



daquele que tinha a obrigação, nem à vontade daquele que receberia o bem ou serviço, sendo o fato imprevisível, inevitável.

Pelo dispositivo legal, a parte (devedor da obrigação, seja ele o LOCADOR – que detem a obrigação de dar em locação os equipamentos ou LOCATÁRIO- que detem a obrigação de pagar pela locação, restituir os bens locados), que não cumprir a obrigação por motivo de força maior, não responde, como regra, pelos prejuízos resultantes.

Contudo, para que se verifique a força maior no acontecimento, a parte deve provar que o efeito era impossível de ser evitado ou impedido (art. 393, do Código Civil), bem como que agiu com prudência e, ainda assim, não foi possível evitar o dano.

Pela leitura das decisões judiciais já existentes, é possível acolher, num primeiro momento, a pandemia do coronavírus como um fato imprevisível. Mas, com prudência, é preciso demonstrar a relação de causa e efeito existente entre a impossibilidade de cumprimento da obrigação (dar equipamentos em locação, entregar equipamentos vendidos, prestar serviços ou de outra, pagar a locação ou serviços, devolver/restituir equipamentos) com as medidas tomadas para combate ao Covid-19, ou seja, se **comprovada** a relação causa e efeito entre a suspensão da execução dos serviços, entrega ou devolução de bens locados e a suspensão das atividades da locadora ou locatária, poderá a parte alegar a força maior como excludente de responsabilidade, nos termos do artigo 393, do Código Civil.

Nesse passo, recomenda-se que quem não puder cumprir com sua obrigação, efetue **uma notificação imediata, com a justificativa da força maior.**

Uma vez já reconhecido o estado de Calamidade Pública, por força da pandemia decorrente do COVID 19, considerando que o segmento das associadas da ABRASFE não está inativo, mesmo porque ligados diretamente à construção civil, recomenda-se, se forem firmadas novas obrigações e novos serviços (novos contratos), haja cláusula expressa constando o novo coronavírus (COVID-19) como evento de Força Maior, de modo a dar maior segurança jurídica aos contratantes com a previsão das consequências em caso de descumprimento das obrigações contratadas, como por exemplo, a dilação ou suspensão do prazo para sua execução, desistência do negócio e encerramento das obrigações.

Não obstante, para contratos firmados antes da Declaração de Pandemia pelo Coronavírus, cabe aferir:

- 1.1- Se os contratos contêm uma cláusula de força maior, em que as partes preveem a suspensão temporária ou até a extinção das suas obrigações, sem qualquer dever de indenização ou indenização parcial, em face de acontecimentos inesperados e que

fogem ao seu controle, normalmente, previstos de forma exemplificativa, no próprio contrato, como atentados terroristas, guerra, fenômenos naturais, greves, etc, a parte fará uso de dita cláusula para a sua suspensão ou resolução, conforme o caso;

- 1.2- Se os contratos não contemplam uma cláusula de força maior, a suspensão das obrigações contraídas, sejam elas de “dar em locação” e assim, conseqüentemente entregar /disponibilizar os equipamentos ou pagar as locações ou devolver/restituir os bens locados, deverá ser fundamentada e a parte “devedora” deverá demonstrar o nexo causal entre os eventos relacionados à pandemia e os eventos que causaram o atraso ou descumprimento das obrigações, a exemplo de paralisação das atividades em decorrência de decretos Estaduais ou Municipais, impossibilidade de deslocamento para disponibilização/retirada/devolução/restituição dos bens por força de decretos que inviabilizem o transporte/acesso (ordem de restrição de entrada em determinados municípios ou Estados) entre o local da obra e o depósito da locadora.

A lei fala genericamente da posição de devedor” ao se referir que este não responderá pelos prejuízos causados pelo caso fortuito ou força maior, não importando a posição contratual que a empresa ocupe no contrato. Se ela for “devedora”, não irá responder, em tese, pelos prejuízos decorrentes do caso fortuito ou de força maior, salvo exceções:

- 1- A primeira delas é situação em que a mora ou atraso no cumprimento da obrigação ocorreu antes da verificação da situação imprevisível. Neste caso, embora o fato possa vir a atrasar a entrega/disponibilização do equipamento ou o pagamento da locação, esse atraso “extra” não prevalece sobre o original. Vele dizer: se já em mora com o cumprimento da obrigação quando deflagrada a declaração de pandemia do COVID 19, o atraso originário prevalece para fins de apuração do prejuízo.
- 2- Se notificados para a devolução dos bens, não a devolver no prazo, salvo se demonstrada cabalmente a impossibilidade de fazê-lo, poderão ser responsabilizados pelos prejuízos decorrentes.
- 3- Se descumprida a obrigação de conservação e zelo pelos equipamentos locados, de modo a tornarem inúteis ao fim a que se destinam, o caso fortuito ou força maior não tem, em princípio, o poder liberatório da obrigação de indenizar.

Portanto, considerando que a COVID 19 está sendo declarada como calamidade pública em vários países do mundo, inclusive no Brasil, que não se recorda na história recente de situações que geraram toques de recolher globais como está ocorrendo com presente pandemia, cremos que a pandemia do Covid-19 será considerada como caso fortuito ou de força maior e assim, as partes que não cumprirem com suas obrigações, na maioria dos

casos, estarão resguardadas pela legislação civil brasileira, lembrando, porém, que para a exclusão da responsabilidade, deve ser demonstrada a relação de causa e efeito, tendendo, caso não haja acordo entre as partes envolvidas, a terminarem sob o crivo do Judiciário.

Por certo que quando duas partes assinam um contrato, cada uma delas assume uma parcela de risco. Porém, em caso de um evento externo, alheio à vontade das partes, que abale esse acordo, o mais indicado é que se tente uma renegociação para não ampliar ainda mais os prejuízos, lançando mão de um mecanismo comum no direito empresarial, a declaração de força maior, que retira algumas obrigações em casos que fogem ao controle das partes.

Nesse passo, a título de orientação, conveniente adotar as seguintes medidas:

- 1- Levantamento dos contratos possivelmente impactados e cataloga-los,
- 2- Análise de cada um dos documentos para identificação da existência de cláusula tratando de caso fortuito ou de força maior nos mesmos,
- 3- Para os casos em que não existam essas cláusulas, é importante mensurar qual é o valor das multas aplicáveis e eventuais prejuízos, para se ter em mente o risco máximo possível e um parâmetro para negociações.
- 4- A par daí, montar um plano de ação, que contemple, no mínimo, os seguintes elementos: a redação de comunicados ao mercado, notificações às locatárias, aditivos contratuais que prevejam a COVID 19 como evento de força maior e suas implicações nas relações contratuais, definição de estratégias de negociação (abstenção da cobrança de juros e multa, ou sua redução, tomando como data base para tal, a declaração de Estado de Calamidade Pública no Brasil; descontos para indenização por equipamentos não devolvidos ou avariados, também, tomando data base, a declaração de Estado de Calamidade Pública no Brasil; dilação de prazo para devolução de equipamentos, respeitado o dever de zelo e conservação), montagem de dossiês para usos futuros e ajuizamento ou defesa de ações judiciais imprescindíveis.

Lembrando que todos esses documentos têm impacto jurídico futuro e devem ser escritos pensando em riscos processuais em potencial, devendo a empresa se valer de corpo jurídico para tanto.

Por fim, consignamos que embora haja muito espaço para discussões e teses jurídicas sobre casos de interpretação e aplicação de eventos de caso fortuito ou força maior, os quais, devem ser analisados e tratados individualmente, as tratativas negociais entre as partes devem ser prioridade, principalmente considerando o princípio da boa fé, norteador das relações contratuais, além de cooperação entre as partes envolvidas. Por certo que locadoras e locatárias que quiserem continuar trabalhando juntos no futuro, em circunstâncias em que nenhuma das partes pode ser considerada culpada, devem se pautar pela composição,

valendo-se do bom senso de ambos os lados. Evidente, porém, que esta não é uma situação preto no branco, mas que admite uma (vasta) zona cinzenta que efetivamente não guarda precedentes em igual patamar, na jurisprudência passada ou, ainda, na própria legislação aplicável, o que induz à negociação das partes, de boa-fé, objetivando a solução para um dilema inédito.

## **II- Considerações sobre normas Municipais, Estaduais e Federais**

No Brasil, a competência para legislar sobre "proteção e defesa da saúde" é concorrente, ou seja, União, Estados, Distrito Federal (Constituição Federal, art. 24, XII) e os Municípios (Constituição Federal, art. 30, II), podem legislar sobre a matéria. Ou seja, cabe à União apenas o estabelecimento de normas gerais sobre o assunto (art. 24, parág.1º) e aos Estados, e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local (art. 30, I).

Temos então que a União expede normas gerais que não podem ser contrariadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, os quais podem suplementar tal normatização por meios legislativos próprios e dentro da gama de seus interesses. Não havendo normas gerais da União, os demais órgãos da Federação podem exercer tal competência de forma plena, até que sobrevenha legislação federal (obrigatoriamente de caráter geral), quando a eficácia dos demais regramentos serão suspensos no que contrariem a norma federal.

No cenário atual, onde as medidas de enfrentamento ao vírus envolvem uma série de restrições a direitos previstos na Constituição, na medida em que o estabelecimento de quarentena e isolamento afetam, principalmente, o direito de ir e vir dos cidadãos, além de restrições nos transportes, não só de pessoas, como também de insumos, não se verifica, até o momento, uma coordenação entre os governos federal e estaduais de modo a pacificar a questão.

O decreto Federal nº 10.282 de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, define os serviços públicos e atividades tidas como essenciais e nessas, não se encontram incluídas as atividades de construção civil e seus segmentos, a exemplo das empresas locadoras de equipamentos. Não obstante, a Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, em seu artigo 3º, dá autorização para que os Estados e Municípios dentro de suas competências, adotem as medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública.

Ainda, os estados e os municípios são responsáveis solidariamente pelo Sistema Único de Saúde, conforme estabelece o artigo 198 da Constituição Federal, além da competência material de cuidar da saúde e assistência públicas consoante artigo 23.

Assim sendo, indaga-se as medidas tomadas pelos governadores estão de acordo com a responsabilidade constitucional de “garantir, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196 da Constituição)? Em outro passo ditas medidas podem limitar o direito constitucional de “ir e vir”, além de restringir atividade empresarial, que em alguns Estados da Federação são consideradas como essenciais? Mais ainda, como se portar diante do posicionamento do Governo Federal de que a atividade produtiva não pode parar com o risco de falência da economia?

Em recente decisão oriunda da ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) proposta pelo PDT para questionar a alteração do artigo 3º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, para que a excepcional restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal só ocorra por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), o Ministro Marco Aurélio, em sede de liminar, concedeu a cautela para reafirmar a competência concorrente dos entes federados, *vejamos*:

*“As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.*

Porém, dita ação sujeita-se ao julgamento pelo Plenário do STF.

Desse modo, temos consolidado até o momento, a par dos dispositivos Constitucionais citados, validados pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a competência entre União, Estados e Municípios é concorrente para a adoção de medidas atinentes à saúde pública, observado entretanto, que para a restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal, a necessidade de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em princípio, os decretos Estaduais e Municipais que limitam o desenvolvimento da atividade da construção civil, devem ser obedecidos, ressalvando, porém, que o Estado tem competência geral e o município local, de modo que se o Estado diz que é serviço essencial, para que o município o restrinja, há que comprovar interesse local relevante para tanto.

Concluindo, os Decretos Estaduais e Municipais, devem ser observados, devendo a parte que se sentir lesada, limitada no exercício de sua atividade laboral, que no caso específico das locadoras de bens e equipamentos para construção civil, podem ser reconhecidas como de atividade essencial no cenário atual onde a demanda para construção de hospitais, por exemplo, se mostra crescente, devem buscar na Justiça, o reconhecimento de sua atividade como essencial com conseqüente autorização para funcionamento, no intuito de não serem

penalizadas por descumprimento de ordens emanadas do executivo municipal ou estadual de sua sede ou obra, até que norma geral venha a tratar à respeito.

Sendo as ponderações que consideramos pertinentes, destacando que cada caso deve ser objeto de análise individualizada por cada empresa e seu departamento jurídico.

Att

Ana Lucia Borges de Oliveira

Sócia administradora da Borges de Oliveira Sociedade de Advogados