



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
RODRIGO LEANDRO SANTOS COLOMBINI**

**VIABILIZAÇÃO ECONÔMICA DE PROJETOS:  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR**

Palhoça

2017

**RODRIGO LEANDRO SANTOS COLOMBINI**

**VIABILIZAÇÃO ECONÔMICA DE PROJETOS:  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade do Sul de Santa  
Catarina, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hernani Luiz Sobierajski, Msc.

Palhoça  
2017

**RODRIGO LEANDRO SANTOS COLOMBINI**

**VIABILIZAÇÃO ECONÔMICA DE PROJETOS:  
CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 06 de dezembro de 2017.

---

Prof. e orientador Hernani Luiz Sobierajski, Msc..  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Profa. Dilsa Mondardo  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Hercilio Lentz  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

### **VIABILIZAÇÃO ECONÔMICA DE PROJETOS: CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 09 de setembro de 2017.

**RODRIGO LEANDRO SANTOS COLOMBINI**

Dedico este trabalho a Deus e a minha família que me apoiaram a estudar Direito, apesar de todas as adversidades enfrentadas, que, aliás, se transformaram em motivação para prosseguir.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a minha esposa Denise que teve paciência com todos os finais de semana que dediquei atenção exclusiva a este trabalho e que me incentivou e apoiou sem reclamar. Também agradeço muito ao meu filho Arthur Gabriel que no auge dos seus 7 anos de idade aceitou ficar brincando de Lego em silêncio enquanto eu fazia as leituras de referência para o estudo do trabalho. Agradeço ao professor Hernani que confiou em mim apesar da distância que nos separa de 10 mil quilômetros e que sempre me retornou de forma impressionantemente rápida nos momentos que necessitei auxílio. E por fim meu agradecimento especial vai para a professora Dilsa e a tutora Suele que me orientaram e ajudaram não só com aspectos do trabalho, mas com detalhes para conclusão do curso desde o momento que tomei ciência que me mudaria de continente.

"O conhecimento é um valor que precisa não apenas ser cultivado, mas compartilhado." (Cláudia Laitano, 2013).

## RESUMO

O trabalho a seguir busca mostrar as formas amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro de viabilizar empreendimentos reduzindo o custo total do projeto através da limitação da obrigação de reparar em casos de não cumprimento do objeto do contrato ou cumprimento parcial. Para tanto a fim de contextualizar e preparar a ponte entre o aspecto técnico e econômico, o trabalho discorrerá brevemente sobre os conceitos de risco e como identifica-los, garantias contratuais de performance e sobre o custo do risco, passando então para a diferenciação entre responsabilidade e obrigação de indenizar que já são matérias estritamente do Direito e que darão o pano de fundo para o estudo das cláusulas contratuais de limitação da obrigação de reparar. E por fim após toda a abordagem técnica sobre os aspectos jurídicos o trabalho propõe uma forma organizada de se mecanizar este processo de análise de risco e direcionar as responsabilidades com amparo legal. Conclui se então o trabalho com uma recapitulação sucinta buscando clarificar a linha lógica proposta.

Palavras-chave: Limites de responsabilidade. Cláusulas de exoneração. Limitação de reparação. Exclusão de responsabilidade.

## **ABSTRACT**

The purpose of the following study is expose the ways supported by the Brazilian legal system to make feasible ventures, reducing the total cost of the project by repair obligation limits in cases of non-compliance with the object of the contract or partial compliance. In order to contextualize and prepare the bridge between the technical and economic aspects, the paper will briefly discuss the concepts of risk and how to identify them, performance guarantees in the contractual and the cost of risk, going to the differentiation between liability and obligation to indemnify, that those are already matters strictly of the Law and that will give the background for the study of the contractual clauses of limitation of the obligation to repair. And finally after all the technical approach on the legal aspects the study proposes an organized way to mechanize this process of risk analysis and direct the responsibilities with legal protection. The paper concludes with a succinct recapitulation clarifying the proposed logical line.

Key-words: Limits of liability. Disclaimer clause. Limitation of repair.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Três perspectivas para identificação de risco .....	16
Figura 2 – Simulação do impacto do custo do risco no valor total do projeto.....	20
Figura 3 – Análise comparativa de preços com referências de instalação.....	24
Figura 4 – Tabela comparativa de garantias de performance .....	25
Figura 5 – Tabela de penalidade x Garantia de performance .....	38
Figura 6 – Exemplo de cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade em contrato de fornecimento contínuo de material e serviço .....	42
Figura 7 – Exemplo de cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contrato EPC.....	44

## **LISTA DE SIGLAS**

CC – Código Civil Brasileiro

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DCD – Código de Defesa do Consumidor

IRM – The Institute of Risk Management

PMI – Project Management Institute

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 RISCO E RESPONSABILIDADES .....</b>	<b>14</b>
2.1. GERENCIAMENTO DE RISCO.....	15
2.2. ANÁLISE DE RISCO .....	16
2.3. GARANTIAS DE PERFORMANCE CONTRATUAIS .....	17
2.4. CUSTO DO RISCO .....	18
<b>3 RESPONSABILIDADE E DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER .....</b>	<b>21</b>
3.1. RESPONSABILIDADE JURIDICA E CIVIL .....	21
3.2. A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER.....	23
<b>4 CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO E EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR.....</b>	<b>27</b>
4.1. ASPECTOS LEGAIS PARA CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO E EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR .....	27
4.2. SEGURO DE RESPONSABILIDADE.....	31
4.3. LIMITAÇÃO DO MONTANTE TOTAL DA REPARAÇÃO.....	33
<b>5 METODOLOGIA PROPOSTA PARA DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE EXONERAÇÃO E OU LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO REPARAÇÃO.....</b>	<b>35</b>
5.1. DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO.....	35
5.2. TRATAMENTO DO RISCO .....	40
5.3. DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE EXONERAÇÃO E LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR .....	41
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Observa-se que muito valor é destruído na área de projetos de bens de capital por não haver sinergia entre o contrato discutido, os departamentos jurídicos das empresas e a natureza técnica-econômica do projeto em si. Além disso, muitos planos deixaram de acontecer devido a impasses jurídicos. Entre os efeitos negativos estão a inibição na geração de valor para a economia local e os avanços tecnológicos represados, já que a exposição ao risco de novas tecnologias não é dividida de forma coerente entre as partes.

Assim sendo, o presente trabalho tem o objetivo de auxiliar os processos, buscando facilitar as negociações entre empresas investidoras e fornecedoras. Quando um novo projeto se torna realidade, inúmeros empregos são gerados, entretanto, quando não acontece ou termina no insucesso, impacta negativamente a economia por meio de demissões (falta de serviço ou fechamento de empresas) e cortes orçamentários buscando a sobrevivência, após as perdas, das empresas envolvidas.

Para atingir tal objetivo, o trabalho utiliza os métodos de abordagem dedutivo e qualitativo, sendo a análise feita do geral para o específico. Partirá da legislação vigente, da visão geral dos contratos entre empresas pelo código civil e dos entendimentos doutrinários, onde se observam a teoria e a fundamentação jurídica a respeito da responsabilidade civil e do direito das obrigações, chegando ao assunto específico, referente às cláusulas contratuais de exoneração e limitação da obrigação de reparar.

A técnica de pesquisa empregada é bibliográfica, fundamentada em obras de referência publicadas no Brasil e formadoras da doutrina disponível, no código civil, em artigos e nas jurisprudências. Como o assunto abordado é relativamente atual no universo jurídico brasileiro, sendo a legislação pertinente de 2002, muitos textos tomados por base são oriundos de publicações especializadas com acesso online. Desta forma, por tratar de um tema original, o trabalho em questão poderá subsidiar posteriores pesquisas na área.

O seu cerne está dividido em capítulos, estruturados da seguinte maneira: o segundo capítulo conceitua o risco e seus aspectos, estabelecendo um ponto de partida para entendimento da problemática; o terceiro capítulo explana sobre

responsabilidade e obrigação de indenizar, associadas ao risco assumido; no quarto capítulo as cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar são estudadas a fundo, abordando como transferir o risco e limitar os valores máximos de indenização; e, por fim, o quinto capítulo apresenta uma proposta de mecanização do processo de análise e negociação, através de uma sequência lógica de trabalho, nascendo na engenharia, passando pelo jurídico e terminando no acordo comercial.

Por se tratar de um tema complexo, com aspectos que transitam entre o direito e as áreas técnicas, o trabalho utilizará uma linguagem simples, permitindo que os profissionais de ambos os âmbitos compreendam os assuntos que não lhes são familiares. Embora o vocabulário empregado ambicione proporcionar uma leitura leve, haverá a profundidade técnica necessária para o desenvolvimento dos conceitos.

## 2 RISCO E RESPONSABILIDADES

Risco é a incerteza de que um evento venha a acontecer com certa probabilidade, seja com efeito positivo ou negativo. Esta é a definição mais aceita nas literaturas recentes sobre identificação e gerenciamento de risco. Sendo assim, podemos classificar o risco em oportunidade, quando favorável e ameaça, quando desfavorável.

A ABNT (2009, p. 1) define risco como:

Risco

efeito da incerteza nos objetivos

NOTA 1 Um efeito é um desvio em relação ao esperado – positivo e/ou negativo.

NOTA 2 Os objetivos podem ter diferentes aspectos (tais como metas financeiras, de saúde e segurança e ambientais) e podem aplicar-se em diferentes níveis (tais como estratégico, em toda a organização, de projeto, de produto e de processo).

NOTA 3 O risco é muitas vezes caracterizado pela referência aos eventos (2.17) potenciais e às consequências (2.18), ou uma combinação destes.

NOTA 4 O risco é muitas vezes expresso em termos de uma combinação de consequências de um evento (incluindo mudanças nas circunstâncias) e a probabilidade (2.19) de ocorrência associada.

NOTA 5 A incerteza é o estado, mesmo que parcial, da deficiência das informações relacionadas a um evento, sua compreensão, seu conhecimento, sua consequência ou sua probabilidade.

O guia Project Management Body of Knowledge – PMBOK apresenta a seguinte definição de risco:

O risco do projeto é um evento ou condição incerta que, se ocorrer, provocará um efeito positivo ou negativo em um ou mais objetivos do projeto tais como escopo, cronograma, custo e qualidade. Um risco pode ter uma ou mais causas e, se ocorrer, pode ter um ou mais impactos. Uma causa pode ser um requisito, premissa, restrição ou condição potencial que crie a possibilidade de resultados negativos ou positivos. Por exemplo, as causas podem incluir o requisito de uma autorização ambiental para o trabalho, ou limitações de pessoal designado para planejar o projeto. (PMI, 2013, p. 309).

Normalmente associa-se o risco à condição desfavorável da incerteza, no entanto, quando se faz identificação e gestão de risco, é de suma importância que tanto resultados positivos quanto negativos sejam contabilizados com suas respectivas probabilidades. O principal propósito de se identificar e gerenciar risco é ter uma visão do custo, de forma global, para mitigar e reagir aos eventos desfavoráveis, e, também, apontar as oportunidades que possam ser perseguidas e trabalhadas, permitindo maior geração de riquezas.

O The Institute of Risk Management faz a seguinte afirmação:

O simples facto de existir atividade, abre a possibilidade de ocorrência de eventos ou situações cujas consequências constituem oportunidades para obter vantagens (lado positivo) ou então ameaças ao sucesso (lado negativo). (IRM, 2002, p. 2).

Os riscos podem ser de tipos variados, econômico-financeiros, técnicos, jurídicos, políticos, contratuais, dependendo das suas causas e impactos. Desta forma, é importante salientar que toda atividade apresenta algum risco, sendo consenso no mundo dos negócios que são nos maiores riscos que se encontram as maiores oportunidades.

Cada empresa tem maior ou menor facilidade de lidar com os variados tipos de risco e isso se deve às suas competências naturais, associadas ao tipo de negócio e de cultura organizacional. Quando há uma divisão coerente e justa da assunção do risco, ou seja, quem o assume é remunerado por isso e o mais preparado para tal, é gerado o máximo valor agregado possível à ocasião.

## 2.1. GERENCIAMENTO DE RISCO

Com as pressões do mercado competitivo, as empresas tiveram que reduzir suas margens de lucro a valores muito baixos e, para evitar prejuízos, passaram a se aprofundar na gestão de risco, tornando-a parte da estratégia, sendo vital para a sobrevivência dos negócios.

O gerenciamento de risco é o processo de identificar, acompanhar e responder aos riscos de forma que o controle seja mantido. O Project Management Institute – PMI define gerenciamento de risco no PMBOK da seguinte maneira:

O gerenciamento dos riscos do projeto inclui os processos de planejamento, identificação, análise, planejamento de respostas e controle de riscos de um projeto. Os objetivos do gerenciamento dos riscos do projeto são aumentar a probabilidade e o impacto dos eventos positivos e reduzir a probabilidade e o impacto dos eventos negativos no projeto. (PMI, 2013, p. 308).

Basicamente o gerenciamento de risco tem as seguintes etapas:

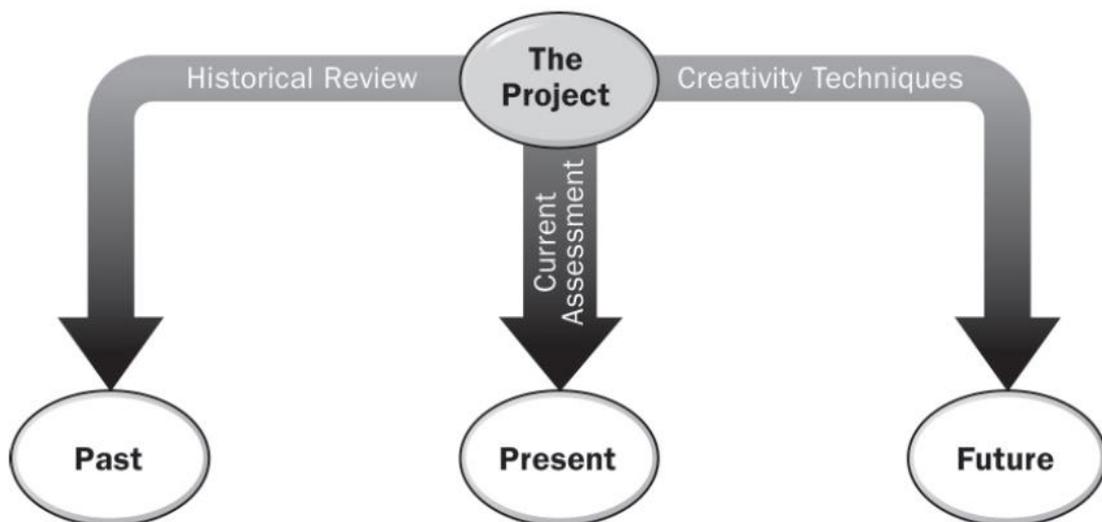
- Análise de risco: Onde os riscos são identificados, classificados e mensurados;

- Definição do tratamento do risco: Onde é definido se o risco vai ser mitigado, transferido ou aceito. Também é onde se definem as ações de resposta aos riscos em caso de ocorrência.
- Monitoramento do risco: Onde é feito o acompanhamento da maturação dos riscos, identificação de novos riscos e descarte dos riscos não ocorridos.

É no momento da definição do tratamento dos riscos que se decide quais serão transferidos a terceiros através das cláusulas de limitação de responsabilidade nos contratos. Esta transferência pode ocorrer da empresa para seus clientes, para seus fornecedores. Também pode ocorrer de a empresa optar pela contratação de um seguro específico para cobertura do risco.

Na Figura 1, o PMI retrata na obra Practice Standard Project Risk Management de 2009 de forma visual como se identificam os riscos olhando para o passado (histórico), para o presente (o caso em análise) e para o futuro (uso da criatividade para identificar possíveis oportunidades e ameaças).

Figura 1 – Três perspectivas para identificação de risco



Fonte: PMI, 2009, p. 27

## 2.2. ANÁLISE DE RISCO

Existem dois passos da análise de risco que devem ser seguidos em uma ordem pré-determinada:

1. Análise qualitativa, onde são identificados todos os possíveis riscos, sejam eles inéditos ou que já ocorreram no passado com suas respectivas probabilidades de ocorrência. Na análise qualitativa é então onde se classifica o risco quanto a probabilidade (alta, média ou baixa), ameaça ou oportunidade, interno ou externo, quanto a área a qual pertence (engenharia, construção, logística, ambiental etc.) e técnico ou comercial.
2. Análise quantitativa, onde se identifica qual o valor total a ser despendido ou obtido com a ocorrência do risco em questão. Assim pode-se classificar qual o impacto do risco nos projetos e nas organizações.

Então para se saber qual o valor a ser contingenciado ou esperado para cada risco, faz-se a ponderação entre valor total do risco multiplicado pela probabilidade de ocorrência. E para chegar se ao valor total de risco no projeto, faz se a soma dos valores ponderados de todos os riscos identificados (chances e ameaças) chegando assim no valor a ser adicionado ao custo do projeto como contingencia.

### 2.3. GARANTIAS DE PERFORMANCE CONTRATUAIS

“O engineering é um contrato a fim de obter-se uma indústria construída e instalada. Desdobra-se em duas fases bem características: a de estudos e a de execução.” (GOMES, 2009, p. 579)

Nos contratos de fornecimento de empreendimentos complexos é comum que vários tipos de garantias sejam requeridas de ambos os lados, sempre com o objetivo de reparar um eventual gasto adicional que a parte oposta possa vir a ter com alguma inadimplência da outra. Observando as palavras de Orlando Gomes é possível identificar que a obrigação de entregar as instalações e coloca-las em funcionamento é a garantia da entrega com as características contratadas dada pelo contratado:

“Obriga-se a empresa de engenharia a apresentar o projeto para a instalação da indústria, a dirigir a construção de suas instalações e a pô-las em funcionamento, entregando-a nestas condições à outra parte...” (GOMES, 2009, p. 579)

Como se trata de algo único, customizado sob uma demanda do contratante, que é desenvolvido pelo contratado com o seu know-how, é muito comum que seja exigido pelo contratante algumas garantias técnicas que detalham e definem parâmetros para a constatação que o objetivo do contrato foi cumprido, essas garantias são bastante conhecidas no mercado brasileiro como Garantias de Performance.

“Se é completo, a execução é remunerada variavelmente por certo percentual sobre o custo da obra. É próprio do contrato o oferecimento de garantias pela empresa de engenharia.” (GOMES, 2009, p. 579).

Essas garantias nada mais são que os riscos assumidos pelo contratado no contrato firmado para celebrar o negócio jurídico. Então através das garantias de performance, o contratado fica obrigado a entregar o objeto do contrato com as características garantidas de funcionalidade. Sendo que não compridas estas garantias, fica caracterizado que o objeto do contrato não foi cumprido e o contratado sujeito a penalidades.

Por outro lado, o contratante não pode exigir mais do que esta definido nas garantias de performance e sendo assim é uma proteção para ambas as partes de que somente o acordado deve e pode ser exigido.

São exemplos de garantias de performance contratual: consumo específico de energia de certo equipamento fornecido, disponibilidade de utilização (que é o tempo que o equipamento esta efetivamente produzindo, excluindo se o tempo de manutenção), eficiência de processo, consumo de matéria de desgaste entre outras possibilidades.

Normalmente no contrato existe um capítulo onde é descrito cada item da garantia de performance e o método de verificação, as tolerâncias máximas e mínimas, quem é responsável por realizar a verificação e até quando esta verificação deve ser feita a partir da partida do equipamento ou entrega do serviço.

## 2.4. CUSTO DO RISCO

O custo do risco é o valor necessário para lidar com o risco (custo líquido) acrescido da remuneração pela gestão do risco (custo da estrutura organizacional de gestão e resposta ao risco) e que quem esta assumindo o risco deve considerar

em sua contingência. Pois o risco não faz parte da transformação do bem, mas faz parte da gestão do projeto. No capítulo 7 do PMBOK onde é tratado sobre custo dos projetos é feita a seguinte abordagem sobre a influência do risco nos custos.

O registro dos riscos deve ser revisto para considerar os custos de respostas aos riscos. Riscos, que podem ser ameaças ou oportunidades, tipicamente têm um impacto tanto na atividade como nos custos do projeto como um todo. Como uma regra geral, quando um projeto experimenta um evento de risco negativo, o custo de curto prazo do projeto normalmente aumentará e às vezes haverá um atraso no cronograma do projeto. De forma similar, a equipe do projeto deve ser sensível às oportunidades em potencial que podem beneficiar o negócio através da redução dos custos das atividades ou do aceleração do cronograma. (PMI, 2013, p. 203)

No momento da decisão do tratamento do risco, deve sempre ser observado que o custo do risco para cada parte que é diferente, por exemplo: o custo para lidar com dificuldades na performance do equipamento é menor para o fornecedor que já tem os técnicos em sua equipe de colaboradores do que para o comprador que teria que contratar uma empresa concorrente do fornecedor para resolver o problema. Ou o custo da contratação de uma seguradora é muito menor para o comprador que está fazendo um grande empreendimento e pode contratar a mesma seguradora para todas as ilhas de trabalho em vez do fornecedor contratar uma apólice para um pequeno escopo de trabalho com alto valor agregado.

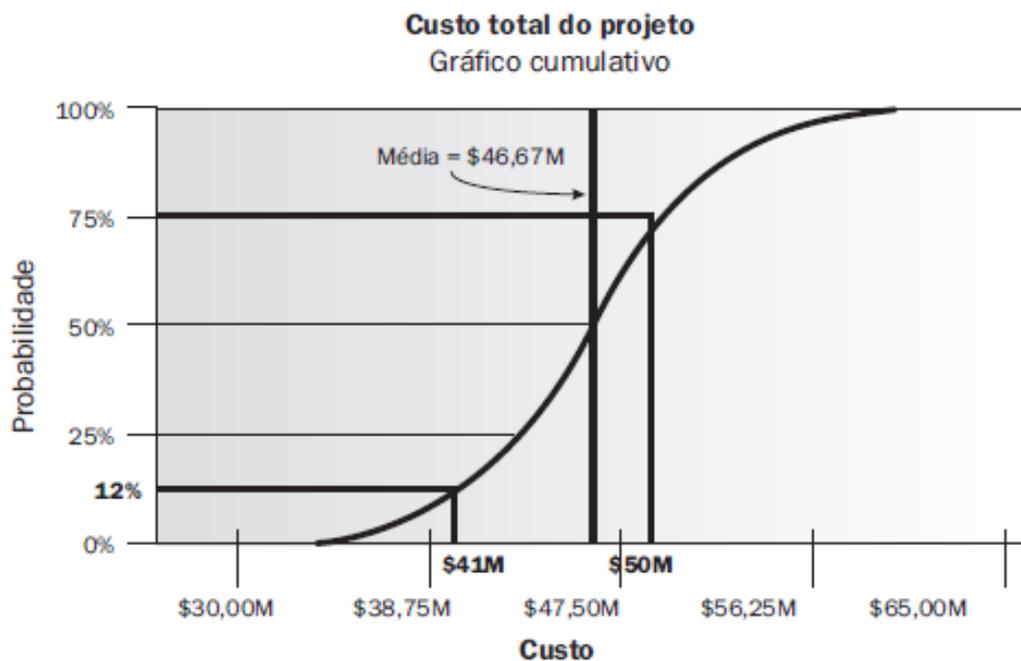
Quando são observadas essas peculiaridades, o custo total do empreendimento reduz e muitas vezes é viabilizado de forma a garantir maior geração de valor com um menor aporte de investimento, ou seja, ocorre um maior retorno sobre investimento e há maior disponibilidade de capital.

Um aspecto importante a ser observado é que no decorrer do tempo a probabilidade de ocorrência do risco tende a sofrer variação e dependendo da natureza do risco pode aumentar ou diminuir. O monitoramento do risco é importante para se identificar quando o risco passa a não ser mais uma ameaça, pois o evento gerador do risco foi superado. Sendo assim, os recursos de contingência do risco passam a ficar disponíveis para outras utilizações que inclusive pode ser a cobertura de novos riscos identificados.

Por isso identificar e entender o custo do risco tem influência direta na determinação do objeto do contrato, pois em função da fase de incidência do risco durante a realização projeto, os custos para cobertura dos riscos pode variar de forma bastante acentuada.

Na Figura 2 observa-se a projeção do impacto dos riscos no custo total do projeto de forma que pode ser avaliada a tolerância da empresa a lidar com este risco ou repassá-lo a terceiros. A técnica utilizada para a mensuração do montante foi a de Monte Carlo.

Figura 2 – Simulação do impacto do custo do risco no valor total do projeto



Fonte: PMI, 2013, p. 340

O conhecimento dos riscos é importante para entender a influencia dos mesmos nos custos do projeto e como estes afetam o objeto do contrato. É extremamente importante para a definição do objeto do contrato que a definição de alocação dos riscos também seja realizada e entendida. No próximo capítulo será abordada a definição de objeto do contrato.

### **3 RESPONSABILIDADE E DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER**

Nesta secção, serão abordados os conceitos de responsabilidade civil e da obrigação de fazer com o objetivo de entendermos quais os limites e o enfoque das cláusulas de limitação de obrigação de reparar.

#### **3.1. RESPONSABILIDADE JURIDICA E CIVIL**

Fazendo uma abordagem sobre responsabilidade civil dentro do tema do presente trabalho, o professor José Aguiar Dias, autor da primeira obra brasileira que aborda cláusulas de limitação de responsabilidade, faz a seguinte definição:

Responsabilidade, rigorosamente definida, em atenção à etimologia da palavra, é expressão iniludivelmente ligada às ideias de imputabilidade e de culpa. Responsável só pode ser, nesse estrito ponto de vista, quem falta a dever preexistente, sabendo que o deve observar e podendo observá-lo. Não é isso o que conhecemos sob a designação de responsabilidade civil. Até para os que resistem, ainda, às doutrinas objetivas, colocados no terreno da culpa, torna-se claro que responsabilidade civil tem conteúdo maior do que o revelado pela simples expressão terminológica, significando, como decorrência do rompimento do equilíbrio econômico entre dois patrimônios, a obrigação de restabelecê-lo, natural ou subsidiariamente. (DIAS, 1980, p. 14)

Já em 1947 o professor José Aguiar Dias chamava a atenção ao sentido da responsabilidade civil no contexto das relações jurídicas oriundas de contratos, onde a responsabilidade civil esta mais ligada a obrigação de manter e ou reestabelecer o equilíbrio econômico do que o sentido corriqueiro de reparar dano causado por ilícito. A ideia de equilíbrio econômico esta relacionada o fato de a parte contratante ter gasto recursos financeiros para a contratação do serviço ou obtenção de um bem e a entrega do contratado ter sido imperfeita ou não ter ocorrido, sendo desta forma o contrato não ter sido concluído do ponto de vista do contratante que desprende recursos sem ter a contrapartida inicialmente planejada.

Também é importante que este estudo aborde o conceito literal de responsabilidade civil a fim de permitir a distinção entre o sentido no contexto estudado e o contexto do termo literal (no dia a dia das relações extracontratuais).

A responsabilidade jurídica é oriunda de um dever jurídico civil ou penal ou direito de outrem que é violado e, portanto passível de ser reparado. Já a

responsabilidade civil se refere ao direito privado que foi violado e deve ser reparado. No código civil brasileiro de 2002 este conceito é expresso no artigo 186 que diz o seguinte: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (Brasil, 2002). E ainda no mesmo código o artigo 927 diz o seguinte:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Brasil, 2002)

Conforme a legislação brasileira vigente, para caracterizar a responsabilidade civil, deve haver o dano reclamado, o nexo de causalidade entre o ato realizado ou deixado de realizar e conduta voluntária. Sendo assim observamos que a responsabilidade civil é intransferível, sendo apenas transferível a obrigação de reparar. Um exemplo é um acidente ocorrido em uma obra que esta relacionada a um contrato. Mesmo que esteja assegurado, a responsabilidade civil não deixa de ser do causador do acidente, este apenas transfere a obrigação de reparar a seguradora.

No presente estudo, o foco é entender as formas e as possibilidades de se transferir a obrigação de reparação e não a da responsabilidade civil. Para tanto se faz necessário entender os conceitos da responsabilidade civil e a obrigação de reparação que esta atrelada a mesma.

Parafraseando Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira (2016, p. 30), com base no que diz o artigo 536, §1º do CPC de 2015, quem celebra um contrato de prestação de serviço e não o executa conforme esperado, mesmo que culposamente, fica sujeito a execução de multa. E com base no artigo 249 do Código Civil de 2002 terá de pagar pela execução do serviço por terceiros. Ainda na mesma análise, Bandeira invoca o artigo 248 também do Código Civil de 2002 para falar da possibilidade de responder pelos danos causados.

Sendo assim, o conceito de responsabilidade civil na área de estudo do presente trabalho pode ser entendido como uma forma específica de imputação de responsabilidade associada ao nexo entre a relação jurídica estabelecida e as

consequências da mesma, mesmo que o ato de dano e ou a não execução do contrato sejam culposos.

### 3.2. A DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

A obrigação é o dever jurídico oriundo de um negócio jurídico firmado entre partes por vontade própria ou por força da lei, onde pode se identificar quem tem o dever e a quem é devido e o que é devido. Neste trabalho são estudadas as obrigações fruto de contratos.

As obrigações definidas nos contratos pode ser classificada quanto ao conteúdo e quanto a exigibilidade. Com relação a exigibilidade, por serem oriundas de um contrato licito que define um negocio jurídico entre ambas as partes, se trata de obrigações civis (perfeitas), ou seja, que podem ser exigidas legalmente. Já com relação ao conteúdo, podem ser obrigações de meio ou obrigações de resultado. As obrigações de resultado determinam que a obrigação somente é cumprida com o resultado prometido alcançado e a obrigação de meio se compre com a comprovação que todos os meios disponíveis para se buscar o resultado, mesmo que este não seja alcançado.

O professor Wanderley Fernandes em sua obra Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade faz a seguinte afirmação:

Seja pelo principio da autonomia da vontade, seja por necessidade, os agentes econômicos dispõem da possibilidade de criar relações jurídicas e desenhar operações econômicas de maneira a compatibilizar seus interesses e alocar os riscos entre si. Para isso, contam com alguns padrões ou tipos já definidos pela lei, ao mesmo tempo que estão, igualmente, aptos para criar novas operações, pela combinação de tipos ou criação de novas modalidades de contratos. (FERNANDES, 2013, P. 120).

Neste trecho de sua obra, que é uma das melhores referências brasileiras para o assunto do tema estudado, o professore Wanderley Fernandes faz menção a um dos pontos mais importantes que este trabalho busca demonstrar que é a busca da compatibilização dos interesses nas operações econômicas. A necessidade da criação de cláusulas de exoneração, limitação ou transferência de obrigação de indenizar não tem viés em um pensamento leonino, mas sim a viabilização de operações econômicas tais como empreendimentos físicos ou de tecnologia.

Antes de entrar na classificação das obrigações, é preciso entender melhor como se forma a composição do objeto contratual desejado. O domínio do

entendimento acerca do objeto do contrato é importante para duas análises: do preço e do escopo de fornecimento, que ocorrem em paralelo e que se encontram no final de seus processos para dar subsídios a tomada de decisão da escolha do contratado.

A análise de preço é mais fácil de entender, pois simplesmente leva em consideração a diferença de valores monetários ofertada por cada proponente, porém a análise de escopo que esta relacionada com o objeto do contrato leva em conta a composição (componentes do escopo que forem precificados) e as características de cada um, como consumo de energia, água, manutenção, peças de desgaste e rendimento da produção (produção garantida sem defeito) etc.

Na figura 3 observa-se um exemplo de tabela de preço onde são analisados 3 aspectos: a composição do pacote ofertado, o valor ofertado e se o proponente (empresa participante da licitação) tem referência de instalação do mesmo equipamento ofertado, tendo como critério de desqualificação a falta de referência.

Figura 3 – Análise comparativa de preços com referências de instalação

Item	Escopo conforme edital Xpto	Preço com todos os impostos incluídos						Meta	Melhor opção (Vencedor)	
		Proponente A	Ref. ?	Proponente B	Ref. ?	Proponente C	Ref. ?			
<b>Equipamentos</b>										
1.	Máquina - Secção A	R\$ 1.000.000,00	Sim	R\$ 1.200.000,00	Sim	R\$ 900.000,00	Não	R\$ 900.000,00	R\$ 1.000.000,00	A
2.	Máquina - Secção B	R\$ 600.000,00	Sim	R\$ 700.000,00	Sim	R\$ 500.000,00	Não	R\$ 500.000,00	R\$ 600.000,00	A
3.	Máquina - Secção C	R\$ 3.000.000,00	Sim	R\$ 2.500.000,00	Sim	R\$ 2.000.000,00	Não	R\$ 2.000.000,00	R\$ 2.500.000,00	B
4.	Máquina - Secção D	R\$ 900.000,00	Sim	R\$ 600.000,00	Não	R\$ 700.000,00	Sim	R\$ 600.000,00	R\$ 700.000,00	C
5.	Máquina - Auxiliares									
5.a	-Tubulação e conexões	R\$ 120.000,00	Sim	R\$ 150.000,00	Sim	R\$ 110.000,00	Sim	R\$ 110.000,00	R\$ 110.000,00	C
5.b	- Equipamentos	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 350.000,00	Sim	R\$ 290.000,00	Sim	R\$ 290.000,00	R\$ 290.000,00	C
5.c	- Elementos de fixação	R\$ 15.000,00	Sim	R\$ 14.000,00	Sim	R\$ 14.500,00	Sim	R\$ 14.000,00	R\$ 14.000,00	C
5.d	- Bases de equipamentos	R\$ 50.000,00	Sim	R\$ 40.000,00	Sim	R\$ 60.000,00	Sim	R\$ 40.000,00	R\$ 40.000,00	C
6.	Eletrificação									
6.a	Motores	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 350.000,00	Sim	R\$ 300.000,00	R\$ 300.000,00	B
6.b	CCMs e Inversores de frequência	R\$ 250.000,00	Sim	R\$ 200.000,00	Sim	R\$ 290.000,00	Sim	R\$ 200.000,00	R\$ 200.000,00	B
7.	Sistema de controle (Hardware)	R\$ 1.500.000,00	Sim	R\$ 1.000.000,00	Sim	-	Não	R\$ 1.000.000,00	R\$ 1.000.000,00	B
8.	Sistema de monitoramento de qualidade	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 250.000,00	Sim	R\$ 210.000,00	Sim	R\$ 210.000,00	R\$ 210.000,00	C
<b>Serviços</b>										
9.	Supervisão de montagem mecânica	R\$ 200.000,00	Sim	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 190.000,00	Sim	R\$ 190.000,00	R\$ 190.000,00	C
10.	Supervisão de montagem elétrica	R\$ 200.000,00	Sim	R\$ 300.000,00	Sim	R\$ 190.000,00	Sim	R\$ 190.000,00	R\$ 190.000,00	C
11.	Comissionamento	R\$ 60.000,00	Sim	R\$ 75.000,00	Sim	R\$ 50.000,00	Não	R\$ 50.000,00	R\$ 60.000,00	A
12.	Montagem elétrica	R\$ 1.000.000,00	Sim	R\$ 1.200.000,00	Sim	-	Sim	R\$ 1.000.000,00	R\$ 1.000.000,00	A
13.	Montagem mecânica	R\$ 1.200.000,00	Sim	R\$ 1.400.000,00	Sim	-	Sim	R\$ 1.200.000,00	R\$ 1.200.000,00	A
14.	Equipamentos de elevação	R\$ 90.000,00	Sim	R\$ 110.000,00	Sim	R\$ 100.000,00	Sim	R\$ 90.000,00	R\$ 90.000,00	A
15.	Andaimes e plataformas	R\$ 70.000,00	Sim	R\$ 80.000,00	Sim	R\$ 60.000,00	Sim	R\$ 60.000,00	R\$ 60.000,00	C
16.	Suporte pós startup	R\$ 100.000,00	Sim	R\$ 150.000,00	Sim	R\$ 85.000,00	Não	R\$ 85.000,00	R\$ 100.000,00	A
Total equipamento		R\$ 6.735.000,00		R\$ 5.404.000,00		R\$ 4.024.500,00		R\$ 4.764.000,00	R\$ 5.364.000,00	
Total serviços		R\$ 2.920.000,00		R\$ 3.615.000,00		R\$ 675.000,00		R\$ 2.865.000,00	R\$ 2.890.000,00	
Total geral		R\$ 9.655.000,00		R\$ 9.019.000,00		R\$ 4.699.500,00		R\$ 7.629.000,00	R\$ 8.254.000,00	

Fonte: Elaboração do autor, 2017.

Na figura 4 observa-se a análise comparativa das características dos equipamentos ofertados que farão parte da composição do objeto do contrato.

Sendo que não basta somente o contratado fornecer o equipamento listado na tabela de preço, mas este tem que cumprir com as expectativas informadas na oferta, custos diretos e produção líquida de equipamento acabado.

Figura 4 – Tabela comparativa de garantias de performance

Garantias de performance		Preço da tonelada acabada: R\$ 450,00	
		Produção bruta anual: 1.000.000 Toneladas	
Produção líquida (produto sem defeito)	Proponente A	Proponente B	Proponente C
	98%	97%	95%
	R\$ 441.000.000,00	R\$ 436.500.000,00	R\$ 427.500.000,00
Custos diretos anual (360 dias)			
A. Consumo de energia elétrica	R\$ 850.000,00	R\$ 1.000.000,00	R\$ 900.000,00
B. Consumo de água	R\$ 500.000,00	R\$ 650.000,00	R\$ 700.000,00
C. Consumo de material de desgaste	R\$ 600.000,00	R\$ 750.000,00	R\$ 500.000,00
D. Custo de manutenção	R\$ 150.000,00	R\$ 180.000,00	R\$ 150.000,00
Total	R\$ 2.100.000,00	R\$ 2.580.000,00	R\$ 2.250.000,00

Fonte: Elaboração do autor, 2017.

As cláusulas de limitação de indenização podem regular a forma de indenização pelo não cumprimento do objeto do contrato que inclui as expectativas de performance que foram definidas como característica dos equipamentos que compõem o escopo de fornecimento. Entender a composição de entregáveis (bens físicos e serviços com as características desejadas) que compõem o objeto do contrato de forma que se possa mensurar e avaliar quando o objeto é cumprido plenamente, quando é parcialmente cumprido ou quando não é cumprido é o primeiro passo na preparação das cláusulas que modificam a responsabilidade e ou a obrigação de indenizar.

Voltando para o aspecto jurídico do objeto do contrato, é a classificação de exigibilidade que permite entender a melhor o objetivo da utilização das cláusulas de limitação da obrigação de reparar, pois um dos objetivos das cláusulas de limitação de responsabilidade é deslocar a obrigação de resultado para obrigações de meio, ou então uma ponderação entre as duas. Isso se dá de forma a buscar uma forma de exigir todo o esforço possível do contratado em cumprir com a obrigação que este tem com o contratante, mas se não for possível o cumprimento perfeito da obrigação, desde que se alcance um limite pré-determinado, não se caracterizaria um não cumprimento do contrato (inadimplemento absoluto), mas sim um cumprimento imperfeito (inadimplemento relativo). E conforme o Artigo 397 do

Código Civil, “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.”, sendo assim o contratante tem direito a uma reparação a ser feita pelo contratado.

Diferenciando responsabilidade civil de obrigação e trazendo estes conceitos para o objeto de estudo deste trabalho, o foco central estabelecido esta nas obrigações civis de resultado, já que no caso de não cumprimento nas obrigações de meio não há a possibilidade de cumprimento imperfeito ou relativo.

Invocando a teoria dualista das obrigações, Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira faz a seguinte afirmação:

Sobre a teoria dualista das obrigações, pode se dizer que a divisão apresentada se refere às duas espécies de vínculos apresentados, em momento diferentes, sendo o primeiro denominado relação débito-crédito e o segundo relação de responsabilidade-garantia, ou, então, respectivamente *Schuld* e *Haftung*, conforme desenvolvido na doutrina alemã, e que encontra grande repercussão e estudo também na literatura elaborada por autores nacionais sobre o tema. (BANDEIRA, 2016, p. 46).

Ainda é importante saber que a relação debito-credito e a relação responsabilidade-garantia mencionadas por Bandeira podem ser assumidas por pessoas diferentes, e que sem haver claro entendimento do objeto estas relações podem ser construídas de forma equivocada. Nesta linha o professor Wanderley Fernandes faz a seguinte afirmação:

Definir, portanto, o objeto do contrato é projetar ou modelar uma operação econômica em todo o seu conteúdo. E isso pode se dar dentro de um tipo contratual, definido a partir da verificação da presença de determinados índices que qualificam, ou mediante uma operação econômica fora do modelo preestabelecido pela lei. Estamos no campo do que se convencionou chamar de liberdade de contratar [...] (FERNADES, 2013, P. 121 e 122).

Nas palavras acima do professor Wanderley fica claro o entendimento de que sem definir e entender o objeto do contrato para modelar uma operação econômica não prevista na lei será difícil definir o conteúdo da obrigação.

## **4 CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO E EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR**

Este capítulo é o ponto central do trabalho, pois discorrerá sobre as cláusulas de limitação da obrigação de reparar e seus aspectos jurídicos permitindo assim que os conhecimentos estudados nos capítulos anteriores se encontrem num ponto de convergência.

Embora exista muita controvérsia na doutrina a respeito da validade e do propósito das cláusulas de limitação da obrigação de reparar, ou cláusulas de não indenizar nas palavras do professor José de Aguiar Dias (DIAS, 1980). O posicionamento contrário alega que:

- Desestimula a conduta zelosa e a prudência;
- Estimula a negligência e o não comprometimento;
- Atenta contra o interesse social e o dever moral.

Já o posicionamento a favor é baseado nos seguintes pontos:

- Todo direito empresarial é baseado no risco e na sua racionalização;
- Limitação da responsabilidade dos sócios;
- Diminui os riscos do empreendimento (racionalização dos riscos);
- Facilita o fluxo de relações (diminui o preço);
- Ajuda no desenvolvimento dos negócios.

Então a fim de permitir o entendimento do funcionamento e das limitações deste tipo de cláusula ajudando assim que sua utilização ocorra de forma ampla, serão abordados a seguir em detalhes os principais aspectos necessários para a utilização prática.

### **4.1. ASPECTOS LEGAIS PARA CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO E EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR**

Primeiramente ao iniciar o estudo das cláusulas limitativas da obrigação de reparar é de suma importância observar o que diz o professor José de Aguiar Dias ao distinguir as cláusulas limitativas das cláusulas penais.

A cláusula limitativa é facilmente confundível com a cláusula penal. Embora os traços diferenciais entre elas não sejam nítidos, pode dizer-se que na cláusula limitativa é ausente a função de pena. A cláusula penal é regra geral, invocada pelo credor, ao passo que a cláusula limitativa é invocada pelo devedor, isto é, cada uma delas é invocada pela parte em benefício da qual, pelo menos teoricamente, foi estipulada. Deve observar-se, porém, que a vantagem do devedor ou do credor visada na estipulação é um dos motivos determinantes e, muitas vezes, preponderantes da aceitação da cláusula, porque, em última análise, em qualquer caso, sempre se identifica a função de corretivo privado ao regime comum das perdas e danos. (DIAS, 1980, p. 127-128).

O ponto de partida para entender a distinção entre a cláusula penal e cláusula limitativa da obrigação de indenizar é entender qual protege quem e que ambas tem a finalidade de equilibrar a relação contratual. No caso da cláusula penal, esta busca o máximo empenho do contratado para cumprir o objeto do contrato. Já a cláusula de limitação da obrigação de indenizar busca definir um teto para a obrigação de indenizar em caso de cumprimento imperfeito do contrato de forma que permita que agentes econômicos com menor poder possam assumir o risco de pactuar um contrato que envolva riscos que extrapolam suas capacidades financeiras, se assim pactuado entre as partes. Nos dias de hoje, o abalo na reputação de uma empresa que deixa de cumprir uma obrigação contratual talvez gere mais perdas que uma multa contratual definida por uma cláusula penal, entretanto as cláusulas penais são importantes para balancear as relações no contrato.

Entendida a diferença entre cláusula penal e cláusula de limitação da obrigação de indenizar, vamos nos aprofundar na segunda que é o objeto do presente estudo. Vejamos o que diz o professor Wanderley Fernandes no trecho da sua obra Cláusulas de Exoneração e de Limitação de Responsabilidade sobre a definição das cláusulas de limitação da obrigação de indenizar: “[...] como convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização.” (FERNANDES, 2013, p. 112-113).

Maria Proença Marinho, em seu artigo A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal publicado na Revista Jurídica LEX lembra que: “As cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar, por não serem objeto de disciplina legislativa específica no ordenamento jurídico brasileiro, tiveram sua definição estabelecida pela doutrina [...]” (MARINHO, 2016). A mesma autora ainda complementa:

Trata-se de uma exceção à regra da reparação integral vigente no ordenamento jurídico pátrio, que, nas relações entre particulares, distribui o risco dos prejuízos ao causador do dano, conforme estabelece o art. 927 do CC. Mais especificamente, na relação contratual, tem-se que em caso de descumprimento da obrigação, seja ela derivada de lei ou prevista contratualmente, nasce o dever de reparação integral dos danos causados em decorrência de tal ato. (MARINHO, 2016).

Observando as postulações supracitadas, fica claro observar que as cláusulas de exoneração ou limitação não suprimem a responsabilidade, pois somente a lei pode suprimi-la, mas evita ou reduz sua consequência, a indenização. Ainda sobre o mesmo ponto, Leticia Marques Avelar em sua obra Cláusula de Não Indenizar faz as seguintes considerações:

A cláusula limitativa do dever de indenizar visa, como o próprio nome sugere, limitar o valor da indenização a ser paga pelo devedor, possibilitando às partes, em regra, o conhecimento prévio do valor máximo de indenização que será devida na eventual ocorrência de dano. Uma vez pactuada a cláusula, a indenização será calculada segundo os critérios definidos pelas partes, respeitando-se o limite por elas fixado, independente da extensão do dano – que apenas será levado em consideração quando o valor total dos prejuízos for inferior ao limite indenizatório fixado na convenção. Em poucas palavras: a cláusula limitativa do dever de indenizar, assim como a cláusula de não indenizar, excepciona a regra da reparação integral. (AVELAR, 2012, p. 48-49).

Entendido que as cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar modificam a obrigação da reparação e não tem influência sobre a responsabilidade, é importante observar o fato que é o ponto central deste estudo, ao celebrar o contrato o valor máximo de eventual indenização possível é conhecido. Permitindo assim que ambas as partes considerem suas contingências de forma antecipada.

Por esta razão é comum que as empresas antes de fazer uma contratação buscam referências de fornecimentos anteriores dos possíveis fornecedores para garantirem que o risco de não cumprimento do objeto seja o menor possível. Esta avaliação é feita durante o processo de licitação da concorrência e avaliação das ofertas técnicas.

Fazendo interpretação cruzada do artigo 425 do Código Civil brasileiro vigente, que diz o seguinte: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL, 2002), com os artigos 416 e o 946 do mesmo código, concluímos que as partes tem liberdade para em comum acordo definir cláusulas que limitem a obrigação de reparar, pois em ambos os artigos 416 e 946 citam a possibilidade de haver definição contratual para

indenização. No artigo 416, parágrafo único é citada a cláusula penal e no artigo 946 é citado o contrato.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. (BRASIL, 2002).

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. (BRASIL, 2002).

Porém a forma mais explícita, que a legislação brasileira vigente referenda a possibilidade de utilização das cláusulas de limitação e exoneração de obrigação de reparar esta no artigo 51, inciso I do Código de Defesa do Consumido, que diz o seguinte:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; (BRASIL, 1990)

Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira em sua obra de 2016, As cláusulas de não indenizar no Direito brasileiro, faz a seguinte afirmação:

No entanto, talvez o exemplo mais claro de que a cláusula de não indenizar deva ser considerada válida, em princípio, em nosso ordenamento vem da abertura interpretativa possível a partir do art. 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor. Ainda que o núcleo do dispositivo vede expressamente a possibilidade de inserção da cláusula em contratos de consumo em que o consumidor é pessoa natural. Sua parte final abre pelo menos a possibilidade que haja cláusula limitativa quando o consumidor for pessoa jurídica, diante de “situações justificáveis”. (BANDEIRA, 2016, p. 129).

Então se conclui que com base no art. 5º, II, da Constituição brasileira de 1988, prescreve que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988), que esta embasado no princípio da legalidade assegurado na mesma Carta Magna de 1988, no seu artigo 37, que dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios

de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988), se não há expressa vedação legal as cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar entre pessoas jurídicas, a sua utilização é permitida.

Este mesmo entendimento é observado na obra Cláusula de Não Indenizar: Entre Riscos e Equilíbrio de Vinicius Pereira: “Como no Brasil não há uma norma geral permitindo ou vedando a cláusula contratual que exonera ou limita o dever de indenizar, a questão passa a se definir se a convenção se encontra dentro do limite ao qual a autonomia privada se submete.” (PEREIRA, 2015, p. 41).

A conclusão sobre a validade e a forma das cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar é que estas são válidas no ordenamento brasileiro somente quando pactuadas entre pessoas jurídicas mediante contrato e quando as cláusulas não dispuserem qualquer aspecto que atente legislação vigente.

#### 4.2. SEGURO DE RESPONSABILIDADE

A transferência da responsabilidade pelo risco consiste em repassa-lo juntamente com suas consequências para terceiros através de relações jurídicas contratuais. Com a realização da transferência o risco não é eliminado, mas o agente que transferiu o risco deixa de esta responsável pelo seu gerenciamento e resposta ao mesmo. Como já visto em capítulo anterior, o risco tem um custo de gerenciamento e o custo da resposta ao risco, então quando há a transferência é natural que haja uma compensação financeira como premiação, além do valor referente ao custo do risco e seu gerenciamento.

No caso do seguro de responsabilidade não ocorrer transferência do risco, mas sim transferência da obrigação de reparo do dano ao credor do contrato, permanecendo a responsabilidade com o devedor. Por atender o propósito de retirar do devedor (contratado), a obrigação de pagar ressarcimento pelo dano provocado, há uma confusão com as cláusulas de exoneração da obrigação de pagar, mas na verdade o único aspecto que realmente é similar entre a cláusula de seguro de responsabilidade e as de exoneração e limitação é a busca pelo balanceamento do contrato, já que permite que viabiliza a participação de agentes com menor capacidade financeira a figurarem como devedores (contratados) no contrato.

O professor José de Aguiar Dias faz a seguinte comparação entre as cláusulas de seguro e de irresponsabilidade (como são chamadas por ele as cláusulas de limitação da obrigação de reparar): Com o seguro de responsabilidade são grandes as afinidades de irresponsabilidade. “Em um e outro o instituto, o devedor da indenização se exonera da obrigação que, no seguro, passa para o segurador, e, na cláusula, desaparece, suportada que é pelo credor da reparação.” (DIAS, 1980, p.26). Em outras palavras, a percepção do ponto de vista do devedor é a mesma, pois este não realizará desembolso em caso da necessidade de indenizar.

Porém como lembra o Professor Wanderley Fernandes, o credor mantém o seu direito a indenização integral conforme o artigo 781 do Código Civil brasileiro de tal forma que se o valor total do dano ultrapassar o valor segurado, o devedor deverá completar o montante faltante.

Pelo seguro, as partes transferem a um terceiro os efeitos patrimoniais do inadimplemento. Não há, portanto, uma exoneração ou limitação da responsabilidade do devedor; ao contrario, a parte prejudicada mantém intacto o seu direito ao recebimento da indenização integral em caso de inadimplemento, ainda que o valor expresso na apólice seja inferior ao valor da indenização. O art. 781 do Código Civil brasileiro, aliás, estipula que o valor da indenização não deve ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador. Dessa Maneira, o valor do prejuízo, excedente ao valor consignado na apólice, permanece sob a responsabilidade do devedor. (FERNANDES, 2013, p. 141-142).

Outro aspecto importante que distingue as cláusulas de seguro de responsabilidade e as cláusulas de exoneração da obrigação de reparar é que a primeira define o conteúdo da obrigação de reparar e a segunda as condições para as situações de não reparação. É o artigo 787 do Código Civil brasileiro que regula o seguro de responsabilidade e algumas definições importantes devem ser observadas. No parágrafo 4º deste artigo, a lei determina que no caso de insolvência da seguradora a obrigação de reparar retorna ao devedor.

Luiz Octavio Villela de Viana Bandeira assevera que

“[...] é possível que existam casos, sobretudo à luz do principio da relatividade dos efeitos do contrato, em que o devedor da indenização ficará com a incumbência de pagar, parcial ou totalmente, quando o seguro falhar, de modo que não é possível identificar que, nesse ponto, há equivalência de efeitos com a cláusula de limitação de responsabilidade. São os casos, por exemplo, de insolvência do segurador, ou a recusa justificada em cobrir o sinistro em sua integralidade.” (BANDEIRA, 2016, p.252).

Complementando os aspectos descritos no artigo 787 do Código Civil, parafraseando BANDEIRA, no parágrafo segundo deste artigo, expressa a

possibilidade de aplicação do princípio da relatividade que permite o credor exigir diretamente da seguradora o recebimento de indenização.

E para finalizar esta seção abordam-se os aspectos em que o devedor age com dolo, de forma que no artigo 762 do Código Civil expressa que é válida a nulidade do seguro. Nas palavras do professor Fernandes “É oportuno, no entanto, salientar que, nos termos do art. 762 do nosso Código civil, será nulo o contrato “para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.” (FERNANDES, 2013, p.144).

Obviamente não poderia um comportamento que não se esteja alinhado coma boa fé ser amparado ou recompensado, então o legislador buscou deixar de forma explicita sua intenção de coibir este comportamento.

#### 4.3. LIMITAÇÃO DO MONTANTE TOTAL DA REPARAÇÃO

Com base no livre arbítrio das partes em celebrar acordo que lhes estabelece negócio jurídico, e com a validade das cláusulas já explicada na seção anterior, será discorrido no aspecto prático como as cláusulas limitativas definem o montante total possível de reparação. Obviamente, como já discutido diversas vezes no presente estudo, as definições de valores para as limitações de ressarcimento e indenização provem da análise de risco do objeto a ser definido em contrato. Ou seja, do escopo de fornecimento pactuado entre as duas partes.

A melhor forma de se definir limites nas cláusulas de limitação reparação ou até mesmo optar pela exoneração é procurar agrupar os aspectos que tem sinergia ou por estarem relacionados ou por serem da mesma natureza, assim é possível agregar os riscos de forma a se definir qual o limite é viável para garantir que ambas as parte no contrato, contratante e contratado, estejam postados de forma equilibrada no contrato pactuado.

Um exemplo prático é definir em um contrato uma cláusula com limite para o ressarcimento e penalidades referentes a atrasos nos prazos de entrega de mercadorias em 15% do valor do contrato e outra cláusula diferente para limitar as penalidades e reparação pelo atraso na partida do equipamento no limite de 10% do valor do contrato e por fim uma terceira cláusula para limitar o valor total do

montante somado pelas penalidades e ressarcimentos referentes aos aspectos mencionados nas duas primeiras cláusulas em no máximo 20% do contrato.

Então para concluir este capítulo vale lembrar que se não houver impedimento legal, a definição para os valores das cláusulas de limitação da obrigação de reparar ficam a critério das partes, mas preferivelmente devem ser definidas com base nos valores mensurados nas análises de risco.

## **5 METODOLOGIA PROPOSTA PARA DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE EXONERAÇÃO E OU LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO REPARAÇÃO**

O presente trabalho procurou cobrir cada um dos pontos necessários para o estabelecimento das cláusulas de exoneração e limitação da obrigação de reparação, de forma que tanto os operadores do Direito quanto os profissionais de áreas técnicas possam ter uma visão holística de todos os aspectos que compõem a tomada de decisão referente ao assunto.

É mais frequente do que se imagina que todas as decisões técnicas referentes ao projeto (objeto do contrato e risco) sejam tomadas em um fórum técnico e um preço para o fornecimento seja acordado entre as partes pelas suas respectivas áreas de compras e vendas. E somente após todas essas definições outro grupo formado por membros diferentes de ambas as partes, normalmente das áreas comerciais e jurídicas, passam a discutir sobre a minuta do contrato e não chegam a um acordo que viabilize o fechamento do negócio.

Portanto com o objetivo de trazer contribuição a sociedade na forma de viabilização de novos empreendimentos que possam gerar mais empregos e valor para a economia brasileira, será apresentada uma proposta de metodologia para desenvolvimento das cláusulas que delimitam a obrigação de reparar.

### **5.1. DEFINIÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO**

Como visto no capítulo referente a obrigações, o primeiro passo é definir qual o objeto do contrato, ou seja, quais os bens e serviços que devem ser entregues pelo contratado e quais os critérios para serem considerados os débitos originários do contrato encerrados. Em outras palavras, quais são as características que os serviços e os bens devem apresentar para que os mesmos sejam aceito pelo contratante e a entrega seja bem sucedida.

Primeiramente serão abordados os bens físicos e por seguinte será falado sobre os serviços. Com relação aos bens físicos que são os equipamentos, materiais entregues, aplicados e instalados, existem dois grupos de características que devem ser elencadas e descritas no contrato para que sejam as reguladoras da

avaliação de aceite das entregas. A primeira denominada como aspectos de qualidade e a segunda como aspectos de funcionalidade.

Os aspectos de qualidade são referentes as características construtivas dos materiais e equipamentos fornecidos, tais como matéria prima utilizada, qualidade de solda, acabamento superficial, tolerâncias dimensionais, tipo de pintura e testes e ensaios que garantam que o equipamento foi testado e aprovado pela área de qualidade do fornecedor.

Todos estes requisitos são demonstrados documentalmente com os respectivos protocolos e certificados que fazem parte do processo e podem ser requeridos contratualmente. Como por exemplo, é muito comum que equipamentos fornecidos para empresas como a PETROBRAS devem se acompanhados de uma coletânea de documentos técnicos que é chamada de databook. No databook está contido o projeto básico do equipamento contendo todas as suas características dimensionais, histórico de fabricação com a indicação de todas as ocorrências de não conformidade e as devidas ações corretivas realizadas para sanar os problemas, os certificados dos materiais utilizados na construção fornecidos pelas usinas fabricantes das matérias primas, cópia das certificações dos soldadores que trabalharam na fabricação das peças (PETROBRAS exige soldadores com certificação própria), protocolos dimensionais do processo de usinagem que mostram as medidas reais obtidas na conclusão do processo, catálogos de peças normalizadas fornecidas por terceiros, folhas de dados de motores elétricos, relatório de inspeção final, relatório de testes e ensaios não destrutivos etc.

Cada um destes itens citados como exemplos podem ser exigidos contratualmente e o não cumprimento de um deles somente já é o suficiente para que o objeto contratual não seja cumprido, já que os aspectos referentes a qualidade podem reduzir a vida útil do equipamento e provocar perdas de produção com interrupção de funcionamento, acidentes e até mesmo aumentar os custos com manutenção.

Os aspectos referentes a funcionalidade tem um enfoque no resultado do produto produzido pelo equipamento e tem uma análise mais complexa, já que por exemplo, a operação realizada de forma errada pelo contratante pode provocar danos físicos ao equipamento com efeitos semelhantes a problemas de qualidade e também mal funcionamento resultando em um não atingimento da expectativas iniciais e por consequência um aparente não cumprimento do objeto do contrato.

Outro exemplo importante de influência na performance do equipamento que pode gerar a falsa impressão de não cumprimento do objeto do contrato é o contratante não fornecer a infraestrutura para a operação do equipamento que é de sua responsabilidade. Exemplos de itens de infraestrutura não adequados são: suprimento de energia, água ou outros insumos de forma intermitente. Isso pode aparentar que o equipamento tem algum defeito e que a obrigação de suprir estes recursos foi cumprida pelo contratante.

Então para se evitar este tipo de situação, ficam convencionadas contratualmente todas as premissas e pré-requisitos que devem ser garantidos pelo contratante para que haja garantia de funcionamento adequado do equipamento. Um bom exemplo é o suprimento de água, pois muitas características podem ser definidas para tal. As mais comuns são pressão, vazão, quantidade de partículas por litro, dimensão do material particulado em suspensão, Ph, temperatura, quantidade de minerais, condutividade e quantidade de bactérias por exemplo. Todos estes itens podem não só danificar fisicamente o equipamento quanto alterar a sua performance influenciando no cumprimento do objeto do contrato se estiverem fora da especificação.

Agora falando propriamente das características de funcionalidade que demonstraram durante a pesquisa ser o aspecto mais difícil e complexo de ser tratado nas cláusulas de limitação da obrigação de reparar, será abordado como as mesmas são tratadas no contrato. As características funcionais do equipamento são determinadas em contrato como forma de garantias de que a entrega realizada pelo contratado terá obrigatoriamente as características acordadas. Estas características fazem parte do objeto do contrato tanto quanto o bem físico em si, ou seja, não é suficiente a entrega física do bem se o mesmo não atender as características acordadas.

Essas características funcionais são relacionadas a capacidade de produção, qualidade do produto produzido pelo equipamento, disponibilidade de produção (porcentagem de tempo que o equipamento esta disponível para produzir a plena carga), atendimento as legislações vigentes referentes a segurança do trabalho e ambiental, e outras restrições particulares definidas em contrato mediante acordo entre as partes, como por exemplo numero de operadores simultâneos máximo necessários para controlar o equipamento.

Nas definições contratuais acerca das características funcionais existem dois tipos de características, as que são absolutas, ou seja, obrigatoriamente devem ser cumpridas totalmente para que o objeto do contrato seja cumprido e as permitem alguma flexibilidade ficando sujeitas a uma faixa de avaliação. Sendo que abaixo do valor mínimo dessa faixa o objeto não é cumprido, pois o equipamento não atende a finalidade com que decidiu se pelo investimento, e entre o mínimo e o valor exato do cumprimento existe uma penalização regulada pelas cláusulas penais, pois o equipamento atende parcialmente a finalidade proposta no acordo entre as partes.

Figura 5 – Tabela de penalidade x Garantia de performance

Penalidade (liquidated damages)	Intervalo de verificação				
	5,00%	3,75%	2,50%	1,25%	0,00%
<b>Característica funcional</b>					
Produção líquida (produto sem defeito)	$96,4\% \leq x < 95,0\%$	$95,0\% \leq x < 96,0\%$	$96,0\% \leq x < 97,0\%$	$97,0\% \leq x < 98,0\%$	$x \leq 98,0\%$
Consumo específico de energia elétrica (MW/Ton)	$11,00 \leq x < 10,75$	$10,75 \leq x < 10,50$	$10,50 \leq x < 10,25$	$10,25 \leq x < 10,00$	$x \leq 10,00$
Consumo de água (Milhões de litros)	$5,4 \leq x < 5,3$	$5,3 \leq x < 5,2$	$5,2 \leq x < 5,3$	$5,3 \leq x < 5,4$	$x \leq 5,4$

Fonte: Elaboração do autor, 2017.

A correlação entre valor de penalidade e valor de realmente atingido pelo equipamento usualmente é descrita em uma tabela de penalidade que esta atrelada as cláusulas penais, que não são o foco de estudo deste trabalho, mas é importante entender o mecanismo de funcionamento. Assim as cláusulas de limite da obrigação de reparação podem mais bem compreendidas e utilizadas na sua plenitude. Observa-se na figura 5 acima um exemplo de tabela de penalidade onde as características do equipamento que fazem parte do objeto do contrato são flexibilizadas de forma escalonada definindo valores para penalidade em função de quão estão deslocadas da meta objetivada no contrato.

Tendo percorrido a proposta para definição dos aspectos do objeto que estão relacionados as entregas físicas, chega o momento de falar sobre serviços que tem uma natureza e forma de avaliação diferente, já que a avaliação pode ser mais interpretativa e a qualidade da entrega esta sujeita a interferência de terceiros ou do próprio contratante. Por exemplo, um serviço de frete, analisando de forma bem simplificada tem o objetivo de deslocar um bem físico do ponto A para o ponto B, com data de início e de término definidas sem trazer danos ao bem transportado. Essas restrições são fáceis de delimitar, mas e quando se trata da montagem de um equipamento fornecido por terceiros ou da limpeza de um equipamento que está

sujeito a produtos químicos corrosivos durante seu funcionamento, há riscos muitas vezes imprevisíveis, mas em sua maior parte, estes riscos são possíveis de serem identificados graças a experiência dos tomadores de serviços. Assim fica mais clara a separação do que é risco e do que é escopo de fornecimento.

Então no momento da definição do objeto do contrato do serviço a ser entregue, deve ser definido contratualmente as condições que consideram o serviço executado da forma esperada, como prazo para conclusão, destinação de resíduos, características finais do produto gerado ou modificado pelo serviço e como estes aspectos são avaliados. Ou seja, quais os critérios e metodologia de avaliação.

É de extrema importância que os aspectos que inter-relacionam entregas de bens físicos e serviços estejam bem delimitados, pois como já foi mencionado neste trabalho, problemas não tratados nas definições do objeto do contrato podem gerar perdas significativas para o contratante e que por sua vez buscará exercer seu direito definido no artigo 248 do CC de 2002.

Como o enfoque deste trabalho é trazer benefício social com a geração de valor e emprego, a presente metodologia proposta busca evitar futuras litigâncias. Sendo assim, esclarece tanto aspectos de atenção do contratante quando do contratado.

Repassando a metodologia proposta para definição do objeto, primeira mente deve se dividir o objeto do contrato em: entregas físicas e serviços. Nas entregas físicas definir todas as características construtivas e todas as características de funcionalidade. Para ambas detalhar quais são os critérios de avaliação e comprovação do cumprimento da entrega. Já para os serviços, definir o escopo do trabalho e todas as condições para execução, como prazo de conclusão, pré-requisitos necessários a serem atendidos pelo contratante para viabilizar a execução, forma e método de avaliação dos trabalhos executados.

Estando todos os detalhes do objeto claros de forma a evitar obscuridades e dualidades durante a fase de discussão técnica, fica muito mais fácil o registro em contrato e a passagem para a etapa seguinte que é o tratamento dos riscos.

## 5.2. TRATAMENTO DO RISCO

A proposta para metodologia do tratamento do risco consiste basicamente em identificar os riscos, avaliar o tratamento mais adequado e definir em contrato as responsabilidades para contratante e contratado durante a validade do contrato de forma clara e objetiva.

Como mencionado o capítulo que aborda as definições de risco, o tratamento do risco tem um custo que deve ser considerado por quem o assume. Sendo assim, a análise de risco deve ser realizada de forma transparente e com a participação de todas as partes envolvidas para que se alcance o máximo entendimento comum. Somente assim, se permitirá uma avaliação e decisão mais eficiente do tratamento adequado do risco.

Então de forma prática os riscos devem ser identificados com ajuda de todos envolvidos, principalmente os mais experientes, e classificados de forma qualitativa. Após a classificação, deve se partir para a mensuração do valor de cada risco de forma que permita a ponderação entre probabilidade e contingência necessária para tratamento do risco chegando assim ao montante total de riscos que envolvem o contrato.

Sabendo a probabilidade e valor para contingência, passa a ser possível fazer a avaliação de quais riscos o contratante tomará para si e quais pretende transferir ao contratado ou a terceiros, como seguradoras, por exemplo.

Descrevendo o passo a passo para a metodologia proposta, iniciamos pela formação do grupo de trabalho que debaterá a identificação os riscos. Este grupo deve ser composto dos profissionais mais experientes de ambos os lados e de todas as disciplinas que envolvem o projeto em si, inclusive das áreas comerciais com apoio dos respectivos departamentos jurídicos.

Este grupo deverá discutir todos os aspectos do projeto de forma que possa ser possível identificar os riscos atrelados as todas atividades que compõe o projeto, seja riscos internos ou externos (como greves por exemplo). Este exercício permite que todos observem os reflexos dos riscos e da resposta aos riscos em suas áreas, permitindo assim que as melhores definições sejam tomadas e que mesmo os custos ocultos sejam identificados.

O mesmo grupo deve classificar e mensurar estes riscos produzindo uma planilha ou tabela que servirá de base para o contratante definir a forma mais

conveniente para si do tratamento de cada risco. Como o desembolso do investimento é realizado pelo contratante, esta decisão deve ser tomada com foco em reduzir o montante global a ser gasto com o projeto.

A decisão sobre a alocação dos riscos deve ser sempre no sentido de buscar direcionar para a responsabilidade de quem o tratamento de cada risco terá menor custo, isso se somando o custo do gerenciamento e o custo da resposta ao risco. Também deve ser observada a competência técnica e a capacidade financeira do agente, já que dependendo da dimensão do projeto, o agente pode não ter recursos para dar a resposta na velocidade que o tratamento do risco necessita.

Ficando definida a estratégia de alocação dos riscos pelo contratante o passo seguinte é definir se haverá e quais serão os limites para ressarcimento em caso de danos, o que será visto no item subsequente.

### 5.3. DEFINIÇÃO DAS CLÁUSULAS DE EXONERAÇÃO E LIMITAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR

Concluindo a metodologia proposta para a elaboração das cláusulas de exoneração e limitação da obrigação de reparar, serão mostrados casos reais de cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar e os seus elementos serão explicados e associados aos itens detalhados anteriormente. Observe o exemplo a seguir representado na figura 6 onde são apresentadas cláusulas exoneração e de limitação da obrigação de reparar em um fornecimento contínuo de peças de reposição e serviços.

Notem que existe uma limitação anual para ressarcimento diferente para danos causados a pessoas e outra para o caso de danos materiais. O dimensionamento desses tetos para o limite de ressarcimento foi definido nas análises de risco, onde toda a operação foi analisada levando em consideração o escopo de fornecimento, as relações comerciais com o cliente e as questões geográficas. É importante observar que o escopo do fornecimento é nada mais que o objeto do contrato, sendo imprescindível para quem for trabalhar com a elaboração, discussão e tratamento das cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar o pleno entendimento da natureza da operação e do objeto do

contrato. Sendo assim, ficaram estipulados os montantes máximos a serem reparados através de seguro de responsabilidade.

É importante também lembrar que a definição destes limites é imprescindível para poder realizar a contratação do seguro de responsabilidade, uma vez que o prêmio do seguro será cobrado em função do valor total segurado.

Figura 6 – Exemplo de cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade em contrato de fornecimento contínuo de material e serviço

## 8 Responsabilidade

- 8.1 O Fornecedor será responsável nos casos em que for culpado por lesão a pessoas ou danos materiais e naqueles que não tenham ocorrido no próprio objeto fornecido cobertos por seguro de responsabilidade empresarial existente até os valores máximos abaixo:
- A importância global de R\$ 2.000.000,00 por evento de danos / por ano calendário por lesão a pessoas
  - A importância global de R\$ 1.000.000,00 por evento de danos / por ano calendário por danos materiais
- 8.2 O Fornecedor não será responsável por danos indiretos ou decorrentes, tais como perda de lucros esperados, perda do uso ou perda de produção, custos em função de paralisação, perda de juros ou outras perdas financeiras, por qualquer motivo legal.
- 8.3 Esta exclusão de responsabilidade não será aplicada se o Fornecedor tiver agido intencionalmente.
- 8.4 A exclusão da responsabilidade também não será aplicada em casos em que houver responsabilidade de acordo com a Lei de Responsabilidade do Produto da Alemanha (*Produkthaftungsgesetz*) por lesão a pessoas ou danos a objetos de uso privado, caso haja defeitos no objeto do contrato.
- 8.5 Salvo em caso de responsabilidade por danos a pessoas ou danos materiais, a responsabilidade total do Fornecedor não ultrapassará o preço especificado no contrato individual.

Fonte: Elaboração do autor, 2017.

No mesmo exemplo da figura 6 se observa tanto condições de exoneração da obrigação de reparar na cláusula 8.2 como condições condição para anulação da própria cláusula de exoneração que é explicitada na cláusula 8.3 que vem na sequência. Este dispositivo esta alinhado com a legislação brasileira vigente, já que o artigo 186 do Código Civil brasileiro diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

Na figura 7 pode se observar um outro tipo de contrato que é referente ao fornecimento de projeto EPC, onde o fornecedor é responsável pela engenharia, construção, montagem e início de funcionamento do empreendimento. Neste contrato, observa-se os conceitos estudados de flexibilização das características do objeto com escalonamento de penalidade no item (b) da cláusula 12.3.1 para o caso de cumprimento imperfeito das garantias não absolutas. Já o tem (a) da cláusula

12.3.1 determina limite máximo para aplicação de cláusulas penais que estão vinculadas a prazo de entrega. O item (c) da mesma cláusula delimita o valor máximo da soma das penalidades aplicadas referentes aos itens (a) e (b) de forma que a penalidade máxima seja no máximo 15% do contrato ao invés de 20% que seria a soma do limite máximo das duas.

O item (d) também da cláusula 12.3.1 limita a 50% do valor do contrato o montante referente a soma de ressarcimento por perdas e danos, multas decorrentes de penalidades e penalidade por cumprimento imperfeito do contrato. E por fim o último item, o (e), limita em 100% do valor do contrato o montante para ressarcimento referente a perdas e danos, cumprimento de garantias absolutas (as que não permitem flexibilização), garantias mecânicas e custos com MAKE GOOD. Esta cláusula é bem interessante porque ela praticamente impões como limite as mesmas perdas financeiras do termino do contrato para o contratado, porém sem terminar o contrato. É interessante observar que estas garantias abordadas neste item d cláusula 12.2.1 (garantia mecânica e garantias absolutas) consideram não cumprimento do objeto do contrato caso não seja atendidas.

A cláusula 13.3.2 fala sobre o limite de indenização para os riscos segurados excluindo se os riscos referentes a operações realizadas por subcontratados e é importante para definir a contratação do seguro, já que determinará quanto será cobrado de prêmio.

Na cláusula 13.3.3 algo interessante e diferente das outras é definido, o rol de áreas e assuntos que não haverá limite para ressarcimento, como questões ambientais, questões trabalhistas e previdenciárias, propriedade intelectual e no caso de lesão corporal e morte. E por fim a cláusula 12.3.4 exonera ambas as partes das indenizações referentes a lucro cessante, perda de produção e perda de chance.

Esses exemplos práticos abordados tem o objetivo de ilustrar situações reais para servirem de modelo uma vez que não há receita de bolo para escrita das cláusulas, mas sim é possível adotar uma metodologia definindo etapas do processo a serem realizadas em uma sequencia lógica que ajudará no dimensionamento dos montantes e nos aspectos que podem e que não podem tem o ressarcimento limitado.

O exercício da análise de risco e da definição do objeto ajuda em muito a entender os detalhes da natureza da operação que inicialmente eram despercebido, mas que nos debates da identificação dos riscos são identificados.

Figura 7 – Exemplo de cláusulas de limitação e exoneração de responsabilidade em contrato EPC

### 12.3 LIMITES DE RESPONSABILIDADE

12.3.1 A responsabilidade do FORNECEDOR para com a CONTRATANTE está limitada em:

- (a) 10% (dez por cento) do PREÇO GLOBAL por multas moratórias decorrentes de atrasos na conclusão dos MARCOS CONTRATUAIS e na entrega de documentos constantes do Anexo VIII, nos termos do CONTRATO;
- (b) 10% (dez por cento) do PREÇO GLOBAL por multas compensatórias decorrentes de atingimento dos desvios de desempenho aceitáveis, aplicados às PERFORMANCES NÃO ABSOLUTAS;
- (c) 15% (quinze por cento) do PREÇO GLOBAL pela aplicação cumulativa das multas penais de que tratam os itens (a) e (b) acima;
- (d) 50% (cinquenta por cento) do PREÇO GLOBAL pelas obrigações e responsabilidades assumidas pelo FORNECEDOR ao abrigo do CONTRATO, incluindo perdas e danos (danos emergentes), multas, aquelas relacionadas e decorrentes dos riscos segurados nos termos do Anexo XIII, incluindo sinistros de valores superiores ao do LMI, dentre outras, exceto as obrigações e responsabilidades de que tratam o item (e) abaixo;
- (e) 100% (cem por cento) do PREÇO GLOBAL pelas despesas, perdas e danos, obrigações e responsabilidades assumidas pelo FORNECEDOR relacionadas à obrigações legais e ao abrigo do CONTRATO, para atingimento de PERFORMANCES ABSOLUTAS, GARANTIAS MECÂNICAS e no conceito MAKE GOOD, exceto as obrigações e responsabilidades de que tratam o item 12.3.3 abaixo.

12.3.2 A responsabilidade global máxima da CONTRATANTE por despesas, multas, penalidades, perdas e danos, decorrentes do CONTRATO ou obrigações legais incluindo perdas e danos (danos emergentes), multas, aquelas relacionadas e decorrentes dos riscos segurados nos termos do Anexo XIII, incluindo sinistros de valores superiores ao do LMI, dentre outras, exceto as obrigações e responsabilidades de que tratam o item abaixo, por qualquer causa não poderá exceder a 50% (cinquenta por cento) do PREÇO GLOBAL.

12.3.3 A responsabilidade das PARTES, incluindo SUBFORNECEDORES e respectivos funcionários, colaboradores, agentes e/ou diretores será ilimitada nos caso de despesas, danos, responsabilidades e indenizações de relacionadas à GARANTIAS MECÂNICAS, natureza ambiental, relacionadas à propriedade intelectual, relacionados às questões trabalhistas e previdenciárias, relacionados a lesão corporal ou morte e em caso de dolo e/ou CULPA GRAVE.

12.3.4 As PARTES não terão, em nenhuma hipótese, qualquer responsabilidade, contratual ou legal, nos termos do presente CONTRATO ou em relação a ele ou ao FORNECIMENTO CONTRATUAL por quaisquer danos indiretos, consequenciais, ou lucros cessantes ou de outra receita, perda de produção, perda de chance, como quer que venham a ser provocados.

Para concluir este capítulo sobre a metodologia proposta, recapitularemos cada passo listando a seguir em ordem cronológica:

1. Realizar análise de risco – Inicia-se pela identificação dos risco, passa pela qualificação e mensuração da probabilidade e valor necessário para resposta os riscos;
2. Definição do objeto do contrato – A definição do objeto do contrato é um processo que começa na área técnica e termina na área comercial, pois são levadas em conta aspectos técnicos e comerciais para compor o escopo de fornecimento que por sua vez se torna o objeto do contrato;
3. Definição das cláusulas de limitação e exoneração – Tendo domínio dos riscos envolvidos e ser respectivos valores e com o objeto do contrato já definido, é possível ser muito mais ágil e assertivo na elaboração em conjunto por ambas as partes das cláusulas de limitação e exoneração da obrigação de reparar. Com os valores dos riscos expostos serão sabidos os valores que estão em discussão e as melhores opções serão tomadas para a redução do preço global do contrato, que é o desejo principal do investidor contratante.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou fazer uma abordagem prática dos aspectos que envolvem as definições das cláusulas de limitação da obrigação de reparação de danos, em contratos pactuados entre pessoas jurídicas, para empreendimentos de engenharia.

Com o objetivo de trazer benefícios sociais, como o aumento da atividade econômica através da viabilização de novos empreendimentos, este estudo se propõe a facilitar o entendimento do funcionamento e a utilização das cláusulas de limitação da obrigação de reparar, pois muitos negócios deixam de ser realizados devido a impasses acerca dos limites de responsabilidade, que por sua vez estão diretamente relacionados com o objeto de estudo deste trabalho.

No decorrer da pesquisa os estudos realizados sobre os aspectos referentes a análise e gestão de risco demonstraram que existe uma tendência global de cada vez mais haver importância para esta disciplina. As pressões pela redução de preço oriundas da competitividade acirrada pela globalização, sofridas pelas empresas, reduziram as margens de lucro ao mínimo. Então para se manterem economicamente viáveis as empresas tem investido na busca pela maior eficiência e um dos aspectos que tem ganhado importância é a disciplina de gestão de risco. Paralelamente observou se que todas as obras de referência, sejam livros ou artigos tem como ponto de partida a busca pelo equilíbrio do risco na relação contratual entre as partes.

Já o estudo referentes a responsabilidade e obrigações trouxe um grande aprendizado que permitiu conectar o produto da análise de risco com a visão jurídica envolvida nos contratos, pois é através da obrigação, que no contrato se materializa pelo objeto. O estabelecimento do elo entre a visão técnica de Engenharia com a visão técnica do Direito se dá com a compreensão da construção do objeto do contrato através do escopo do projeto. Este aprendizado permite desmistificar esta fronteira entre a Engenharia e o Direito, sendo de grande contribuição para os operadores de ambas as áreas que terão uma visão holística sobre o assunto.

E no ponto central do trabalho que é o estudo das cláusulas de limitação de reparação foi observado que num período recente uma grande quantidade de obras sobre o assunto foram lançadas tendo a sua grande maioria fundamentação

no livro do professor José de Aguiar Dias. Isso porque não há legislação específica no assunto, que majoritariamente é regido pela doutrina disponível e interpretação e analogia de leis de matérias correlatas. Desta forma, conclui-se que este é um assunto que deve ser mais explorado em trabalhos futuros.

A metodologia proposta, não se dispõe a ser uma receita de bolo, mas sim uma sequência lógica para análise e construção das cláusulas de limitação da obrigação de reparar. A busca por exemplos reais foi de grande dificuldade, pois se trata, quase que na totalidade de documentos confidenciais e estratégicos das empresas. Apesar desta adversidade atingiu-se a proposta inicial da pesquisa com a conclusão da metodologia sugerida.

Dentro da perspectiva social, denota-se a relevância do conteúdo, para tornar um conhecimento atualmente relativamente restrito mais acessível e que permitirá desenvolvimento econômico com a geração de novos negócios.

## REFERÊNCIAS

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 31000 – Gestão de riscos: princípios e diretrizes**. 1. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2009. 24 p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 432 p.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. 627 p.

\_\_\_\_\_. **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, out., 2010, p. 561-569.

AVELAR, Leticia Marques de. **A Cláusula de Não Indenizar: Uma Exceção do Direito Contratual à Regra da Responsabilidade Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. 250 p.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. **As cláusulas de não indenizar no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016. 315 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

DIAS, José Aguiar. **Cláusula de não-indenizar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 268 p.

DIDONATO, S. Leonard. Contract disputes: alternatives for dispute resolution (part 1). **Pm Network**, Pennsylvania, v. 5, n. 7, p.19-23, maio 1993. Mensal. Disponível em: <<https://www.pmi.org/learning/library/resolving-contract-disputes-us-construction-5036>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013. 432 p.

FONTANELLA, Patrícia; RUSSI, Patrícia. **Direito civil III**. 2. ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 627 p.

IRM – INSTITUTE OF RISK MANAGEMENT. **A risk management standard: a risk management standard**. Londres: IRM, 2002. 16 p. Disponível em: <[https://www.theirm.org/media/886059/ARMS\\_2002\\_IRM.pdf](https://www.theirm.org/media/886059/ARMS_2002_IRM.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

ISO – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO 31000: risk management principles and guidelines**. 1. ed. Genebra: ISO, 2009. 16 p.

MACHADO, Cristiane Salvan et al. **TRABALHOS ACADÊMICOS NA UNISUL**. 2. ed. Palhoça: Editora Unisul, 2013. 100 p. Disponível em: <[http://www.unisul.br/wps/wcm/connect/daac2693-5844-4aa1-84da-a992a3846b25/livro\\_trabalhos-academicos-unisul\\_biblioteca\\_2013.pdf?MOD=AJPERES](http://www.unisul.br/wps/wcm/connect/daac2693-5844-4aa1-84da-a992a3846b25/livro_trabalhos-academicos-unisul_biblioteca_2013.pdf?MOD=AJPERES)>. Acesso em: 04 set. 2017.

MARINHO, Maria Proença. A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR RELATIVA À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. **Lex: REVISTA JURÍDICA LEX**, São Paulo, v. 81, p.155-173, maio/junho 2016. Bimestral.

MUSTAFÁ, Fatima Kamel. **Responsabilidade civil**. 1. ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2014.

PEREIRA, Vinicius. **Cláusula de não-indenizar: Entre Riscos e Equilíbrio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 165 p.

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

PMI – PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE (EUA). **PMBOK: Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos**. 5. ed. Pennsylvania: Project Management Institute, 2013.

\_\_\_\_\_. **Practice standard for project risk management**. Pennsylvania: Project Management Institute, Inc., 2009. 116 p.

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

ZAGHLOUL, Ramy; HARTMAN, Francis T. Construction contracts and risk allocation. In: PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE ANNUAL SEMINARS & SYMPOSIUM, 33., 2002, San Antonio. **Paper**. Pennsylvania: Project Management Institute, 2002. p. 1 - 4. Disponível em: <<https://www.pmi.org/learning/library/construction-contracts-risk-allocation-1025>>. Acesso em: 15 nov. 2017.