

Compras Públicas

Notícias

Entrevista com o professor Cláudio Sarian Altounian sobre contratos “built to suit” ou “locação sob medida”

◀ Entrevista sobre boas práticas em compras públicas sustentáveis com o professor Alessandro Quintanilha

Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista com o professor Cláudio Sarian Altounian sobre contratos “built to suit” ou “locação sob medida”
por Eduardo Paracêncio - terça, 28 Nov 2017, 07:16

(28/11/2017) Entrevista exclusiva para a Comunidade de Compras Públicas da Escola Nacional de Administração Pública com o professor Cláudio Sarian Altounian sobre contratos “built to suit” ou “locação sob medida”. As perguntas foram elaboradas pelo professor da Enap Antônio Jorge Leitão.

1 – Professor Cláudio Sarian, o que nos traz de novo o contrato “built to suit”? Em que consiste este sistema contratual?

Sarian: O contrato “built to suit”, também conhecido como “locação sob medida”, tem por objeto a locação de imóvel, com fins não residenciais, construído pelo locador de acordo com as especificações definidas pelo futuro locatário. Em resumo, o investidor constrói edificação ou procede à significativa reforma, para atender às necessidades deste, em prazo previamente estabelecido em contrato, que costuma variar entre 10 a 20 anos. Existe a possibilidade de que o empreendimento seja realizado no terreno do locatário ou do locador.

Esse tipo de operação é utilizado há muitos anos no mercado imobiliário, na área comercial e industrial, com destaque para o setor bancário, e traz deveres e vantagens para as duas partes contratantes.

O locador tem a responsabilidade de adquirir o terreno, promover a elaboração dos projetos e a execução da obra de modo a entregar o imóvel pronto para receber mensalmente remuneração pelo uso do imóvel que permita o retorno dos investimentos realizados.

Por sua vez, o locatário define o local da obra e estabelece as especificações das instalações necessárias, aprova os projetos e acompanha execução da obra até o recebimento do imóvel concluído.

2 – Na atual situação política e econômica do Brasil, e com a aprovação da EC 95/16, também chamada de teto dos gastos, os gestores públicos terão que inovar, portanto, para suprir a necessidade pública quanto à infraestrutura, qual a importância do “built to suit”? Quais as dificuldades trazidas por esta emenda à execução de obras pelo sistema tradicional?

Sarian: É de conhecimento de todos a grave crise fiscal e a recessão por que passa o Brasil neste passado recente. Foi esse cenário que levou o legislador a aprovar a Emenda Constitucional 95, em dezembro de 2016, que instituiu um novo regime fiscal em relação aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União pelos próximos vinte anos. De modo simples, essa emenda estabeleceu limites individualizados para as despesas primárias, fixando teto de gastos para cada órgão ou Poder calculado anualmente por meio da correção do exercício imediatamente anterior pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

Na prática, isso significa que as organizações públicas terão enorme desafio a partir de agora para manter a qualidade dos serviços prestados à sociedade, em primeiro lugar, pelo fato de que os servidores que se

apresentarão não serão repostos na mesma velocidade do passado e, em segundo, pela redução de recursos orçamentários para novos investimentos e para início de construção de novas obras públicas. A locação sob medida é uma das opções que o gestor passará a ter para contornar esse cenário, tanto de baixos recursos para o investimento, quanto de pessoal limitado para efetuar os procedimentos de licitação e fiscalização de contratos das obras.

3 – Este tipo de contratação já é há bastante tempo utilizado pelo ramo empresarial, quando foi possível o poder público viabilizar este sistema? Quais as legislações e as jurisprudências em que o gestor público pode se apoiar?

Sarian: Como disse, no setor privado, a utilização desse contrato vem de longa data. Na área pública, o “built to suit” ainda é utilizado de modo cauteloso pelos gestores, talvez pela novidade ou pelo receio de adotar esse procedimento sem o adequado conhecimento técnico e jurídico de sua equipe.

Até 2012, esse tipo de contrato era atípico no Brasil, em face da inexistência de lei que tratasse da matéria. Apenas com a aprovação da Lei 12.774/12, esse instituto foi incorporado à Lei do Inquilinato, trazendo maior segurança jurídica para o mercado. Em resumo, foi inserido o art. 54-A na Lei nº 8.245/1991 que estabeleceu que “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”.

No ano seguinte, o Tribunal de Contas da União, em atendimento à consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, aprovou o Acórdão 1301/2013-Plenário, por meio do qual estabeleceu uma série de orientações técnicas e jurídicas para a Administração observar quando for firmar um contrato de locação sob medida.

Por fim, em 2015, o Congresso Nacional aprovou a inserção do art. 47-A no Regime Diferenciado de Contratação – RDC que autoriza esse tipo de locação para os objetos previstos naquela lei. Acrescentou, ainda, a possibilidade de reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato, e o valor limite da locação mensal, que não poderá exceder 1% do valor do bem locado.

4 – Este tipo de contratação pode ser realizado em terreno de terceiros ou somente de propriedade do poder público?

Sarian: Pode ser realizado nas duas situações, mas com cuidados distintos.

Quando a Administração é proprietária do terreno no qual será construído o imóvel a ser locado, necessariamente deverá ser prevista cláusula para que ao final do prazo de locação, as obras realizadas passem a integrar o patrimônio público. Neste caso, é relevante a concessão do direito de superfície pela Administração para que o locador possa utilizar o terreno durante determinado intervalo de tempo.

Na outra opção, quando a edificação do imóvel for realizada em terreno de propriedade de terceiros, a Administração poderá definir em contrato a solução da propriedade ao término da vigência pactuada.

Naturalmente, essas escolhas terão influência direta no preço do valor do aluguel. Se o locador detém a propriedade do terreno e, ao final do prazo, a obra será incorporada ao patrimônio público, teremos valor maior do que na situação em que esse terreno for inicialmente do Poder Público.

5 – Quais as modelagens possíveis em que o gestor público pode optar em relação às suas possibilidades orçamentárias? Como definir o valor a ser pago na contratação built to suit?

Sarian: Essa pergunta é extremamente importante. Quais são as opções atuais à disposição do gestor e qual o melhor caminho a ser escolhido quando a organização que dirige precisar de novas instalações?

A legislação tem sido flexibilizada para criar um leque de alternativas para situações específicas de cada organização em relação a obras públicas, em função da necessidade e dos valores orçamentários disponíveis. Antes disso, resalto a absoluta relevância da elaboração de um Plano de Necessidades adequado que contemple os objetivos estratégicos do órgão ou entidade e a análise de cenários futuros. Apenas com essa definição é que deve ser dado o próximo passo que é a busca da melhor modelagem da contratação.

Posso elencar aqui algumas opções disponíveis, todas com vantagens comparativas em relação às demais: licitação de obra pública; locação convencional; locação sob medida com terreno de propriedade da Administração Pública; locação sob medida com terreno de propriedade de terceiros; parceria público-privada; parceria público-privada com “facilities”; e até mesmo, em algumas situações, concessões. É a combinação das vantagens de cada opção com a necessidade definida pela Administração que acarretará a escolha da melhor solução.

Em relação ao valor da locação sob medida, ele será superior ao de uma locação convencional na maioria das situações, uma vez que a contraprestação paga pela Administração Pública deverá remunerar o uso do bem e, ainda, viabilizar a amortização dos investimentos feitos pelo locador. Por esse motivo, o prazo de locação deve ser longo para garantir ao locador o retorno do investimento realizado.

Existem metodologias próprias para a definição desses preços, mas é necessário um treinamento adequado dos profissionais que conduzirão o processo, uma vez que envolvem matemática financeira e cálculos de viabilidade do projeto.

6 – Quais as vantagens da utilização da contratação “built to suit”?

Sarian: A contratação “built to suit” permite ao locatário a redução de aporte de recursos financeiros e de pessoal para a execução de obras e, conseqüentemente, maior disponibilidade de caixa e de recursos humanos para direcionamento às atividades finalísticas da organização, além de possíveis vantagens financeiras e tributárias em função do regime de tributação adotado pela pessoa jurídica. Em um cenário de restrição e contingenciamento de gastos orçamentários será um caminho muito interessante para o gestor público.

Por outro lado, o locador poderá receber uma taxa de remuneração sobre o capital investido superior àquela obtida nas aplicações bancárias e com a segurança de um contrato assinado com pessoas jurídicas confiáveis.

7 - Quais as situações em que poderá ser dispensada a licitação e quais as situações em que deverá ser precedida de licitação?

Sarian: Em regra, quando o terreno que receberá a construção do imóvel for de propriedade do locador, a licitação será dispensada em face da impossibilidade de competição desde que, segundo o TCU, seja demonstrado que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel e que o preço da locação se mostra compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, bem assim que a junção do serviço de locação (parte principal) com o de execução indireta de obra (parte acessória) apresenta economia de escala e que não há ofensa ao princípio do parcelamento do objeto.

Em situação na qual o terreno pertencer à Administração, a licitação é o caminho recomendado, visto ser plenamente viável uma competição entre os eventuais interessados na construção do imóvel.

8 – Quais os cuidados que o gestor público deve ter antes da opção pelo “built to suit”? Ou seja, quais as condicionantes para a justificar esta opção?

Sarian: Existem algumas condicionantes prévias estabelecidas pelo TCU no acordão que mencionei no início desta entrevista a serem observados pelo gestor quando da opção de contrato “built to suit”.

Em primeiro lugar, é necessária a perfeita definição da necessidade a ser atendida e a conclusão de que a locação sob medida é a alternativa mais vantajosa. Caso a organização pública já possua imóvel, deverá demonstrar que ele é insuficiente ou inadequado e que a reforma não se mostra viável.

Passo seguinte, será a justificativa de que essas necessidades condicionam a escolha de imóvel em determinado local e que não existe prédio público disponível que atenda às necessidades da organização. Posteriormente, será necessária a demonstração de que o preço exigido é compatível com o mercado, sendo parâmetro confiável o valor obtido em laudo de avaliação emitido pela Caixa Econômica Federal.

Por fim, deve ser realizado estudo da relação custo-benefício da “locação sob medida” comparativamente à locação tradicional associada à reforma do imóvel.

9 – Quais as diferenças da Parceria Público Privada (PPP) em relação ao contrato “built to suit”? Quais os limites para sua utilização? Há possibilidade de contratação de facilities?

Sarian: A PPP, definida pela Lei 11.079/2004, representa uma espécie de contrato de concessão, que pode ser realizada na modalidade patrocinada ou administrativa.

Nesta última modalidade, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, mesmo que englobe execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, ou seja, é possível avaliar a viabilidade desse instrumento quando a Administração estiver interessada em utilizar determinada obra por meio de pagamentos mensais. Mas existem alguns requisitos para sua escolha, em especial a necessidade de o valor da parceria não ser inferior a R\$ 20 milhões de reais.

A propósito, existem diversos exemplos de uso da PPP, dos quais destaco a celebrada pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal para construção do centro de informática das duas instituições que terá vigência de 15 anos.

Como vantagens da PPP, menciono a possibilidade da inclusão de “facilities” no escopo contratual, como a prestação de serviços de manutenção, limpeza e segurança; vinculação dos pagamentos ao alcance de metas de qualidade dos serviços prestados; marco legal definido e atual; e previsão de reversão do imóvel para o parceiro público no final do contrato.

10 – Para finalizar, pela sua experiência na área de contratação de obras públicas e de governança, inclusive com a publicação de dois livros de referência no mercado editorial, o sr. poderia elencar três sugestões para que as organizações públicas aprimorassem a aplicação de recursos na utilização de obras públicas, em especial com a definição e utilização da contratação “built to suit”?

Sarian: Acredito que a resposta para essa difícil pergunta é simples. Como a aprovação do arcabouço legal, que precisa ser repensado no Brasil, não é de competência das organizações que contratam e sim do Congresso Nacional, sugiro na atual conjuntura, em primeiro lugar, o treinamento de todos os servidores envolvidos na contratação; em segundo, a melhoria da governança das aquisições; e, em terceiro, a definição de um Plano Estratégico consistente de longo prazo para o país.

Coloquei o treinamento de servidores em primeiro lugar por uma razão muito simples. Quem faz a qualidade da contratação são pessoas, que na absoluta maioria das vezes desejam acertar. Mas a legislação traz diversas sutilezas que exigem o preparo adequado desses profissionais. Temos mais de 50 leis que impactam direta ou indiretamente no processo de contratação. E, convenhamos, não é tarefa fácil para um servidor estar atualizado com todos os comandos sem que tenha treinamento constante. Nesse particular, destaco a relevância da missão das escolas de governo para a qualificação do gasto público, em especial da ENAP.

Tom Peters tem uma frase muito interessante a respeito das premissas que devem nortear a atuação de uma organização em busca de resultados efetivos: “O cliente vem em segundo lugar. Se você quiser realmente colocar os clientes em primeiro lugar, coloque os funcionários mais acima.”

Sem dúvida, as organizações precisam enxergar treinamento como investimento e nunca como custo.

Cláudio Sarian Altounian

Engenheiro e Advogado. Pós Graduado em Administração de Empresas. Dirigente do Tribunal de Contas da União – TCU por mais de quinze anos, tendo ocupado a titularidade da Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União - Secob e da Secretaria de Planejamento, Gestão e Governança - Seplan. Atuou, por mais de dez anos, como engenheiro responsável pela execução, planejamento e orçamento de prédios residenciais, shopping centers, obras industriais e rodoviárias. Autor do Livro “Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização” (Editora Fórum, 2016 – 5ª edição); e coautor dos livros “Governança Pública: o desafio do Brasil” (Editora Fórum, 2015 – 2ª edição) e “RDC e a Contratação Integrada na Prática” (Editora Fórum, 2015 – 2ª edição). Coautor do livro “Gestão e governança pública para resultados – uma visão prática” (Editora Fórum, 2017 – 1ª edição). Professor e palestrante de cursos na área de Contratação de Obras Públicas e de Governança e Gestão Pública.

Antônio Jorge Leitão

Mestre em Economia para Empresas (UCB), especialista em Matemática (UNB) e em Administração Financeira (UDF), o engenheiro (UNIUBE) civil Jorge Leitão é analista judiciário do quadro efetivo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Atuou, também, no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e no Tribunal Superior Eleitoral, dentre outros órgãos públicos.

Autor do livro: “Obras Públicas: Artimanhas & Conluíus”, 5ª edição, editora LEUD, São Paulo. Teve experiência de oito anos na iniciativa privada como sócio-diretor de empresa de engenharia na área de obras públicas.

◀ Entrevista sobre boas práticas em compras públicas sustentáveis com o professor Alessandro Quintanilha

Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto ▶