

CBIC

LEGAL OPINION

Os impactos da pandemia do coronavírus nos contratos de obra pública

VG&P | Vernalha Guimarães & Pereira Advogados

VG&P | VERNALHA GUIMARÃES & PEREIRA ADVOGADOS

OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

LEGAL OPINION

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES

Doutor em Direito Administrativo (UFPR). Visiting Scholar na Columbia University School of Law (NY, USA, 2017). Autor de livros na área do Direito Público e da Infraestrururа. Sócio fundador do Vernalha Guimarães e Pereira Advogados

Legal Opinion

Preâmbulo. 1. O dever administrativo de previdência e a demanda dos contratados por previsibilidade sob o contexto de exceção. 2. A identificação do regime jurídico aplicável. 3. O tratamento jurídico das medidas administrativas, atos normativos ou leis que acarretam restrições no âmbito do contrato de obra pública. 3. 1. *A suspensão da execução do contrato por ordem da Administração.* 4. A pandemia da COVID-19 como um evento de *caso fortuito ou de força maior*. 4.1. *Os direitos do contratado no contexto da pandemia. 4.1.1. A analise do conteúdo e matriz de risco dos contratos.* 4.1.2 *O direito à suspensão da execução do contrato administrativo.* 4.1.2.1. *O direito à suspensão do cumprimento de obrigações contratuais*.4.1.2.2. *A necessidade de comunicação prévia e fundamentada à Administração*. 4.1.3 *O direito do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro*. 4.1.3.1. *A inviabilidade de se compensar o desequilíbrio contratual com a desoneração de custos associados a riscos alocados à responsabilidade do contratado privado*. 4.1.3.2. *O advento de normas que desonerem a estrutura de custos dos contratos*. 4.1.4. *A reprogramação dos prazos contratuais*. 4.1.5. *O direito à rescisão do contrato. 5. Conclusão.*

Preâmbulo

Consulta-me a **Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC** acerca das medidas e precauções que possam ser tomadas pelas empresas vinculadas às suas entidades associadas que mantêm contratos de execução de obra pública com as Administrações Públicas impactados pelas decorrências da pandemia do COVID-19.

Como é notório, a pandemia do novo coronavírus tem imposto mudanças significativas na execução de contratos de obras públicas, o que tem decorrido tanto da necessidade de adequação dos canteiros à restrição de circulação e de reuniões de pessoas, como da indisponibilidade e do encarecimento de insumos relevantes.

Estas circunstâncias têm produzido impacto relevante no âmbito dos contratos de obra pública, onerando seus custos de produção, impondo a desaceleração ou a descontinuidade de sua execução. Neste contexto, uma série de medidas podem e devem ser tomadas pelos contratados e pelas Administrações com vistas a adequar o contrato às novas circunstâncias, o que poderá abranger a suspensão de sua

execução, a reprogramação dos prazos, o reequilíbrio econômico-financeiro e até mesmo a sua rescisão, em casos mais críticos.

A presente abordagem tem o objetivo de delimitar as principais medidas cabíveis neste contexto de exceção, sintetizando ainda algumas recomendações jurídicas importantes às empresas com vistas ao melhor endereçamento destes temas para a adaptação dos contratos à nova realidade.

1. O dever administrativo de previdência e a demanda dos contratados por *previsibilidade* sob o contexto de exceção

É sabido que, dada a dimensão dos efeitos da pandemia, são impostas uma série de alterações nos planejamentos administrativos, com repercussão direta no âmbito dos contratos públicos. Este contexto enseja uma demanda por *previsibilidade* por parte dos contratados relativamente às soluções de adaptação dos contratos. A mais relevante relaciona-se à reprogramação orçamentária e ao eventual contingenciamento de recursos.

Por um lado, há um contexto de realocação dos recursos públicos para o enfrentamento de demandas urgentes impostas pela pandemia. Por outro, verifica-se a oneração generalizada dos custos de produção dos contratos públicos em função das decorrências da crise. Conjugados esses cenários, amplia-se o risco de insuficiência fiscal das Administrações para fazer frente às obrigações contratuais. Afinal, a pandemia impactou a quase totalidade dos contratos administrativos, ensejando a necessidade de reequilibrá-los.

A gravidade deste quadro produz um ambiente de incerteza nas relações contratuais já estabelecidas com os privados. Cresce a insegurança dos contratados quanto à suficiência orçamentária das Administrações para fazer frente às suas obrigações.

Mas as dificuldades institucionais não se resumem a questões orçamentárias. Às Administrações impõe-se o desafio de decidir sobre a suspensão ou a reprogramação dos contratos, inclusive e quando for o caso, para o fim de adaptar sua execução às práticas recomendadas para evitar a propagação do vírus. Estas decisões envolvem análises multidimensionais, que pressupõem escolhas alocativas a partir da ponderação dos benefícios e malefícios decorrentes. Confrontam-se, por exemplo, as consequências da continuidade da execução do contrato, sob modelos variados com maior ou menor eficácia no evitamento da propagação do vírus, com a necessidade e urgência da obra ou do serviço subjacente à contratação; os custos projetados para fazer frente a reequilíbrios econômico-financeiro e indenizações etc.

Sob este panorama desafiador, anseia-se a tomada de ações e medidas administrativas voltadas oferecer transparência e previsibilidade na reprogramação dos contratos públicos. O que se espera das Administrações é que possuam capacidade institucional de planejar e organizar suas ações voltadas à adaptação dos contratos públicos, quando for o caso. Isso poderá demandar a edição e leis ou atos normativos que ofereçam previsibilidade aos contratados e garantam o cumprimento das obrigações contratuais, ainda que a partir da alteração das condições originariamente estabelecidas.

2. A identificação do regime jurídico aplicável

A pandemia do novo coronavirus tem originado medidas administrativas, atos normativos e leis a impor, direta ou indiretamente, restrições no âmbito da execução dos contratos de obra pública (inclusive a sua suspensão, em alguns casos). Mas também tem acarretado problemas mercadológicos que afetam a execução destes contratos, como a indisponibilidade e o encarecimento de bens e serviços.

Estas hipóteses receberam tratamento jurídico distinto pela legislação. A hipótese de atos estatais que imponham restrições ou oneração aos contratos administrativos (tradicionalmente chamados de fato do príncipe ou fato da Administração) mereceu um tratamento diferenciado das demais situações que possam instabilizar os contratos administrativos. Medidas administrativas, como a suspensão da execução do contrato ou mesmo sua alteração, foram tipificadas pela Lei 8.666/93 como hipóteses a ensejar o reequilíbrio contratual, indenizações ao contratado ou a própria rescisão do contrato, tal como adiante abordado. São situações que a legislação estabeleceu por meio de normas injuntivas. Trata-se, em última análise, de riscos alocados pelo legislador à responsabilidade da Administração Pública.

Já as demais situações, como desabastecimento ou a oneração de insumos utilizáveis na execução destes contratos provocados por evento desta natureza podem ser livremente disciplinados no contrato. Trata-se de hipóteses submetidas ao princípio da liberdade de estipulação contratual. São riscos - inclusive aqueles caracterizados como caso fortuito e caso de força maior – perfeitamente alocáveis à responsabilidade de qualquer das partes no plano do contrato.

Isso significa que, diversamente do que se passa com as medidas estatais, a definição jurídica alocação da responsabilidade das partes sobre os problemas mercadológicos decorrentes da pandemia que impactaram os contratos de obra dependerá, primariamente, da interpretação do próprio contrato, particularmente da análise de sua matriz de riscos.

3. O tratamento jurídico das medidas administrativas, atos normativos ou leis que acarretam restrições no âmbito do contrato de obra pública

Como dito, as hipóteses de medidas estatais que interfiram na execução de contratos públicos estão tipificadas na legislação, que lhe associa determinadas consequências jurídicas. No contexto da pandemia, há atos administrativos, decretos e leis impondo a suspensão da execução de contratos de obra, assim como a adoção de práticas preventivas à propagação do vírus. Há também medidas que impõem a restrição à circulação de pessoas e veículos, que podem ter em muitos casos efeitos indiretos no âmbito da execução dos contratos de obra.

3.1. A suspensão da execução do contrato por ordem da Administração

A suspensão do contrato por ordem da Administração é uma hipótese típica a ensejar o direito do contratado às indenizações correspondentes, prevista no inciso XIV do artigo 79 da Lei 8.666/93. Em casos em que a suspensão se prolongue por mais de 120 dias – transcorridos continuamente ou em parcelas -, o contratado poderá optar pela rescisão do contrato ou pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que a situação seja normalizada.

O exercício desse direito será excetuado nas hipóteses de "caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra". Como muitas Administrações decretaram *estado de calamidade pública* por conta da pandemia do novo coronavírus, as empresas contratadas, nestes casos, não poderão se valer do direito à rescisão.

Em qualquer caso, contudo, o contratado terá direito às indenizações correspondentes aos prejuízos gerados pela paralisação da execução do contrato imposta por decisão administrativa. Trata-se de assegurar ao contratado o direito ao integral restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato.

Caberá ao contratado demonstrar que a suspensão do contrato acarretou agravos econômicos ou financeiros aos custos de produção do contrato. Será necessário apresentar documentação detalhada e explicativa acerca dos ônus que sobrevieram como decorrência da suspensão contratual, nos termos, forma e procedimento disciplinados em contrato. Assim, as multas contratuais para com fornecedores e subcontratados, o incremento de despesas indiretas e de custos com a segurança do canteiro de obras, a mudança relevante no custo de insumos havida em decorrência da extensão do lapso de suspensão etc, entre outros, são ônus que deverão ser compensados pela Administração Pública. Além disso, todos os custos de desmobilização e mobilização dos trabalhos da obra integrarão a indenização a ser paga pela Administração contratante[1].

Ao final da vigência da suspensão, nos casos em que a retomada da execução da obra se mostrar inviável ou inexequível por razões objetivamente demonstráveis, o contratado estará legitimado a postular a rescisão do contrato. Embora a legislação não discipline expressamente esta hipótese, tal decorre da inteligência da norma do inciso XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93.

Lembre-se também que o § 2º do artigo 79 da Lei 8.666/93 assegura ao contratado, em situações desta natureza, o direito ao ressarcimento dos "prejuízos regularmente comprovados", além do direito à devolução da garantia, à obtenção dos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão, assim como à obtenção do pagamento do custo da desmobilização.

É evidente também que a suspensão administrativa do contrato administrativo acarreta a necessidade de refazimento do cronograma de

1

execução, com a devolução dos prazos originariamente estabelecidos. É o que se extrai do § 5º do art. 79 da Lei 8.666/93.

Na hipótese de retomada da execução contratual, à Administração caberá notificar com antecedência razoável o contratado privado, assegurando o lapso necessário a viabilizar a mobilização do canteiro de obras para a retomada do curso de sua execução. Caso a ordem de retomada não a observe, o contratado deverá notificar a Administração, informando motivadamente sobre a insuficiência do lapso a permitir a mobilização dos trabalhos.

Vale observar que, embora a dicção da norma refira à prorrogação "por igual período", é certo que a reprogramação do cronograma poderá importar na devolução de prazos mais extensos do que os originariamente estabelecidos no contrato. Isso dependerá das novas condições de execução, remissivas ao momento da retomada da execução do contrato. Uma vez demonstrado que a nova realidade impõe a necessidade de se ter prazos mais longos, devido à alteração das circunstâncias, o cronograma poderá ser revisto, inclusive para refletir prazos mais extensos do que aqueles originariamente previstos. Quanto a isso, vale lembrar a previsão do § 1º do artigo 57 da Lei 8.666/93, que admite a prorrogação dos prazos diante da "interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração" e mesmo da "superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato".

4. A pandemia da COVID-19 como um evento de *caso fortuito ou de força maior*

É relevante perceber que a excepcionalidade da pandemia da COVID-19 a caracteriza como um evento de *caso fortuito ou de força maior*.

De uma perspectiva jurídica, este enquadramento pode legitimar uma série de medidas excepcionais no âmbito dos contratos administrativos, como isentar de responsabilidade a empresa contratada em relação àquelas obrigações cuja implementação foi dificultada ou inviabilizada em função das decorrências da pandemia.

O enquadramento da situação concreta à noção jurídica de caso fortuito e de força maior ganha utilidade no enfrentamento jurídico da questão tanto em razão da eventual alocação contratual deste risco no âmbito dos contratos de obra (tutela dos riscos contratuais), como para a invocação da tutela dos riscos extracontratuais.

Já há registros que permitem a identificação a pandemia da COVID-19 como um evento imprevisível e mundialmente catastrófico, capaz de exigir regimes de exceção em diversos países e produzir disfuncionalidades mercadológicas. Estas disfuncionalidades de mercado podem interferir na cadeia de suprimentos dos contratos de obra, dificultando sua operação e onerando a sua produção. Assim considerada, a pandemia se caracteriza, da perspectiva do regime jurídico dos contratos públicos no Brasil, como uma situação de "caso fortuito e de força maior", ou como um evento "imprevisível ou de consequências incalculáveis".

Este enquadramento traz diversos desdobramentos jurídicos importantes.

4.1. Os direitos do contratado no contexto da pandemia

É certo que a caracterização da pandemia como caso fortuito e de força maior enseja o exercício de direitos e exceções do contratado no âmbito da relação jurídico-contratual, que podem abranger desde a suspensão do cumprimento de suas obrigações, como o direito à

reprogramação dos prazos, ao reequilíbrio econômico-financeiro e à própria rescisão.

4.1.1. A analise do conteúdo e matriz de risco dos contratos

A análise da existência e da extensão destes direitos e exceções dependerá da consideração do conteúdo do contrato. Trata-se de reconhecer que os contatos administrativos estão submetidos a um princípio de liberdade de estipulação pelas partes, exaurido o conteúdo injuntivo das normas. Dai que a delimitação da extensão daqueles direitos em face da situação cogitada dependerá da interpretação do conteúdo do contrato. Esta definição apenas poderá ser alcançada nos casos concretos.

No entanto, há grande utilidade em se examinar o conteúdo da tutela extracontratual, uma vez que boa parte dos contratos de obra em vigência não contou com alocação específica destes riscos. A omissão contratual neste particular enseja a invocação da tutela dos riscos extracontratuais.

4.1.2. O direito à suspensão da execução do contrato administrativo

A hipótese de suspensão da execução do contrato administrativo por inciativa do contratado poderá legitimar-se tanto nos casos em que o prosseguimento do contrato se mostrar inviável em função do contexto de propagação do vírus, como naqueles em que essa interrupção se justifica na ausência de insumos relevantes para tanto.

Na primeira hipótese, a razão legitimadora da suspensão será a adoção pelo contratado de práticas internacionalmente aceitas como recomendáveis à preservação da saúde das pessoas envolvidas na execução do contrato e a evitar a propagação acelerada do vírus. Uma

vez demonstrada que a adoção destas providências importa a necessidade de suspender a sua execução, o contratado privado estará legitimado a fazê-lo.

No segundo caso, o direito à suspensão do contrato dependerá da demonstração de que a pandemia afetou a cadeia de suprimentos do contrato, acarretando a indisponibilidade de insumos essenciais à sua execução. Será imperioso demonstrar que a ausência daqueles insumos, na quantidade demandada pelo programa contratual, impede temporariamente a sua execução.

Não se reputa inválida a suspensão por motivação de insuficiência econômica ou financeira. Figure-se a hipótese em que a oneração excessiva no preço de insumos utilizados em grande escala na construção provoque a incapacidade do contratado em suportar o fluxo de recursos necessários ao custeio da operação do contrato. Não se poderia exigir do contratado sacrifício excessivamente superior àquele para o qual se programou, nos termos do edital e do contrato (considerada aí a possibilidade de extensão do valor do contrato em casos de alteração compulsória, para 50% ou 25%, conforme o caso). Se as novas circunstâncias exigirem para a gestão do contrato capacidade financeira (ou técnica) superior àquela aferida por ocasião da licitação, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações – e eventualmente exercer o seu direito à rescisão, com fundamento no inciso XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93.

A legitimidade da medida de suspensão, em suma, relaciona-se à *inviabilidade operacional do contrato*, que pode estar fundada tanto em razões técnicas, mercadológicas ou financeiras.

Em todos estes casos, o direito do contratado estará fundamentado na norma do inciso XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93, assim como na exegese contrária da norma do inciso V do artigo 78 da Lei 8.666/93, que prevê como motivo à rescisão do contrato em desfavor do contratado "a

paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração". Vale dizer: havendo justa causa e prévia comunicação à Administração, a suspensão do contrato poderá ser admitida.

A suspensão da execução do contrato pode ensejar também e adicionalmente o direito do contratado ao seu reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos expostos abaixo.

4.1.2.1. O direito à suspensão do cumprimento de obrigações contratuais

Compreende-se também no direito à suspensão do contrato o direito à suspensão de certas obrigações do contratado inviabilizadas por força das decorrências da pandemia. Em certos casos, as dificuldades operacionais havidas não são o bastante para inviabilizar a execução do contrato em si, ainda que possam impedir o cumprimento de certas obrigações. Caso não haja prejuízo à execução da obra, as frentes de trabalho não afetadas por óbices impostos pela pandemia poderão e deverão prosseguir. Mas o contratado não poderá ser responsabilizado pelo não cumprimento de obrigações que se tornaram inexequíveis em face das novas circunstâncias.

4.1.2.2. A necessidade de comunicação prévia e fundamentada à Administração

Na hipótese de o contratado pretender suspender a execução do contrato de obra, será imperiosa notificação prévia e fundamentada à Administração. Caberá ao contratado demonstrar a "justa causa" à suspensão, levando ao conhecimento prévio da Administração a intenção de suspender a execução do objeto, assim como o conjunto de documentos que lastreiam suas alegações. Afinal, repita-se que o inciso V do artigo 78 da Lei 8.666/93 tipifica como causa de rescisão contratual

em desfavor do contratado "a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração".

Note-se que, tanto quanto possível, as alegações que embasam a postulação de suspensão do contrato – assim como aquelas para o reequilíbrio do contrato - deverão ser objetivamente verificáveis. Isso significa a imprestabilidade de fundamentar essa postulação em meras diligências do contratado privado ou nos preços por si praticados junto a certos fornecedores de insumos utilizados na execução da obra. Será relevante buscar-se referências externas e objetivas, tais como relatórios produzidos por entidades relevantes do setor, revistas de abordagem técnica que divulguem variação de preço de insumos etc.

Os dados a orientar a manifestação de direitos do contratado neste particular devem basear-se na *realidade de mercado* e não a realidade da empresa contratada ou de sua gestão contratual. A sua demonstração deverá estar lastreada em referências objetivas de mercado.

4.1.3. O direito do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro

A suspensão do contrato por iniciativa do contratado não o impede de postular o ressarcimento pelos prejuízos regularmente comprovados, buscando-se a preservação da equação econômico-financeira do contrato. Mas poderá fazê-lo também nas hipóteses em que se optar pela continuidade da execução do contrato. Todas estas hipóteses estão fundamentadas na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Esta norma atribui à Administração Pública os riscos atinentes à álea *extraordinária* e *extracontratual*, assim como àqueles próprios da hipótese de *caso fortuito* e *caso de força maior*. Tal significa que, na omissão da matriz de riscos do contrato, a materialização do risco de *caso fortuito* e *caso de força maior* enseja a responsabilidade da Administração Pública

em restabelecer a equação econômico-financeira do contrato em favor do contratado privado.

Assim como a locução *caso de força maior* ou *caso fortuito*, a expressão *alea extraordinária e extracontratual* é indeterminada e abrangente, autorizando o reequilíbrio contratual em função da ocorrência de fato *superveniente* à celebração do contrato, ou de *conhecimento superveniente*, *imprevisível* ou de *consequências incalculáveis*, que não decorra de culpa ou de responsabilidade do contrato e que impacte onerosamente os custos de produção do contrato.

Uma adequada exegese do dispositivo importa reconhecer, portanto, a existência de quatro atributos cumulativos para a qualificação do evento a ensejar a tutela ao equilíbrio contratual: (i) *superveniência* (à apresentação da proposta na licitação que gerou o contrato); (ii) *imprevisibilidade*; (iii) *onerosidade*; e (iv) *extracontratualidade*.

A maior dificuldade no enquadramento de eventos ao conceito de álea extraordinária reside precisamente na *imprevisibilidade* do evento, com vistas a distinguir riscos que, embora extracontratuais, afiguram-se previsíveis em função da atividade empresarial do contratado, daqueles em relação aos quais não se pode exigir do contratado sua previsibilidade.

É bastante difícil para não dizer impossível encontrar critérios objetivos e abstratos para diferenciar o previsível do imprevisível, o ordinário do extraordinário, em se tratando de riscos em contratos mais complexos. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de escala de *previsibilidade* a medir os eventos que interferem na execução dos contratos, cuja variável fundamental é a *probabilidade*. Tanto em relação à *natureza* do evento - qualitativamente (im)previsível -, como em relação à sua *intensidade* - quantitativamente (im)previsível -, sua previsibilidade

será medida em função da probabilidade de sua ocorrência[2]. Assim, um furacão é um evento improvável de ocorrer no Brasil, retratando uma improbabilidade sob o ângulo qualitativo. Já a ocorrência de chuvas frequentes, não. Mas quando estas atingem índices pluviométricos altíssimos e de modo duradouro, adquirem um status de evento improvável – e aqui se está tratando de uma improbabilidade quantitativa. Em ambos os casos se está diante de um evento em relação ao qual não se poderia exigir das partes contratantes a sua previsibilidade, seja porque a espécie de evento é rara ou de ocorrência muito pouco provável, seja porque, embora ordinário o evento, sua intensidade o torna inesperado[3].

A propagação de uma doença não é em si um fato imprevisível em todos os casos. Mesmo episódios epidêmicos podem adquirir contornos de previsibilidade e gerenciabilidade. Mas a propagação da COVID-19 alcançou uma dimensão pandêmica, caracterizando-se como um evento de efeitos avassaladores, produzindo diversas transformações no comportamento das pessoas e dos mercados.

Assim compreendida, a pandemia do novo coronavírus há de se caracterizar, da perspectiva do regime dos contratos administrativos, com um evento próprio da *álea extraordinária*, ensejando a aplicação do comando da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Trata-se de reconhecer que os contratados que demonstrarem que decorrências desta pandemia acarretaram agravos econômicos e financeiros à execução dos contratos administrativos e obra terão direito à integral recomposição da sua equação econômico-financeira. Para isso,

---

[2] Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral da Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 401.

[3] Vide GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Crise macroeconômica e reequilíbrio econômico-financeiro da concessão". Revista Eletrônica da OAB/RJ (edição especial: Infraestruura Fluminense Um panorama dos atuais desafios jurídicos), 2019, p. 114.

caberá ao contratado demonstrar o nexo de causalidade entre a pandemia e os ônus econômicos ou financeiros experimentados, assim como delimitar a sua repercussão na estrutura de custos do contrato.

É de grande importância a suficiente documentação do desequilíbrio verificado, assim como a observância dos procedimentos, formas e parâmetros previstos em contrato para essa postulação.

Boa parte dos contratos de obra vigentes não disciplina prazos, forma e procedimento para o processamento dos pedidos de reequilíbrio, muito menos prescreve metodologias para tanto. Por outro lado, a Lei 8.666/93 não estabeleceu tais condicionantes. Nestes casos, aplicar-se-á um princípio de liberdade de formas e procedimento, sendo necessário apenas que o contratado comprove a ocorrência dos eventos de desequilíbrio, indicando o nexo de causalidade com ônus gerado na estrutura de custos de seu contrato, e quantificando fundamentadamente o valor de ressarcimento buscado.

4.1.3.1. *A inviabilidade de se compensar o desequilíbrio contratual com a desoneração de custos associados a riscos alocados à responsabilidade do contratado privado*

É preciso advertir acerca da inviabilidade de se considerar a redução de custos atrelada a riscos alocados à responsabilidade do contratado para fins recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Trata-se de prática costumeira no âmbito de processos de reequilíbrio contratual relacionados à elevação extraordinária no preço de insumos, induzida pela orientação das instâncias de controle. Sustenta-se que, por ocasião do reequilíbrio para neutralizar a alta excessiva no preço de certos insumos, deve-se contabilizar a eventual redução no preço de outros insumos, mesmo que essa retrate variação própria da álea ordinária empresarial. O que se tem visto em processos

assim é que as Administrações concebem arbitrariamente uma espécie de cesta de insumos, com vistas a compensar a alta no preço de insumos que sofreram variação extraordinária com a baixa no preço de insumos que variaram apenas ordinariamente, alcançando assim um valor atenuado de reequilíbrio.

Com o devido respeito àqueles que acolhem essa orientação, tenho para mim que, uma vez que o contrato preveja a hipótese de reequilíbrio para a variação *extraordinária* no preço de insumos (para mais ou para menos), não se podem considerar na conta do reequilíbrio variações próprias da álea *ordinária* ou do risco contratualmente alocado ao contratado (e à Administração). Se assim for, estar-se-á desorganizando a matriz de riscos do contrato, e, desta forma, modificando a sua equação econômico-financeira.

Por isso, apenas podem entrar na conta do reequilíbrio variações no preço de insumos que extrapolem os limites objetivamente estabelecidos em contrato ou, na falta destes, a banda de variação própria da álea ordinária. Ou seja: apenas podem ser consideradas as variações extraordinárias.

Não se ignora que os contratos podem alocar estes riscos às partes de modo diverso. Podem, por exemplo, alocar todo o risco de variação de custos de insumos (varação ordinária e variação extraordinária) ao contratado privado. Da perspectiva da eficiência que se espera para contratos de curto prazo, esta não seria a melhor alocação de riscos, uma vez que exporia o contratado a riscos em relação aos quais ele não tem condições de gerenciar adequadamente. O efeito seria a oneração das propostas e do preço do contrato, uma vez que o contratado tenderia a provisionar custos maiores para lidar com a aleatoriedade própria das oscilações agudas e imprevisíveis no preço de insumos relevantes utilizados na execução do contrato.

Fato é que a maioria dos contratos de obra pública em vigência no país não conta com matrizes de riscos mais específicas em relação a isso. Tem sido bastante comum que a redação dos contratos apenas reproduza a dicção da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93, incorporando a distinção entre (álea ordinária) *variações ordinárias* e (álea extraordinária) *variações extraordinárias*.

Certamente, uma prática a oferecer maior previsibilidade para estas situações seria definir contratualmente uma banda objetiva de variação no preço de insumos, autorizando-se o reequilíbrio quando a variação de custos a ultrapassasse, para mais e para menos. Mas esse não é um padrão que prevaleça na alocação de riscos dos contratos de obra. A regra tem sido ou a omissão do contrato ou a incorporação da letra da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Se assim for - isto é: caso os contratos sejam omissos em relação a esta alocação, ou simplesmente tenham reproduzido o texto da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93 -, a alocação de riscos estabelecida é aquela que distingue *risco de variação ordinária* de *risco de variação extraordinária*. Isso significa que ao contratado privado alocou-se o risco de variação ordinária e à Administração Pública o risco positivo e negativo da variação extraordinária. Daí que considerar no âmbito do reequilíbrio os custos de insumos que variaram ordinariamente é desvirtuar a matriz de riscos do contrato e alterar a sua equação econômico-financeira – o que é vedado pelo direito.

Observe-se que, nestes casos, será importante delimitar os percentuais de variação para o fim de avaliar a *extraordinariedade* do evento. Na avaliação dos casos concretos, ainda quando o contrato não tenha estabelecido estes parâmetros de modo mais objetivo, mas tenha incorporado a distinção entre álea ordinária e álea extraordinária, será necessário que as partes definam o que se tem por variação extraordinária para os fins do reequilíbrio. Concebido o parâmetro, ele

há de ser observado para todo o conjunto de insumos do contrato, independentemente da dimensão de sua repercussão na estrutura de custos do contrato.

Portanto, apenas deve entrar na conta do reequilíbrio a variação extraordinária no preço de insumos. Insumos cuja variação de preço esteja dentro da banda da *ordinariedade* não podem ser considerados, sob pena desorganizar a matriz de riscos contratada e desmerecer o princípio constitucional da manutenção da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

4.1.3.2. *O advento de normas que desonerem a estrutura de custos dos contratos*

Não será improvável que, sob o contexto da pandemia do coronavírus e visando à implementação de medidas anticíclicas a enfrentar as condições adversas geradas na economia, sejam editadas leis e normas voltadas a atenuar o custo de funcionamento das empresas, com efeitos sobre a estrutura de custos dos contratos de obra pública. Eventualmente, e com vistas a endereçar impacto econômico e financeiro da pandemia nos contratos públicos, novos regimes poderão ser instituídos para autorizar a suspensão de obrigações pelo contratado.

Seja como for, o advento de novos regimes não poderá inovar o tratamento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos vigentes. Tal significa que a disciplina do reequilíbrio contratual desses contratos deve observar o regime vigente à época de sua celebração. Mais do que isso, há de se observar o tratamento constitucional dispensado à hipótese, que assegura aos contratantes a intangibilidade do conteúdo da proposta comercial apresentada no âmbito da licitação.

No entanto, os regimes de exceção, criados sob o contexto da pandemia, poderão impactar a equação econômico-financeira dos

contratos favoravelmente ao contratado privado. Eventualmente, estas normas poderão atenuar o desequilíbrio contratual. Mas os prejuízos remanescentes deverão ser recompostos pela Administração Pública, nos termos da legislação vigente à época de sua celebração.

Não se descarta a hipótese de a Administração editar atos normativos de efeitos gerais, com vistas a estabelecer métricas e parâmetros para orientar os reequilíbrios nos casos concretos. Trata-se de situação já vivida com os contratos de obras de manutenção rodoviária no Brasil, largamente impactados que foram pela mudança na política de preços da Petrobras para insumos betuminosos. O desequilíbrio generalizado levou o DNIT a instituir instruções normativas – como as Instruções Normativas 15/2016 e 06/2019 - para uniformizar metodologias, critérios e parâmetros para viabilizar os reequilíbrios em toda a sua rede de contratos. O importante, em hipóteses desta natureza, será assegurar a recomposição integral da equação econômico-financeira dos contratos, evitando-se metodologias e métricas que limitem o pleno restabelecimento do equilíbrio, tanto da perspectiva econômica como financeira.

4.1.4. *A reprogramação dos prazos contratuais*

Já foi dito e redito que o contexto de excepcionalidade da pandemia poderá impor restrições ao funcionamento de órgãos públicos, o desabastecimento de bens e a indisponibilidade de serviços, dificultando o cumprimento do cronograma físico-financeiro da obra.

Nestes casos, independentemente do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, assegura-se ao contratado o direito de obter a reprogramação dos prazos de execução, a teor do dispositivo do inciso II do § 1º do artigo 57 da Lei 8.666/93.

A reprogramação dos prazos deverá propiciar a extensão necessária dos lapsos com vistas a assegurar a exequibilidade da obra. Ao contratado caberá especificar as dificuldades operacionais decorrentes da pandemia que acarretaram a defasagem do cronograma físico-financeiro, demonstrando a dimensão de seu impacto nos prazos de execução. Será importante, assim como já referido atrás, fundamentar suficientemente esta manifestação, documentando todos os entraves que subtraíram as condições de exequibilidade originariamente estabelecidas. Eventualmente, esta manifestação poderá estar instruída por laudos técnicos, com vistas a aferir a necessidade de alteração dos prazos e a dimensão de sua extensão.

É recomendável que o contratado se antecipe à ocorrência destes entraves, propondo tempestivamente à Administração a redefinição dos prazos de execução. Tal não lhe subtrai, evidentemente, o direito a obter a extensão dos prazos a posteriori, acompanhado do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sempre que demonstrados.

4.1.5. *O direito à rescisão do contrato*

Também não se descarta a hipótese de rescisão do contrato fundada na ocorrência de óbices operacionais intransponíveis surgidos como decorrência da pandemia da COVID-19. Serão situações mais críticas - e menos prováveis - em que caberá ao contratado demonstrar que as dificuldades experimentadas no contexto da pandemia não são superáveis num prazo razoável, restando apenas a opção pela extinção do vínculo.

A rescisão do contrato pela ocorrência de caso fortuito e de força maior está prevista no inciso XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93 e sua eficácia dependerá da formalização de *rescisão consensual* ou de seu

reconhecimento pelo Poder Judiciário (*rescisão judicial*). Poderá ainda ser objeto de decretação administrativa.

Caso o direito do contratado não seja reconhecido pela Administração e levado a efeito mediante rescisão amigável, lhe restará a busca pela rescisão judicial. A adoção de providências concretas e imediatas por parte do contratado com vistas a desobrigar-se de compromissos contratuais deve ser objeto de pedido liminar, nos termos da legislação.

Quando efetivada por meio de rescisão amigável, deverá ser "reduzida a termo no processo da licitação" e precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente" (§ 1º do artigo 79 da Lei 8.666/93).

5. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que, dadas as decorrências da pandemia do novo coronavírus no âmbito dos contratos de obra pública em excecução, que poderão ensejar o risco de sua suspensão, reprogramação ou rescisão, caberá às partes a adoção de medidas mitigadoras dos prejuízos eventualmente verificados, assegurando-se sempre a manutenção das condições econômicas do contrato.

Pesa sobre as Administrações Públicas o dever de previdência necessária para garantir a reprogramação dos contratos, assegurando aos contratados a devida previsibilidade quanto à programação orçamentária, ao cronograma de execução da obra e às demais condições de execução revistas.

Sempre que restar demonstrado que as consequências da pandemia impactaram as condições operacionais do contrato, o contratado fará jus ao direito à sua suspensão, à alteração-prorrogação dos prazos de execução ou à sua rescisão.

Em qualquer caso, respeitada a matriz de risco do contrato, o contratado terá direito à intangibilidade da sua equação econômico-financeira, assim como a perceber as respectivas indenizações, a partir de postulação suficientemente instruída e que demonstre os agravos econômicos ou financeiros experimentados, nos termos, prazo e forma previstos contratualmente.

São estas as minhas ponderações, s.m.j.

São Paulo, março de 2020.



FERNANDO VERNALHA

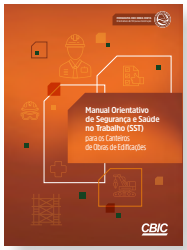
Publicações CBIC

Acesse o site da CBIC (www.cbic.org.br/publicacoes) e baixe os livros gratuitamente. Disponíveis em português, inglês e espanhol.

POLÍTICAS TRABALHISTAS



Nova NR-18: Informativo sobre a norma regulamentadora da indústria da construção
Ano: 2021



Manual Orientativo de Segurança e Saúde no Trabalho (SST)
Ano: 2021



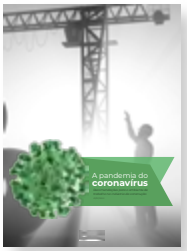
As Novas NRS e a Indústria da Construção
Ano: 2021



Recomendações para o ambiente de trabalho na indústria da construção VOL 2 Ano: 2020



Recomendações para o ambiente de trabalho na indústria da construção VOL 1 Ano: 2020



Recomendações para o ambiente de trabalho na indústria da construção
Ano: 2020



As novas NR's e a Indústria da Construção
Ano: 2020



Nova NR-18 para Indústria da Construção
Ano: 2020



Segurança e Saúde do Trabalho na Indústria da Construção
Ano: 2020



Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Escavação da Indústria da Construção
Ano: 2020



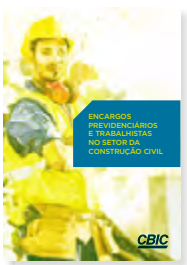
Segurança e Saúde na Indústria da Construção - Prevenção e Inovação
Ano: 2019



Guia Contrate Certo – 3ª Edição
Ano: 2018



Manual de Segurança e Saúde no Trabalho para Instalação Elétrica Temporárias na Indústria da Construção
Ano: 2018



Encargos Previdenciários e Trabalhistas no Setor da Construção Civil
Ano: 2018



Cartilha Edificar o Trabalho
Ano: 2017



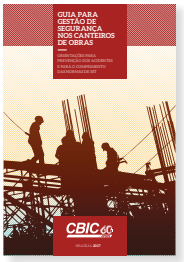
Guia Prático para Cálculo de Linha de Vida e Restrição para a Indústria da Construção
Ano: 2017



Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil – Relatorio Completo
Ano: 2017



Manual Básico de Indicadores de Produtividade na Construção Civil
Ano: 2017



Guia para gestão segurança nos canteiros de obras
Ano: 2017



Guia Contrate Certo
Ano: 2014

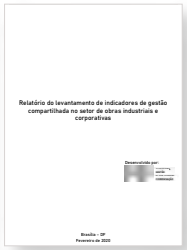
OBRAS INDUSTRIAIS E CORPORATIVAS



Guia Prático de Gestão Compartilhada
Ano: 2020



O Segmento de Obras Industriais e Corporativas e o Coronavírus (COVID-19)
Ano: 2020



Indicadores de Gestão Compartilhada
Ano: 2020



Contratos de Empreitada na Construção
Ano: 2019



Bonificação e Despesas Indiretas nas Obras Industriais
Ano: 2019

INFRAESTRUTURA



O Labirinto das Obras Públicas
Ano: 2020



O Impacto da Pandemia do Coronavírus nos Contratos de Obras Públicas
Ano: 2020



Seminário BNDES - Novo Ciclo de Investimentos em Infraestrutura e a Transparência na Construção Civil Ano: 2019



Distribuição de Riscos nas Concessões Rodoviárias
Ano: 2018



Impacto Econômico da Paralisação das Obras Públicas
Ano: 2018



Excelência em Gestão na Construção
Ano: 2017



Concessões e Parcerias Público-Privadas
Ano: 2019



Propostas para Ampliar a Aplicação em Estados e Municípios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Guia sobre Aspectos Jurídicos e Regulatórios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Propostas para Ampliar a Participação de Empresas (2ª Edição)
Ano: 2016



Guia para Organização de Empresas em Consórcios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volume 2 (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Propostas para Ampliar a Participação de Empresas (2ª Edição)
Ano: 2016



Guia para Organização de Empresas em Consórcios (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volume 2 (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Ciclo de Eventos Regionais Concessões e PPPs - Volume 1 (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Um Debate Sobre Financiamento de Longo Prazo para Infraestrutura
Ano: 2016



PAC - Avaliação do Potencial de Impacto Econômico
Ano: 2016



PAC - Radiografia dos Resultados 2007 a 2015
Ano: 2016



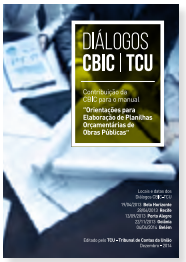
Encontro Internacional de Infraestrutura e PPPs (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015



Investimento em Infraestrutura e Recuperação da Economia (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015



Proposta para Ampliar a Participação de Empresas 1ª Edição (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2015



Diálogos CBIC – TCU
Ano:2014

SUSTENTABILIDADE



Guia Orientativo - Normas de Conservação de Água, Fontes Alternativas Não Potáveis e Aproveitamento de Água de Chuva em Edificações



O Futuro da Minha Cidade - Manual 2ª edição
Ano: 2018



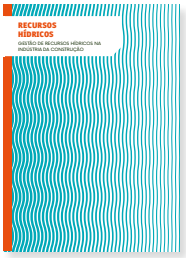
Energia na Construção
Ano: 2017



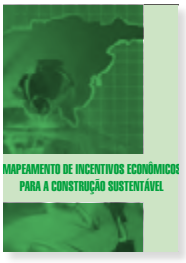
Gestão de Recursos Hídricos na Indústria da Construção (Disponível também em inglês
Ano: 2017



Energias Renováveis (Disponível também em espanhol)
Ano: 2016



Recursos Hídricos (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



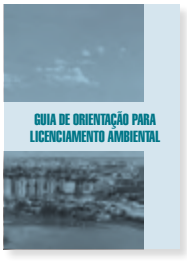
Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável (disponível também em espanhol)
Ano: 2015



Guia de Compra Responsável na Construção (Disponível também em espanhol)
Ano: 2015



O Futuro da Minha Cidade
Ano: 2015



Guia de Orientação para Licenciamento Ambiental (Disponível também em espanhol)
Ano: 2015



Desenvolvimento com Sustentabilidade
Ano: 2014



Desafio de Pensar o Futuro das Cidades
Ano: 2014

INDÚSTRIA IMOBILIÁRIA



II Encontro Nacional Sobre Licenciamentos na Construção
Ano:2019



Letras Imobiliárias Garantidas e o Crédito Habitacional
Ano 2017



Indicadores Imobiliários Nacionais
Ano: 2017



Cartilha – Por uma Nova Cultura Urbana
Ano: 2017



Caderno – Por uma Nova Cultura Urbana
Ano: 2017



Perenidade dos Programas Habitacionais
Ano: 2016



Eficiência na Construção – Brasil mais Eficiente, País mais Justo



O Custo da Burocracia no Imóvel
Ano: 2015



I Encontro Nacional sobre Licenciamentos na Construção
Ano: 2015

JURÍDICO



Regime Especial de Tributação na Construção Civil
Ano: 2020



Recuperação Judicial - Conceitos Básicos
Ano: 2020



Cartilha CBIC sobre o Coronavirus
Ano: 2020



Novos Marcos Regulatório de Interface com a Construção Civil
Ano: 2019



Distrato na Incorporação Imobiliária
Ano: 2019



Desmistificando a Incorporação Imobiliária e o Patrimônio de Afetação
Ano: 2019

INOVAÇÃO



Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat
Ano: 2019



Habitação 10 Anos no Futuro – Relatório Final
Ano: 2018



Habitação 10 Anos no Futuro – Sinais
Ano: 2018



RoadShow BIM
Ano: 2018



Catálogo de Normas Técnicas – Edificações
Ano: 2017



Guia Esquadrias para Edificações
Ano: 2017



Coletânea - BIM
Ano: 2016



Cartilha – 10 Motivos para Evoluir com o BIM



Norma de Desempenho: Panorama Atual e Desafios Futuros
Ano: 2016



Catálogo de Inovação na Construção Civil
Ano: 2016



Boas Práticas para Entrega do Empreendimento – Desde a sua Concepção
Ano: 2016



Analise dos Critérios de Atendimento à Norma de Desempenho ABNT NBR 15.575
Ano: 2016



a. Guia Nacional para a Elaboração do Manual de Uso, Operação e Manutenção das Edificações Ano:2014



Dúvidas sobre a Norma de Desempenho – Especialistas Respondem
Ano: 2014



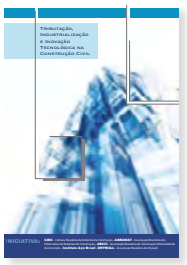
2º Caderno de Caso de Inovação na Construção Civil
Ano: 2014



Estratégias para Formulação de Política, de Ciência, Tecnologia e Inovação para Indústria da Construção Civil
Ano: 2013



a. Desempenho de Edificações Habitacionais – Guia Orientativo para Atendimento à Norma ABNT NBR 15575/2013
Ano: 2013



Tributação, Industrialização e Inovação Tecnológica na Construção Civil
Ano: 2013



1º Caderno de Casos de Inovação na Construção Civil
Ano: 2011

RESPONSABILIDADE SOCIAL



Comunicação de Engajamento - Pacto Global
Ano: 2019



Boas Práticas na Construção X ODS
Ano: 2019



Ética & *Compliance* na Construção Civil: Fortalecimento do Controle Interno e Melhoria dos Marcos Regulatórios & Práticas (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Ética & *Compliance* Volume I (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Ética & *Compliance* Volume II (Disponível também em inglês e espanhol)
Ano: 2016



Sustentabilidade na Indústria da Construção
Ano: 2016



Ética & *Compliance*
Ano: 2015



Avaliação de Impactos do Dia Nacional da Construção Social
Ano: 2015



Trabalhadores da Construção
Ano: 2015



Mulheres na Construção
Ano: 2015



Passo a Passo da Tecnologia Social do Dia Nacional da Construção Social
Ano: 2014



Guia CBIC de Boas Práticas em Sustentabilidade na Indústria da Construção
Ano: 2014



Flores do Canteiro
Ano: 2014

OUTRAS PUBLICAÇÕES



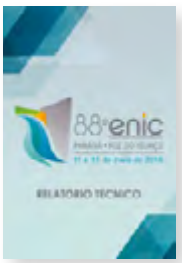
Relatório Técnico 91º ENIC
Ano: 2019



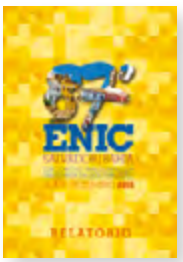
Relatório Técnico 90º ENIC
Ano: 2019



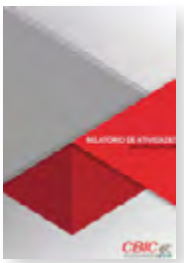
Relatório Técnico 89º ENIC
Ano: 2019



Relatório Técnico 88º ENIC
Ano: 2019



Relatório Técnico 91º ENIC
Ano: 2019



Relatório de Atividades – Julho 2014 a Julho 2017
Ano: 2014

Correalização:

SENAI

Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

PELO FUTURO DO TRABALHO

Realização:

CBIC

VG&P | Vernalha Guimarães & Pereira Advogados