

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

PROJETO COLETIVO UNIFICADO DE PESQUISA

Estrutura jurídica e função econômica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção.

Lucila Saccarelli Nascimento

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

Versão de 30.09.2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

1.1. Tema

Estrutura jurídica e função econômica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção.

1.2. Contexto

As cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade (“Cláusulas”), consideradas como ferramentas negociais, de cunho econômico social, hábeis a fomentar transações de grande complexidade técnica e de altos valores financeiros, surgiram - como instituto moderno - e tiveram seu uso proliferado durante o século XIX, período marcado por forte lógica liberal e individualista (MONTEIRO, 2003, p. 70-71). Em razão de nosso sistema jurídico ser legalista e vertical, muitas vezes, esse tipo de disposição contratual é visto com certa antipatia pelo direito brasileiro.

Tais Cláusulas vêm sendo amplamente utilizadas por empresas exploradoras de atividades econômicas relacionadas a bens de capital, à construção civil e obras de infraestrutura (entre outras), que, pela própria natureza de suas atividades, negociam e pactuam contratos vultosos.

Em projetos de construção, as Cláusulas situam-se no centro de difíceis negociações contratuais, sendo extremamente comum esta previsão limitativa à responsabilidade das partes.

Trata-se de expediente contratual em que os riscos da execução do contrato são distribuídos entre os contratantes, no qual costuma-se estabelecer um percentual de limitação para danos diretos, normalmente com previsão de exceções expressas, e a exoneração da responsabilidade por danos indiretos e lucros cessantes. Desta forma, as partes contratantes, de posse de números tangíveis, podem ajustar e instrumentalizar a relação entre elas da maneira mais adequada aos seus interesses.

Percebe-se na prática, porém, que há uma assimetria conceitual para a convenção e delimitação dessas responsabilidades pelos agentes envolvidos em um projeto de construção (acionistas, dono da obra, fornecedor, agentes jurídicos, financiador). Diversos agentes parecem ter visões distintas sobre o que objetivamente tais cláusulas visam limitar. O mesmo vale para as exceções usualmente previstas, em tais cláusulas. Algumas visões são óbvias e outras polêmicas.

13. Modelo de pesquisa predominante:

O trabalho terá um escopo mais amplo e assumirá caráter exploratório, como projeto coletivo de pesquisa com o aluno Luiz Felipe Silveira (Tema: Dano indireto e culpa grave no contexto de cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade, em contratos de construção).

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso:

- a) Em que consistem e em que contextos são comumente previstas as cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade?

Fontes: doutrina e legislação.

- b) Qual a função econômica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção? Qual a sua estrutura jurídica e como são tipicamente organizadas em tais contratos?

Fontes: doutrina, documentos com acesso autorizado e uso da própria experiência.

- c) Que eventos se consideram compreendidos na limitação de responsabilidade do construtor na categoria de danos diretos (custos de refazimento, garantia, substituição do construtor inadimplente)? E na categoria de danos indiretos?

Fontes: doutrina, jurisprudência, legislação (Common Law e Código Civil Brasileiro).

- d) Quais são as expectativas dos agentes envolvidos na formalização de um contrato de construção (acionistas, dono da obra, fornecedor, engenheiros, agentes jurídicos, financistas) com relação a cláusula de limitação e exoneração de responsabilidade? A estrutura típica de tais cláusulas está indo de encontro com a função econômica/negocial de tais cláusulas segundo a visão dos agentes?

Fontes: - entrevistas com os agentes envolvidos na formalização de um contrato de construção (acionistas, dono da obra, fornecedor, engenheiros, agentes jurídicos, financistas), documentos com acesso autorizado.

- e) Que eventos de responsabilidade em contratos de construção costumam gerar controvérsia ou judicialização, no tocante à imputação ou à limitação da responsabilidade do construtor?

Fontes: doutrina e jurisprudência.

- f) É juridicamente possível adotar parâmetros de limitação de responsabilidade nos contratos de obras públicas? Em que circunstâncias isso faz sentido e quais as limitações?

Fontes: doutrina e legislação.

- g) Que aprimoramentos podem ser implementados nas cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade dos contratos de construção, para (i) uma melhor compreensão da realidade (ex: extensão do dano) e segurança jurídica nas tomadas de decisões dos agentes participantes na formação do contrato de construção, assim como para (ii) a mitigação de riscos de controvérsias futuras entre as partes signatárias de tais contratos, provenientes da diversidade de expectativas de tais agentes?

Fontes: doutrina, entrevistas com os agentes, uso da própria experiência e definição coletiva.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

3.1. Relevância prática

O que se objetiva com o trabalho de pesquisa é buscar compreender e explicitar a visão e expectativas de tais agentes sobre o real sentido e alcance das cláusulas de limitação de responsabilidade sob a perspectiva econômica.

3.2. Caráter inovador

Os trabalhos existentes sobre as cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade usualmente se repousam sobre as discussões quanto à validade desses arranjos obrigacionais. O objetivo desse trabalho é suprir uma lacuna conceitual e de expectativas, criando uma ponte entre a visão do mercado e a visão acadêmica.

A ideia, ao final, é propor modelo(s) típico(s) de Cláusulas no qual as partes possam aumentar seu bem-estar através de um contrato que seja juridicamente executável, e, desta forma, trazer segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico, assim como afretar maximização, equilíbrio e eficiência às relações jurídicas.

3.3. Potencial de impacto

Com isso, se buscará conduzir as partes a comportamentos honestos e cooperativos, minimizando problemas de comunicação, alocando riscos, com o intuito de acabar com as falhas de interpretação e garantir a efetivação das Cláusulas, respeitando a sociedade e fomentando o mercado como um todo.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Atuo como advogada consultiva na área de infraestrutura há aproximadamente 15 (quinze) anos e percebo sempre, quando das negociações de contratos de construção, uma assimetria conceitual para a definição e delimitação das

responsabilidades nas Cláusulas, pelos agentes envolvidos nos projetos de construção.

5. Bibliografia preliminar

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

AVELAR, Letícia Marquez de. *A cláusula de não indenizar*. São Paulo: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – renúncia ao direito de indenização – promessa de fato de terceiro – estipulação em favor de terceiro. *Doutrinas essenciais de direito civil*, v. 4, p. 561-569, out. 2010.

FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de direito*, 2014, v.1.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2.ed.rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 43, p. 33-75, jul/set, 2010.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003 (reimpressão).

PERDIGÃO, José de Azevedo. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas de responsabilidade civil: noções gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, v.6, p. 25-63, 1946.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latim, 2009.

PRATA, Ana. *Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

6. Sumário Preliminar:

- 1 Considerações iniciais sobre as cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade.
 - 1.1. Definição e contextos em que são previstas
 - 1.2. *Common Law*
 - 1.3. Direito Brasileiro

- 2 A Estrutura Jurídica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade nos contratos de construção
 - 2.1. Eventos de danos diretos do construtor
 - 2.2. Eventos de danos indiretos do construtor

- 3 Função Econômica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção.
 - 1.1. Interpretação dos contratos de construção
 - 1.2. Expectativas dos agentes envolvidos na formulação de um contrato de construção
 - 1.3. Assimetria entre a estrutura típica de tais cláusulas e a função econômica segundo a visão dos agentes?

- 4 Judicialização
 - 4.1. A visão dos Tribunais Brasileiros em relação às cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade
 - 4.2. Eventos geradores de controvérsia à imputação ou à limitação da responsabilidade do construtor

- 5 Adoção de parâmetros de limitação de responsabilidade nos contratos de obras públicas
 - 5.1. Possíveis circunstâncias
 - 5.2. Limitações

- 6 Aprimoramentos na estrutura típica e interpretação das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade nos contratos de construção
 - 6.1. Uma melhor compreensão da realidade
 - 6.2. Mitigação de riscos de controvérsias futuras provenientes da diversidade de expectativas de tais agentes.

Conclusões

Bibliografia

