade do ajuste em análise promover a eficiência administrativa na acepção de resultado.

Outro sentido do princípio da eficiência estudado foi relativo à economicidade. Assim, pretendeu-se averiguar o custo-benefício da espécie contratual, consubstanciado na sua capacidade de reduzir desperdícios de recursos públicos sem deixar de cumprir seu papel primordial de fornecer bens próprios ao exercício da função administrativa. Pode-se resumir o conceito com a célebre frase política “fazer mais com menos”.

O *Built to Suit* evita o desembolso inicial de alto valor, comum às obras públicas convencionais. Assim, permite a otimização dos recursos, que podem ser aplicados em outras atividades fins do Estado, com necessidades prementes. Como visto, com o valor equivalente à construção convencional de uma escola, foi possível a locação na modalidade *Built to Suit* de sete unidades de ensino no município paulista de Praia Grande. Demonstra, desse modo, ser interessante instituto para atender demandas imediatas da coletividade. Infere-se, por essas razões, a viabilidade do contrato estudado promover o princípio da eficiência na Administração Pública na sua noção econômica.

A terceira acepção abordada de eficiência relaciona-se à sustentabilidade. Com isso, buscou-se investigar o desenvolvimento sustentável alcançado pelo contrato *Built to Suit*, em conformidade com as normas regentes da matéria, estabelecidas pelo Ministério do Meio Ambiente, bem como as diretrizes de organizações internacionais para a construção ambientalmente correta.

Ainda, utilizou-se a obra de Juarez Freitas para fundamentação teórica da importância conferida à matéria. Referida teoria propiciou uma compreensão mais aprofundada da relação do Estado com a natureza e seus deveres constitucionais de proteção de tal patrimônio, partindo-se da premissa da solidariedade intra e intergeracional. Conforme foi tratado, as medidas de desenvolvimento sustentável - tanto ambiental quanto social - são agendas improrrogáveis para a manutenção e incremento da qualidade de vida. Também, o administrador está vinculado à escolha de alternativas sustentáveis, de acordo com a lição de Freitas, fundamentada nas disposições constitucionais.

Mas não só a doutrina conduz à essas conclusões. Notou-se, na mesma direção, a normativa da Lei do RDC, que em consonância com os preceitos da Constituição, exige a contratação focada no desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, o *Built to Suit* deve ser planejado de acordo com essas regras de sustentabilidade, fornecendo à Administração bens ecologicamente corretos e que proporcionem à sociedade bem-estar e convívio adequado. Para tanto, deve predominar o uso de tecnologias limpas e arquitetura pensada no indivíduo. Por conseguinte, constata-se a possibilidade da espécie contratual examinada promover a eficiência nessa última dimensão.

Feitas essas considerações, conclui-se que foram atingidos os objetivos do presente estudo, com a resposta ao problema confirmando totalmente a hipótese básica definida na introdução. Isso porque, atendidas as três acepções propostas de atividade administrativa eficiente, restou demonstrada a possibilidade do contrato *Built to Suit* promover os princípios da eficiência e da sustentabilidade na Administração Pública, com alocação inteligente dos recursos públicos e bens construídos de acordo com as necessidades e expectativas da Administração Pública, em consonância com os critérios de desenvolvimento sustentável, oferecendo aos administrados serviços públicos de qualidade.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. 189 p. Atualizada por: Rosolea Miranda Folgosi.
- BENEMOND, Fernanda Henneberg. **Contratos built to suit**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2015. 166 p.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. DOU. Brasília, DF, 05 jun. 1998. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei Nº 8.245, de 18 de Outubro de 1991**. DOU. Brasília, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. DOU. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. DOU. Brasília, DF, 01 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. DOU. Brasília, DF, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. DOU. Brasília, DF, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. DOU. Brasília, DF, 05 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. DOU. Brasília, DF, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 12.744, de 19 de Dezembro de 2012**. DOU. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12744.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.190, de 19 de novembro de 2015**. DOU. Brasília, DF, 20 nov. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13190.htm#art1>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Agenda 21**. 2017. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **A3P: Agenda Ambiental na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Construção Sustentável**. 2017. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/urbanismo-sustentavel/construcao-sustentavel>>. Acesso em: 11 out. 2017.

BRASIL. Portal TCU. Tribunal de Contas da União. **Ações de sustentabilidade na administração pública ainda são insuficientes**. 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/acoes-de-sustentabilidade-na-administracao-publica-ainda-sao-insuficientes.htm>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 33.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 de novembro de 2015. **Dou**. Brasília, . Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.+E+33889.NUME.\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qxbhptd](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.+E+33889.NUME.)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/qxbhptd)>. Acesso em: 06 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1127. Relator: Ministro Benjamin Zymler. **Dou**. Brasília, 2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11*/NUMACORDAO:1127 ANOACORDAO:2009/DTRELEVANCIA desc, NUMACORDAOINT desc/false/1/false>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1301. Relator: Ministro André de Carvalho. Brasília, DF, 29 de maio de 2013. **Dou**. Brasília, . Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31323634333236&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight;=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, p. 845-855 2008. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional++Bras%C3%ADlia+\(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVII+Congresso+Nacional++Bras%C3%ADlia+(20%2C+21+e+22+de+novembro+de+2008).pdf)>. Acesso em: 13 Set. 2017.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Legalidade e “Delegações Regulamentares”. Algumas reflexões. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (Org.). **Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 1266 p.

CILLI, Fábio. **Empreendimentos do tipo Build to Suit**: arbitragem do valor de locação em editais de concorrência. 2004. 150 f. Monografia (Especialização) - Curso de Mba em Gerenciamento de Empresas e Empreendimentos na Construção Civil, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://poli-integra.poli.usp.br/library/pdfs/ed53e45e833281e689283f58914e5c96.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais Estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. 368 p.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. 336 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1088 p.

ENCONTRO TÉCNICO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 2011, Florianópolis. **"Built-to-suit"**: Uma nova proposta de parceria público-privada. Florianópolis: , 2011. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/enaop/artigos/parceria_publico-privadaprojeto_built-to-suit.pdf>. Acesso em: 05 set. 2017.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (Brasil). **Entrevista com o professor Joel de Menezes Niebuhr sobre a modernização das licitações no Brasil**. Disponível em: <<https://comunidades.enap.gov.br/mod/forum/discuss.php?d=120>>. Acesso em: 17 out. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, 5**: direitos reais. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. 867 p.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 536 p.

FIPEZAP (Brasil). **Preços de imóveis comerciais abrem segundo semestre em queda**. Disponível em: <<http://fipezap.zapimoveis.com.br/precos-de-imoveis-comerciais-abrem-segundo-semester-em-queda/>>. Acesso em: 04 out. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 374 p.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.

GREEN BUILDING COUNCIL (Brasil). **Certificação LEED**. 2017. Disponível em: <<http://gbcbrasil.org.br/sobre-certificado.php>>. Acesso em: 11 out. 2017.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; BORGES, Ana Paula Dutra. **Apontamentos sobre as inflexões do princípio da eficiência no processo administrativo brasileiro**. 2011. Disponível em: <[http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-sobre-inflexões-do-princípio-da-eficiência-no-processo-administrativo-brasilei](http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-sobre-inflexoes-do-principio-da-eficiencia-no-processo-administrativo-brasilei)>. Acesso em: 21 set. 2017.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 48, 1dez. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/343>>. Acesso em: 21 set. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. O Built to Suit como nova modalidade de contrato administrativo. **Revista do Mestrado em Direito Ucb**, Brasília, v. 10, n. 1, p.129-156, jun. 2016. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/6388/4434>>. Acesso em: 14 set. 2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Processo administrativo ambiental: Teoria, Modalidades e Aspectos Controvertidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

OSÓRIO, Fabio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr. 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527>>. Acesso em: 13 Set. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527>

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das coisas**, volume 5. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Tuca. **Locação sob medida: Lei do built-to-suit é sancionada e abre caminho para o modelo de contratação que viabiliza a construção de equipamentos públicos sem desembolso inicial**. 2012. Disponível em: <<http://infraestruturaurbana.pini.com.br/solucoes-tecnicas/23/artigo276220-2.aspx>>. Acesso em: 18 set. 2017.

SANTA CATARINA. Lisandrea Costa. Agência Alesc (Ed.). **CCJ aprova colocação de placa informativa em obra paralisada**. 2017. Disponível em: <http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/noticia_single/ccj-aprova-pl-que-obriga-colocacao-de-placa-informativa-em-obra-publica-pa>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 926 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 351 p.

VENILTON TADINI (Brasil). Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base. **Por onde trilhar em 2017**. 2017. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/relatorio-2017>>. Acesso em: 17 ago. 2017.