

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**

**Revisão contratual por disruption em obras de construção**

Débora Lunardelli Djehdian

Projeto de pesquisa apresentado ao  
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 30.09.2019

### **1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante**

O objetivo do presente trabalho é abordar a possibilidade de revisão de contratos de construção, notadamente aqueles em regime EPC – Engineering, Construction and Procurement, por alteração no equilíbrio econômico financeiro do contrato em razão de perturbações (disruption) causadas pelo Cliente ao longo da execução do projeto. Isso porque, os impactos de um cumprimento imperfeito, pelo Cliente, de suas obrigações – ainda que suas obrigações sejam restritas ao dever de informação – podem ser demasiadamente custosos para o sucesso do empreendimento, com a ruptura do planejamento pensado para a obra. Na medida em que essas perturbações modificam as premissas originais de contratação, com consequências em prazo e em custos, nasce para a empresa contratada o direito de reclamar o reconhecimento pelos impactos sofridos.

### **2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso**

#### **Q1. Conceito de Disruption**

O disruption (perturbação) é caracterizado<sup>1</sup> por perda de produtividade em razão de distúrbio, impedimento ou interrupção dos trabalhos da empresa contratada, resultando em menor eficiência. A eficiência, em obras de construção, é um dos maiores fatores de sucesso para entrega do empreendimento dentro do prazo contratado e dentro do custo orçado. Perdas de eficiência geram retrabalhos e atrasos, o que invariavelmente impedem a conclusão do projeto no cronograma contratualmente pactuado, levando à aplicação de penalidades contratuais.

Perdas de produtividade por eventos imputáveis ao Cliente (dono da obra) são frequentes em projetos de construção, apesar de serem difíceis de estruturar, quantificar e fundamentar. Não obstante, esse tema é de fundamental importância, pois muitas vezes as empresas contratadas acabam suportando esses maiores custos por não conseguirem configurar a ocorrência do disruption, dando o tratamento cabível.

---

<sup>1</sup> Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol. Segunda Edição. Fevereiro de 2017.

Fato é que uma vez que devidamente provada e fundamentada a situação que levou a uma perda de produtividade por fator imputável ao Cliente, o disruption deve ser financeiramente compensado. Isso porque, o disruption representa uma quebra de obrigação contratual do Cliente, que deixou de realizá-la no modo, tempo ou na qualidade que deveria ou a realizou de modo imperfeito, causando, assim, impactos às atividades do contratado.

É natural que haja perdas de produtividade durante a execução de complexas obras de engenharia e construção, porém a perda de produtividade causada por eventos externos ao contratado deve ser adequadamente compensada, caso contrário restaria caracterizado o enriquecimento sem causa do Cliente.

A situação disruptiva representa um dano sofrido pelo contratado, caracterizado pelos maiores custos incorridos em razão da perda de produtividade, e esse dano deve ser adequadamente compensado pelo Cliente, conforme interpretação conjunta dos artigos 389 e 884 do Código Civil.

Por ser de difícil identificação e quantificação, não se veem na jurisprudência brasileira decisões a respeito do assunto. O objetivo do artigo que se pretende produzir é justamente guiar a preparação de pleitos de disruption com a indicação da fundamentação jurídica adequada, a fim de que advogados e administradores de contratos possam se valer desta ferramenta para reequilíbrio do contrato.

Para maior detalhamento quanto à conceituação do disruption, pretendo entrevistar (ainda sujeito à confirmação), o Engenheiro Claudio D'all Acqua, diretor da FDTE – Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia.

## **Q2. O impacto do disruption nos contratos EPC**

Nos contratos de construção, especialmente aqueles no regime EPC-turn key lump sum, em que o empreiteiro é contratado para desenvolvimento dos serviços de engenharia, fornecimento de materiais e equipamentos, construção, montagem eletromecânica, comissionamento, testes e start up da planta, recebendo para tanto uma remuneração total (preço global), há a tendência de o dono da obra (Cliente) presumir que o contratado deve assumir todo e qualquer risco relacionado ao empreendimento, estando impedido de pleitear revisões junto ao Cliente.

Essa visão do Cliente se dá pela própria configuração do modelo EPC, em que o dono da obra enxerga no empreiteiro o seu ponto focal, que agrega toda responsabilidade pela execução da obra, também chamado de *single point of responsibility*. Do ponto de vista do Cliente, o ponto único de responsabilidade significa que o empreiteiro será o único agente incumbido de implantar todo o escopo, não havendo, normalmente, atividades a cargo do Cliente ou de terceiros por ele contratados, para contribuir para o alcance do resultado final. Ainda que o empreiteiro conte com uma cadeia de subcontratados e fornecedores para atendimento do

escopo, caberá unicamente a ele responder, perante o Cliente, pelo fiel e perfeito resultado da obra.

O empreiteiro, por outro lado, na qualidade de ponto focal de responsabilidade, não pode sofrer com ônus superiores àqueles que poderia ter esperado e contingenciado em sua formação de preço. As melhores técnicas de engenharia de orçamentação orientam a empresa a incluir no custo do projeto eventos previsíveis e, na contingência, eventos imprevisíveis, cuja ocorrência pode afetar sobremaneira o andamento da obra.

Da mesma forma, é durante a orçamentação que o empreiteiro considera as perdas que enfrentará durante a execução do projeto, em função do nível de produtividade de suas equipes. Esse percentual de perda é normalmente verificado pelo histórico de produtividade em projetos passados, da mesma natureza, pela mesma empresa executora, ou por índices de produtividade aceitos pela literatura na área de engenharia e construção.

Ocorre que os índices de produtividade não são informações declaradas na proposta, porque são próprios de cada empresa e se relacionam com o processo individual de formação de preço, juntamente com outros elementos de custo. Esse é um dos principais fatores que dificulta a discussão de pleitos de disruption, pois o Cliente irá, invariavelmente, requisitar quais foram os índices de produtividade adotados na proposta para se comparar com aqueles alegados como afetados em razão do evento de perturbação.

Fato é que o controle de produtividade é fundamental para garantia de eficiência, o que levará a obra a ser concluída dentro do prazo e do custo esperado.

O efeito da improdutividade pode levar tanto a um aumento de custos quanto de prazo ou de ambos. Isso porque, a atividade ineficiente demandará aumento de recursos de homem/hora para completar o mesmo escopo, muitas vezes gerando a necessidade de aceleração dos trabalhos para evitar que os marcos contratuais sejam cumpridos com atraso. Se a atividade impactada estiver no caminho crítico do empreendimento, possivelmente demandará ajuste de prazo, pois o pagamento dos custos para aceleração pode não ser suficiente para recuperação do marco em atraso.

Diante desse cenário, por óbvio a margem de lucro do empreiteiro passa a ficar em risco, ainda mais se não há o reconhecimento pelo Cliente da necessidade de revisão do contrato quando ele próprio foi o causador da perturbação.

Ainda que se tenha no empreiteiro o ponto focal de responsabilidade, se o evento que perturbou, impediu ou interrompeu a execução da obra for imputável ao Cliente, fazendo com que o planejamento dos trabalhos fosse impactado, nada mais justo e razoável que se revise o contrato.

A título exemplificativo, algumas das interferências mais frequentes realizadas pelo dono da obra nos empreendimentos são (i) entrega de projeto de engenharia básico deficitário ou incompleto, (ii) modificações de projeto, especialmente se introduzidas

extemporaneamente pelo Cliente, (iii) modificações de escopo, (iv) modificações nas condições de execução dos trabalhos, (v) indisponibilidade, em tempo hábil, de materiais, equipamentos ou equipes de responsabilidade do Cliente, quando expressamente previsto no contrato (ainda que no regime EPC), (vi) interferências de outros contratados sob gestão do Cliente, criando obstáculos ao desenvolvimento dos trabalhos planejados, (vii) demoras do Cliente em disponibilizar esclarecimentos em tempo hábil.

Trata-se, assim, de eventos que podem ser caracterizados como não cumprimento ou cumprimento imperfeito de obrigação contratual do dono da obra e que por essa razão geram um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Essa situação, apesar de representar um evento de onerosidade excessiva, não se relaciona com imprevisibilidade, mas com o inadimplemento do Cliente.

### **Q3. Identificação da natureza dos danos:**

- Descrição dos impactos normalmente sofridos, com a configuração de perda de produtividade e aumento de custos diversos.

### **Q4. Fundamentação jurídica para o pleito de disruption:**

O artigo 389 do Código Civil prevê que diante do não cumprimento de uma obrigação, o devedor responde por perdas e danos. Trata-se de dispositivo previsto dentro do Capítulo relativo ao Inadimplemento das Obrigações. Em se tratando de uma obrigação contratual claramente estabelecida, fica muito fácil e evidente caracterizar o seu inadimplemento e, conseqüentemente, a reparação, pois muitas vezes o próprio contrato contempla o seu remédio, pelo instrumento da penalidade contratual.

A dificuldade reside quando a obrigação contratual é cumprida, porém de forma imperfeita, ou ainda quando o dono da obra pretende se beneficiar da posição de Cliente para exigir muito mais do que poderia ou do que se esperaria dentro de uma relação equilibrada e pautada pela boa fé, qualificando inclusive uma situação de abuso de direito.

Nestes casos, a violação não seria unicamente de um dever contratual, mas também extracontratual, pois estariam maculados princípios e deveres de conduta que eram esperados pela parte contratante.

Assim, o fundamento para revisão contratual pelo disruption estaria pautado não somente no artigo 389, como também nos artigos 186, 187 e 927. Além disso, a recomposição pelo dano, que poderia ser tanto pelo atraso sofrido e seus maiores custos alongados no tempo quanto pela aceleração para recomposição do prazo e seus custos associados, encontra respaldo nos artigos 402 e 403, adicionalmente ao próprio 389 do Código Civil.

Obviamente, o elemento de prova do dano reside no contratado, pois não basta que alegue o evento de inadimplemento do Cliente, mas que seja capaz de demonstrar a perda de

produtividade sofrida e consequentemente as perdas e custos adicionais causados pelo disruption.

No que se refere ao quantum, a valoração da perda de produtividade pode ser feita por diferentes metodologias aceitas em práticas de administração contratual<sup>2</sup>, como por exemplo, a de *measured mile analysis*, que é uma das mais comuns para avaliação de perda de produtividade. Por meio dessa metodologia, o contratado deve demonstrar o nível de produtividade que alcançava com a execução normal de atividades, sem interferências de qualquer evento de disruption, comparando-a com a produtividade afetada em mesma ou semelhante atividade, já sendo impactada por perturbações causadas pelo Cliente.

De toda forma, independentemente do método de apuração de prejuízos que seja escolhido, é fundamental que o contratado consiga diferenciar as causas de perdas de produtividade por impacto exclusivo do Cliente de quaisquer outras causas que ensejaram perda de produtividade no projeto. Isso porque, uma obra de construção é algo vivo e intrinsecamente dependente de pessoas, seja em sua execução como também em seu gerenciamento. Logo, é normal que a produtividade da mão de obra (seja ela direta ou indireta) seja afetada ao longo da execução de um empreendimento complexo, que em média demanda de 2 a 3 anos para ser concluído.

Não seria justo, tampouco razoável, incluir no pleito de revisão contratual os custos por ineficiências próprias do contratado. Esses custos, se já não tiverem sido previstos no orçamento do projeto, deverão ser integralmente assumidos pelo empreiteiro, com consequências negativas na margem do projeto.

Por fim, e em linha com o previsto no artigo 403 do Código Civil, o Protocolo de Disruption da Society of Construction Law recomenda<sup>3</sup> que além dos custos efetivamente incorridos, o contratado seja compensado por uma verba de lucro sobre os custos incorridos. Esse pleito, apesar de ser justo e extremamente atrativo ao empreiteiro, só se sustenta se permitido pelo Contrato, dado que é usual a exclusão expressa, nos Contratos EPC, da possibilidade de cobrança de lucros cessantes de parte a parte.

**Q5.** A conclusão do trabalho será a uma recomendação da fundamentação jurídica para apresentação do pleito de revisão contratual por situações disruptivas causadas pelo Cliente, conforme legislação Brasileira.

### **3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

---

<sup>2</sup> A Society of Construction Law aborda, além do measure mile, as seguintes metodologias: (i) análise do valor agregado, (ii) análise do programa de completção da obra, (iii) amostragem de trabalho ou comércio e (iv) modelagem da dinâmica do sistema.

<sup>3</sup> 18.11 It is recommended that disruption caused by other events for which the Employer is responsible are compensated by the actual reasonable costs incurred, plus a reasonable allowance for profit if allowed by the contract.

O disruption representa uma alteração substancial nas condições de desempenho dos trabalhos (produtividade) quando comparadas àquelas realmente encontradas no empreendimento, levando a um aumento da dificuldade na execução dos trabalhos e consequentemente a maiores custos.

Os elementos de caracterização do disruption e o tratamento jurídico adequado diante de sua configuração são relevantes para empresas que atuam no segmento de engenharia e construção, pois é frequente que o Cliente, como dono da obra, interfira, direta ou indiretamente, no desenvolvimento do projeto. Muitas vezes, o resultado desse impacto acaba sendo absorvido pela empresa contratada por desconhecimento que essa ação do Cliente ensejaria um pleito de revisão contratual. Tanto o reconhecimento de que tais interferências podem ser passíveis de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, quanto a abordagem do melhor tratamento jurídico, serão certamente aproveitados por advogados e administradores de contratos que atuam em projetos de construção, especialmente porque conhecemos pouca doutrina e jurisprudência no Brasil a respeito do assunto.

Tive a oportunidade de trabalhar em dois projetos de engenharia e construção que sofreram com ações disruptivas promovidas pelo Cliente. Nesses dois casos, verificamos que não havia jurisprudência, pesquisada nos principais Tribunais de Justiça, que tratassem especificamente desta hipótese. As jurisprudências encontradas acabavam por misturar conceitos de imprevisibilidade com onerosidade excessiva, conceitos que também pretendemos abordar no presente trabalho.

#### **4. Familiaridade com objeto da pesquisa**

A escolha do tema partiu do interesse em melhor explorar o assunto, por se tratar de situação frequente em projetos de engenharia e construção. Pude participar da construção de dois pleitos em projetos distintos, um deles apresentado administrativamente ao Cliente e o outro submetido ao crivo do Poder Judiciário, sendo que o caso que tramita na Justiça ainda está em fase pericial, portanto sem conclusão até o momento.

#### **5. Bibliografia preliminar**

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

DA SILVA, Leonardo Toledo. *Direito e Infraestrutura*. São Paulo, Saraiva, 2012.

NELSON, Derek. *The Analysis and Valuation of Disruption*. Publicação feita pela empresa Hill International.

Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol. Segunda Edição. Fevereiro de 2017.

