

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

**Dano indireto e culpa grave no contexto de cláusulas de limitação e exoneração de
responsabilidade em contratos de construção**

Luiz Felipe Silveira

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

Versão de [29.09.2019]

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

O objetivo inicial do tema será propor uma conceituação de danos indiretos e culpa grave a partir da conciliação da dogmática tradicional com a racionalidade econômica dos institutos. O ponto de partida será inseri-los no contexto de cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção, de modo a se extrair as diversas funções que estes exercem no contexto negocial e de administração contratual, sobretudo no que toca a limitação de riscos e a estrutura de incentivos para as partes contratantes. Ato contínuo, sob a perspectiva dogmática, se analisará as correntes doutrinárias existentes sobre os institutos e como tribunais práticos os têm aplicado. Tangencialmente, se apresentará como dano indireto e culpa grave surgiram, evoluíram e se desenvolveram na experiência estrangeira da *Common Law*, a qual servirá elemento interpretativo para iluminar controvérsias doutrinárias brasileiras sobre os temas.

Adicionalmente, dada a notória dificuldade na interpretação e aplicação tanto dos danos indiretos como a culpa grave no contexto de litígios em contratos de construção, se apresentará elementos contratuais práticos para que as partes possam identifica-los e delimitá-los *ex ante* por meio de cláusula de agravamento/atenuação de responsabilidade contratual. No que toca aos danos indiretos, serão propostos elementos contratuais para definir o âmbito de causalidade dos atos ilícitos de natureza contratual e extracontratual. Adicionalmente, se procurará identificar os tipos de inadimplemento contratual passíveis de serem caracterizados

como culpa grave e que, portanto, não estão incluídos nessas cláusulas de atenuação da responsabilidade contratual.

No que toca ao mercado de construção, a relevância do tema se insere inicialmente a partir de um marco histórico relevante: a abertura do mercado brasileiro iniciada nos anos 90 e o seguido processo de privatização das empresas estatais, o que fez com que o país recebesse grandes investidores internacionais e com eles a necessidade de incorporação pelo mercado nacional de práticas contratuais estrangeiras de raízes na *common law*, em especial do sistema estadunidense e britânico. Essa incorporação foi particularmente relevante no mercado de construção de grandes obras em que pouco a pouco a prática nacional foi absorvendo novos tipos contratuais como contratos de *EPC lump sum*, EPCM, dentre outros.

No contexto empresarial, estes instrumentos surgiram como importantes ferramentas para (i) estabelecer os incentivos adequados a formatação dos negócios para os atores envolvidos e (ii) dar maior previsibilidade a projetos que, por sua grande complexidade e impacto nas sociedades estão sujeitos a diversos fatores internos e externos (riscos) que podem afetar diretamente os objetivos dessas empreitadas, tanto de forma positiva (oportunidades) como negativa (riscos negativos).

Em decorrência da absorção de práticas de gestão destes riscos, surgiram cláusulas nestes arranjos contratuais que buscam alterar os moldes da responsabilidade no caso de inadimplemento contratual. Na prática, estas cláusulas normalmente visam: (i) excluir ou estabelecer limites de responsabilidade contratual¹ (ex. percentual sobre o valor do contrato); (ii) delimitar a natureza do dano indenizável (por exemplo, exclusão de danos indiretos, lucros cessantes, etc.) e (iii) estabelecer descumprimentos contratuais que tal limite não é aplicável (ex. dolo e culpa grave²). O intuito destas cláusulas é claramente, de um lado, reduzir o nível de contingências decorrente da exposição financeira da parte contratada para execução da obra – e conseqüente o preço do serviço contratado – e, de outro, incentivar comportamentos em prol da execução do projeto e evitar oportunismos.

Contudo, dadas as idiosincrasias e limitações impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a adoção irrefletida de cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade atreladas a conceitos de dano indireto e culpa grave pode levar a conseqüências indesejadas aos agentes econômicos, na medida em que, quando levada a litígio, estará sob o crivo de interpretação do judiciário ou de câmaras arbitrais brasileiras.

¹ Em alguns casos, as cláusulas também versam sobre responsabilidade extracontratual.

² Grande parte da doutrina considera, inclusive, que dolo e culpa grave estarão sempre fora do limite de responsabilidade por terem caráter de ordem pública. Para uma compreensão dessas teorias, v. FERNANDES, WANDERLEY. *Cláusula de Exoneração e Limitação de Responsabilidade*. Ed. Saraiva, 2013.

Neste sentido, com relação ao dano indireto, há notáveis divergências terminológicas na doutrina, ora assumindo como sendo (i) dano indenizável por falta de causalidade direta³, (ii) dano reflexo ou por ricochete⁴, ora (iii) como cadeia de prejuízos⁵. Há também uma divergência conceitual com a tradição da *common law*, desenvolvida a partir da doutrina dos *consequential damages* do *leading case Hadley v Baxendale*, um precedente inglês de 1854, em que danos indiretos seriam vistos como lucros cessantes.

Um segundo elemento para configuração do dever de indenizar, é o nexo de causalidade que funciona como condição de existência da obrigação de indenizar e auxilia na delimitação da extensão do dano juridicamente indenizável⁶. Sobre o tema, destacam-se três correntes doutrinárias: a teoria da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato⁷. Denota-se que, não obstante a doutrina brasileira já ter envidado esforços para categorizar danos indiretos e delimitar sua extensão, a mesma não é uníssona com o tema, tampouco existe uma uniformização na jurisprudência⁸.

Caso semelhante ocorre com culpa grave, cuja definição atual importa num elevado grau de subjetividade, em que a própria doutrina reconhece a “dificuldade na identificação fática de identificação do limite entre dolo, dolo eventual, culpa consciente e outras possibilidades de manifestação do comportamento humano que não se emolduram na dualidade de dolo e culpa”⁹.

Na prática, a indefinição quanto ao conceito e aplicação de institutos como danos indiretos e o padrão de conduta da culpa grave impede a tomada de decisões informadas dos

³ Visão segundo o jurista francês Robert Joseph Pothier em POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations: selon règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. 1. 2. ed. Paris: Debure; Orleans: J. Rouzeau-Montaut, 1764, §§ 161 e 162.

⁴ VENOSA, Silvio De Salvo *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, Vol. 4, 3ª Ed. Atlas, 2003, *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, Vol. 4, 3ª Ed. Atlas, 2003, p. 31.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva: 1990. p.58.

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 153.

⁷ Para uma compreensão dessas teorias, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*, 1ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, p. 155-164 ou ainda Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949, p.303-306.

⁸ Dano indireto como dano não indenizável por falta de causalidade direta: v. TJ-SP - APL: 01110261420118260100 SP 0111026-14.2011.8.26.0100, Relator: Soares Levada, Data de Julgamento: 25/08/2014, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/08/2014. Dano indireto como dano reflexo ou por ricochete: v. TRT 3ª R. 2ª T., RO 1019-2007-042-03-00-3, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira. DJEMG 29.07.2009. Acesso em 14.11.2011; STJ - Recurso Especial Resp 876448 RJ 2006/0127470-2 (STJ); Agravo Regimental no Recurso Especial 2010/0166978-7, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, T1 - Primeira Turma, 03/06/2014; Recurso Especial 2008/0009761-1, Ministro Luis Felipe Salomão, T4 - Quarta Turma, 25/06/2013.

⁹ Azevedo, Antonio Junqueira De. Nulidade da Cláusula Limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave, P; 430-31

agentes envolvidos em negociações contratuais e eleva os custos de transação relacionada a imprevisibilidade de solução de litígios.

Deste modo, em vista as lacunas apontadas, se pretende, por meio do método de pesquisa de solução de problema e estudo de caso, compor um estudo sistematizado sobre os conceitos de dano indireto e culpa grave que contemple como elemento hermenêutico a racional econômica destes institutos e sua conformação a dogmática. Conforme já dito, se levará também em conta contribuições do direito norte americano e inglês, os quais já possuem uma rica jurisprudência sobre os temas ora analisados. A partir da junção desses elementos, e levando em conta o contexto de complexidade dos contratos de construção, se pretende propor conceitos mais aderentes a relação negocial.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

1. Quais os sintomas da situação problemática associada ao uso do conceito de culpa grave e dano indireto para limitação ou exoneração de responsabilidade em contratos de construção? Qual o diagnóstico e as possíveis causas do problema?

As fontes de pesquisa para responder ao Quesito 1 são:

- (i) Legislação brasileira;
- (ii) Jurisprudência e decisões de Câmaras Arbitrais disponíveis para consulta;
- (iii) Análise empírica por meio de trabalho coletivo;

2. Qual é a tipologia tradicional de danos e padrões de conduta relacionadas a configuração da culpa/dolo segundo a tradição da *common law*? E segundo a lei brasileira? Quais são as divergências conceituais?

As fontes de pesquisa para responder ao Quesito 2 são:

- (i) Jurisprudência brasileira, norte americana e inglesa;
- (ii) Doutrina nacional e internacional;

3. Há um sentido econômico e jurídico na adoção da culpa grave como exceção às cláusulas de limitação ou exoneração do dever de indenizar? E dos danos indiretos?

As fontes de pesquisa para responder ao Quesito 3 são:

- (i) Doutrina;
- (ii) Artigos científicos da Análise Econômica do Direito;
- (iii) Artigos de disciplinas como administração e finanças;

4. Qual a definição mais adequada de culpa grave no contexto de contratos de construção, no ordenamento jurídico brasileiro? E dos danos indiretos? Qual o tratamento dado pelas minutas-standard para esse tema?

As fontes de pesquisa para responder ao Quesito 4 são:

- (i) Doutrina e jurisprudência;
- (ii) Minutas de acesso do pesquisador;

5. Quais os riscos associados à adoção do conceito de culpa grave como exceção às cláusulas de limitação de responsabilidade? E danos indiretos? Como mitigar tais riscos e qual o tratamento contratual recomendável nesse aspecto?

As fontes de pesquisa para responder ao Quesito 5 são:

- (i) Artigos científicos da Análise Econômica do Direito;
- (ii) Artigos de disciplinas como administração e finanças;

*O presente trabalho será conduzido de forma coletiva com a Tese de Dissertação de Lucila Saccarelli Nascimento, cujo tema é “Estrutura jurídica e função econômica das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contratos de construção”. O quesito em que há referência como fonte “pesquisa empírica” revela o momento do trabalho em que haverá intersecção dos temas.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A inexistência de uma avaliação uniformizada da doutrina brasileira quanto os conceitos de dano indireto e culpa grave tem grande relevância nos contratos de construção na medida em que impede que os agentes tomem decisões informadas, principalmente no que tange ao nível de exposição financeira dos projetos e alocação correta dos riscos entre as partes.

Deste modo, uma conceituação clara destes institutos é relevante para orientar não só as partes no momento das negociações (inclusive no tocante a definição de contingências nos preços), como também os árbitros na definição dos danos indenizáveis dentro de litígios e descumprimentos contratuais em que o limite de responsabilidade contratual não é aplicado, como é o caso da culpa grave.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Advogo no departamento jurídico de uma grande empresa na área de infraestrutura que atua como construtora em grandes obras no mercado de mineração, energia e Oil & Gas com projetos em todos os continentes. Na fase da proposta, participo diretamente nas rodadas de negociação destes projetos, e, sob a perspectiva interna, acompanho as análises de risco conduzidas pelo *board* da companhia que serão subsídios para formulação do preço apresentado para o cliente. Durante a execução dos contratos, auxilio nos temas de administração contratual, principalmente na formulação de pleitos.

Tais experiências são de grande valia para compreender o sentido econômico das cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade, eis que possibilitam a aproximação da empiria profissional com a dogmática, sendo este o pilar mestre deste trabalho.

5. Sumário

1. INTRODUÇÃO

2. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

2.1. Da complexidade de contratos de construção

2.1.1. Definições conceituais

2.1.2. Dos tipos contratuais e estrutura de incentivos

2.1.3 Da alocação de riscos

2.1.4. Da precificação de propostas e administração de pleitos em contratos de construção

2.2. Cláusula de limitação de responsabilidade contratual em contratos de construção

2.2.1. Da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual

2.2.1.1. Da visão segundo a tradição da *Common Law*

2.2.2. Da possibilidade de atenuar a responsabilidade civil

2.2.3. Características típicas segundo *minutas standard*

2.2.4. Das hipóteses de exclusão do limite de responsabilidade

2.2.5. Sintomas da situação problemática associada ao uso do conceito de culpa grave e dano indireto

3. Danos indiretos e Culpa grave

3.1. Do dever de indenizar segundo a tradição da Civil Law

3.1.2 Do Ato ilícito e a culpa grave

3.1.2.1 Da violação do direito

3.1.2.2 Da culpa e dolo

3.1.2.3. Da culpa grave e a gradação da culpa

3.1.2.4. Da interpretação dada pelos tribunais

3.1.2.5 Da interpretação alternativa segundo o direito penal

3.1.3 Nexo de Causalidade e danos indiretos

3.1.3.1. Do Dano Indenizável

3.1.3.2. Do nexo de causalidade

3.2. Do dever de indenizar segundo o direito norte americano e inglês

3.1.2 Do Ato ilícito e a culpa grave

3.1.2.1 Da violação do direito

3.1.2.2 Da culpa e dolo

3.1.2.3. Da gradação da culpa

3.1.2.4. Da interpretação pelos tribunais

3.1.3 Nexo de Causalidade e danos indiretos

3.1.3.1. Do Dano Indenizável

3.1.3.2. Da dicotomia entre *general damages* e *special/consequential damages*

3.3. Da conformação dos conceitos de dano indireto e culpa grave a realidade econômica

4. Da problematização dos conceitos a complexidade dos litígios em contratos de construção

4.1. Da aplicação de conceitos

4.1.1. Do estudo de caso

4.1.1.1 Do problema

4.1.1.2 Da cláusula de limitação e exoneração de responsabilidade

4.1.1.3 Da caracterização de culpa grave

4.1.1.4 Da quantificação de danos

4.2. Das lições aprendidas e alternativas típicas de exoneração e limitação de responsabilidade em contratos de construção

4.2.1. Definição de culpa grave em situações específicas de descumprimento contratual

4.2.2. Delimitação do âmbito de causalidade do dano indenizável

5. CONCLUSÕES

6. Bibliografia preliminar

AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1949

AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2009

AVELAR, Leticia Marquez de. *A cláusula de não indenizar: uma exceção do direito contratual à regra da responsabilidade civil*, Curitiba, Juruá, 2012.

AZEVEDO, ANTONIO JUNQUEIRA DE. *Nulidade da Cláusula Limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional*. In: ____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTELHO DE MESQUITA, MARCELO ALENCAR. *Contratos chave na mão (turnkey) e EPC (Engineering, Procurement, Construction): primeira aproximação: conteúdo e qualificações*. São Paulo. Ed. Almedina, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros, 2000.

DINIZ, MARIA HELENA. *Curso de Direito civil brasileiro*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1990.

DO CARMO, LIE UEMA. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo. Almedina, 2019.

EISENBERG MELVIN ARON. "The Principle of Hadley v. Baxendale". Disponível em <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=californialawreview>

FERNANDES, WANDERLEY. *Cláusula de Exoneração e Limitação de Responsabilidade*. Ed. Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *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*, Revista dos Tribunais, vol. 769, 1999.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações: contratos: compra e venda, locação, empreitada*, 2ª ed., 4ª reimp. Coimbra, Almedina.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*, v. II, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2011

MURPHEY, ARTHUR G. JR. "Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley" Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murphey.html>.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2008

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, Rio de Janeiro, Borsóí, 1958.

POTHIER, ROBERT JOSEPH. *Traité des obligations: selon règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, t. 1. 2. ed. Paris: Debure; Orleans: J. Rouzeau-Montaut, 1764.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 4, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

STOCO Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 5ª ed., São Paul, Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, SILVIO DE SALVO *Direito Civil. Responsabilidade Civil*, Vol. 4, 3ª Ed. Atlas, 2003

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*, v. 4, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.

