

Administração dos Efeitos da COVID-19 nos Projetos de Infraestrutura

Fernando Vinícius T. M. Morais

Renata Faria Silva Lima

Introdução

É de conhecimento geral que o Coronavírus (Covid-19) espalhou-se por todos os continentes do planeta, tendo sido declarado pela Organização Mundial da Saúde como uma pandemia. No Brasil, a MPV n. 921, de 7/2/2020 declarou que o Covid-19 é uma emergência de saúde pública de importância internacional e o Decreto Legislativo n. 6, de 20/3/2020 reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública.

A MPV 926, de 20/3/2020, alterou a Lei 13.979, de 6/2/2020, prevendo medidas de enfrentamento da pandemia. Essa alteração trouxe um rol exemplificativo de medidas que as autoridades, no âmbito de sua competência, poderão tomar: isolamento; quarentena; restrição (por rodovias, portos e aeroportos) de entrada e saída do País e de locomoção interestadual e intermunicipal; requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, com posterior pagamento de indenização, dentre outras.

Até agora o vírus já gerou a suspensão de diversas atividades, como aulas em escolas e faculdades, funcionamento de lojas, bares e restaurantes, na esfera pública e privada.

No mercado de infraestrutura, diversos contratos têm sido suspensos pelas partes contratantes, vez que já sofrem com problemas, como: i) atraso nas entregas de equipamentos ou no fornecimento de matérias primas; ii) necessidade de alteração do planejamento de execução da obra; iii) cumprimento de determinações das autoridades municipal, estadual e federal; iv) compra de equipamentos de segurança sanitária; v) reorganização do transporte, fornecimento de alimentação e alojamento dos trabalhadores (em função da indesejável aglomeração de pessoas); vi) afastamento daqueles profissionais que apresentam sintomas ou daqueles que sejam considerados grupo de risco. Todos esses problemas terão impactos importantes nos contratos, vez que a conclusão do projeto pode atrasar ou ficar muito mais cara.

E mesmo aqueles contratos que ainda não foram afetados, também podem vir a sofrer com todas essas dificuldades, a depender dos desdobramentos da pandemia.

Diante desse cenário de incertezas, o presente artigo visa destacar, brevemente, uma série de questões que as sociedades empresariais, em suas mais diversas relações contratuais, devem observar, para que possam lidar da melhor forma possível com os efeitos adversos da presente crise.

Da Análise das Regras Contratuais

A leitura do contrato que rege a relação jurídica impactada (seja a relação principal do projeto ou o contrato com fornecedores de matérias primas, de mão de obra e de equipamentos – subempreiteiros) é o primeiro passo para saber como proceder, vez que, via de regra, tem-se como subsidiária a aplicação do Código Civil ou de leis específicas, como as que regulam contratos administrativos.

É necessário avaliar a alocação de risco feita pelas partes no contrato. Especial atenção deve ser dada às cláusulas que tratam das hipóteses de caso fortuito e força maior, bem como às cláusulas que tratam da suspensão do contrato, da onerosidade excessiva e da extinção do contrato.

Em alguns casos, a simples leitura do contrato e anexos permite identificar qual enquadramento jurídico deve ser dado ao presente problema. Contudo, em outros, o contrato pode não ser tão claro, sendo necessário verificar questões como a amplitude das cláusulas que estabelecem as hipóteses de onerosidade excessiva, caso fortuito e força maior¹.

Ainda, a depender da redação das cláusulas, deve ser observado se a não estipulação de eventos biológicos, como a presente pandemia, deveu-se a uma omissão das partes ou se foi uma escolha deliberada.

Existindo dúvidas sobre o alcance dessas cláusulas, especial atenção deve ser dada ao artigo 113 do Código Civil, especialmente sobre a interpretação no sentido mais benéfico à parte que não redigiu a cláusula.

Na análise do contrato, também é necessário verificar a previsão de eventuais procedimentos e prazos, tanto para a comunicação de determinados eventos, como para

¹ Para tanto, necessário analisar, a exemplo, se essas cláusulas são taxativas ou exemplificativas.

o exercício de alguns direitos, tal qual a apresentação de pleitos de reequilíbrio do contrato.

Especialmente quanto aos pedidos de reequilíbrio, mesmo que no presente momento não seja possível se ter noção da extensão do prejuízo, é importante registrar o pedido de revisão a partir da ocorrência do fato (como a paralisação da obra), devendo o “quantum” ser apurado em momento posterior.

Em relação a novos contratos, é muito importante que as partes tratem expressamente de epidemias como o Covid-19, estabelecendo uma alocação de riscos (se possível detalhada). Afinal, para eles, pelo fato de as partes já conhecerem a pandemia e seus efeitos adversos, a possibilidade de revisão contratual será reduzida.

Ainda, em razão desse cenário de incertezas, para que as partes contratantes possam se proteger e mitigar esse risco, ele deve ser alocado, de forma mais eficiente, àquela parte que terá melhor condições administrá-lo.

Dos Contratos de Seguro

Igualmente importante é avaliar se a cobertura de eventual apólice de seguro do contrato abrange eventos biológicos, como a presente pandemia. Caso a resposta seja positiva, deve ser analisado o prazo para que a sociedade segurada comunique o fato à seguradora.

Mesmo que no presente momento não seja possível se ter noção da extensão do prejuízo, é importante realizar a comunicação no prazo previsto em contrato, contado da ciência do evento caracterizado como sinistro.

Contratos regidos pelo Direito Privado

Além da análise contratual, é preciso avaliar a presente situação, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Caso Fortuito e Força Maior

Nos contratos regidos pelo direito privado é necessário analisar o enquadramento da pandemia no conceito de caso fortuito ou força maior, previsto no artigo 393 do Código Civil.

A pandemia pode vir a ser considerada evento de força maior ou caso fortuito como demonstra, a exemplo, o PL nº 1.179 do Senado Federal²³. Não obstante, esse enquadramento depende, necessariamente, da análise da obrigação devida, vez que o evento de força maior/caso fortuito é tido como um fato necessário que impede o cumprimento da obrigação. Assim, necessário demonstrar como, em uma determinada situação específica, os efeitos da pandemia impediram diretamente o cumprimento da prestação.

Caso existam atividades não afetadas pela pandemia, elas devem continuar a ser executadas, sendo que, para essas situações, ela não será considerada evento de força maior ou caso fortuito.

Contudo, é importante lembrar que o Código Civil, em seu artigo 399, estabelece, como regra geral, que o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso.

Por isso, desde já, é importante caracterizar que antes da pandemia não se estava em mora ou que, a *contrario sensu*, o devedor estava em mora.

Ainda, tendo em vista que essa pandemia em algum momento irá passar, chama-se a atenção para o fato de que, na maioria dos casos envolvendo contratos de infraestrutura, a impossibilidade no cumprimento da obrigação será tida como temporária. Isso porque, a exemplo, a paralisação de um contrato de construção de rodovia não impede que a obra seja retomada após o término da presente crise. Logo, nos casos em que ainda for possível cumprir a obrigação, ela deverá ser cumprida após o término da pandemia (caso essa possa ser enquadrada como caso fortuito ou força maior).

Ao se analisar se se trata de uma impossibilidade temporária ou permanente, deve-se avaliar, ao término da pandemia, se ainda há interesse, por parte do credor, no

² Esse projeto – que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período do Covid-19 – coloca em sua justificativa que os efeitos da pandemia equivalem ao caso fortuito ou força maior.

³ Registra-se que também o TJSP já reconheceu a Pandemia do H1N1 como Caso Fortuito, no âmbito do CDC (Ap 990.10.243956-9, j.10.02.2011, Des. Rel. Roberto Mac Cracken).

cumprimento da prestação pelo devedor⁴. Essa análise deve ser feita tendo em vista o interesse *objetivo* da parte credora no caso concreto⁵.

Da Teoria da Imprevisão/Onerosidade Excessiva

Subsidiariamente às regras contratuais, o direito brasileiro permite a revisão ou a resolução de um contrato de longa duração (ou no qual a execução da obrigação se dê em momento futuro) em situações extraordinárias, que alterem significativamente o valor da prestação devida em relação ao momento da contratação. Nos contratos privados, a teoria da imprevisão ou a onerosidade excessiva, que não costumam ser diferenciadas pela jurisprudência, possuem como fundamento os artigos 317 e 478 do Código Civil.

Para que se avalie o enquadramento da pandemia nessas teorias é necessário demonstrar, dentre outros requisitos, que essa não era previsível quando da assinatura do contrato e que ela está além do risco ordinário assumido pela parte. Ainda, é necessário demonstrar um impacto substancial das novas circunstâncias sobre a capacidade de a parte contratada cumprir suas obrigações.

Aqui novamente é importante caracterizar que antes da pandemia não se estava em mora ou que, quando for o caso, que o devedor estava em mora. Isso porque, via de regra, também não será possível aplicar as presentes teorias quando o devedor estiver em mora.

Contratos regidos pelo Direito Administrativo

Como o Código Civil aplica-se apenas subsidiariamente aos contratos administrativos, o art. 393 não é regra geral dos contratos administrativos, devendo-se observar leis específicas, como a Lei 8.666/93, a Lei 8.987/95, a Lei de PPP's, dentre outras, para se verificar a quem o legislador quis alocar esse risco nos contratos e quais as consequências disto.

⁴Com base no art. 395 do Código Civil de 2002, se não houver mais interesse do credor no cumprimento da prestação, a impossibilidade terá acarretado em um inadimplemento absoluto, a ensejar a resolução do contrato. Sobre o tema cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2003. p. 114 e ss.

⁵Enunciado 162 CJF na III Jornada de Direito Civil: “Art. 395: A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.”

Pela Lei n. 8.666/93, o legislador alocou o risco do Caso Fortuito e de Força Maior ao Poder Público, ao admitir expressamente, no art. 65, II, “d”, a revisão contratual para fins de equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Também o art. 57, § 1º, II, permite que os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega sejam prorrogados, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, caso ocorra superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

Se o impedimento decorrente do COVID-19 for intransponível, o contrato poderá ser rescindido, nos termos do art. 78, tendo o contratado particular direito a indenização pelos prejuízos sofridos, vide o art. 79 §2º.

Com relação às Concessões de Serviço Público, deve-se observar a Lei n. 8.987/95 e subsidiariamente a Lei n. 8.666/93 e o Código Civil. Nessas, a regra geral é que os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro (art.9º, § 2º da Lei n. 8.987/95). Na hipótese de não terem sido previstos mecanismos de revisão, essa ocorrerá, com base no art.10 da lei, em razão da alteração das circunstâncias de celebração do contrato em virtude dos efeitos do Covid-19.

Em relação às Parcerias Público Privadas (Lei n. 11.079/2004), especial atenção deve ser dada à análise da matriz de risco do contrato, já que a repartição objetiva de riscos entre as partes é uma das diretrizes do contrato (art. 4º, VI). Inclusive, o art. 5º, III, estabelece que o contrato deverá prever objetivamente “a repartição de riscos entres as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

Da Gestão do Contrato

Uma vez tendo sido feita a análise da atual crise à luz do contrato privado e administrativo e do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário que as partes tomem especial cuidado com os registros dos impactos ocorridos.

Suspensão das atividades, falta de insumos, falta de equipamentos, falhas de interface, reprogramação de atividades e outros problemas devem ser notificados à parte contrária

e registrados em documentos bilaterais, assinados pelas duas partes, como diários de obras e atas de reunião. Ainda, é necessário demonstrar como esses problemas impactaram na execução das atividades e no cronograma de execução.

Mitigação do Dano

Reconhece-se no direito brasileiro o ônus de a parte mitigar o dano sofrido⁶, sob pena de essa não poder cobrar a parcela do prejuízo que poderia ter sido evitada por meio da adoção de medidas razoáveis.

Por isso, a demonstração da tentativa de mitigar o próprio dano é de extrema importância, tendo em vista as notícias de que serão emitidas medidas provisórias a permitir a suspensão de contratos de trabalhos, concessão de férias antecipadas (MPV 927, de 22/03/2020), dentre outras medidas.

A exemplo, caso a execução de uma obra seja paralisada e uma parte deixe de tomar medidas para diminuir os prejuízos da paralisação, a parte contratante pode, com base no ônus de mitigar, se recusar a pagar a totalidade do prejuízo advindo da paralisação.

Da Celebração de Aditivos com Cláusulas de Quitação

Um problema recorrente nos contratos de longa duração é a celebração de aditivos com cláusula de quitação genéricas⁷, que gerem dúvida sobre sua amplitude.

Por isso, para evitar discussões sobre a amplitude da cláusula, é importante que as partes disciplinem expressamente que os prejuízos estão sendo quitados ou, em sentido oposto, que estabeleçam ressalva expressa, de modo a demonstrar que eles não foram quitados pelo aditivo.

Para as hipóteses em que o contratante forçar a assinatura de cláusula de quitação dos prejuízos oriundos do coronavírus (a exemplo, quando esse condiciona o pagamento de algum valor já devido — como o pagamento de uma medição — à aceitação de quitação),

⁶ Enunciado n. 169 do CJF na III Jornada de Direito Civil: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

⁷ Cláusulas que, como ensina a doutrina, são na verdade renúncias de crédito. Cf. SCHREIBER, Anderson. Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 8– Abr / Jun 2016, p. 154.

deve-se construir prova da existência de coação, de modo a invalidar a aceitação dessa cláusula.