

Novo coronavírus e os procedimentos a adotar com a paralisação e retomada de obras ou serviços de engenharia em contratações públicas

Igor Beltrão Castro de Assis¹

1. Pandemia e suspensão de atividades econômicas e de concessão e prestação de serviços públicos em Pernambuco.

A medida de distanciamento social recentemente decretada no Brasil e em vários países do globo, as compulsórias medidas restritivas de liberdade e a dura postura assumida pelos agentes públicos, em especial os agentes de segurança pública, em decorrência do novo vírus corona, têm potencial para produzir efeitos perniciosos no tocante à eventual paralisação de obras ou serviços contratados pelo Poder Público, via licitação, e, por tabela, fazer embate contra o interesse público em seu encalço, para disso falar, nada obstante a imprescindibilidade das posturas assumidas.

No estado de Pernambuco, o Governo do Estado editou os Decretos nº 48.833 e nº 48.834, ambos de 20 de março de 2020, reconhecendo a emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID-19, e, nessa esteira, adotou medidas destinadas a conter o contágio e a transmissão da doença.

Essas medidas vêm no rastro do Decreto nº 6, de 20 de março de 2020, em que o Senado Federal, atendendo à mensagem da Presidência da República, reconheceu o estado de calamidade pública originário da pandemia do coronavírus.

Antes disso, porém, foi aprovada pelo parlamento brasileiro a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispondo “... sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”

Em particular, as medidas adotadas pelo governador do estado de Pernambuco têm lastro no artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal, que garante às unidades

¹ Doutorando, mestre e graduado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, advogado e professor universitário.

federativas a competência concorrente para legislar sobre saúde pública, campo no qual se inserem as medidas adotadas.

No seu artigo 1º, o Decreto Estadual nº 48.834/2020, dispõe o seguinte:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre medidas temporárias a serem adotadas no âmbito do comércio, da prestação de serviços, da construção civil e da concessão e prestação de serviços públicos.

Estabelece, portanto, a suspensão do funcionamento no âmbito do comércio, da prestação de serviços, da construção civil e da concessão e prestação de serviços públicos.

2. Distinção entre serviços essenciais e não-essenciais e o que fazer nas hipóteses de paralisação das obras e serviços públicos que não forem essenciais.

Por seu turno, o artigo 3º, do referido Decreto 48.834/2020, estabelece a suspensão do funcionamento de todos os estabelecimentos de prestação de serviços localizados no estado, com algumas exceções, a ver:

Art. 3º Fica suspenso, a partir do dia 22 de março de 2020, o funcionamento de todos os estabelecimentos de prestação de serviços localizados no Estado de Pernambuco.

Parágrafo único. Excetuam-se da regra do *caput*:

I - a prestação dos serviços essenciais à saúde, como médicos, clínicas, hospitais, laboratórios e demais estabelecimentos relacionados à prestação de serviços na área de saúde; (Redação alterada pelo art. 1º do Decreto nº 48.836, de 22 de março de 2020.)

II - os serviços de abastecimento de água, gás, energia, telefonia e internet;

III - as clínicas e os hospitais veterinários;

IV - as lavanderias;

V - os bancos e serviços financeiros, inclusive lotérica;

VI - os serviços de segurança, limpeza, higienização e vigilância; e

VII - hotéis e pousadas, com atendimento restrito aos hóspedes.

VIII - serviços urgentes de manutenção predial e prevenção de incêndio. (Acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 48.857, de 25 de março de 2020.)

Faz, portanto, uma distinção entre: a) serviços essenciais, compreendidos nesse conceito os voltados às obras e serviços destinados a conter a pandemia e garantir a segurança e o bem-estar da população, incluídos os serviços de abastecimento e fornecimento de água, energia elétrica, gás, telecomunicações e transportes, mas sem limitação a estes, e; b) os que não se enquadram nessa tipologia.

No primeiro caso, dúvida não há de que não serão suspensos os serviços essenciais, indispensáveis às necessidades inadiáveis da comunidade. No segundo, vejamos como deverão se comportar as empresas contratadas para prestá-los, ainda que sem a nota da essencialidade. Também quais procedimentos deve a Administração Pública adotar para se resguardar e resguardar os direitos daqueles que com ela contratam nesse período.

Antes, porém, abra-se um parêntese para questionar: e quando a atividade desenvolvida por determinada empresa conquanto, *a priori*, não se enquadre, à luz do diploma normativo acima, para aí ficar, no conceito de essencial, produz e comercializa itens que seguramente se enquadram na categoria de essenciais, por serem empregados na contenção da pandemia, a exemplo daqueles de utilização nos serviços médicos, ou mesmo integra o fornecimento de elementos essenciais em qualquer situação, como a água? A zona é de penumbra e questões desse jaez tendem a se multiplicar, sobretudo à medida em que a situação de calamidade pública permaneça sem ser levantada.

Temos um importante precedente na decisão do Ministro Relator Dias Toffoli, no julgamento da Suspensão de Segurança 5.362/PI, que manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Piauí – TJPI autorizando o funcionamento das atividades industriais da AMBEV S.A, que passou a produzir álcool na sua forma em gel em larga escala para somar esforços no combate à pandemia, atento à essencialidade do produto comercializado. Todavia, cada caso deverá ser examinado no particular e é sabido que a realidade sempre caminha à frente da lei e do juízo, que costumam vir-lhe a reboque, de forma que não há sinalização prévia de como se conduzir na situação.

Ocorre que, apesar disso, é plenamente possível que, com base nesse argumento, ainda que silencie a lei e que não haja precedente judicial aplicável, a Administração resolva determinar a volta às atividades de empresas paradas, sob as penas legais e contratuais – multa e, no limite, rescisão com a chamada do segundo colocado na licitação. Nesse caso, se a empresa retoma os trabalhos, o risco de sua atividade poderá resultar em sinistro com qualquer trabalhador, sobrevindo a pergunta inevitável: o ente

público que deu uma ordem manifestamente ilegal poderá ser responsabilizado pela retomada do serviço? A resposta vem antes da pergunta. O dever é desobedecer à ordem. Explica-se.

Qualquer que seja a forma de exprimir a vontade na ordem administrativa (forma oral, forma escrita, forma por sinal, ou por silêncio de interpretação pré-estabelecida), não é ela sequer digna do objetivo “administrativa”, se não condiz com o serviço administrativo, ou se, embora condizendo, não se enquadra na lei, ou fere direitos.

O requisito da legalidade é que vincula o ordenador (sujeito ativo) ao ordenado (sujeito passivo) e ambos, em suma, à lei. Não o havendo, nenhuma vinculação existe (artigo 5º, inciso II, da CF/88).

A ordem a ser obedecida chama-se *Administrativa*. Para que tal nome leve, carece ela de provir de órgão competente, bem como de pressupor que sua execução não importe ferir a lei. Quando, portanto, o contrário sucede, a ordem não deve ser obedecida, quer pelo agente administrativo subordinado hierarquicamente (artigo 116, da Lei nº 8.112/1990), sob pena de assumir a sua autoria e responsabilidade, quer pelo particular, nas mesmas condições.

No caso do particular contratado pela Administração Pública, há que se ressaltar, de início, que a rescisão contratual, caso seja disso a ameaça, e o é, no fim, deve seguir as hipóteses *taxativas* previstas nos artigos 78 e 79, ambos da Lei nº 8.666/1993, que sempre que invocadas devem ser formalmente motivadas e não prescindem de processo administrativo para a sua aplicação que conceda ao contratado a oportunidade de contraditório e ampla defesa, sendo facultado ao particular recorrer ao Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88) sempre em caso de lesão ou ameaça a direito.

Examinando as hipótese aqui com possibilidade de serem aventadas, no caso de rescisão por descumprimento pelo contratado de deveres atinentes à execução do contrato (artigo 78, incisos I a VIII), registre-se que a má execução da prestação contratual somente ficará demonstrada – e precisará ser formalmente demonstrada – em caso de comportamentos desconformes com o contrato ou com a Lei. Portanto, o particular está jungido a cumprir apenas as cláusulas contratuais e os deveres legais. Se não estiver prevista contratualmente (ainda que em um anexo ao instrumento contratual), a especificação apenas deve ser exigida quando inerente ao exercício da atividade ou desempenho da prestação. A desconformidade com a lei dispensa maiores divagações.

Por sua vez, em caso de paralisação da execução (inciso V) – e vamos chegando ao nosso objeto –, a existência de justa causa afasta a hipótese de rescisão. E essa justa causa não está livre ao arbítrio subjetivo da Administração Pública contratante, como veremos.

Já com relação à rescisão por descumprimento a determinações da Administração Pública (inciso VIII), no que aparenta, tem-se que o inciso faz referência à insubordinação do contratante ante instruções derivadas da Administração, valendo destacar, contudo, que o desentendimento às determinações da Administração não é causa, por si só, da rescisão, senão quando, com o desatendimento, há, concomitantemente, a ofensa a deveres contratuais, o que igualmente não é o caso.

“... o contratante não está subordinado às ordens da Administração. Está assujeitado a cumprir os deveres previstos no contrato e inerentes ao desempenho da atividade objeto da contratação. A fiscalização da Administração destina-se a verificar se o contratado está executando adequadamente tais deveres. O particular apenas pode ser reprovado quando os infringir. A advertência da Administração é, em si mesma, vazia e ineficaz. Sua relevância deriva de que documenta a infringência aos deveres impostos ao contratante. O contrato será rescindido por ofensa aos deveres contratuais e não porque o particular deixou de atender às determinações dos agentes administrativos”².

Por fim, e aqui chegamos ao ponto crucial, é considerada cabível a recusa do particular em executar sua prestação (exceção de contrato não cumprido) na medida e na extensão em que a Administração deixar de cumprir determinação legal³.

Portanto, é dever do contratado, antes obedecendo à lei, desobedecer a Administração no comando de retomar as atividades paralisadas por força de lei, sob pena de responsabilização solidária pelos efeitos decorrentes da retomada com violação à legalidade. Em caso de constrangimento ilegal, cabe à empresa recorrer ao Judiciário.

Procedimentos administrativos para a paralisação: o que observar?

Fechado o parêntese anterior, aduza-se que apesar de se saber que muitas obras sofrem atrasos devido a deficiências de planejamento e falhas na elaboração de projetos,

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.100.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.116.

a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que é proibida a demora imotivada da execução de obra ou serviço, no parágrafo único de seu artigo 8^o4.

Decerto o agente administrativo tem o dever de estimar custos, encargos e prazos para a execução de obras e serviços. Não pode deixar de conhecer o custo e a duração da execução integral previstos para a obra ou serviço. Deve adotar providências para estimar o custo da obra, considerando tanto as condições contemporâneas à época da decisão quanto prevendo as prováveis circunstâncias futuras. A Administração deve antever todos os compromissos com que arcará e lhe é vedado contratar sem perspectivas de conclusão da obra ou serviço.

A pandemia provocada pelo novo coronavírus e as determinações governamentais permitem, contudo, enquadrar atrasos nas hipóteses de insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, haja vista limitações de circulação de pessoal que compõe a mão de obra e/ou escassez de insumos necessários à execução do objeto contratual, tematizadas por Marçal Justen Filho:

A inviabilidade financeira corresponde a situações de dificuldade na execução orçamentária. O problema não reside na ausência de previsão orçamentária, mas na ausência de recursos financeiros. Trata-se de situação peculiar e indesejável, mas que acaba ocorrendo com frequência. Há hipóteses em que as previsões de arrecadação tributária se frustram. Em outros casos, surgem despesas extraordinárias, não previstas. Enfim, há possibilidade de a Administração não dispor concretamente de recursos para enfrentar despesas necessárias à execução integral de um objeto, ainda que teoricamente tais recursos tivessem sido previstos na lei orçamentária.

O caso de inviabilidade técnica tem de ser considerado muito mais num contexto de caso fortuito ou força maior. Pressupõe-se que todas as circunstâncias técnicas acerca da execução da obra ou serviço já foram devidamente tomadas em vista por ocasião da elaboração do projeto ou da programação de fornecimento. A revelação de peculiaridades técnicas impeditivas da execução integral do objeto somente se pode admitir, de regra, em virtude de eventos desconhecidos ou imprevisíveis⁵.

Essas motivações precisam ser comunicadas pelo responsável competente, dentro de três dias, à autoridade superior para justificar um despacho circunstanciado.

⁴ Art. 8^o A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 217-218.

O documento deverá ser publicado na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos, conforme disciplinam o artigo 8º, parágrafo único, e o artigo 26, ambos da Lei 8.666/93.

Quando for necessária a paralisação das obras, deve ainda ser adotada a chamada “Ordem de Paralisação”, que é obrigatória e deve ser numerada e publicada na imprensa oficial, em até cinco dias da emissão do ato. A Ordem de Paralisação interrompe os prazos e formaliza as razões dessa situação. Caso contrário, os prazos contratuais continuarão sendo contados e poderão ser aplicadas sanções à contratada e responsabilizados os administradores, sendo imprescindível a atenção para esses pontos, que não são mera formalidade.

Para a paralisação de obras deve haver comprovação dos fatos, por meio de análise técnica de engenharia, parecer conclusivo do setor jurídico e despacho motivado da autoridade superior.

Interrupção de obra ou serviço por iniciativa do contratado: o que providenciar?

Por outro lado, a interrupção de obra ou serviço de engenharia não essencial por iniciativa da empresa contratada só pode ocorrer mediante justa causa e prévia comunicação à Administração Pública, consoante prevê o artigo 78, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁶, regra geral. Em particular, é preciso demonstrar a impossibilidade de cumprimento da obrigação contratual em decorrência da situação ocasionada pela pandemia. Em outras palavras, há que ser demonstrado o nexo de causalidade que isente a responsabilidade do contratado.

Para a hipótese do artigo 78, basta a simples comunicação⁷. Porém, cabe à Administração examinar a justificativa apresentada. Diante da implausibilidade dos motivos, a Administração pode exigir melhores e mais profundas justificativas. Por sua vez, o conceito de “justa causa” não tem configuração subjetiva. Deve reconhecer-se de modo objetivo a existência de uma justa causa, significando que inexistente liberdade para

⁶ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

(...).

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.091.

qualquer uma das partes em transformar um evento desarrazoado em justa causa ou vice-versa.

A ocorrência de qualquer paralisação por parte da contratada em situação na qual não seja acatada a justificativa formalizada à Administração ou na ausência dela incorre em descumprimento contratual, passando a contratada a responder pelo dano causado à contratante, estando sujeita às sanções administrativas cabíveis, conforme estabelecem os artigos 86 e 87, ambos do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos⁸.

Quando emitida a Ordem de Paralisação, independentemente do motivo, fica suspensa a medição da obra no período de interrupção do contrato. A medição deverá se referir apenas ao período anterior ao início determinado pela Ordem de Paralisação e posterior à emissão da “Ordem de Reinício dos Serviços”, que formaliza a retomada da obra e que também deverá ser publicada na imprensa oficial.

Além disso, com a paralisação, a Administração Pública deve providenciar o Termo Aditivo contratual para restabelecer o prazo de execução do objeto, bem como a alteração da vigência do contrato, o qual deverá manter a mesma diferença temporal do prazo de conclusão do objeto.

⁸ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Já o retardamento de obra ou serviço é uma eventualidade que, de uma forma ou de outra, atinge as contratações públicas. A lei considerou a realidade dos fatos, admitindo a situação.

Na hipótese de impossibilidade de cumprimento das obrigações nos prazos inicialmente pactuados, a lei admite a prorrogação dos prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega diante da superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato (artigo 57, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93).

Isso não deve, em hipótese alguma, entretanto, servir como regra. Trata-se de uma exceção. O planejamento, a execução programada, o projeto básico bem feito e a clara indicação prévia dos recursos financeiros evita, sobremaneira, essas ocorrências. Havendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado por igual período.

Para que a prorrogação do prazo seja possível e não acarrete a imposição de penalidades ao contratado, este deverá comunicar o fato à Administração contratante e demonstrar o liame jurídico entre a pandemia e a impossibilidade de cumprimento de sua obrigação no prazo inicialmente estabelecido, requerendo a dilação pelo período necessário para o cumprimento do dever ou, em caso de impossibilidade, a suspensão da execução contratual, até a normalização da situação.

A sustação do contrato terá cabimento quando a pandemia impedir o cumprimento das obrigações principais, que afetem diretamente a execução material do ajuste. Nesse caso, quando da normalização da situação, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente, pelo mesmo período da paralisação, conforme preceitua o artigo 79, §5º, da Lei nº 8.666/93, tudo em homenagem à continuidade do contrato.

O contratado e suas relações com fornecedores

Ainda, nas hipóteses de suspensão das atividades nas condições acima, há de se questionar como ficam as obrigações dos contratados com os seus fornecedores. Inúmeras empresas já se mobilizam e notificam os seus parceiros a respeito da impossibilidade de cumprimento dos contratos firmados, baseadas no argumento da força maior. Alguns pressupostos, contudo, deverão ser observados caso se queira argumentar nesse sentido.

Inicialmente, há de se identificar se as partes se submetem, expressa ou tacitamente, à jurisdição nacional.

Partindo disso, tratando-se aqui a questão sob o enfoque da legislação brasileira, o artigo 393, do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), estabelece que o devedor não se responsabilizará pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado e, complementarmente, o parágrafo único do mesmo artigo traz a previsão de que este instituto somente é aplicável se os efeitos dele decorrentes forem imprevisíveis e inevitáveis.

Na prática, inexistente diferença entre os dois casos e, para o efeito decorrente do artigo 393, do CC/2002 – a exclusão geral do nexo causal – tanto o caso fortuito, quanto a força maior são suficientes para afastá-lo, não havendo razão para diferenciações mais finas.

No entanto, é possível que a lei ou o contrato afastem algumas excludentes e conservem outras, aconselhando, portanto, ter-se presente a existência de diferenciação possível, conquanto a preocupação com a distinção fundamental entre os conceitos seja irrelevante para o grande número de casos em que os efeitos jurídicos são idênticos para ambas as hipóteses.

Costuma-se admitir que há caso fortuito quando o fato que justifica a inexecução ou que gera o dano é acontecimento do mundo natural, para o qual não concorreu a participação do agente. São exemplos o raio, a inundação, o vendaval, a falha de suprimento energético, entre muitos outros.

Essas hipóteses podem ser classificadas em dois grupos, conforme o momento no qual o evento se apresenta: o fortuito será “interno” quando o fato necessário e inevitável ocorre no âmbito da atividade do agente e será “externo” quando o fato não se relaciona com essa atividade.

A responsabilidade do transportador, dadas as suas características específicas, o exemplificam: o estouro de um pneu e o mal súbito do motorista são hipóteses de fortuito interno, enquanto que a inundação ou a queda de uma barreira, fortuito externo.

Por seu turno, entende-se ser força maior o acontecimento, em geral, independente de fatores físico-naturais, que envolvem uma relação de desequilíbrio de forças, jurídicas ou fáticas, de uma pessoa em relação à outra. É o caso da invasão do território, da revolução, do fato do príncipe (atos de direito público), da greve, do assalto, quando esses impedem a prestação ou geram o dano.

Não havendo estipulação negocial, aplica-se o regime legal e, com ele, os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 393, do CC/02, de acordo com o qual a existência de caso fortuito e/ou de força maior demanda a ocorrência de “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O problema se concentra, pois, em compreender quais as qualidades que fazem com que haja esses fatos dotados de tais efeitos.

Nessa senda, um fato é entendido como *necessário* quando não provier do devedor, não sendo por ele causado. Aqui a noção é de causa fundamental. O devedor não pode ter causado o fato, ainda que ele possa ser fisicamente sujeito a ele.

Uma doença grave e inesperada que impeça a prestação personalíssima é, sem dúvida, um fato tal. Entretanto, se a doença já é conhecida e se não foram adotadas, pelo devedor, as medidas preconizadas para impedir o seu próprio contágio, então a qualificação se altera. Haverá causa para o fato.

O fato necessário terá ainda de ter *efeitos inevitáveis*. São inevitáveis aqueles efeitos que impossibilitam a prestação ou que geram dificuldade tamanha ao devedor que não se poderia impor a sua atuação para realizar a prestação devida ou evitar o dano. Verificam-se efeitos inevitáveis quando há barreiras intransponíveis ou de tão difícil transposição que com esta se equipare.

Dessa forma, não é qualquer acontecimento que libera o devedor. Não estão incluídos, por exemplo, aqueles que apenas dificultam ou encarecem a prestação, sem torná-la equiparável a uma barreira intransponível.

De novo, a noção de causa é fundamental. Se os efeitos deixassem de ser inevitáveis pela adoção de medidas razoáveis pelo devedor, quando o fato já se mostrava presente ou quando a existência de graves efeitos já se tornava clara, então os efeitos não podem ser tidos como “inevitáveis”.

“Necessidade do fato” e “inevitabilidade dos efeitos” devem estar igualmente presentes. Assim, se um fato for necessário, por ser estranho à ação do devedor, mas incapaz de gerar efeitos que impeçam a realização da prestação, não há que se falar de caso fortuito ou de força maior. Nas lições de Hamid Charaf Bdine Jr.:

“Considera-se caso fortuito ou força maior o fato necessário, cujos efeitos eram imprevisíveis ou inevitáveis (parágrafo único deste artigo [393, do CC]). Embora a lei não faça distinção entre estas figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes (greve, guerra etc.); enquanto força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade etc.).

A característica mais importante dessas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível – fora do alcance do poder humano.”⁹

Disso decorre que uma tal análise, como visto, não poderá ser feita de modo abstrato, mas deve ter em vista as condições da obrigação concreta. Fortes chuvas podem configurar caso fortuito ou força maior para uma prestação e não para outra; uma determinada prestação pode se tornar impossível enquanto outra, genericamente idêntica, não, pois as condições do contrato foram outras.

Na ilustração de Serpa Lopes, “um golpe de uma baleia pode afetar gravemente uma embarcação pequena, mas ser irrelevante para um transatlântico”¹⁰. Assim, malgrado o princípio da exoneração, deve haver um impedimento real e comprovado que justifique a impossibilidade de cumprimento do dever contratualmente assumido e não um pretexto genérico.

Eventos em si mesmos (a inundação, a greve, o vírus pandêmico) não são, por si sós, classificáveis como “caso fortuito” ou de “força maior” para fins de aplicação da excludente. Só as condições do caso determinarão a sua aplicação.

Separações conceituais estritas entre as duas expressões excludentes só terão razão de ser na medida em que efeitos distintos puderem ser vinculados a cada uma. Tal separação não se apresenta relevante quando se fizer aplicável o disposto no art. 393 e seu parágrafo único.

Em qualquer circunstância, as medidas adotadas pelo devedor serão relevantíssimas para a aplicação da excludente. É o caso concreto que definirá tanto essa aplicação quanto os seus efeitos.

Se o impedimento, embora real, for apenas temporário, o cumprimento da obrigação deverá, a princípio, ser suspenso, salvo se o atraso justificar a rescisão da avença, que, em regra, deverá acontecer se o impedimento for, ao contrário, definitivo, restabelecendo-se, sempre que possível, o *status quo ante*.

Certo é que, para identificar se determinada empresa pode ou não se valer da excludente de responsabilidade, há de se avaliar, em cada caso, as disposições contratuais,

⁹ Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cezar Peluso. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010, p. 412.

¹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: obrigações em geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 375.

tais como condições gerais do negócio; se a cláusula de exoneração por força maior está prevista no contrato e, em caso afirmativo, como é definida; se na ausência de disposição contratual, o coronavírus poderia ser interpretado em caso de força maior, etc. Tal análise também deve ser permeada pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva, corolários do direito contratual.

Há que se atentar, outrossim, para a data da celebração do contrato, pois, se firmado no início de 2020, é provável que a pandemia não seja considerada um caso de força maior, vez que o requisito da imprevisibilidade não estaria suprido. Por outro lado, o que reintegra a discussão, há que se verificar se a radicalidade das medidas de prevenção adotadas, antes nunca vistas, não seriam, nesse caso, suficientes para excluir a responsabilidade nos termos do artigo.

Por último, mas não menos importante, cumpre analisar se, mesmo diante de eventual previsibilidade, a execução do contrato não se tornaria excessivamente onerosa para uma das partes, gerando forte desequilíbrio contratual. Nesse caso, o devedor poderia invocar a regra do artigo 478, do Código Civil, que determina que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Ressalte-se, apesar disso, o que diz, a respeito, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, citado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, que dispensa a verificação de extrema vantagem em casos tais para a configuração da onerosidade excessiva:

“é possível que o fato futuro se abata sobre o devedor sem que daí decorra maior vantagem para o credor, e nem por isso deixa de existir a onerosidade excessiva que justifica a extinção ou a modificação do contrato por iniciativa do devedor”¹¹.

De mais a mais, a situação é excepcional. Trata-se de adotar medidas enérgicas e coercitivas com o escopo de mitigar os efeitos do coronavírus, em razão do reconhecimento normativo da situação de calamidade pública pelo Senado Federal, motivo pelo qual se torna imperativo intensificar as medidas de isolamento social, o que inclui a suspensão das atividades de inúmeras empresas, que fazem uso intensivo de mão

¹¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Revisão judicial dos contratos. São Paulo: Atlas, 2002, p. 125 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil – Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 395.

de obra na fabricação e fornecimento de insumos, na edificação de obras públicas e na prestação de serviços públicos mediante concessões ou permissões públicas, sem deixar de acautelar direitos e preservar empresas.

Lembramos que, no tocante a eles, os contratos administrativos são regidos por normas de direito administrativo (art. 54, da Lei nº 8.666/1993), e que o direito administrativo tem como principais características a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Apesar das diferenças existentes entre o regime do direito privado e o regime jurídico administrativo, devemos afirmar que os contratos administrativos são considerados uma modalidade de contrato, nada diferindo, em sua essência, dos contratos do direito privado. Os contratos administrativos apresentam como maior particularidade, e nesse ponto são originais, a circunstância de sua disciplina jurídica estar totalmente subordinada à busca da plena realização do interesse público.

Os contratos administrativos, nos termos do artigo 54, da Lei 8.666/93, “regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. De acordo com o texto de lei, os princípios e regras do direito privado poderão ser aplicados supletivamente para disciplinar os contratos administrativos. Isto ocorrerá quando, segundo Lucas Rocha Furtado: 1. a Lei nº 8.666/93 não tiver tratado de determinada questão que esteja a exigir soluções decorrentes da execução de contratos administrativos, e; 2. não seja encontrada a solução que se busca dentro do próprio direito administrativo¹².

É o caso quando determinado instituto não é disciplinado pela Lei de Licitações, mas com ela é perfeitamente compatível. Na hipótese, valemo-nos das palavras da administrativista Maria Sylvia Di Pietro, em quejandas linhas, que em tudo se amoldam à hipótese em debate:

“Não tem sentido a norma do art. 79, § 2º [da Lei nº 8.666/93], dar idêntico tratamento à rescisão por motivo de interesse público e à rescisão por motivo de caso fortuito ou força maior, no que se refere ao ressarcimento dos ‘prejuízos regularmente comprovados’; o caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimentos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes e inevitáveis, que tornam impossível a execução do contrato. Não sendo devidos a nenhuma das partes, o contrato se rescinde de pleno direito, não se cogitando de indenização; não tem qualquer sentido a Administração indenizar o

¹² FURTATO, Lucas Rocha. Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública. R. TCU, Brasília, v. 31, nº 86, out/dez 2000, p. 42.

particular por um prejuízo a que não deu causa. A norma contida nesse dispositivo reverte toda a teoria do caso fortuito e de força maior que, embora consagrada no artigo 158 do Código Civil, pertence à teoria geral do direito, abrangendo todos os ramos do direito.”¹³

Caso a paralisação do contrato administrativo esteja fundada no argumento de caso fortuito ou de força maior, é à disciplina dos institutos pelo direito civil que se deverá recorrer para ali divisar as balizas que deverão nortear a tomada de decisões em todos os casos.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

FURTATO, Lucas Rocha. Contratos administrativos e contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública. **R. TCU**, Brasília, v. 31, nº 86, out/dez 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil – Volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: obrigações em geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

PELUSO, Cezar (Org.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916**. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 258-259.