

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LUIS AUGUSTO DOS REIS CAVALCANTE

OS IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA:
aplicabilidade para fins de rescisão e revisão contratual

SANTA RITA
2021

LUIS AUGUSTO DOS REIS CAVALCANTE

**OS IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA:
aplicabilidade para fins de rescisão e revisão contratual**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, do
Centro de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal da Paraíba, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Paula Correia
de Albuquerque da Costa.

SANTA RITA

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C376i Cavalcante, Luis Augusto Dos Reis.

Os impactos da COVID-19 sobre os contratos de infraestrutura: aplicabilidade da teoria da onerosidade excessiva para fins de rescisão e revisão contratual / Luis Augusto Dos Reis Cavalcante. - Santa Rita, 2021. 51 f.

Orientação: Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Onerosidade excessiva. 2. Direito da Construção. 3. Pandemia. 4. Coronavírus. 5. Contratos. I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

LUIS AUGUSTO DOS REIS CAVALCANTE

**OS IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE OS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA:
aplicabilidade para fins de rescisão e revisão contratual**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito, do
Centro de Ciências Jurídicas, da
Universidade Federal da Paraíba, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Paula Correia
de Albuquerque da Costa.

Data de aprovação: __/__/2021.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
(Orientadora)

Prof. Igor de Lucena Mascarenhas
(Avaliador)

Profa. Dra. Werna Karenina Marques de Sousa
(Avaliadora)

AGRADECIMENTOS

Acredito que pessoas agregam em nossas vidas de formas diferentes, independentemente do tempo e dos tipos de experiências que passamos com elas. Os agradecimentos que aqui trago têm motivos especiais e bem diferentes, não necessariamente atrelados ao conteúdo do presente trabalho, mas à sucessiva série de acontecimentos supostamente aleatórios que combinaram de certa forma para que o presente acontecesse, saibam que tenho muito carinho e apreço por vocês.

Primeiramente, agradeço a minha base de tudo, minha **família**, primeiramente na figura de minha mãe, **Inglá Lúcia**, pessoa da qual mais me inspiro e tenho afeto, que nunca mediu esforços para cuidar de mim na minha infância não muito saudável, e me sustentou não apenas financeiramente, por muitos anos juntamente com meu padrasto **Oteones**, o qual também merece menção pelo apoio e parceria durante todos esses anos em família, mas emocionalmente e até mesmo espiritualmente, tenho certeza que suas orações salvaram minha vida várias vezes, motivo pelo qual tenho gratidão eterna.

Agradeço também ao meu pai, **Luiz Gomes**, que nunca deixou de ser presente na minha vida e é minha referência em personalidade e estilo de vida, sempre com conselhos valorosos, eu os carrego comigo e sigo religiosamente.

Aos meus queridos amigos de infância, cabe destacar **Adam, Joanderson, Naiara, Jennyfer, Symon**, compartilhei com vocês os momentos mais íntimos da minha vida, a maioria deles em nossas conversas, já que tivemos que viver distantes em boa parte do tempo, e os poucos que pudemos viver no nosso amado “bonjas”. Eu guardo cada palavra, momento, conselho, suporte e carinho que compartilhamos, e ainda iremos compartilhar.

Não poderia esquecer de meus companheiros de **João Pessoa**, pessoas que fizeram parte da minha vida adulta, não apenas na faculdade, mas também em nossos encontros e experiências, menciono **Anne, Bruno, Caio, Davi, Erirrane, Gabrielle, Giovanna, Hadrien, Manu, Kaio, Luana, Mikaelle, Paulo, Péricles, Saulo, Victor Macedo, Victor Gusmão, Swyenne**, pessoas que fizeram parte da etapa mais importante da minha vida, onde verdadeiramente desenvolvi quem sou e o que busco ser, espero encontrar cada um de vocês, em Cabo Branco com os pés na areia, em breve e com saúde.

Da mesma forma agradeço aos mestres que me orientaram em minha trajetória acadêmica, em especial à **Ana Paula**, a nossa “mãe”, espero que “seus meninos” continuem te dando orgulho.

Menciono ainda **Roseli Cândido e Maíra Cancio**, mulheres e advogadas inspiradoras que me ofereceram uma oportunidade especial de estagiar no **Cândido Costa & Cancio Advogados Associados**, levarei os aprendizados e a gratidão para sempre.

Importante mencionar, ainda, os companheiros que o **NUMESC** me trouxe, grupo este que mudou completamente minha visão do Direito e do rumo pelo qual pretendo seguir profissionalmente. Tenho muito orgulho de ser membro fundador e de ter ajudado a construir, cooperar e coordenar, e destaco aqui os queridos do **Grupo de Estudos em Mediação e Negociação do Núcleo**, espero ter contribuído e agregado a vocês tanto quanto vocês o fizeram para mim.

E aos colegas de Imperatriz, cidade na qual resido no momento em que escrevo estas palavras, e aonde produzi todo este trabalho, meu agradecimento pelos momentos em que lembrei que é possível ter felicidade em momentos caóticos.

RESUMO

Em 2021, o mundo foi impactado pelo surgimento da COVID-19, um vírus mortal que se espalhou rapidamente pelo mundo e trouxe impactos significativos para todas as nações. Com as novas regras de prevenção e combate à doença do novo coronavírus sobretudo o isolamento social, o mercado da construção e seus contratos foram consideravelmente abalados: as partes, sobretudo contratadas, não conseguiam adimplir com suas obrigações tendo em vista a nova situação global, acarretando em descumprimentos contratuais e multas. A onerosidade excessiva, prevista pelo Código Civil de 2002, surge enquanto uma justificativa plausível para afastamento dessas obrigações através de revisões contratuais ou a sua própria resolução. Nesse contexto, o presente trabalho busca estudar o instituto da onerosidade excessiva e suas implicações, exemplificar alguns dos tipos principais de contratos do mercado da construção, compilar alguns dos eventos principais do advento da pandemia para a sociedade e o mercado da construção e suas relações, para então finalizar traçando uma análise da jurisprudência brasileira acerca do uso da onerosidade excessiva para afastamento de responsabilidade, e como esta poderia ser utilizada nos casos de não-cumprimento de obrigações em contratos de construção devido a situação extraordinária e imprevisível da pandemia.

Palavras-chave: Onerosidade excessiva; Direito da Construção; Pandemia; Coronavírus; Contratos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. NOÇÕES GERAIS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E DOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO.....	10
2.1 ONEROSIDADE EXCESSIVA.....	10
2.2 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO	13
2.2.1 Principais modalidades dos contratos de construção	14
2.2.2 Principais espécies dos contratos de construção	16
2.2.2.1 Empreitada	16
2.2.2.2 Contrato de administração ou gerenciamento de projetos (construction management)	20
2.2.2.3 Contrato de EPC: Engineering, procurement and construction (EPC).....	22
2.2.2.4 Design-build.....	26
2.2.2.5 Design bid and build (DBB)	28
2.2.2.6 Aliança de projeto ou Project aliancing e o Contrato de Aliança	32
3 O CONTEXTO DA COVID-19 E O SETOR NA CONSTRUÇÃO	34
3.1 IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE	35
3.2 EFEITOS DA COVID-19 NO MERCADO DA CONSTRUÇÃO CIVIL.	37
4 A POSSÍVEL APLICABILIDADE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CASOS CONCRETOS DE INFRAESTRUTURA.	40
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da COVID-19, e da pandemia global, que teve seu início anunciado em meados de março de 2020, a sociedade sofreu diversos impactos e teve que se readaptar, sobretudo no tocante a tomada de medidas sanitárias de prevenção de infecção do vírus.

Foi uma situação imprevisível para todo o mundo. Os Estados e a sociedade em geral tiveram que se readaptar à nova situação, para conseguir tomando medidas emergenciais para frear o vírus, e ainda assim manter a ordem social e econômica de seus Estados.

Como consequência, a vida da população, bem como suas atividades econômicas foram evidentemente atingidas, e não poderia ser diferente no cenário da infraestrutura.

Essas medidas de prevenção impactaram não somente questões de saúde e sociabilidade, como também impactou os cenários político, econômico e comercial em todo mundo. Nesse sentido, e tratando desta última, os impactos atinentes ao mercado de infraestrutura foram evidentes, sobretudo em um cenário em que medidas de distanciamento social dificultaram severamente a execução de obras em andamento, desde as pequenas obras até as de maior complexidade.

Assim, no intuito de diminuir esses possíveis impactos, que abarcam principalmente o cronograma dos contratos, e a situação financeira das contratadas, os governos federal e estaduais editaram exaustivas disposições legais, tais como decretos e medidas provisórias que foram fundamentais para que as atividades no setor da infraestrutura se mantivessem.

Dentre essas medidas, destaca-se o Decreto nº 10.342/2020 (BRASIL, 2020, online), de autoria da União, que classificou as obras de engenharia, bem como as atividades de construção civil enquanto atividades essenciais no contexto da pandemia, desde que seguidas todas as normas sanitárias previstas pelo ministério da saúde.

Contudo, devido aos impactos gerados no início da pandemia, sobretudo com as medidas de isolamento social e as limitações supracitadas, que impactaram diretamente as atividades nos canteiros de obras, tais instrumentos jurídicos não foram suficientes para impedir os atrasos de contratos e de obras, assim como atingiu

negativamente o faturamento e a situação financeira das mesmas, colocando-as em uma evidente situação de onerosidade.

Dessa forma, em situações em que não haviam concordância entre as partes no tocante a uma repactuação, ou até mesmo rescisão de contrato, devido a estas situações em que uma delas foi lesada financeiramente, diversas empresas ingressaram em juízo, na tentativa de tentar buscar na justiça uma decisão ou solução que pudesse reequilibrar a situação contratual ou resolvê-la, seja através da justificativa de possíveis impactos causados por caso fortuito ou força a maior, ou pela alegação da existência de uma onerosidade excessiva para a parte.

Devido ao surgimento da pandemia, diversas foram as consequências no cenário da infraestrutura no Brasil. Portanto, a presente pesquisa é importante para pensar e explorar especificamente as questões financeiras e de logística que foram atingidas nesse contexto.

Dessa forma, questiona-se primeiramente quais foram esses impactos, até que ponto eles atingiram as atividades contratuais e as obras em execução, quais medidas foram tomadas até então, sobretudo em âmbito jurídico e legislativo, para diminuir esses impactos negativos, assim como entender até que ponto essas medidas ajudaram ou não os *players* do mercado.

É preciso entender também como a teoria da onerosidade excessiva poderia ser aplicada nos casos mais comuns de litígios envolvendo a infraestrutura, e se essa teoria tem logrado êxito em garantir a possibilidade de revisão ou rescisão contratual, a fim de reequilibrar economicamente a parte lesada.

É nesse cenário que a futura dissertação monográfica irá, em um primeiro momento, trazer em seu segundo capítulo uma breve exposição das noções gerais de onerosidade excessiva, prevista no Código Civil e de alguns tipos contratuais mais comuns no setor da construção civil.

Adiante, será realizado um resumo dos principais acontecimentos durante o advento da pandemia da COVID- 19, e suas implicações na sociedade civil e no mercado da construção e seus contratos firmados, e quais medidas foram tomadas até então para dirimir os impactos no mercado da infraestrutura, nos contratos firmados e nas obras em andamento.

Explicitadas estas primeiras questões, no quarto capítulo irá expor uma análise da jurisprudência para confirmar quais são as condições para que a teoria da onerosidade excessiva seja devidamente aplicada, trazendo situações em que a

teoria poderá ser aplicada ou não, traçando um paralelo entre as decisões tomadas sobre empresas e a situação do mercado da construção civil.

2. NOÇÕES GERAIS DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E DOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

Para que a discussão da possível aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos de construção civil, dentro do contexto da pandemia, se faz necessário, preliminarmente, elucidar alguns conceitos jurídicos e doutrinários acerca do próprio instituto da onerosidade excessiva, bem como dos principais contratos de construção.

Neste capítulo, a onerosidade excessiva será exposta por uma breve análise acerca da sua previsão à luz do código civil e da doutrina, em seus diversos aspectos, características, bem como as principais vertentes doutrinárias acerca do seu objeto.

Posteriormente, tratando sobre os contratos de construção, serão expostos algumas das características gerais dos contratos de construção, discorrendo sobre suas modalidades e fases, bem como a exposição de alguns dos principais contratos de construção e suas características.

2.1 ONEROSIDADE EXCESSIVA.

Cumprir destacar, inicialmente, que a teoria da onerosidade excessiva é prevista no Código Civil de 2002, que dispõe em seu art. 478 a possibilidade do pedido de resolução de contrato, se este for de execução continuada ou diferida, quando houver um excesso de onerosidade para uma das partes, bem como a possibilidade de revisão contratual, nos termos dos arts. 479 e 480¹.

A onerosidade excessiva decorre do princípio do equilíbrio contratual, o qual prevê uma igualdade substancial entre partes de um contrato, de forma que se mantenha um equilíbrio entre ambas, sem que uma se sobressaia perante a outra, ou

¹ Art. 478. 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. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2002, online).

cause desproporções desvantajosas para alguma das partes. (KONDER, 2020. p. 127)

É uma situação que envolve três características primordiais, quais sejam: a) a **excessividade**, ou seja, a situação em que a álea normal do contrato foi ultrapassada; b) a **extrema vantagem** de uma parte sobre a outra decorrente da situação de excessividade; c) a **imprevisibilidade** da situação, logo, uma situação extraordinária dentre as previstas no acordo (KONDER, 2020. p. 131).

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2020, p. 24) afirma que *“Rompido o ponto de equilíbrio do contrato, o ponto estrutural da proporcionalidade ou sinalagma, a base do negócio jurídico, justifica-se a sua revisão, à luz da função social dos contratos e da boa-fé objetiva”*.

Logo, para que haja uma resolução quando ao ponto de equilíbrio quebrado entre as partes, o legislador procura trazer uma resolução que tenta trazer um equilíbrio que, não necessariamente, será o equilíbrio originalmente acordado, mas aquele que mantenha uma paridade entre as partes através de modificações como a redução equitativa do preço original (KONDER, 2020, p. 133), observando o princípio da conservação dos contratos e o dever de renegociar que o Código Civil traz em seu bojo.

Para que esta resolução possa ser justificada, é necessário que haja um evidente desequilíbrio contratual, em decorrência de um fato superveniente ao fechamento de um contrato, e que seja de natureza “extraordinária e imprevisível”, logo, pela letra da lei, não basta que apenas o fato superveniente seja fora do objeto de contrato ou para além do controle das partes: é necessário que o fato seja fora da previsão do planejamento de execução daquele contrato, seja ele na modalidade continuada ou diferida.

O critério de “imprevisibilidade” é inspirado em outro conceito da Teoria Geral dos Contratos, qual seja a teoria da imprevisão, também nomeada de cláusula *rebus sic stantibus*, em que configura ao poder judiciário a capacidade de intervenção em contratos, nos casos em que um “elemento inusitado e surpreendente, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes” (VENOSA, 2021, p. 122, online).

O entendimento de que a imprevisibilidade, assim como ocorre com a extraordinariedade, é um elemento essencial para que se possa aplicar a onerosidade

excessiva enquanto justificativa para rescisão ou revisão de contratos, conforme o entendimento da jurisprudência majoritária e da doutrina jurídica.

Assim, é possível de antemão perceber que há características nestes princípios que condizem com a situação das empresas atualmente, visto que a principal característica da pandemia do COVID-19 foi justamente a sua imprevisibilidade: empresas que tiveram que lidar com situações imprevisíveis, onde suas atividades foram diretamente lesadas, e tendo que lidar com medidas imediatas de solução dentro de um cenário caótico e, em decorrência disso, surgiram os desequilíbrios nos contratos, bem como um grande deságio econômico para as mesmas.

No entanto, a forma como a onerosidade excessiva trazida no código civil é bastante limitada, sobretudo quando tratamos dos critérios trazidos no art. 478 do Código Civil. Assim, quando se discute acerca do estabelecimento de novos mecanismos que projetam os contratantes dentro da doutrina, existem dois pontos importantes a serem analisados.

Em um primeiro aspecto, discute-se a desvinculação da teoria da imprevisão em relação à onerosidade excessiva, que traz a esta última uma limitação maior devido ao critério de “imprevisibilidade”, sendo que nos contratos de execução continuada ou diferida, diversas são as situações extraordinárias que podem causar onerosidade excessiva em relação à outra parte, conforme entende Marcos de Almeida Villa Azevedo, que em sua obra “Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes” afirma:

Esse mecanismo de proteção contratual deve estar desvinculado da teoria da imprevisão, pois ela não fornece solução para todas as hipóteses de onerosidade excessiva e de desequilíbrio contratual supervenientes, especialmente aquelas que decorrem de fatos que podem ocorrer e que, portanto, são previsíveis, embora não sejam esperados pelas partes contratantes.

Muitas situações supervenientes, que são previsíveis, mas extraordinárias, podem acarretar desequilíbrio contratual, proporcionando vantagem excessiva para uma das partes contratantes e desvantagem também exagerada para a outra, tornando impossível ou insuportável para esta o adimplemento da prestação. (AZEVEDO, 2020, p. 172-173, online)

Tal entendimento ressalta o ponto principal da aplicação da onerosidade excessiva, que é justamente a questão do desequilíbrio contratual exagerado em relação a uma das partes, por um fato que ocorreu e que era além de sua capacidade de gerência ou impeditivo para o cumprimento do contrato.

A segunda questão trata da menção da situação de “extrema vantagem” da outra parte em relação ao contratante em situação de onerosidade, nos termos do art. 478

do Código Civil. O critério supracitado é limitador, no sentido de que em diversas situações, a questão da onerosidade não necessariamente traz uma vantagem extrema, de forma direta ou indireta. Nessa perspectiva:

Porém, há situações de onerosidade excessiva para uma das partes que não conferem, necessariamente, enriquecimento ou vantagem acentuada e injustificada para a outra.

A título ilustrativo, um inesperado aumento substancial do preço de insumos e, conseqüentemente, dos custos de produção torna excessivamente oneroso o cumprimento de eventual obrigação que uma empresa fabricante de produtos tenha assumido.

Nesse caso, apesar da onerosidade excessiva gerada à empresa fornecedora, não haverá “extrema vantagem” ao comprador que a contratou. Daí porque esse requisito pode acabar limitando ainda mais as hipóteses de revisão contratual, como já o faz a restritiva teoria da imprevisão. É preferível, em realidade, como entende a Doutrina alemã, que se exija apenas a ocorrência de repentina e acentuada alteração da base objetiva do negócio (AZEVEDO, 2020, p. 166-167, online) (grifo nosso).

A partir desse prisma, é possível trazer um parâmetro de como a onerosidade excessiva se aplica aos casos em que obrigações de contratos de construção civil não puderam ser cumpridas em decorrência dos eventos da pandemia do coronavírus, tendo em vista que, desde sua ocorrência, diversos contratos tiveram suas obrigações atrasadas e/ou não cumpridas devidos às normas de isolamento social que foram propostas pela Organização Mundial da Saúde.

Tais impactos serão elucidados no presente trabalho, de forma a demonstrar como a teoria aqui fundamentada se aplica a estes casos, e destrinchar como o judiciário interpreta e pode interpretar a partir das teses aplicadas em cada caso concreto, através da utilização da onerosidade excessiva para resolução ou rescisão desses contratos.

2.2 CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

Neste título, será trazido um rol exemplificativo de modalidades e tipos contratuais que estão intrinsecamente atrelados às relações contratuais de construção civil.

São institutos que possuem características próprias e muito distintas, e por vezes não são plenamente abarcadas no direito brasileiro, sendo importadas para o país no intuito de desenvolver melhores tratativas, ferramentas e soluções para obras pequenas e simples, até grandes obras complexas de empreitada.

2.2.1 Principais modalidades dos contratos de construção

Para que o objeto de um contrato de construção seja executado, é necessário que sejam constituídas as fases do projeto, que dependem da modalidade acordada entre as partes, mas que, geralmente, são constituídas por três fases básicas: pré-construção, construção e pós construção. (CARMO, 2012, p 56)

Além disso, as partes podem contratar pelas modalidades de sujeito ativo e de contratação.

Na modalidade de **sujeito ativo**, o “dono ou proprietário da obra contrata separadamente o arquiteto (e/ou engenheiro) e o empreiteiro” (CARMO, 2012, p.56) podendo essa contratação ser através de um contrato principal ou *prime*, ou através de múltiplos contratos primários, onde diversas relações de contrato, seja com arquitetos, engenheiros ou empreiteiros podem ocorrer em diversas etapas do projeto.

A outra forma é a denominada **estrutura de remuneração**, que podem ser divididas nas modalidades de **preço fixo (ou global/ lump-sum)**, **preço por unidade** ou por **tempo-material (cost-plus)**.

A modalidade de preço fixo prevê que um contrato estipule um valor a ser pago pelo contratante ao empreiteiro, de forma que seja referente a totalidade do objeto contratado, logo, um valor é estipulado desde o início do contrato, sendo desde o início já estipulados pelo empreiteiro todos os possíveis lucros, custos e despesas da obra (CARMO, 2012, p. 57-58), de forma que deve ainda assumir o risco de possíveis valores extrapolados que venham a ocorrer.

Em contrapartida, nesta modalidade o contratante possui riscos no sentido de: a) reconhecer quais são as etapas a serem realizadas durante a obra; b) estipular, tal qual o empreiteiro, o preço da obra, considerando lucros, custos e despesas, bem como os possíveis riscos e valores excedentes.

Quanto à possibilidade de alteração do preço fixo, é possível interpretar pela doutrina duas formas de caracterização da modalidade de preço fixo (CARMO, 2012, p. 60): em sentido absoluto, onde não existiria a possibilidade de modificação de preço e/ou das etapas de construção da obra, que foram inicialmente estipuladas; em sentido relativo, em que a possibilidade de alteração do preço poderia se dar quando ocorressem modificações nas etapas ou no próprio projeto da obra. Esta última

definição pode ser observada, por exemplo, nos contratos de empreitada, previstos nos arts. 619 e 620 do Código Civil.²

É importante salientar, ainda, que em se tratando de situações de onerosidade excessiva, sobretudo quando esta reflete na figura do contratado, o Código Civil traz uma proteção à parte lesada, sendo possível que haja intervenção judicial em relação a correção de valores de prestações que constam em contrato, quando estas se tornarem desproporcionais no momento da execução, por motivos imprevisíveis, nos termos do art. 317.³

A segunda modalidade é a de preço por unidade ou série, e nesta a contraprestação será dada de acordo com cada uma das partes do escopo da obra a ser construída. Nesta modalidade, diferentemente da modalidade de preço fixo, só pode ser conhecido o preço “quando da medição ou da entrega da unidade ou da série construída”. (CARMO, 2012, p. 65).

Já a terceira e última modalidade, denominada de cost-plus ou tempo-material, em que “a contraprestação recebida pelo empreiteiro compreende o reembolso de custos e despesas do projeto acrescido de uma remuneração pré-acordada, que pode ser fixa ou uma percentagem dos custos e das despesas”. (CARMO, 2012, p. 65).

Logo, é uma modalidade que se baseia no tempo utilizado para realização de cada etapa da obra, bem como seus custos, despesas e supervisão, de forma que a remuneração ao contratado de dê à medida em que a construção avança. Observemos, portanto, quais seriam as possibilidades de utilização deste tipo de modalidade:

Esta modalidade de contratação é comum nas seguintes situações: quando o escopo do projeto ainda não está definido, quando o dono da obra é experiente e teve a oportunidade de trabalhar com o empreiteiro anteriormente, quando a construtora pode reduzir custos via engenharia de valor e obter ganho na redução de custos orçados ou, ainda, quando se trata

² “Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Parágrafo único. Ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro os aumentos e acréscimos, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou. (BRASIL, 2002, online)

Art. 620. Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada. (BRASIL, 2002, online)

³ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação. (BRASIL, 2002, online)

de obras nas quais há relativa flexibilidade para alteração de escopo e prazos. Ela é preferida, ainda, por construtores que não desejam utilizar recursos próprios na aquisição dos materiais, insumos e outros itens necessários à realização da obra, ou em momentos de “falta de capitais ou sua escassez no mercado. É bastante comum em projetos grandes e complexos. (CARMO, 2012, p. 66)

Elencadas as modalidades de construção de obras, faz-se necessário elucidar sobre alguns dos principais contratos de construção existentes, inspirados tanto no direito brasileiro quanto em espécies que advém do direito externo.

2.2.2 Principais espécies dos contratos de construção

Existe uma gama de espécies de contratos construção, sejam elas envolvendo entes privados, ou até mesmo a administração pública, que são aplicados nas grandes obras, e que continuamente são readaptados a depender de aspectos sociais, econômicos ou políticos de cada país.

Observando a realidade brasileira, diversos dos contratos que aqui são utilizados, inclusive alguns dos que serão citados aqui, possuem pouco ou até nenhuma previsão expressa na legislação brasileira acerca dos seus limites e aplicações, mas que são importados devido as suas especificidades para cada tipo de obra que se pretenda construir.

Neste capítulo, serão considerados alguns dos tipos de contrato que mais se destacam nesse setor, e em quais tipos de obras estes são mais utilizados.

2.2.2.1 Empreitada

O instituto da empreitada, também nomeado em certas doutrinas enquanto “contrato de construção”⁴, é possivelmente o mais clássico dentre os tipos de contratos de construção, e manifesta enquanto uma prestação de serviços, que é realizada pelo empreiteiro para o empreendedor. O contratado tem a obrigação de construir uma obra, enquanto o dono da obra é obrigado a remunerar pela prestação oferecida pelo primeiro. Este instituto tem previsão no Código Civil brasileiro, a partir do art. 610 e seguintes.

⁴ Neste caso, esta denominação seria uma generalidade, que poderia ser atribuída tanto para o contrato de *empreitada* e a *administração* (ALVES, 2021, p.85. Online)

“Contrato de construção é todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente”. (ALVES, 2021, p. 85 *apud* MEIRELLES, 2011, p. 236. Online).

“O contrato de empreitada, qualquer que seja a sua modalidade, caracteriza-se pela prévia especificação do que vai ser executado, pela prefixação do preço do empreendimento, pela autonomia do empreiteiro na condução da obra e pela sua completa responsabilidade técnica e econômica por toda a execução do objeto do ajuste”. (ALVES, 2021, p. 87 *apud* MEIRELLES, 2011, p. 268. Online).

É uma prestação de serviços de natureza especial, que tem como objeto principal a conclusão de uma obra, conforme as especificações do contratante, no prazo e pelo preço previamente estipulados, para que só então o contratado receba o valor que foi acordado.

“Tratando, ainda, do gênero contrato de construção, tem-se que seu *objeto* será, necessariamente, a execução de obra material certa e determinada – edifício, galpão, estrada, ponte –; seu *executor* será pessoa física ou jurídica, legalmente autorizada a construir; o *projeto aprovado*, a ser executado pelo construtor, poderá ser elaborado pelo dono da obra – contratos *design-bid-build* –, ou ainda ser contratada a sua elaboração pelo próprio construtor, o que se dará em contratos na modalidade *design-build*, como aquela observada nos contratos EPC, sendo imperiosa, da mesma forma, a realização dos trabalhos em atenção às especificações do projeto, normas técnicas e normas legais da construção; deverão estar previstas as *condições particulares* de execução dos trabalhos, como prazo de conclusão da obra, qualidade dos materiais, data de início dos trabalhos, acesso ao local das obras etc. –; e, por fim, necessária a previsão do *preço do contrato*, podendo este ser formado em observância a variados conceitos, sendo característicos os contratos a preço global – *lump sum* – e os contratos por séries ou unidades”. (ALVES, 2021, p. 85, Online)

Portanto, nessa categoria quem vai se responsabilizar por fiscalização e cumprimento da obra é o empreiteiro⁵, que só terá sua obrigação concluída quando entregar a obra pronta, conforme o acordado. É de suma importância que o empreiteiro siga as especificações do dono da obra, tendo em vista que pode responder pela má execução, ou até mesmo não execução, das especificações que são estipuladas previamente, como por exemplo, a questão da responsabilidade do

⁵ “Cabe ressaltar que a direção, a responsabilidade e a fiscalização da obra cumprem ao empreiteiro. Não se deve confundir a fiscalização do empreiteiro com a do dono da obra, que a fará com o intuito de realizar o acompanhamento e de aferir a etapa concluída, com o objetivo de executar o pagamento. A obrigação do empreiteiro só se exaure com a entrega da obra pronta e acabada conforme especificado pelo proprietário. Os serviços devem obedecer às normas técnicas e às imposições legais que regem os trabalhos de engenharia e arquitetura”. (MELO, Thiago Gomes, et al. Contratos de empreitada na construção. Brasília: CBIC, 2019, p. 40, online)

empreiteiro de materiais e execução prevista no art. 618 do Código Civil⁶. Nesse sentido:

“O empreiteiro deve executar as obras em conformidade com as especificações do contratante relativas a materiais, prazos e escopo, entre outros. Não cabe ao empreiteiro, por exemplo, alegar de boa intenção na utilização de um material alternativo ou na execução da obra com qualidade diferente daquela contratada. O proprietário da obra é quem decide qual material será empregado e a qualidade que deseja para seu empreendimento”. (MELO, 2019, p. 49, online)

Devido à característica do contrato de empreitada de obrigar ambas as partes a realizar obrigações em relação ao acordado, este contrato tem natureza bilateral.

“O caráter bilateral ou sinalagmático ilustra-se pela obrigação de executar a obra, pelo empreiteiro, à qual corresponde a obrigação de pagar o preço, pelo dono da obra. A criação de obrigações e deveres mútuos para as duas partes revela a onerosidade. Há o conhecimento, pelas partes, das prestações que cabem a cada uma delas, e a remuneração devida ao empreiteiro espera-se que seja equivalente, comutativa, correspondente à obra realizada. A consensualidade e a ausência de solenidade indicam que basta a externalização positiva da vontade das partes para formar o contrato de empreitada”. (CARMO, 2012, p. 79)

Importante também destacar que se trata de um contrato não personalíssimo, pois os fatores principais para contratação não estão intrinsecamente ligados à pessoa do empreiteiro (ALVES, 2021, p. 85, online), mas considera ainda que há toda uma logística de preço, tempo de construção, empregados especializados, etc.⁷

É possível estabelecer a forma de pagamento do contrato de empreitada nas formas de preço fixo ou global; preço reajustável; por medida ou preço unitário; por séries; por preço máximo (ALVES, 2021, p. 89-90, online). Como já explicamos como funcionam os preços fixo e unitário, insta elucidar sobre o que seriam as demais modalidades de preço trazidas pelo doutrinador:

O preço reajustável é estabelecido quando no momento em que o contrato é estabelecido, as partes acordam que a obra possa sofrer alterações consideráveis na quantidade de materiais ou mão de obra a serem utilizados e, portanto, inserem uma

⁶ “Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito” (BRASIL, 2002, online).

⁷ André Cordelli Alves (2021, p. 86, online) complementa essa ideia afirmando que “O caráter não personalíssimo do contrato de construção exterioriza-se ainda pela nítida necessidade de contratação de diversos prestadores de serviços pelo construtor, estranhos à relação contratual existente entre este e o dono da obra, revestindo-se a construção civil, nos dias atuais, de enorme especificidade, com a presença de diversos prestadores de serviço no local da obra, cada qual exercendo sua especialidade, o que certamente se acentua ao tratarmos de obras complexas”

cláusula permissiva de variação do preço, possibilitando a alteração deste nos casos em que haja alteração nestes elementos.

Preço por séries é quando “o preço é fixado para as partes em que se dividir a obra, as quais serão recebidas e pagas separadamente, conforme forem sendo concluídas e entregues” (ALVES, 2021, p. 89 apud MEIRELLES, 2011, p. 245, online).

Preço máximo ocorre a partir de uma junção de elementos dos contratos por preço global e por medida, logo, o dono da obra e o empreiteiro estabelecerão limites ao contrato, de forma a equilibrá-lo e, dessa forma:

“[...]mitigando possíveis distorções decorrentes de um modelo rígido tal qual a empreitada global e das incertezas verificadas nas empreitadas por medida ou por série; por preço de custo – na qual o empreiteiro age como se de empreitada a preço global se tratasse, realizando a compra e o fornecimento dos materiais e o pagamento da mão de obra, mediante o reembolso de seus custos e o pagamento de percentual sobre o custo pelo dono da obra, que representará o seu lucro”. (ALVES, 2021, p. 89-90, online)

O tema da onerosidade excessiva, dentre os artigos do Capítulo VIII do Código Civil, que trata justamente da empreitada, está presente no art. 625⁸, que prevê as possibilidades de suspensão da obra e, dentre estas, é prevista a possibilidade de “suspensão por dificuldades imprevisíveis de execução” em decorrência de causas geológicas, hídricas ou semelhantes, logo, os eventuais desastres naturais que possam ocorrer, mas não puderam ser previstos desde o fechamento do contrato.

Ao analisar especificamente o inciso II, do supracitado dispositivo, Helly Lopes Meirelles (2005, p. 254) traz à tona o critério de dificuldades ou imprevistos que decorrem de fatos da natureza para que se recorra ao instituto da onerosidade excessiva, para suspender a execução de obras.

“Para que se afaste a culpa do empreiteiro é necessária, portanto, a existência das três condicionantes mencionadas: primeira, dificuldades imprevisíveis de execução; segunda, que estas dificuldades tomem a construção excessivamente onerosa; terceira, que o empreitador se recuse a reajustar o preço anteriormente combinado. Nos termos da lei, as dificuldades imprevisíveis de execução devem ter causas geológicas ou hídricas, ou

⁸ Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra:

I - por culpa do dono, ou por motivo de força maior;

II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços;

III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

Art. 626. Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro. (BRASIL, 2002, online).

outras semelhantes - o que nos leva a concluir que devam ser decorrentes de fatos da Natureza. Se houver algum fato do príncipe que venha a causar a onerosidade excessiva da obra, o empreiteiro deverá pleitear a resolução do contrato com fundamento no art. 478 do Código Civil. Finalmente, para que o empreiteiro possa suspender a execução da obra é indispensável que o proprietário se recuse a reajustar o preço anteriormente combinado. Claro está que o dono da obra não é obrigado a concordar, ou porque considere que as dificuldades de execução não eram imprevisíveis (para um empreiteiro competente e cauteloso), ou porque tais dificuldades não tomam a construção excessivamente onerosa, ou porque os valores apresentados pelo empreiteiro são muito altos. Em qualquer destas hipóteses o contrato será rescindido por culpa do empreiteiro". (Grifo nosso)

Ressalta-se que neste caso, trata-se apenas da utilização da teoria da imprevisão, que em casos de desastres naturais causa uma onerosidade excessiva para o empreiteiro em relação a seu contratante, para suspensão da obra, a qual pode ser posteriormente retomada, a depender das condições de cada caso concreto, diferentemente do que é disposto no art. 478 do Código Civil, que prevê a própria resolução do contrato mediante às circunstâncias extraordinárias pelas quais as partes são submetidas.

2.2.2.2 Contrato de administração ou gerenciamento de projetos (construction management)

Este tipo de contrato se distingue dos demais, visto que aqui existe a figura de um administrador ou gerenciador de projetos, que irá guiar demais figuras contratados em seus projetos, gerenciando suas respectivas funções, no intuito de que haja maior eficiência no cumprimento da obra.

Assim, a figura do administrador ou gerenciador de projetos está diretamente ligada ao dono da obra, com um contrato distinto em relação ao contrato entre este e o empreiteiro⁹, e vai se responsabilizar pela administração dos projetos que o dono da obra definir no objeto do contrato com o administrador. Logo, suas atividades são

⁹ Neste sentido: A característica distintiva mais importante da gestão de construção, e aquele que o distingue mais claramente da contratação geral ou contratação de gestão, é que o empregador faz um contrato direto com cada um dos empreiteiros especializados em comércio. A fim de coordenar esses contratos, o empregador utiliza a experiência de um 'gerente de construção' que atua na função de consultor. Esta técnica supera muitos dos problemas de outras contratações métodos, porque não há vínculo contratual direto entre a construção gerente e os contratantes comerciais. (*"The single most important distinguishing feature of construction management, and the one which distinguishes it most clearly from general contracting or management contracting, is that the employer places a direct contract with each of the specialist trade contractors. In order to co-ordinate these contracts, the employer utilizes the expertise of a 'construction manager' who acts in the role of consultant. This technique overcomes many of the problems of other contracting methods, because there is no direct contractual link between the construction manager and the trade contractors"*). HUGHES, William Paul, et al. Construction contracts: law and management. 5th edition. Ed. Routledge - New York, 2015, p. 69. Tradução nossa.

realizadas no intuito de trazer o bom desenvolvimento da obra, atuando diretamente com os demais empregados, desde arquitetos, engenheiros e demais projetistas.

Para este tipo de contrato, William Paul Hughes (2015, p. 71) estabelece algumas circunstâncias para que o contrato de gerenciamento de projetos seja melhor adaptado, baseado no contrato padrão para *construction management*, editado pelo Joint Contracts Tribunal, instituto de referência na produção de contratos padrões no Reino Unido. Vejamos:

“A atual documentação de contratos padrão de *construction management* (CM) do *Joint Contracts Tribunal* foi publicada em 2011. [...] O método de aquisição CM é mais adequado quando algumas ou todas as seguintes circunstâncias estão presentes:

1. O empregador está familiarizado com a construção e conhece alguns ou todos os profissionais da equipe.
2. Os riscos associados ao projeto são dominados pela oportunidade e pelo custo (por exemplo, o empregador pode ser um empregador do setor privado que exige um prédio comercial).
3. O projeto é tecnologicamente complexo envolvendo diversas tecnologias e subsistemas.
4. O empregador deseja fazer pequenas variações nos requisitos, à medida que o projeto avança.
5. Há espaço para separar a responsabilidade pelo design da responsabilidade pelo gerenciamento do projeto.
6. O empregador exige um início precoce no local.
7. O preço precisa ser competitivo, mas o "valor pelo dinheiro" é mais importante do que simplesmente garantir o menor custo possível.

Algumas ou todas essas circunstâncias podem se combinar para tornar o CM a melhor opção. No entanto, como acontece com qualquer forma de aquisição, o pessoal tem o maior impacto. Eles devem entender o que é exigido deles e sua posição na equipe. Se isso for mal interpretado, as chances são de que todo o resto o seja e o método de aquisição não salve a situação." (Tradução nossa).¹⁰

¹⁰ “The current Joint Contracts Tribunal standard-form construction management (CM) documentation was published in 2011. In this Chapter, we will refer to this documentation (JCT CM 11) as an example of CM standard-forms.

The CM method of procurement is most suitable where some or all of the following circumstances are present:

1. The employer is familiar with construction, and knows some or all of the professional team.
2. The risks associated with the project are dominated by timeliness and cost (for example the employer may be a private sector employer requiring a commercial building).
3. The project is technologically complex involving diverse technologies and sub-systems.
4. The employer wants to make minor variations to requirements, as the project proceeds.

Além dessa definição original do contrato de administração de projeto, existem ainda algumas variações que podem ser utilizadas, que são: a) *construction management at-risk*; b) *owner's representative*, ou representante do proprietário e; c) *design-manage*.

O *construction management at-risk* impõe ao administrador a responsabilidade do cumprimento da obra na forma em que foi acordada, ou seja, considerando sobretudo o tempo para conclusão e os custos orçados, de forma que, em caso de sucesso, o administrador pode receber valores a mais pela economia do prazo ou pelo ao atingir as metas estipuladas. (CARMO, 2012, p. 75)

Por sua vez, a categoria da *owner's representative* ocorre quando o gerente de projeto não responde pelos possíveis riscos à obra, mesmo em função de gestão. Aqui há uma função de conselho do administrador perante o dono da obra, durante o acompanhamento total do projeto. (CARMO, 2012, p. 76)

Já a *design-manage* ocorre pela contratação do gerente de projetos para funções que vão além da atividade própria do administrador, podendo atuar enquanto um arquiteto ou engenheiro, no entanto, as funções de construção são realizadas por um terceiro nesta categoria. (CARMO, 2012, p. 76)

2.2.2.3 Contrato de EPC: Engineering, procurement and construction (EPC)

Dentre os contratos que representam as grandes obras, o Contrato de EPC é um dos que mais se destaca no mercado internacional, e até mesmo em âmbito brasileiro, mesmo sem sua previsão expressa no Código Civil ou quaisquer demais dispositivos do direito.

O EPC é o tipo de contrato que põe o contratado para realizar funções completas em uma obra, que não se limitam à simples construção de um projeto já pré-elaborado,

5. There is scope for separating responsibility for design from responsibility for management of the project.

6. The employer requires an early start on site.

7. The price needs to be competitive, but 'value for money' is more important than simply securing the least possible cost.

Some or all of these circumstances may combine to make CM the best option. However, as with any form of procurement, the personnel have the biggest impact. They must understand what is required of them and their position in the team. If this is misunderstood, the chances are that everything else will be and the procurement method will not salvage the situation. [...]". HUGHES, William Paul, et al. Construction contracts: law and management. 5th edition. Ed. Routledge - New York, 2015, p. 71 (grifo nosso).

ou mesmo a construção do próprio projeto para que um terceiro o execute: aqui ocorre a atribuição de funções distintas dentro de uma obra, garantindo assim ao contratante um serviço completo e de alta qualidade, sem a necessidade de fechamento de acordos com múltiplos parceiros comerciais.

Dessa forma, Adriana Regina Sarra de Deus entende que:

“Assim é que, pelo contrato de EPC, contrata-se a execução de um empreendimento em todas as suas etapas, desde a elaboração dos projetos de concepção (projetos básicos) até a sua entrega ao dono da obra em condições de pronta operação. A esse escopo amplo, composto por uma pluralidade de prestações, associa-se uma estrutura de alocação de riscos fortemente concentrada no contratado, denominado epecista. Em contrapartida, o epecista é remunerado por um preço fixo global, que é tendencialmente mais elevado do que o de outros contratos de construção justamente para compensar essa maior quantidade de riscos que lhe é transferida.” (SARRA DE DEUS, 2018, p. 21, online).

Sendo assim, é um modelo contratual de bastante valia para donos de obras de grande porte, que pretendem adquirir um serviço completo e eficiente, e que consiga arcar com um valor considerável em troca das prestações oferecidas.

Por ser um tipo de contrato mais utilizado em obras de grande porte, geralmente possui em seu escopo uma grande variação de projetos, que envolvem engenharia, arquitetura, a própria construção, aquisição de materiais, desenhos, design, dentre outros.

Além do quesito da amplitude e complexidade das obras nas quais o EPC é comumente utilizado, existe um costume neste tipo de contratação em ser adquirida por um contratante que possui grandes investidores, que atuam em nichos específicos e modernos. Portanto, costumam também ser bastante exigentes em relação à modernização e especialização dos métodos e recursos utilizados pelo epecista que se pretende contratar.

A especificidade do escopo deve ser observada com bastante cuidado, tendo em vista que o preço estabelecido no EPC é o fixo global, e deve conter detalhadamente as especificações técnicas de todas as etapas pelas quais o epecista terá que cumprir para entregar com integralidade o objeto do contrato.

A fixação do preço e do escopo devem ser, preferencialmente, estipuladas em regramento específico dentro do contrato, justamente devido a essas especificidades técnicas que geralmente essas obras carregam.

Apesar de ser estabelecido um preço único global, este pode ser passivo de revisão, inclusive requerida pelo epecista, em situações que sejam previstas no

instrumento contratual. Pela natureza do próprio contrato, essas hipóteses de revisão podem ser bastante restritas, geralmente englobando a ocorrência de caso fortuito ou força maior, de alterações tributárias ou demais alterações legislativas, do não cumprimento de deveres pelo proprietário, ou pela modificação de especificações acordada pelas partes (PINESE, 2015, p. 73).

Paulo Henrique Signori Pinese (2015, p. 74) ressalta ainda a possibilidade de estipular em contrato algumas categorias de riscos que, nas hipóteses em que ocorram, geram a possibilidade de incrementos de prazo ou revisão do preço pelo epecista:

Um exemplo são os riscos atinentes às condições geológicas do terreno do projeto. Em um determinado projeto, é possível que, devido à ausência de tempo hábil, o empreiteiro não tenha conduzido análises prévias do solo do local da obra. Neste caso, o risco geológico pode ter que ser assumido pelo proprietário, com a consequência de que variações na condição do solo em relação ao pactuado no instrumento contratual podem dar ensejo à revisão do preço da obra ou do prazo final da entrega.

O escopo, por sua vez, pode ser alterados pelas chamadas “ordens de alteração das especificações da obra (*change orders*)” (PINESE, 2015, p. 74), que o recurso utilizado no contrato, de modo particular, para que se fixe um método de precificação dessas alterações. Para auxiliar esta avaliação, pode ser utilizado um método de precificação ou a contratação de um terceiro avaliador.

Para facilitar a estipulação e utilização de contratos de EPC, entidades internacionais criam modelos de contratos padrões, para orientar a formalização de contratos pelas grandes sociedades de construção, os chamados *standard contracts*.

Nas atividades comerciais da sociedade altamente complexa de hoje, as formas padrão de contrato tornaram-se uma parte essencial das transações do dia-a-dia da maioria dos acordos. A maioria dos formulários padrão foram desenvolvidos por organizações comerciais com o propósito de eficiência, para construir sobre a experiência adquirida com o uso repetido desses formulários, mas acima de tudo para a proteção ideal dos interesses de uma ou ambas as partes. As formas padrão de contrato desenvolvidas para atividades de construção, no entanto, foram em sua maioria elaboradas por organizações profissionais independentes, e não por uma ou outra das partes do contrato. O conhecimento acumulado por meio da experiência e do uso recorrente ao longo de um longo período de tempo trouxe revisões e modificações nas formas de construção padrão com o objetivo de alcançar maior certeza na intenção da redação ou fornecer uma resposta às necessidades das partes e/ou da sociedade. O uso de um formulário padrão em contratos de construção em que a licitação é o método convencional de obtenção de cotações também garantiu uma base comum para a comparação e avaliação das propostas”. (Tradução nossa)¹¹

¹¹ “*In the commercial activities of today’s highly complex society, standard forms of contract have become an essential part of the day-to-day transactions of most agreements. The majority of standard*

Como exemplo, a *International Federation of Consulting Engineers – FIDIC* é uma entidade de referência mundial de consultoria, e que estipula diversos modelos de contratos de engenharia, que são referência internacional no mercado, assim como a *International Chamber of Commerce – ICC*, câmara de comércio internacional, sediada em Paris, que inclusive estabeleceu o “*ICC model turnkey contract for major projects*”, que é o modelo de contrato de EPC *turnkey*.

Estes contratos geralmente estabelecem funções padrões para o epecista e para o dono da obra. Para o primeiro, existem funções genéricas, que vão desde a formulação de projetos até a própria construção e conclusão de obras. Lie Uema do Carmo traz, de forma bem detalhada, uma listagem de competências que o epecista pode assumir, geralmente, enquanto parte em um contrato de EPC:

De modo mais detalhado, pode competir ao epecista: (a) realizar todas as atividades da fase pré-constitutiva, como estudos geológicos, geomecânicos, hidrológicos, topográficos, etc; (b) elaborar os projetos básico e executivo, bem como todas as plantas, os projetos e as especificações necessárias, e submetê-los à aprovação do proprietário, além de obter todas as licenças, autorizações e permissões pertinentes; (c) identificar todos os insumos, materiais e equipamentos necessários à consecução do empreendimento; (d) responsabilizar-se pelas atividades de construção no local da obra. (e) supervisionar os trabalhos, o pessoal, os subcontratados e a utilização dos equipamentos e materiais da obra; (f) empregar e pagar os salários e encargos de seus empregados e contratar e remunerar seus prestadores de serviços; (g) providenciar acomodação, transporte, alimentação e assistência de saúde de seus empregados e contratados; (h) cumprir com a legislação trabalhista e previdenciária, dentre outras, com relação a horas de trabalho, saúde e, de um modo geral, realizar o projeto observando e fazendo com que seus subcontratados observem a legislação aplicável; (i) disponibilizar ao proprietário os documentos que comprovem o adimplemento das normas trabalhistas, previdenciárias e de saúde e segurança, entre outras; (j) criar e disponibilizar um sistema de garantia de qualidade dos trabalhos; (k) responsabilizar-se pela guarda e segurança do local da obra, dos materiais e dos equipamentos; (l) responsabilizar-se pela limpeza e organização do local da obra; (m) garantir o fornecimento de peças de reposição”. (CARMO, 2012, p. 104, online).

forms have been developed by commercial organizations for the purpose of efficiency, to build on the experience gained from the repeated use of these forms, but most of all for the optimum protection of one or both parties' interests. Standard forms of contract developed for construction activities, however, have mostly been drawn up by independent professional organizations, rather than by one or other of the parties to the contract. Knowledge accumulated through experience and recurrent use over a long period of time has brought about revisions and modifications in construction standard forms with the aim either of achieving greater certainty in the intention of the wording or of providing a response to the needs of the parties and/or society. The use of a standard form in construction contracts where tendering is the conventional method of obtaining quotations has also ensured a common basis for the comparison and evaluation of tenders”. Bunni, Nael G. The FIDIC Forms of Contract: the fourth edition of the Red Book, 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book. 3rd ed. Oxford: Blackwell Publishing 2005. p. 3.”

As funções do proprietário, por sua vez, não se limitam a “mandar” e fiscalizar na obra, ou o pagamento de preços, conforme acordado no contrato, é comum que neste inclua para aquele as obrigações de adquirir e garantir o local em que o terreno será construído e garantir o seu acesso, as licenças e demais autorizações exigidas e para a boa execução da obra, assegurar que recursos de água, luz, esgoto e meios de comunicação sejam disponibilizados no canteiro de obras (CARMO, 2012, p. 104, online).

No contrato de EPC é possível ainda traçar as possibilidades de aplicabilidade da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, novamente tratando acerca de fatos supervenientes ao fechamento do contrato, e que se baseiam principalmente nos arts. 317; 478; 479 e 480 do Código Civil.

Os requisitos de fato imprevisível ou extraordinário supervenientes, bem como a configuração desta onerosidade excessiva, serão melhores analisados se for contratado um especialista no assunto, já questão do desequilíbrio econômico é mais delicada ainda, pois como desde o início a responsabilidade do epecista realizar o cálculo do preço fixo global, incluindo possíveis riscos, é necessário que um grave desequilíbrio se estabeleça para que se tente invocar a onerosidade excessiva. (PINESE, 2015, p. 75-76 *apud* SILVA, 2011, p. 43-45).

Pela própria natureza do contrato de EPC, é preciso ter bastante cautela para que se analise como esses dispositivos podem ser aplicados para arguir pela revisão ou rescisão contratual.

Por outro lado, as situações em que tal revisão é permitida não podem ser estendidas em demasia, sob pena de se retirar do contrato de EPC um de seus elementos mais importantes, que é a segurança quanto ao preço (em especial, nos contratos de preço fixo global ou lump-sum). Ademais, é comum que os instrumentos contratuais contenham uma fórmula de reajuste do preço, normalmente levado a cabo em periodicidade anual, o qual é destinado a mitigar os riscos relacionados aos preços de insumos utilizados na execução da obra. Para legitimar um pleito de revisão contratual, a variação dos custos não deve levar em consideração os custos captados pelo mecanismo de reajuste. (PINESE, 2015, p. 76 *apud* SILVA, 2011, p. 50).

2.2.2.4 Design-build

O *design-build*, é o contrato em que uma única pessoa é contratada, e possui as funções de projeto e construção.

É uma modalidade que admite variações, onde construtores, arquitetos e engenheiros podem ser tanto ser contratados principais ou subcontratados (DENNIS, et al, 2003, p. 103 *apud* CARMO, 2012, p. 99, online).

Tal qual o Contrato de EPC, pode ser estipulado através de *standard-form contracts*. É o que assevera William Paul Hughes (2005, p. 51), quando explica que existem basicamente dois tipos de contratos de design-build, nesse sentido:

The first type is where the contractor's design responsibility is only for a portion of the work, the remainder of which will have been designed by consultants in the usual way. The second type is where the contractor's design responsibility extends over the whole of the works, even if significant parts of the design may have already been done before the contract is executed. In other words, the difference between partial and whole design responsibility is not a question of whether any of the design has already been done, but a question of the extent to which the contractor is responsible for the design.

Ou seja, o contratado responsável pelo dono da obra não necessariamente tomará todas as funções inerentes ao projeto e a construção, mas poderá se estender até certo ponto e, ainda assim, estar caracterizado enquanto *design-build*.

As vantagens desse tipo de contrato são, basicamente, a facilidade pela qual uma parte contratada responsável pelo projeto e pela construção da obra tem de colaboração e eficiência, em prazos consideravelmente menores. Em desvantagem, existe uma certa dificuldade em utilizar dessa modalidade de contrato para obras grandes ou muito complexas (CARMO, 2012, p 99).

Na legislação brasileira, especificamente na Lei Federal nº 14.133/2021, a lei de licitações, é prevista a possibilidade de contratação semi-integrada, nos casos de execução indireta de obras e serviços de engenharia.¹²

Esta modalidade de contratação pela administração pública é a que mais se aproxima das características do design-build, tendo em vista que possui as mesmas características de concentrar projeto e construção na figura do contratado.¹³

¹² Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - empreitada integral;

IV - contratação por tarefa;

V - contratação integrada;

VI - contratação semi-integrada;

VII - fornecimento e prestação de serviço associado. (BRASIL, 2002, online)

¹³ Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação

2.2.2.5 Design bid and build (DBB)

Esta modalidade decorre de uma necessidade que surgiu na Revolução Industrial, quando começava a surgir a necessidade de estabelecer novas formas contratuais para construção de obras mais complexas e tecnológicas, com novos materiais e tecnologias, bem como profissionais especializados em cada etapa de execução das construções. Da mesma forma, se fazia necessário que “a elaboração de projetos e de construção fossem separadas, deixando de ser executadas por um único agente” (SARRA DE DEUS, 2019, p .107-108)

Como resposta as demandas dessa nova realidade, desenvolveu-se o modelo de contratação denominado *general contracting* ou *design, bid and build* (projetar, licitar e construir), conhecido pelo seu acrônimo “DBB”. Considerado como o modelo tradicional de contratação na construção civil, a principal característica do DBB é a separação entre o projeto, de responsabilidade do dono da obra, e a construção, de responsabilidade do construtor, também chamado de *general contractor*, *main contractor* ou *prime contractor*. Em sua forma mais característica, compreende três etapas sucessivas: elaboração do projeto básico de concepção da obra, realização de processo de contratação do construtor e, por fim, execução das atividades de construção propriamente ditas. A seguir, descrevem-se essas etapas sem maiores detalhes. (SARRA DE DEUS, 2019, p .108)

Logo, é perceptível a diferença entre o DBB para o Design-Build: enquanto este último concentra em uma única figura a atribuição de várias funções e etapas do contrato, ou seja, de projetar e construir, o primeiro reforça uma separação de funções, de forma a dinamizar e especializar a execução da obra, seja na criação do projeto, na responsabilização pela obra ou pela própria construção.

Hughes (*et al*, 2015, p. 32) complementa a ideia do surgimento do DBB, considerando que, com a modernidade da indústria da construção, surge uma emergência na implementação de novas tecnologias, bem como a contratação de novos especialistas. Dessa forma:

“O desenvolvimento contínuo da ciência e tecnologia levou ao surgimento de muitas novas habilidades especializadas. É um princípio básico da teoria organizacional que a complexidade crescente no ambiente de uma organização deve ser acompanhada por uma estrutura organizacional cada vez mais complexa (Lawrence e Lorsch 1967). Simplificando, se a tecnologia é complexa, mais especialistas são necessários para lidar com ela. É provável que cada um dos especialistas tenha seu próprio treinamento e

e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;” (BRASIL, 2002, online).

jargão. Assim, uma consequência do aumento do uso de especialistas é um aumento correspondente na demanda por coordenação e integração. Antes do surgimento da indústria de construção moderna, projetos de construção foram totalmente organizados por um arquiteto ou por um mestre pedreiro encarregado de um produto artesanal. Havia apenas um punhado de tecnologias (Bowley 1966) e as interações entre elas eram previsíveis e familiares. Não apenas cada operador de ofício tinha um conhecimento íntimo de um determinado ofício, mas também cada um sabia precisamente o que esperar dos outros ofícios. Como resultado, a integração e a coordenação poderiam ocorrer por meio de operativos fazendo ajustes mútuos em seu próprio trabalho. No processo de construção tecnológica moderna, muito poucas pessoas podem compreender todas as diferentes tecnologias. Os artesãos não podem ser deixados para resolver as interfaces entre os pacotes de trabalho; estes passam a ser da responsabilidade do designer. O resultado é uma maior demanda por gerenciamento". (Tradução nossa)¹⁴

A execução do DBB se dará por várias etapas, que serão executadas especificamente por cada uma das partes elencadas. Adriana Regina Sarra de Deus (2019, p 109-110) faz uma didática relação dessas etapas: em um primeiro momento, ocorre a contratação do projetista pelo dono da obra para elaboração de projetos, através de uma documentação, que deverá ser apresentada no processo de concorrência, de forma de que sirva de base para que os concorrentes a construtores possam criar propostas para ingressar na obra.

A partir disso, inicia-se o processo de contratação do construtor, que em regra ocorre através de concorrência, em que os candidatos a *general contractor*, responsável pela construção da obra, onde serão elencados todos os requisitos para ocupar o cargo, com apresentação de documentos próprios que abarquem esses detalhes. Escolhido o vencedor, será procedida a assinatura do contrato de construção entre o dono da obra e o construtor.

¹⁴ *The continuing development of science and technology has led to the emergence of many new specialist skills. It is a basic tenet of organizational theory that increasing complexity in the environment of an organization should be matched by an increasingly complex organizational structure (Lawrence and Lorsch 1967). To put it simply, if the technology is complex, more specialists are needed to cope with it. Each of the specialists is likely to have their own training and jargon. Thus, a consequence of the increased use of specialists is a corresponding increase in the demand for co-ordination and integration. Prior to the emergence of the modern construction industry, building projects were wholly organized by one architect, or by a master mason in charge of a craftbased product. There were only a handful of technologies (Bowley 1966) and the interactions between them were predictable and familiar. Not only did each craft operative have an intimate knowledge of a particular trade but also each knew precisely what to expect of the other trades. As a result, integration and coordination could take place by means of operatives making mutual adjustments in their own work. In the modern technological building process, very few people can grasp all of the different technologies. The craft operatives cannot be left to sort out the interfaces between work packages; these become the responsibility of the designer. The result is an increased demand for management."* (Grifo nosso).

Na fase seguinte, inicia-se a construção da obra propriamente dita, onde o *general constructor* exercerá diversas funções de coordenação e execução do projeto, sendo possível até subcontratar e exercer outros poderes do dono da obra.

Este último, por sua vez, tem funções que são de responsabilidade individual perante cada uma das outras figuras, ou seja, de receber o projeto corretamente e diretamente do projetista, e só então entregar ao construtor para que seja executado, ademais:

De outro lado, vale observar que a responsabilidade do dono da obra por concebe-la não é afastada pela possibilidade de o empreiteiro realizar alguma atividade de elaboração de projetos. A primeira situação admitida no DBB é a elaboração de pequenas parcelas do projeto pelo construtor. Além da hipótese, que será abordada no parágrafo seguinte, de o contratado executar detalhamentos executivos da obra, há o caso em que o dono da obra deixa a cargo do construtor a própria elaboração de uma pequena parte do projeto do empreendimento. (SARRA DE DEUS, 2019, p. 111)

O construtor possui uma obrigação fundamental na elaboração de projetos executivos da obra, que serão elaborados à medida em que a acompanha. Logo, deve observar todos os desenhos gerados desde o início da obra, bem como os detalhes dos projetos básicos, que são pontos de partida para a criação desses projetos executivos.

Em um momento seguinte, é preciso que esses projetos básicos sejam detalhados para incluir as informações técnicas necessárias à sua execução. Disso resulta que o projeto executivo é um detalhamento com vistas à execução da obra já definida no projeto básico. Por conseguinte, a eventual responsabilidade do construtor pela elaboração dos projetos executivos não o torna responsável pela concepção em si da obra, que ocorrerá por meio dos projetos básicos, de responsabilidade do dono da obra. (SARRA DE DEUS, 2019, p. 113)

O projetista tem conexão direta com o dono da obra, enquanto responsável pela apresentação dos primeiros projetos do empreendimento, que serão repassados ao dono da obra e só então, posteriormente, repassados ao construtor.

Assim como os *standard-form contracts* do Contrato de EPC, o DBB possui uma série de modelos contratuais, que foram produzidos pelo *Joint Contracts Tribunal - JCT*, instituto de referência britânica na criação de contratos padrão.

O *JCT Standard Building Contract* é publicado pelo *Joint Contracts Tribunal* (JCT), entidade privada inglesa que foi fundada pelo *Royal Institute of British Architects* (RIBA) em 1931 e que, nesse mesmo ano, já publicou seu primeiro modelo de contrato padrão para o setor da construção – embora haja sido apenas a partir de 1977 que os modelos passaram a levar o nome do JCT. O *JCT Standard Building Contract* teve a sua primeira versão publicada em 1980, sendo posteriormente revisada em 1998, 2005, 2011 e 2016. Trata-se

de um contrato padrão para escopo DBB e que é utilizado com bastante frequência na Inglaterra. (DE DEUS, 2019, p. 113-114)

É o tipo de contrato padrão que possui várias formas de ser estipulado, a depender das características do escopo e das partes de cada obra.

Since general contracting is widely used, there are many standard forms that have evolved. In civil engineering, for example, the two current standard forms used are called Infrastructure Conditions of Contract (Association for Consultancy and Engineering, and Civil Engineering Contractors Association 2011) (see Section 8.4.1) and NEC3 Engineering and Construction Contract (Institution of Civil Engineers 2005b). There are three widely used forms in the building industry: JCT SBC 11: Joint Contracts Tribunal Standard Building Contract Edition 2011, JCT IC 11: Joint Contracts Tribunal Intermediate Building Contract Edition 2011 and JCT MW 11: Joint Contracts Tribunal Minor Works Building Contract Edition 2011 (a more comprehensive list is given in Chapter 8). The details of each family of contracts differ markedly, but many of the general principles are transferable. There are, of course, many other standard-form contracts available for this form of procurement. (HUGHES, 2015, p. 34)

Por esse motivo, o JCT criou uma nota prática, que seria basicamente uma lista que orienta as partes a escolherem a melhor forma de contrato a ser adotado:

The circumstances under which a traditional general contract should be used are not always clear; it is necessary to examine the circumstances where they are used in practice. There have been attempts to describe those circumstances where general contracting is likely to be successful. Indeed, JCT have issued a Practice Note which is intended to help in the selection of the most appropriate form of JCT contract (Joint Contracts Tribunal 2011a) but, naturally enough, this fails to take into account the 'competition' from non-JCT contracts. The following list summarizes typical circumstances in which general contracts are used:

- 1. The employer has caused the design to be prepared and for the purposes of the building contract takes responsibility for it.*
- 2. The employer's designer is sufficiently experienced to co-ordinate and lead the design team and to manage the interface between design and production.*
- 3. The design is substantially complete when the contractor is selected.*
- 4. An independent cost consultant (or quantity surveyor) will be used to plan and control the financial aspects of the project.*
- 5. The contractor is selected on the basis of the contractor's estimate and carries the risk that the estimate may be wrong. (HUGHES, 2015, p. 34)*

A FIDIC também possui seu modelo de contrato padrão para o DBB, que é nomeado de *Conditions of Contract for Construction*, que também é comumente conhecido como *Red Book*. É o tipo de modelo de contrato padrão que traz orientações para o construtor, no sentido de dar funções para além da simples construção, mas também de mecânica e/ou elétrica. (FIDIC, 1999 *apud* DE DEUS, 2019, p. 116)

Além disso, há ainda a possibilidade deste de realizar pequenas porções do projeto sem que descaracterize o modelo de escopo do DBB. (DE DEUS, 2019, p. 117)

2.2.2.6 Aliança de projeto ou Project aliancing e o Contrato de Aliança

Na construção de obras de grande magnitude e complexidade, o contrato de aliança se apresenta enquanto uma ótima opção para aqueles contraentes que queiram somar forças para o empreendimento em uma obra.

Basicamente, nesse tipo de acordo um dono de uma obra, no caso da construção civil, se une a outras sociedades para que ponham em prática projetos que demandam de mais de um único especialista, unindo o know-how desses contraentes para que se estabeleça um grande empreendimento.

As alianças de projetos são modelos formados para execução de um complexo projeto, sendo assim, há uma distinção entre este e o contrato de aliança, que se trata mais propriamente da relação jurídica entre as partes, como bem explica Leonardo Toledo da Silva (2017, p. 23, online):

As alianças de projeto ou projetos em aliança são os empreendimentos complexos implementados mediante uso do modelo organizacional que pode ser designado de modelo aliança ou regime de aliança. O contrato de aliança, por sua vez, pode ser entendido como a relação jurídica existente entre os contratantes ou mesmo como o documento firmado para criação dessa relação jurídica.

Dessa forma, a aliança de projeto figura enquanto um método de implementação de projetos (LAHDERPERÃ, 2009, p. 13 *apud* SILVA, 2017, p. 58, online), onde os contraentes se unem em um contrato, que seria o contrato de aliança enquanto documento formalizador, e assumem a responsabilidade de executar a obra em uma organização conjunta pela engenharia e pela construção, sendo essa responsabilidade também compartilhada conjuntamente em seus riscos e acesso a informações.

Normalmente, a aliança é celebrada entre os chamados participantes ou integrantes do projeto, que englobam o dono da obra, o construtor, os principais subcontratados e os principais fornecedores. Estes contraentes irão estabelecer seus objetivos em comum, de forma a ser partilhados entre os mesmos de forma interdependentes (CARMO, 2012, p. 121)

Além do próprio contrato de aliança, outro dispositivo que comumente é utilizado nessa modalidade contratual é o *gain-share/pain-share*, que consiste em uma estrutura de remuneração que reflete as premissas do contrato de aliança: as partes compartilham não somente os ganhos e lucros, mas também possíveis prejuízos que do acordo possam decorrer, bem como a assunção dos riscos que podem surgir eventualmente.

[...] (o *gain-share/pain-share* consiste em) as partes acordarem o nível de contribuição e de lucros exigido antes de tudo e depois colocarem ambos em risco. Se uma parte da aliança tiver desempenho abaixo do esperado, então todos os demais parceiros da aliança estarão correndo o risco de perder suas recompensas (lucros e incentivos) e podem até mesmo partilhar prejuízos, de acordo com o modelo *gain-share/pain-share* estabelecido. (CARMO, 2012, p. 121). (Grifo nosso).

Por ser uma modalidade de contratação que visa unir forças para formalizar um empreendimento de grande magnitude, e que seja composto por contraentes especializados, a contratação realizada pelo dono da obra geralmente foca nas qualidades dos candidatos, sobretudo o seu know-how para a função que está sendo pleiteada, bem como a forma de relação de trabalho dos candidatos com outros participantes.

Para comprovar essas relações, é comum que a seleção de candidatos ocorra em modalidade de concorrência. Geralmente, é solicitado que se escreva um documento, de até 30 páginas, no qual estes devem indicar como irão se relacionar com os demais participantes do projeto (ROONEY, p.3 *apud* CARMO, 2012, p. 122)

Essa seleção sempre irá considerar os participantes enquanto todo, a cooperação entres aqueles que pretendem integrar é fundamental neste tipo de contrato,

Realizada a seleção, as partes realizam as primeiras reuniões para estabelecer seus interesses e contribuições, quais são os lucros esperados, bem como quais possíveis riscos presumidos.

No tocante à remuneração, excetuando o proprietário, as partes costumam acordar entre si o percentual de remuneração, que geralmente está relacionado ao serviço que cada parte presta. O proprietário aqui é excetuado porque, geralmente, a divisão entre este e os demais participantes é de 50%/50% (CARMO, 2012, p. 124).

Além desses acordos, as partes geralmente aderem ao uso de um modelo *open book* pleno de elaboração de orçamento, em que as partes dividirão suas remunerações em três faixas:

Na primeira faixa, está a remuneração garantida, consistente nos custos diretos do projeto (inclusive re-trabalhos) e no *overhead*. Na segunda faixa fica o *overhead* corporativo e os lucros, normalmente fixos como um percentual do custo alvo ou BAU, definido a seguir⁴⁰¹.

Os montantes da segunda faixa são aqueles que poderiam ser comprometidos caso houvesse o estouro das metas de custo. A terceira faixa fixa o acordado no *pain-share/gain-share*, por meio da comparação entre os custos orçados no BAU e o custo final (CARMO, 2012, p. 123)

O “BAU” ou *business-as-usual*, citado por Lie Uema do Carmo (2012, p.123-124) é basicamente uma “estimativa dos custos alvos do projeto”, acerca das atividades dos participantes da aliança. Dessa forma, é possível traçar uma estimativa do *gain-share/pain-share*, que estima não apenas questões de valores em pecúnia, mas também a possibilidade de perdas em danos, acidentes, na captação de clientes, etc. Nesse sentido, afirma a autora:

“Os itens relevantes do BAU são genericamente chamados de KPI, que é a sigla de *key performance indicators* ou indicadores-chave de desempenho. Ele deve ser estruturado de forma tal que venha a refletir ou um cenário ‘win-win’ ou ‘lose-lose’, mas não o ‘win-lose’. Assim, um desempenho superior ao BAU deve proporcionar aos participantes da aliança um retorno igualmente superior, a ser partilhado entre os integrantes como acordado. Um desempenho mais modesto resultará em um retorno inferior e, caso o desempenho do projeto seja inferior ao BAU, haverá uma parte do *pain* a ser dividida, que pode inclusive reduzir ou eliminar todo o ganho da faixa 2” (CARMO, 2012, p. 124)

3 O CONTEXTO DA COVID-19 E O SETOR NA CONSTRUÇÃO

Em meados de dezembro de 2019, notícias sobre o advento de uma grande nova onda de pneumonia foram amplamente divulgadas pelos principais canais midiáticos do mundo, de forma que a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi oficialmente notificada em 31 de dezembro de 2019¹⁵.

Em seguida, em 7 de janeiro de 2020, foram oficialmente notificadas pelas autoridades chinesas que haviam identificado o surgimento de um novo coronavírus já havia sido espalhado, denominado de SARS-Cov-2, sendo este o sétimo vírus da família, e responsável pela doença denominada COVID-19.

Com o avançar dessa nova doença, governos de todo país iniciaram a tomar medidas de higiene para prevenção e combate ao desenfreado espalhamento do vírus, com o auxílio da OMS, que sugeriu que a população tomasse desde medidas

¹⁵ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-10**. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 14 nov. 2021.

simples, como a lavagem de mãos e uso de álcool em gel, até medidas mais drásticas, como o distanciamento e isolamento social.

Tais medidas trouxeram novas dinâmicas de socialização, convivência, rotina e até mesmo trabalho, o que abarca tanto as pequenas atividades comerciais ou empregatícias, quanto às grandes indústrias, que seria justamente o caso do setor de construção.

Neste capítulo, traremos uma abordagem geral dos impactos que a COVID-19 trouxe para a população e suas relações, bem como ao mercado da construção, para que seja possível visualizar como os fatos concretos poderiam ser adequados à tese aqui proposta, tendo em vista o trágico contexto da pandemia

3.1 IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE

Os primeiros casos de COVID-19 ocorreram na china, especificamente na cidade de Wuhan, no entanto, neste primeiro período as movimentações para a tomada de medidas de prevenção e combate à doença ainda eram mínimas, pois ainda não havia sido dimensionada a extrema capacidade de fatalidade e de contágio da doença.

Assim, em 21 fevereiro de 2020, a Itália foi primeiro país da Europa a notificar o primeiro caso de infecção por COVID-19, no entanto, um estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer, da cidade de Milão, estimou que o vírus já circulava no país desde o mês de setembro de 2019. Os resultados do estudo demonstraram que “11,6% dos 959 voluntários saudáveis inscritos em um teste de rastreamento de câncer de pulmão entre setembro de 2019 e março de 2020 desenvolveram anticorpos contra o coronavírus bem antes de fevereiro”.¹⁶

Em tempo recorde, o vírus se espalhou pela Itália e por outros países da Europa. Só na Itália, o vírus chegou a matar mais pessoas do que na própria China: em menos de um mês desde a infecção do “paciente zero”, no dia 19 de março de 2020, a Itália já contava com 3.405 mortes, superando a quantidade total de mortes do país oriental, que até a mesma data contabilizava o total de 3.245 mortes.¹⁷

¹⁶ VAGNONI, Giselda. Coronavírus chegou na Itália antes do que se pensava, aponta estudo italiano. **G1**. 15 nov. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/11/15/coronavirus-chegou-na-italia-antes-do-que-se-pensava-aponta-estudo-italiano.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹⁷ RIBEIRO, Weudson. Itália chega a 3.405 mortes por covid-19 e supera a China. **Poder 360**. 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/italia-chega-a-3-405-mortes-por-covid-19-e-supera-a-china/>. Acesso em: 14 nov. 2021

As autoridades de saúde e governamental do Brasil notificaram o primeiro caso de coronavírus em São Paulo, que foi confirmado após testagens realizadas pelo Instituto Adolf Lutz em 25 de fevereiro de 2021. Em poucos dias, os efeitos da publicação da notícia logo refletiram na economia, com disparadas na bolsa de valores, bem como a intensificação das recomendações ao incentivo de medidas de prevenção contra o vírus.¹⁸

Em 12 de fevereiro de 2020 foi notificada a primeira morte por COVID-19 no Brasil, um dia após o anúncio da situação de pandemia pela OMS. Um ano depois, em 12 de fevereiro de 2021, o Brasil registrava uma média de 2.000 mortes diárias¹⁹, período em que o país enfrentava sua segunda e maior onda de casos confirmados e de morte.

Desde as divulgações dos primeiros casos, os estados da federação e os municípios realizaram suas próprias mobilizações para a contenção do avanço do vírus, tendo em vista os evidentes entraves com o governo federal, bem como a pouca mobilização deste último em relação às recomendações da OMS.

A publicação da Portaria 356 do Ministério da Saúde, no dia 11 de março de 2020, trouxe as primeiras orientações para a adoção de medidas preventivas a serem adotadas no país. Inicialmente, foram recomendadas as medidas de isolamento social, que seriam aquelas em que haveria um afastamento entre pessoas sintomáticas e não assintomáticas, bem como as medidas de quarentena, que objetivavam realizar a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado. Aquela primeira só poderia ser definida por prescrição médica, enquanto a segunda só poderia ser determinada pelas secretarias de saúde de estados e municípios, ou pelo Ministério da Saúde, podendo durar em até 40 dias, que poderiam ser prorrogados a depender da necessidade.²⁰

¹⁸ FRANÇA, Anna. Coronavírus chega ao Brasil. **Isto é**. 28 fev. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/coronavirus-chega-ao-brasil/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

¹⁹ GRANDIN, Felipe. 1 ano de pandemia: Gráficos mostram o que funcionou no combate à Covid e quais os caminhos para o Brasil. **G1**. 11 mar. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/03/11/1-ano-de-pandemia-graficos-mostram-o-que-funcionou-no-combate-a-covid-e-quais-os-caminhos-para-o-brasil.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2021

²⁰ Art. 3º A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.
§ 1º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo se estender por até igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão. [...]

A partir dessas orientações, os estados brasileiros publicaram decretos e demais instrumentos legais para estabelecer restrições de circulação, de limitação de pessoas e do uso obrigatório de máscaras em ambientes fechados, bem como a decretação de estado de calamidade pública nas ocasiões em que o avanço do vírus estava mais intenso.²¹

Assim, passados um ano e oito meses desde o início da pandemia, o Brasil registra a marca de 610.224 mil mortes e 21.924.598 milhões de casos acumulados, de acordo com informações oficiais do portal Coronavírus Brasil, disponibilizado pelo Ministério da Saúde em parceria com as Secretarias Estaduais de Saúde.²²

Atualmente, o Brasil se encontra em um momento mais promissor e esperançoso diante do cenário pandêmico, devido ao avançar da vacinação em todo país: a média móvel diária de mortes, no dia 11 de novembro de 2021, se encontra abaixo de 250, assim como 58% da população brasileira está totalmente vacinada, e 73,43% receberam ao menos a primeira dose²³.

3.2 EFEITOS DA COVID-19 NO MERCADO DA CONSTRUÇÃO CIVIL.

A sociedade civil sofreu, de forma trágica e severa, os impactos da doença mortal que assolou o mundo, de forma que todas as suas relações que antes eram já estabelecidas tiveram que ser reformuladas e readaptadas para a nova realidade.

Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado. § 1º A medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação. § 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território. (BRASIL, 2020, online).

²¹ AGÊNCIA BRASIL. Covid-19: veja como cada estado determina o isolamento social. **Correio Braziliense**. 01 mai. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/04/01/interna-brasil,841754/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-isolamento-social.shtml>. Acesso em: 14 nov. 2021.

²² MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel Coronavírus, 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

²³ Vacinação contra a Covid: quase 58% da população está totalmente imunizada; 73,43% recebeu a 1ª dose. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/coronavirus/vacinas/noticia/2021/11/11/vacinacao-contr-a-covid-quase-58percent-da-populacao-esta-totalmente-imunizada.ghtml>. Acesso em 14 nov. 2021

Esses impactos atingiram também o mercado de trabalho, de forma que o isolamento, e principalmente a quarentena, trouxeram novos desafios àqueles que precisavam trabalhar diretamente e pessoalmente, como é o caso da maior parte das atividades em construção civil.

O principal desafio, notadamente, era a manutenção das atividades em obras, sobretudo pela própria mão de obra (que é, sem dúvidas, uma das partes mais fundamentais para o bom funcionamento do setor), de forma que garantisse a segurança, a saúde, e principalmente a vida desses trabalhadores.

Apesar das diversas tentativas, implementação de medidas de segurança e distanciamento social, ainda assim foram registrados diversos casos de infecção e mortes no setor: somente do Estado de São Paulo, em meados de maio de 2020, foram registradas 57 mortes de trabalhadores da construção, o que acarretou em diversas denúncias e reclamações dos sindicatos perante o Ministério Público do Trabalho.²⁴

Diante desse cenário caótico, trabalhadores arriscaram suas vidas no campo de trabalho, mesmo tomando todas as medidas necessárias para conter a infecção e manter seus empregos

Em outra face, seguiam os desafios das partes que eram signatárias nos contratos de construção, sejam elas empreiteiras, donos de obras ou até mesmo a administração pública.

O mercado da construção foi bastante impactado sobretudo em seu início, quando os governos federal, estaduais e municipais estabeleciam medidas de isolamento social não só dentro do setor da construção civil, mas também em outros setores que, direta ou indiretamente, limitavam as atividades relativas às obras, sobretudo na questão dos transportes coletivos, que eram utilizados por diversos trabalhadores que faziam parte da mão de obra das empresas.

A primeira medida legal a ser promulgada e publicada pelo Governo Federal, que fazia menção a serviços públicos e atividades essenciais foi o Decreto nº 10.282/2020, publicado em 20 de março de 2020, que regulamentou a Lei nº

²⁴ STOCHERO, Tahiane. Ao menos 57 trabalhadores da construção civil morreram com coronavírus em SP, diz sindicato. **G1**. 23 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/23/ao-menos-57-trabalhadores-da-construcao-civil-morreram-com-coronavirus-em-sp-diz-sindicato.ghtml>. Acesso em: 14 nov. 2021.

13.979/2020²⁵. Contudo, as atividades de construção civil só foram incluídas no rol dos serviços essenciais, pelo Decreto nº 10.342, de 7 de maio de 2020²⁶.

Enquanto a União havia publicado este último decreto, os Estados editavam decretos que traziam demais disposições acerca desses setores, bem como limitava o funcionamento dos mesmos, a exemplo do Estado de Santa Catarina, que emitiu diversos decretos, sobretudo em meados de março até agosto de 2020²⁷, suspendendo parcialmente ou totalmente a circulação de transportes coletivos do Estado ou Interestaduais, o que atingiu não apenas o setor de transportes em si, como também os demais que dele dependem.

Assim, diversos atrasos e imprevistos e, conseqüentemente, a aplicação de multas, suspensões e demais desavenças contratuais entre as partes ocorreram pelo lastro entre o início das primeiras medidas de isolamento social, logo no início de março de 2020, e a publicação do Decreto nº 10.342/2020, publicado somente dois meses depois, tempo mais que suficiente para que diversas obras fossem afetadas com essas medidas.

Apesar destes entraves, o mercado chegou a resistir bem aos impactos do coronavírus e do isolamento social, sobretudo nos meses subsequentes. Em setembro de 2021, o setor da construção civil abriu cerca de 200 mil vagas desde o início do ano, sobretudo no setor das obras de saneamento básico, alcançando a marca de 2,48 milhões de trabalhadores com carteira assinada até julho daquele ano²⁸

²⁵ “Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como: [...]”

²⁶ Art. 1º O Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

§ 1º

..... [...]

LIV - atividades de construção civil, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde”. (BRASIL, 2020. Online) (Grifo nosso)

²⁷ Coronavírus: Transporte coletivo suspende atividades a partir desta quinta-feira (19/03/2020). **Prefeitura de Joinville**, 18 de mar. De 2020 Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/noticias/coronavirus-transporte-coletivo-suspende-atividades-a-partir-desta-quinta-feira-19-03-2020/>. Acesso em: 06 de jul. de 2021.

Coronavírus em SC: Governo do Estado amplia medidas de distanciamento social por sete dias em oito regiões. **Governo de Santa Catarina**, 07 de ago. De 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/coronavirus/coronavirus-em-sc-governo-do-estado-amplia-medidas-de-distanciamento-social-por-sete-dias-em-oito-regioes>. Acesso em: 06 de jul. de 2021.

²⁸ Construção civil já abriu mais de 200 mil vagas esse ano. Obras de saneamento começam a contratar. O Globo, 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/construcao-civil-ja-abriu-mais-de->

Ademais, mais recentemente o mercado tem sido favorável no sentido de aumento das vagas de emprego, alcançando a marca de 317.159 novos empregos entre o período de junho de 2020 e maio de 2021²⁹, o que demonstra uma tendência contrária a demais setores do Brasil, e a grande onda desemprego que atualmente assola o país.³⁰

4 A POSSÍVEL APLICABILIDADE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA NOS CASOS CONCRETOS DE INFRAESTRUTURA.

Exauridas as questões acerca das noções gerais da onerosidade excessiva, bem como a análise de alguns dos principais tipos contratuais de contratos de construções, passando ainda por um paralelo de quais foram as implicações do advento da pandemia do novo coronavírus perante a sociedade e o mercado da construção, serão apresentadas neste momento as hipóteses acerca da possibilidade da aplicação da onerosidade excessiva para fins de rescisão e revisão contratual.

Para tal análise, será necessária a revisão de alguns dos assuntos do primeiro capítulo da presente monografia, a fim de construir e reforçar uma linha de raciocínio coesa e coerente.

A primeira pauta deve ser analisar a questão da presença do fator de imprevisibilidade, que estão presentes nos arts. 317; 478 a 480 do Código Civil, quais sejam, respectivamente, as hipóteses: a) de revisão contratual para correção de valores, por um juiz, a pedido da parte, nos casos em que houver desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e do momento de execução, e; b) a possibilidade de resolução ou revisão do contrato, perante a situação de evidente onerosidade excessiva, causada por evento extraordinário e imprevisível, a pedido do devedor perante o juiz, nos casos em que se tratam de contratos de execução continuada ou diferida.

200-mil-vagas-este-ano-obras-de-saneamento-comecam-contratar-25203744 Acesso em: 11 set. 2021.

²⁹BERNARDES, Gabriela; STRICKLAND, Fernanda. Construção civil aquece mercado de trabalho e ferra 317 mil postos em um ano. **Correio Braziliense**. 26 jul. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/07/4939714-construcao-civil-aquece-mercado-de-trabalho-e-gera-317-mil-postos-em-um-ano.html>. Acesso em: 14 nov. 2021

³⁰ Somente no primeiro trimestre de 2021, o Brasil alcançou a marca de 14,8 milhões de desempregados. Fonte: GAIER, Rodrigo Viga; MOREIRA, Camila. Brasil soma recorde de 14,8 mi de desempregados em meio à crise da pandemia. **UOL**. 27 mai. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/05/27/brasil-tem-desemprego-de-147-no-tri-ate-marco-diz-ibge.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Os contratos que são comumente trabalhados no setor de construção possuem riscos, e estes são aceitos e firmados nos acordos, têm suas limitações definidas com base em situações fáticas, na qual contratantes e contratados estão inseridos, e que englobam situações presentes e futuras, com fundamento em informações que são dispostas perante o fechamento do contrato.

Nesse sentido, o Código Civil traz em seu bojo a possibilidade de revisão contratual, em face a imprevisibilidade de eventos supervenientes, e que saem da álea de responsabilidade do devedor, acarretando em evidente desequilíbrio contratual.³¹

Fazendo um paralelo com o surgimento da pandemia da COVID-19, houve uma tendência crescente na discussão sobre repactuação ou revisões contratuais, tendo em vistas as desvantagens e prejuízos nas negociações entre *players* do mercado da construção.

Ainda assim, é preciso fazer uma análise minuciosa ao realizar uma relação entre a pandemia e a possibilidade revisional ou conclusiva de contratos: os casos concretos terão suas próprias particularidades, para que se possa presumir se em um ou outro há a presença de imprevisibilidade e onerosidade excessiva, mediante o evento extraordinário que foi a pandemia.

Além disso, considerando a pandemia enquanto um evento imprevisível, elementos essenciais para consecução dos contratos de construção seriam perdidos, como bem traz Patrícia Ferraz, quando diz que:

“Na celebração do contrato, devem ser levadas em consideração certas condições básicas, de caráter geral, tais como a ordem econômica do país, o poder aquisitivo da moeda e as circunstâncias de mercado. Se eventos supervenientes as fizerem ‘desaparecer’, impondo ao devedor um esforço muito além da previsão que pudesse ser feita ao tempo da pactuação, legitimar-se-ia a resolução ou a revisão do contrato” (FERRAZ, 2018, p. 24)

Sendo assim, é necessário que se reveja as bases do acordo realizado, se recalcule as condições que foram alteradas devido ao evento extraordinário e imprevisto, e que seja analisado no caso concreto se a medida necessária para a situação é a da revisão ou da resolução do contrato.

³¹ Nesse mesmo sentido: “Quando estudamos o princípio do equilíbrio contratual, vimos que a vicissitude da quebra do sinalagma funcional em contratos bilaterais dificulta extremamente o cumprimento da obrigação de um dos contratantes, porém não a impossibilita em definitivo. Por isto, a preferência lógica do sistema jurídico é a revisão do negócio jurídico (art. 317, CC)”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 597

Oportuno também é ressaltar a importância da observação dos riscos presumidos em contratos, estes, de fato, não afastam a responsabilidade do contratado que assinou o acordo. No entanto, riscos residuais não alocados em contrato devem ser devidamente considerados quando da análise de cada caso. É nesse sentido que Leonardo Toledo da Silva (2017, p. 231, online) aduz que:

Em um contrato de construção tradicional, a materialização de eventos cujo risco foi alocado ao contratado, por exemplo, terá suas consequências assumidas por este e, conseqüentemente, implicará a não alteração do preço ou prazo contratual. Ou seja, ocorrido um evento cujo risco foi assumido pelo contratado, este continua responsável por executar as obras tal qual condições comerciais originais. Por outro lado, quando o risco de um evento houver sido alocado à contratante, a sua materialização poderá implicar a alteração das condições comerciais – aumentos de preço e prazo. Quando, no entanto, o risco não for contratualmente alocado a nenhuma das partes (risco residual), aplicar-se-ia a solução jurídica descrita anteriormente. Em termos práticos, a menos que se trate de um risco que o contratado devesse ter previsto em sua proposta, ou que não tenha impactos relevantes, a consequência jurídica será a possibilidade de recomposição do reequilíbrio econômico contratual, com a transferência do ônus ao contratante, ou a faculdade de resolução do contrato pelo contratado, por onerosidade excessiva.

As decisões que vêm sendo publicadas nos tribunais têm sido no sentido de realmente considerar a pandemia enquanto fato superveniente e imprevisível, de forma que sejam admitidas as hipóteses de revisão e rescisão do art. 317 e do art. 478 a 480.

“[...] ABRUPTA INTERRUPTÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. QUEDA INESPERADA DO FATURAMENTO. SOPESANDO O IMPACTO CAUSADO PELO ATUAL CENÁRIO DE FORÇA MAIOR, ABSOLUTAMENTE SEM PRECEDENTES NA HISTÓRIA, INARREDÁVEL O DESEQUILÍBRIO ENTRE AS PRESTAÇÕES DECORRENTES DOS VARIADOS NEGÓCIOS JURÍDICOS, EM RAZÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE. “O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POSSUI ENTENDIMENTO FIRME NO SENTIDO DE QUE A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS, À LUZ DA TEORIA DA IMPREVISÃO OU DA TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA, EXIGE A DEMONSTRAÇÃO DE MUDANÇAS SUPERVENIENTES NAS CIRCUNSTÂNCIAS INICIAIS VIGENTES À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO, ORIUNDAS DE EVENTO IMPREVISÍVEL (TEORIA DA IMPREVISÃO) OU DE EVENTO IMPREVISÍVEL E EXTRAORDINÁRIO (TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA)” (AGINT NO RESP Nº 1.543.466).” (TJRJ; AGRADO DE INSTRUMENTO Nº: 0047374-12.2020.8.19.0000. RELATORA: DES. CINTIA CARDINALI. 24ª Câmara Cível. Data do Julgamento: 15/10/2020, p. 2) (Grifo nosso)

Diversas também foram as decisões favoráveis a devedores que não puderam pagar prestações, tendo em vista o contexto da COVID-19, decorrentes de contratos de locação. Exemplo disso é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível nº 10000210398723001, que concedeu redução de multa proveniente

de rescisão antecipada de contrato de locação entre a empresa Ótica Express e o Shopping Boulevard, de Belo Horizonte, com aplicação da onerosidade excessiva enquanto fundamento de provimento parcial do pedido:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE LOCAÇÃO EM "SHOPPING CENTER" - EXCLUSÃO DA MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA - PANDEMIA - COVID-19 - TEORIA DA IMPREVISÃO E ONEROSIDADE EXCESSIVA - FATO DO PRÍNCIPE - REVISÃO DO VALOR DA PENALIDADE - POSSIBILIDADE. - Sabe-se que em razão da pandemia ocasionada pelo coronavírus (Covid-19) o poder público editou normas limitando o exercício da atividade econômica com determinação de fechamento de diversos estabelecimentos comerciais, como o caso do autor, locatário - O Código Civil estabelece a possibilidade de revisão ou rescisão contratual por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada a onerosidade excessiva, quando preenchidos os requisitos a saber: a) a existência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições econômicas; c) onerosidade excessiva para um dos contraentes e d) imprevisibilidade e extraordinariedade das mencionadas alterações - Tendo sido evidenciadas tais circunstâncias no caso concreto, deve ser acolhido o pedido de redução da prestação devida, uma vez que o réu/apelado também sofreu severo impacto em razão dos fatos supervenientes - Recurso da parte autora ao qual se dá parcial provimento.” (TJ-MG - AC: 10000210398723001 MG, Relator: Lílian Maciel, Data de Julgamento: 21/07/2021, Câmaras Cíveis / 20ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/07/2021)

É neste sentido que decisões no setor de infraestrutura trazem a discussão acerca da pandemia enquanto fato superveniente e imprevisível, conforme ocorreu no setor elétrico no caso Malharia Paris LTDA x Companhia Paulista de Força e Luz S.A., perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que a autora da ação teve seu pedido concedido para que houvesse limitação da cobrança de serviços de energia que foram realizados com a Ré.

A limitação foi concedida tendo em vista que, com a pandemia, a atividade econômica da autora foi extremamente afetada, e se encaixava nos requisitos de admissão da teoria da imprevisão, de forma a submeter a mesma a uma situação de onerosidade excessiva.

Em sede de apelação, a então ora apelada também foi vitoriosa na demanda, tendo em vista que o recurso foi desprovido em desfavor da companhia de luz. Vejamos na íntegra a ementa da apelação:

APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. CLÁUSULA TAKE OR PAY. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. COVID-19. Litigantes que celebraram dois contratos coligados que acabam por impor à apelada a cobrança de valor mínimo por acesso ao sistema de distribuição de energia, ainda que não haja efetivo uso dos serviços contratados. O cerne da controvérsia é avaliar, a partir da teoria da imprevisão, a viabilidade jurídica da revisão da cláusula *take or pay* prevista

no contrato celebrado entre os litigantes, haja vista os nefastos efeitos econômicos decorrentes da pandemia da COVID-19. A despeito da viabilidade e legalidade, prima facie, de cobrança por acesso à rede elétrica, independentemente do número de quilowatts por hora consumidos, a existência de fato superveniente e imprevisível capaz de desequilibrar as prestações pactuadas permite que haja revisão pontual do contrato. Inteligência do art. 317 do Código Civil. Apelada que demonstrou queda brutal de faturamento e necessidade de fechamento de suas instalações em virtude de medidas estaduais e municipais de distanciamento social. D. Magistrado de origem que reconheceu, acertadamente, que o faturamento deveria se dar de acordo com o efetivo consumo de energia, até o final das restrições à atividade econômica ou até o término do ano de 2020. Priorização ao princípio da socialidade e respeito à função social do contrato. Divisão equitativa dos riscos negociais. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 10182311220208260114 SP 1018231-12.2020.8.26.0114, Relator: Rosângela Telles, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 18/03/2021)

De forma semelhante, o TJSP prevê a possibilidade de revisão contratual com base no art. 480 do Código Civil.³²

Assim, cabível a suspensão proporcional da obrigação atingida pelo evento de caso fortuito e de força maior, de modo a flexibilizar momentaneamente a cobrança por demanda contratada, possibilitando-se o pagamento pelo volume efetivamente consumido, nos moldes do art. 393, do CC. Destarte, consoante o disposto no art. 480, do CC, os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, como no caso, cuja obrigação a ser cumprida se tornar excessivamente onerosa, poderá a parte “pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (TJSP; Apelação Cível 1012576-59.2020.8.26.0114; Relator Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/08/2021.)

Tais entendimentos fortalecem os argumentos acerca da aplicação aos contratos de construção. Afinal, a construção civil e o setor de energia elétrica são atividades comerciais que surgem de um mesmo gênero, que é o da infraestrutura e, portanto, possuem semelhanças em sua forma de administração e execução de projetos, tendo cada uma com suas próprias especificidades, e pela semelhança das modalidades contratuais, como acontece nos casos em que são de execução continuada ou diferida.

³² “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - Descabida a arguição de ausência de fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC)- Cerceamento de defesa – Inocorrência – Conjunto probatório suficiente à conclusão do julgado – Situação excepcional e imprevisível, comprometendo o cumprimento de obrigações anteriormente assumidas - Fato público e notório - Pandemia provocada pela COVID-19 - Redução da demanda contratada – Pagamento pela energia efetivamente consumida – Admissibilidade – Ação parcialmente procedente – Recurso desprovido, com observação.” (TJSP; Apelação Cível 1012576-59.2020.8.26.0114; Relator Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 30/08/2021.)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com previsão expressa em diversos dispositivos do Código Civil, a onerosidade excessiva é um instituto essencial para assegurar às partes a possibilidade de rescisão e revisão contratual, observando sempre os elementos de excessividade da álea normal do contrato, a extrema vantagem de uma parte sobre a outra, bem como o elemento de imprevisibilidade da situação (cláusula *rebus sic stantibus*), ou seja, uma situação extraordinária.

A partir de um evidente desequilíbrio contratual, é possível que uma parte venha a pleitear em juízo o direito de repactuação, quando houver diferença exagerada do valor pré-acordado no momento da execução (art. 317 do Código Civil) ou, quando o devedor em situação de onerosidade excessiva devido à fato superveniente, com todos os elementos citados anteriormente, e nos casos de contratos de execução continuada ou diferida, pode ser requerida em juízo a rescisão contratual ou revisão, nos termos do 478 e seguintes do código civil.

Com base nesses primeiros conceitos, já é possível criar as primeiras relações para traçar paralelos entre a chegada no novo coronavírus e a onerosidade excessiva.

A presente monografia ainda traçou alguns dos principais contratos de construção que podem ser utilizados enquanto instrumento legal para direcionar os projetos e execução de obras, demonstrando que há uma enorme gama de diversificação e características próprias para cada um deles.

Muitos desses contratos não possuem o respaldo integral na legislação brasileira, a exemplo do contrato de *design-build*, que se assemelha ao de categoria semi-integral, e que consta na nova Lei de Licitações.

Até mesmo contratos que não possuem quaisquer previsões expressas, o que seria o caso do contrato de EPC, que só podemos analisar com base na literatura estrangeira, ou pelos estudos importados pelos doutrinadores brasileiros.

Em relação ao contexto da pandemia, pudemos revisar as condições em que a sociedade civil foi submetida, devido ao devastador avanço do novo coronavírus, desde a notificação sobre as infecções em Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Tal ocorrido acarretou em milhares de mortes em todo mundo, e causou abruptas alterações de relações, sejam elas sociais, comerciais ou de trabalho.

As grandes altas de desemprego atingiram diversos setores do mercado de trabalho, no entanto, o mercado da construção ainda permaneceu, como ressaltamos, resistente, e inclusive aqueceu o mercado, oferecendo novas vagas de emprego.

No entanto, devido à demora das autoridades do governo federal em publicar os decretos que caracterizavam as atividades de construção civil enquanto atividades essenciais, as atividades de campo, como transportes de materiais e equipamentos de construção, máquinas, visitas ao campo de obra, vistorias, e até mesmo os projetos foram diretamente afetadas e atrasadas, principalmente no período de quase dois meses entre a decretação da pandemia mundial pela OMS, e a publicação do Decreto nº 10.342, de 7 de maio de 2020.

Este período foi o suficiente para que obras de pequeno, médio e grande porte permanecessem estagnadas e, por consequência, acarretaram em descumprimentos contratuais por motivos extraordinários, gerando dívidas e prejuízos para os contraentes, sobretudo aqueles contratados em grandes empreitadas.

Dessa maneira, os contraentes em dívidas tiveram que pleitear das mais diversas formas a possibilidade de afastamento das cobranças em multas que a situação de pandemia acabou por causar, seja pela alegação de caso fortuito ou força maior, ou pela teoria da imprevisão e pela aplicação da onerosidade excessiva.

Os casos fortuitos e de força maior, por vezes, costumam se adequar aos casos concretos, a depender da situação. Todavia, na formulação de contratos de construção, sobretudo estes de grande porte, existe uma tendência a se formular uma lista de quais seriam esses possíveis casos, logo, há uma limitação dos riscos presumidos pelas partes, o que impede a possibilidade de pleitear o afastamento dessas cobranças.

A discussão da onerosidade excessiva enquanto instrumento jurídico assentado no código civil para o afastamento dessas obrigações, ou através de alternativas, como as de rescisão ou revisão contratual, foco desta monografia, são de suma importância para que os operadores do direito possam trazer soluções estratégicas perante os tribunais a que se dispõem a pleitear seus litígios.

Além disso, a complexidade que esses casos geralmente carregam consigo demandam dos operadores um estudo muito aprofundado, não somente do direito, mas de outras áreas do conhecimento próprio da construção, do mercado de trabalho da construção civil, das atividades que são realizadas em campo, bem como dos agentes

reguladores que norteiam essa atividade e seus atores, assim como as próprias partes que costumam participar deste tipo de contrato.

Ao analisarmos as possibilidades da aplicabilidade da onerosidade excessiva nos casos de inadimplemento contratual na construção civil, por motivos extraordinários e imprevisíveis, podemos tirar algumas conclusões:

O próprio instituto da onerosidade excessiva é passível de discussão em suas características, sobretudo dentro da doutrina, todavia, a jurisprudência majoritária concorda com o que é disposto nos dispositivos previstos no CC: é preciso que, para que esta se caracterize, eventos **superveniente, imprevistos e extraordinários**, venham a ocorrer para que se possa pleitear em juízo pela rescisão ou revisão.

É necessário ainda que haja uma **vantagem excessiva** para alguma das partes, no entanto, esta característica ainda é discutível, tendo em vista que é plenamente possível que uma parte possa estar em situação onerosa sem que necessariamente a outra tenha uma vantagem exacerbada em relação a esta.

É o típico caso que poderia acontecer no contexto da pandemia, afinal, as obras paradas podem até trazer prejuízos para o contratante, seja pela perda de prazos ou de itens que deveriam ser utilizados em tempo. No entanto, o prejuízo para a parte contratada em ter que arcar com custos de juros e mora são bem mais discrepantes em relação às perdas do contratante.

A jurisprudência acerca da aplicabilidade da onerosidade excessiva, especificamente em relação a contratos de construção civil, ainda é escassa, mas os casos em que esta foi utilizada para justificar não cumprimentos ou atrasos de cumprimento nos tribunais, em razão da pandemia, é bastante vasto, e pode servir como suporte para que se estabeleçam teses bem fundamentadas nos pleitos ora discutidos.

REFERÊNCIAS

ALVES, André. C. **Contrato de Construção FIDIC New Red Book**. 1. Ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. Online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271606/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Vilhaça. **Onerosidade Excessiva e Desequilíbrio Contratual Supervenientes**. 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2020. Online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271163/>. Acesso em: 4 Nov 2021.

BRASIL. **LEI N° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 set. 2021

_____. **PORTARIA N° 356, DE 11 DE MARÇO DE 2020**. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. **DECRETO N° 10.282, DE 20 DE MARÇO DE 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm; Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. **LEI N° 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. **DECRETO N° 10.342, DE 7 DE MAIO DE 2020**. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10342.htm. Acesso em: 10 nov. 2021.

Bunni, Nael G. **The FIDIC Forms of Contract: the fourth edition of the Red Book, 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book**. 3rd ed. Oxford: Blackwell Publishing 2005.

CARMO, Lie Uema do. **Contratos de construção de grandes obras**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de Figueirido. **A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos: a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do código civil vigente**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

HUGHES, William Paul; CHAMPION, Ronan; MURDOCH, John. **Construction contracts: law and management**. 5. Ed. New York: Routledge, 2015.

KONDER, Carlos Nelson, et al. **Contratos**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito de Construir**. 9. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

MELO, Thiago Gomes, et al. **Contratos de empreitada na construção**. Brasília: CBIC, 2019. Online. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2019/05/CBIC_Guia_Contratos_de_Empreitada_na_Construcao.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº 10000210398723001. Relator: Lílian Maciel. Belo Horizonte, MG, 21 jul. 2021. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1252089343/apelacao-civel-ac-10000210398723001-mg/inteiro-teor-1252089392>. Acesso em: 8 out. 2021.

PINESE, Paulo Henrique Signori. **O Regime Jurídico do Contrato de EPC (Engineering, Procurement and Construction) no Financiamento de Projetos (Project Finance)**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 0047374-12.2020.8.19.0000. RELATORA: DES. CINTIA CARDINALI. Rio de Janeiro, RJ, 15 out. 2020. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1103865726/agravo-de-instrumento-ai-473741220208190000>. Acesso em: 7 out. 2021.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. **O contrato de EPC: Engineering, Procurement and Construction**. São Paulo: Almedina, 2019.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Contrato de Aliança: Projetos Colaborativos em Infraestrutura e Construção** 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2017. Online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933075/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – v. 3**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Contratos - Vol. 3.** 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2021. Online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027129/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível nº 10182311220208260114. Relator: Rosangela Telles. Campinas, SP, 18 mar. 2021. **Jusbrasil.** Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1182438025/apelacao-civel-ac-10182311220208260114-sp-1018231-1220208260114/inteiro-teor-1182438087>. Acesso em: 8 out 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1012576-59.2020.8.26.0114. Relator Melo Bueno. Campinas, SP, 30 ago. 2021. **Jusbrasil.** Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1276270739/apelacao-civel-ac-10125765920208260114-sp-1012576-5920208260114/inteiro-teor-1276270762>. Acesso em: 8 jul. 2021.