



CONTRATO DE CONSTRUÇÃO. "CONTRATOS-ALIANÇA". INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO E DE LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. PARECER

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 1/2014 | p. 315 - 351 | Out - Dez / 2014
DTR\2014\19838

Judith Martins-costa

Livre Docente e Doutora em Direito pela USP. Lecionou entre 1992 e 2010 na Faculdade de Direito da UFRGS, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado, as disciplinas: Direito Civil (Parte Geral, Obrigações e Contratos); Fundamentos Culturais do Direito Civil; Direito Comparado e História do Direito. Professora Colaboradora no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Medicina da UFRGS. Presidente do Comitê brasileiro da Association Internationale des Sciences Juridiques e Vice-presidente do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC). Árbitra e Parecerista em litígios civis e comerciais no Brasil e no Exterior.

Área do Direito: Civil

Sumário:

Consulta¹ - I)A qualificação do contrato - II)Das inclusões e exclusões de responsabilidade civil e do indevido conceito de "negligência grave" adotado pelas partes - III)Das consequências para o contrato das qualificações procedidas - IV)Da resposta sintética aos quesitos

O ilustre colega Dr. Alonso Caminha, do Escritório Caminha Advogados, procurador de Calamares Logística S.A. no Procedimento Arbitral 11111, ora em desenvolvimento junto à Câmara de Arbitragem da Syldavia, concede-me a honra de encaminhar Consulta nos seguintes termos redigida:

"São Paulo, 22 de fevereiro de 2013.

Prezada Professora Judith Martins-Costa,

Na sequência da nossa conversa, seguem em anexo cópias do pedido de instauração da arbitragem formulado pela Construtora Barnabé S.A. (Barnabé), da resposta e do pedido reconvenicional da Calamares, bem como do contrato, seus anexos e memorando de entendimentos que o precedeu, bem como de outros documentos juntados no procedimento arbitral.

O parecer que gostaríamos de obter teria por finalidade a interpretação das cláusulas exonerativas e limitativas de responsabilidade da parte contrária, e, especificamente:

(i) Como se qualifica o contrato em apreço? Embora denominado 'contrato aliança', o que denota o exame de seu conteúdo e programa econômico?

(ii) É correto afirmar que, à luz da tipologia do Código Civil brasileiro e do conteúdo contratual em causa, o contrato que foi denominado de 'aliança' constitui um símile do contrato de empreitada na modalidade de obra por administração a preço de custo?

(iii) Se assim for, é correto afirmar que o estabelecimento de preço-meta e prazo-meta não desnaturam a existência dos dois polos contratuais distintos, estruturados em relação sinalagmática?

(iv) Os princípios e regras do Código Civil brasileiro que atribuem a cada parte responsabilidade civil pelas obrigações decorrentes de sua posição contratual, por representarem fundamentos do sistema incorporado no Código Civil, são passíveis de ilimitado afastamento por vontade das partes? Qual o limite à pactuação da exclusão do dever de indenizar?

(v) Contraria os fundamentos do direito dos contratos bilaterais e sinalagmáticos que uma das partes seja responsável por todos os efeitos econômico-financeiros do contrato, sem qualquer limitação, enquanto a outra parte seja responsável somente até determinado limite de valor e somente por culpa grave?

(vi) Pode-se afirmar que os elementos da definição de 'negligência grave' em matéria contratual não de ser alcançados em vista da cláusula geral da boa-fé, prevista no art. 422 do CC? Além de auxiliar a interpretação contratual, a boa-fé gera deveres anexos? Quais seriam, no caso em exame?

(vii) Se positiva a resposta, estaria correta a definição contratual de 'negligência grave' que exigisse presença de elementos típicos do dolo contratual para a sua caracterização?

(viii) Independentemente da denominação dada ao contrato, quando o construtor é autorizado a debitar ao dono da obra custos incorridos na realização da obra, caber-lhe-ia o dever de prestar contas de todos os valores debitados a esse título?

São essas as questões sobre as quais gostaríamos de ter a opinião da Professora, sem prejuízo de outras que possam ser suscitadas em seu exame e acerca das quais entenda oportuno tecer considerações.

Cordialmente,

Alonso Caminha."

Passo a emitir, em separado, o meu parecer, cujos aspectos fáticos estão baseados na documentação arrolada no Anexo ao presente estudo.

De Porto Alegre para Brumas Altas, em 20 de maio de 2013

Judith Martins-Costa

O questionamento proposto pelo ilustre Consultante está centrado em uma dupla qualificação jurídica: a relativa ao *Contrato* estabelecido pelas Partes ora em litígio, bem como a referente ao conceito de "negligência grave", pois as demais questões apresentadas constituem consequências dessa categorização. Ambos os pontos estão interligados na *unidade de sentido*² representada pelo *Contrato*; porém, para efeitos expositivos, devem ser discernidos.

De fato, o estudo há de partir do exame conceitual do "contrato aliança", contrastando a *denominação* atribuída pelos contraentes àquele arranjo de interesses com o que é denotado pelo seu real *programa econômico* (Parte I).

Por outro lado, o conceito de "negligência grave" vem definido pelas Partes sendo chamado a operar para uma dupla eficácia: atribuir responsabilidade e excluir responsabilidades. O jogo entre inclusões de responsabilidades individualmente atribuídas à Consultante e as exclusões e ou limitações de responsabilidade que beneficiam majoritariamente a Barnabé, tendo como eixo esse conceito, há de ser igualmente desvendado em vista dos limites às cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar postos ou deduzidos do ordenamento (Parte II).

Uma vez apresentada a qualificação que entendo pertinente a esses dois conceitos centrais, estarei, então, em condições de alcançar as consequências atinentes ao caso concreto (Parte III) e, assim, responder, sintética e pontualmente, aos Quesitos propostos (Parte IV).

I) A qualificação do contrato

1. O tema de fundo do litígio em exame poderia ser sintetizado por meio da célebre constatação de Julieta: "*What's in a name? That which we call a rose/ By any other name would smell as sweet*".³ De fato, a denominação dada às coisas e fenômenos do mundo nem sempre corresponde à sua realidade. No caso de um contrato, negócio jurídico patrimonial voltado à consecução de bem definidas utilidades econômicas por meio do intercâmbio de prestações entre duas ou mais Partes, ou da conjugação de esforços para a consecução de um mesmo escopo,⁴ a realidade ou "substância" é denotada pela relação entre o seu conteúdo e a sua função efetivamente exercida. Por isso é que, ao versar justamente o tema dos contratos de construção, o Professor Luiz Olavo Baptista bem alertou: "será no exame cuidadoso do contrato e do contexto que envolveu a sua celebração e execução que o intérprete poderá qualificá-lo como empreitada, ou considerá-lo como modalidade diferente".⁵

2. No caso em estudo, embora, por vezes, as Partes se refiram à avença principal como *Contrato de Aliança*, e aluda reiteradamente a Requerente ao "regime de aliança", o que está materializado no programa contratual e impresso em seu conteúdo econômico se traduz no modelo da empreitada – contrato bilateral e sinalagmático, portanto – que, inobstante peculiarizado por um regime de gestão dito pelas Partes "regime de aliança", nem por isso tem desnaturada a sua qualificação como um verdadeiro e efetivo contrato tipificado (contrato de

empreitada).

3. Para bem sustentar essas afirmações (i) é preciso ter em conta as características atribuídas aos “contratos de aliança” (ou contratos-aliança). Posteriormente, (ii) será necessário ter em mente os traços definidores do contrato de empreitada e de seu regime jurídico (iii) para, finalmente, cavoucar no programa contratual *in concreto* os traços que os afastam desse novo modelo que se vem anunciando na práxis internacional dos contratos de construção, pois – e desde já consigno – não se nega, de modo algum, possam ser ajustados *contratos de aliança*. O que se afirma é que, no caso, este não está caracterizado.

(i) Dos contratos-aliança

4. Embora desde os seus *Consideranda* o pacto firmado entre Calamares Logística S.A. (Calamares) e Construtora Barnabé S.A. (Barnabé) aponte a um contrato de empreitada, a particularidade do ajuste em exame está na convenção pela qual sua operacionalização se daria por meio de um *regime de aliança*. Por meio deste regime, os pactuantes uniriam esforços e trabalhariam “conjuntamente para a execução dos Serviços necessários à implementação da Obra”,⁶ de acordo com as condições estabelecidas e em consonância com os *Princípios da Aliança*, a saber: *Melhor para o Projeto, Não Atribuição de Culpa, Open Book, Compartilhamento de Ganhos e Perdas, Suficiente Atribuição de Poderes, Consenso, Transparência, e Comprometimento com o Target Price e com o Target Date*.⁷

5. Do ponto de vista doutrinário, tema dos “contratos-aliança” não mereceu, ainda, no Brasil, nenhuma monografia, encontrando-se, todavia, estudos parcelares que fazem referência às fontes internacionais deste modelo contratual.⁸ Como é habitual na vida dos contratos, a experiência estrangeira tem um alto grau de circulação,⁹ motivo pelo qual não prejudica – antes esclarece – o seu exame com o auxílio da doutrina produzida em outros países, mormente se integrantes do *civil law*. Cabe, bem por isso, atentar à recente e substancial monografia dedicada a esmiuçar o contrato-aliança,¹⁰ escrita por Jean-François Hamelin que aponta certamente:

“Pour identifier le contrat-alliance, il faut rappeller que celui-ci tire sa spécificité du fait qu’il ne réalise pas un échange de biens ou services, mais une mise en commun de biens ou services”.¹¹

5.1 Em outra variante, o advogado Arent Van Wassenauer, enuncia:

“A Aliança é a estrutura contratual na qual as partes envolvidas trabalham juntas para alcançar o sucesso do projeto, havendo uma partilha das consequências financeiras do nível desse sucesso”.¹²

5.2 José Virgílio Lopes Enei alude, referindo-se à aliança, a “uma sociedade fictícia” que, embora não contemple, obrigatoriamente, a constituição de um ente, emprega “algumas técnicas próprias da sociedade comercial”, o eventual resultado positivo da aliança sendo equiparável por analogia “ao lucro de uma sociedade comercial propriamente dita”.¹³

6. As denominações e as metáforas variam, estabelecendo uma dualidade classificatória que, embora tenha a virtude da clareza, é, por vezes, redutora: assim, por exemplo, alude-se a contratos *sinérgicos* vs. contratos *comutativos*,¹⁴ ao se dar novas roupagens à tradicional distinção traçada por Von Jhering¹⁵ entre contratos *de intercâmbio* e contratos *de comunhão de escopo*, hoje integrante do *acquis* cultural do direito, como está em jurisprudência do STF.¹⁶ Nos primeiros, há interesse comum e disposição para comuns sacrifícios, a serem suportados por todos, bem como para auferir vantagens de forma compartilhada: o sucesso de um é o sucesso de todos e, correlatamente, o fracasso de um é o fracasso de todos, disso se tratando ao aludirem os estudiosos dos contratos-aliança ao compartilhamento de riscos e de vantagens; nos segundos os interesses das partes estão em contraposição, embora haja a convergência que os levou a contratar e existam deveres de mútua cooperação, além da exigência de um comportamento segundo a boa-fé contratual.

7. Hoje em dia, em que a realidade econômica é bem metaforizada na ideia da *rede* já tantas vezes utilizada por economistas, sociólogos e politólogos,¹⁷ a essa distinção binária fundamental (que funciona, a rigor, como divisor de “tipos ideais”, sofrendo modulações e variações), deve-se acrescentar a variada gama dos *contratos de colaboração empresarial*. A compreensão desses contratos supõe ter presente a cadeia de circulação de mercadorias e os mecanismos voltados ao escoamento de produtos e distribuição de serviços, fundados, via de regra, na combinação de

especializações profissionais e de cooperação contratual em vista de interesses comuns, pelos quais se unem esforços e estratégias para atingir este objetivo.

8. A colaboração interempresária pode decorrer de intermediação, ou de distribuição, ou fornecimento de obras e serviços em vista de suprir, ampliar, atender ou formar mercado consumidor ou de oferecer bens ligados a utilidades de infraestrutura. São assim considerados, exemplificativamente, os contratos de comissão, de representação comercial, de concessão mercantil, de franquia e de distribuição e mesmo o de empreitada, como assegura Luiz Olavo Baptista em estudo acerca dos “contratos de construção”.¹⁸ As operações comerciais concertadas, embora fundadas em deveres mútuos de cooperação (e.g., como nos contratos de agência, ou concessão), não chegam a caracterizar o vínculo de aliança,¹⁹ estando a “realidade múltipla” dos contratos de colaboração fundada em estruturas sinalagmáticas ou correspectivas, composta por “interesses comuns e de outros conflitantes, ainda de que forma potencial”.²⁰ Há, amalgamados, elementos dos contratos de comunhão de escopo (ou “aliança”) que se incrustam, todavia, em uma estrutura sinalagmática, seja ela relacional ou não.²¹

9. Conquanto os contratos de colaboração empresária constituam estruturas contratuais sinalagmáticas que exigem forte dose de mútua colaboração (em vista do adimplemento que expressará a consecução satisfatória dos interesses a que está predisposto o contrato), os contratos-aliança com eles não se identificam estruturalmente. Esse é um traço cuja compreensão se mostra da maior relevância para o caso em exame, pontuando a questão: se os deveres de cooperação e de conduta segundo a boa-fé imantam todo e qualquer contrato, o que peculiariza os contratos-aliança?

10. A resposta é oferecida já no prefácio de Nicolas Mofessis à obra de Hamelin: hão de ser assim entendidos aqueles contratos cujo núcleo reside na existência de uma atividade que consubstancia o *objeto comum* entre os “aliados” para cuja realização esses se comprometem por via de um contrato, vinculados que estão por um *interesse comum* a ser alcançado a partir da aliança. Seus efeitos se traduzem na “agregação e distribuição de resultados da atividade comum”, tendo tais ajustes a particularidade de fazer nascer uma “agregação” formada pelas promessas dos “aliados” e de conduzir a uma distribuição dos resultados da atividade comum. O engajamento dos contraentes está, portanto, afetado à *atividade comum*, em vista de um *comum escopo*²² e de uma *idêntica causa* contratual, razão pela qual tarefas, responsabilidades, riscos, perdas e vantagens são efetivamente *compartilhados* entre os contraentes. Daí requerer o contrato-aliança um objeto comum (traduzido nas prestações de ambas as partes), bem como numa identidade de causa: a noção de “objeto comum” corresponde à atividade a que cada “aliado” se engaja a participar, devendo se verificar a identidade do objeto comum que se relaciona ao fato de, fundamentalmente, ambos se obrigarem a exercer em conjunto uma mesma atividade.²³

11. No arco entre intercâmbio e comunhão de escopo, o contrato-aliança configura, pois, nítido e característico *contrato de comunhão de escopo*, a seguir a tradicional classificação jheringiana acolhida, como se viu, pelo STF. É o que afirma, aliás, Jean-François Hamelin nas primeiras linhas de sua obra, assegurando a dualidade entre os contratos de intercâmbio e os contratos-aliança,²⁴ ao explicar que o tipo de referência dos contratos-aliança é o *contrato de associação*. Tanto assim que se exige dos “aliados” a mesma lealdade requerida entre os associados,²⁵ embora não necessariamente se crie, por seu intermédio, uma pessoa jurídica.²⁶ Daí por que se aplicam a esses contratos a principiologia e as soluções próprias às associações, como ainda apontam os estudiosos ao rubricar:

“Certaines solutions qui ne sont aujourd’hui admises que dans les associations ou dans les sociétés apparaîtraient alors comme l’expression de principes plus généraux applicables à tout contrat-alliance. La question se pose, par exemple, de savoir si la *prohibition des clauses léonines, l’interdiction d’augmenter les engagements des associés ou encore l’existence de l’action sociale ut singuli ne doivent pas être généralisées à tout contrat-alliance*”.²⁷

12. É o que vem também assinalado entre nós, por Júlio Cesar Bueno, ao anotar como “um aspecto importante” do contrato-aliança, “a intenção das partes de compartilhar, sempre que possível, os riscos relacionados às dificuldades imprevistas (as perdas) e os lucros inesperados (os ganhos)”. Aduz, assim, a existência de “um novo tipo de estrutura (o Contrato de Aliança)” no qual as partes “trabalham de forma cooperativa e transparente, e compartilham o sucesso ou o fracasso da implantação do empreendimento, bem como a responsabilidade pelas decisões e

pelo gerenciamento dos riscos".²⁸

13. O contrato-aliança exige, também, uma identidade causal bem acentuada por Hamelin ao detectar ser esta, justamente, a sua maior especificidade. É a causa que demarcará a especificidade do interesse comum, porque, "(...) a causa da obrigação de cada aliado não reside tanto nas prestações dos demais aliados às quais será acrescida a sua própria prestação, mas na atividade a cujo exercício os aliados se propõem a participar. Assim, é porque essa atividade comum tem lugar em seu interesse comum e satisfaz cada um deles".²⁹

14. A causa da aliança não é, pois, uma "troca" entre o construir e o pagar pela construção, mas a comum atividade (inclusos os comuns *onus et bonus*) compartilhada entre os aliados. Em vista dessa causa, compreende-se serem efeitos essenciais de um contrato-aliança a *agregação* e a *distribuição*, é dizer: não se tratando de um contrato de intercâmbio, mas de comunhão de escopo, há uma agregação de atividades, feitas necessariamente no interesse comum de todos os "aliados". Em lógica consequência, os riscos e os resultados são igualmente partilhados entre os "aliados"³⁰ e o ajuste subsiste enquanto – e só enquanto – subsiste, sem perturbação, o exercício da atividade comum.³¹

15. Um símile dos contratos-aliança se pode verificar nos contratos administrativos de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública,³² quando firmados pela Petrobras, e que implicam, segundo a definição regulamentar, uma espécie de consórcio, com compartilhamento efetivo de tarefas. Além da previsão de um consórcio, a qualificação do "regime de aliança", nesses casos, serve para justificar a dispensa ou a inexigibilidade de licitação.³³ Evidentemente, não é o caso de que ora se trata neste Parecer: nem de consórcio, nem contrato administrativo em que é parte a Petrobras, nem de afastamento da licitação, mas contratação entre empresas privadas³⁴ em que há "partilha" de tarefas, riscos e responsabilidades, mas não há, efetivamente "compartilhamento", nos termos requeridos por uma aliança, *joint venture* ou consórcio.

16. A referência à partilha ou divisão entre tarefas, riscos e responsabilidades leva, por antonímia, a relembrar as características dos contratos com prestações correspectivas, dentre os quais se aloca o contrato de empreitada, tipificado no Código Civil.

(ii) Do contrato de empreitada

17. Os contratos com prestações correspectivas são peculiarizados por uma *estrutura sinalagmática*.³⁵ Assim é, paradigmaticamente, o contrato de empreitada, como salientam, exemplificativamente, Nancy Andrighi, Sidnei Benetti e Vera Andrighi, ao caracterizar a empreitada, ajuste sinalagmático, como o contrato em que "a prestação de um contratante tem por causa a prestação que lhe fornece o outro".³⁶ De fato, a empreitada, como sintetiza Pontes de Miranda, "é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante remuneração, a fazer determinada obra, ou mesmo obra determinável (...)".³⁷ Vêm aí aludidos os chamados *deveres principais* – ou *deveres primários de prestação*³⁸ (igualmente ditos "obrigação principal") – que constituem o núcleo da relação obrigacional, definindo o tipo contratual. Os deveres principais, aquele núcleo definidor do tipo, são, portanto, fazer a obra e remunerá-la.

18. Manifestando-se o sinalagma, alocam-se os deveres colaborativos numa arquitetura de "troca" entre sacrifícios e vantagens: um contratante paga *porque* o outro constrói. Assim é descrito o que Antonio Junqueira de Azevedo bem denominou de *causa do contrato* como critério de apuração da eficácia de contratos sinalagmáticos. Quem fornece, vende ou constrói algo tem legítimo interesse à contrapartida em dinheiro. Assim, se esta contrapartida falha, atinge-se o plano da eficácia, ensejando-se a reparação ou a resolução. E acrescenta:

"Nos contratos bilaterais, o elemento categorial inderrogável consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contraprestação). Segue-se daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano da existência) e se for válido (plano da validade), o não cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou *sem causa*".³⁹

19. Por ampla que seja a modelagem concreta do conteúdo da empreitada, há primeiramente obra, e há pagamento da obra, sob a forma que for (inclusive os usos, o programa da empresa

conhecido pelo empreitante ou fixado por lei).⁴⁰ Portanto, há bilateralidade e há comutatividade,⁴¹ pois o conceito de álea, no direito, é jurídico, e não econômico,⁴² sendo diversas as noções de aleatoriedade e *incerteza*.⁴³ O dever primordial do empreiteiro, ensina Wald, “é realizar a obra ou serviço no prazo e nas condições convencionadas ou de acordo com os usos locais, respondendo pela solidez”. Em contrapartida, são obrigações do dono “pagar o preço” e “receber a obra, se estiver nas condições acordadas”.⁴⁴

20. A partir dessa estrutura bilateral, comutativa e sinalagmática “é amplíssimo o âmbito de suportes fáticos sobre os quais incidem as regras jurídicas sobre empreitada”,⁴⁵ sendo também muito amplas as possibilidades e variantes de *gestão da empreitada*, por meio dos quais esses dois deveres principais (construir adequadamente uma obra e pagar o devido por ela) podem ser efetivados. Isso porque os deveres principais, embora definam o tipo, não o esgotam, sendo acompanhados por deveres secundários e anexos, descendentes do princípio da boa-fé, de incidência cogente,⁴⁶ pois a estrutura comutativa, bilateral e sinalagmática que aqui vem sendo sublinhada não afasta, de modo algum, os mútuos deveres de colaboração, notadamente aqueles atinentes à gestão da obra contratada.

21. É justamente por esta razão que, para a determinação da regência legal *in concreto* o que importa é a definição da causa contratual. Isso porque, quando os contratantes realizam uma espécie de “ajuste” dos modelos contratuais típicos, sem modificar a sua causa, “adotam implicitamente as normas legais que compõem a sua dogmática”. E, junta Caio Mario:

“É certo que tais regras são de natureza supletiva, e não imperativa, mas nem por isto de aplicação menos frequente, já que as partes, por mais casuístas que sejam no minudenciarem as cláusulas contratuais, nunca chegam a ponto de desprezarem as regras legislativas da figura típica”.⁴⁷

22. Por outro lado, mesmo quando se recai na atipicidade, a disciplina do tipo legal não é de *per se* totalmente afastada: por vezes, há de ser invocada por analogia, quando a causa contratual for a mesma (*eadem ratio*). E, mesmo quando for diversa a causa, a programação do “programa de riscos” pelos contraentes nos contratos atípicos não é totalmente livre. Embora, nesse caso, seja preciso – como assegura Sconamiglio – atentar ao “*profilo individuale dell’atto di autonomia*”,⁴⁸ ainda assim há limites postos pelo ordenamento, tal qual enuncia com todas as letras o art. 425 do CC ao confinar a atipicidade (no que tange à criação de tipos e à modelação do conteúdo pela autonomia privada) aos lindes postos pelas “normas gerais” do Código Civil, como oportunamente apontarei ao examinar a validade e a eficácia das cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade civil contratualmente ajustadas.⁴⁹

23. Ora, o modelo jurídico da empreitada, consabidamente, tem acolhido numerosas variantes elaboradas pela prática profissional, admitindo transformações, inclusive no regime de gestão, para afiná-lo à realidade e às necessidades das novas demandas econômicas,⁵⁰ por vezes as variantes importando em mutação causal, por outras persistindo a causa sinalagmática da empreitada. A empreitada na modalidade *obra por administração* constitui um desses modelos que a prática formatou e vem reformulando. Inicialmente, fora inclusive equiparada à locação de serviços, “por manter um vínculo mais acentuado de direção por parte do dono da obra em relação ao administrador, caracteriza-se pelo fato de não ser convencionada por preço certo, mas na base de um orçamento por preço provável”.⁵¹ Hoje se tem por assente que a empreitada por administração diz respeito não só ao *modo de execução do contrato*, como também à maneira de retribuição do empreiteiro ou do pagamento da obra construída.⁵² Por vezes o empreiteiro se encarrega de dirigir e administrar a construção, recebendo pelo seu trabalho uma percentagem calculada sobre o custo e o dono da obra, além de pagar, tem necessidade de “severa e vigilante fiscalização”, com o que, na prática, pode vir a ser encarregado de uma *coadministração*, pois como anota a doutrina, “o interesse do empreiteiro será sempre o de majorar o custo da construção, mediante maior dispêndio de material e mão-de-obra, aumentando, conseqüentemente, a sua retribuição”.⁵³

24. Em quaisquer das numerosas variantes oferecidas pelo tráfico jurídico ao conteúdo da empreitada, se não modificada a causa sinalagmática (isto é: um constrói porque o outro paga, e vice-versa), incide a disciplina do Código Civil em tudo o que ali se contém de *normatividade cogente* e de *normatividade dispositiva e supletiva*,⁵⁴ que não tenham sido afastadas, expressas ou implicitamente, pelo ato de autonomia privada.

25. Os dispositivos legais de incidência dispositiva e supletiva podem ser afastados por dois modos: ou explicitamente, quando as partes dispõem diferentemente; ou de modo implícito, quando há diferença causal entre a empreitada típica e a sua variante atípica, como recomenda com inteiro acerto José Emílio Nunes Pinto⁵⁵ em alusão ao *Project Finance*. No caso de afastamento das regras dispositivas e supletivas, explícita ou implicitamente, aquelas regras, quando e se incidirem, serão chamadas apenas nos limites da interpretação analógica (*eadem ratio*).

25.1 Diga-se, desde já, não ser este o caso do presente *Contrato*, que, depurado em sua ossatura econômica, demonstra a sinalagmaticidade ínsita à correlação entre a obrigação principal atribuída à Barnabé, de construir a rodovia, e a obrigação principal atribuída à Calamares, de pagar pela construção, muito embora as peculiaridades do modo de gestão. Reside a causa do contrato na própria construção e não – como, por exemplo, num contrato EPC amparado em *Project Finance* – em outras e peculiares formas de estruturação financeira que desloquem a causa contratual da *empreitada* (por mais sofisticada que seja), para ao exercício de determinação, alocação e mitigação de riscos que englobam não só o patrocinador do projeto como terceiros.⁵⁶

26. Ora, se identificar qual a causa do contrato é identificar sua característica negocial típica – determinando-se se o negócio é apto a produzir efeitos, quais são esses efeitos e até que ponto remanesçam –, já é possível, na espécie, concluir que a causa da atuação da Barnabé está na contrapartida fornecida pela Calamares, e vice-versa.

26.1 De fato, bem examinado o programa econômico contratual – e não esquecido, de modo algum, que cada contrato é a “veste jurídica das operações econômicas”⁵⁷ –, o que se deduz não é a existência de um “contrato-aliança”, com um escopo comum a ser repartido entre “aliados”, mas de um contrato de empreitada que, embora marcado por forte grau de deveres cooperativos entre as partes, notadamente no que tange à gestão contratual, não chega a caracterizar causalmente, a comunhão de escopo conatural ao contrato de aliança. Consequentemente, não há, pois, diferença causal entre o *Contrato* concretamente examinado e aquele que vem tipificado no Código Civil, como agora será evidenciado pelo exame *in concreto* da estrutura econômica contratual.

(iii) O contrato, considerado por seu programa econômico concreto

27. Muito embora vinculadas por meio de um regime de gestão contratual assentado na ampla conjugação de esforços e de trabalho para o atingimento do objeto contratual, certo é que o *Contrato* não se afasta, economicamente, de uma estrutura bilateral de intercâmbio entre prestações; e, gerencialmente, de uma repartição entre funções mais que em um compartilhamento, como seria próprio de um “verdadeiro” regime de aliança. No modelo contratual escolhido pelas Partes há, indubitavelmente, elementos de *comunhão de escopo*. Estes, porém, não têm força suficiente para esfumegar a *bilateralidade sinalagmática* aqui reiteradamente mencionada. Para comprovar, assinalem-se uns e outros.

28. Entre os primeiros estão os *consideranda* contratuais fazendo notar a confluência de *mútuas conveniências*, manifestada por meio do orquestramento entre a *oportunidade comercial*, o *interesse negocial comum* e as *aptidões técnicas específicas* das Partes: de um lado, a Calamares, detentora da “concessão para a exploração e desenvolvimento público de transporte de carga na Malha de Pombinhas (...) e também responsável pela implantação do Empreendimento”; do outro, a Barnabé, possuidora de “qualificação, capacidade técnica, operacional e financeira, bem como comprovada experiência na área de gerenciamento de projetos e na prestação de serviços de construção civil em empreendimentos de grande porte similares à obra”.

29. Parece se aproximar do modelo da comunhão de escopo, por igual, a existência de uma *Estrutura de Governança*⁵⁸ que estabeleceu, entre outros, “normas e procedimentos operacionais, de gestão e de circulação de informações”, aí abarcadas “a matriz de competências, atribuições e delegações” da Equipe e da Gerência do Projeto e demais membros da Aliança.

30. Porém – é aqui está o dado que importa – se formos examinar as competências e responsabilidades efetivamente inseridas nessa Estrutura de Governança, encontraremos não o anunciado compartilhamento, mas uma nítida distinção de atribuições e de poderes entre ambos os contraentes, verificando-se, na realidade, não uma comum administração (como seria próprio

de uma aliança), mas uma espécie de “divisão de áreas” que acabou por se refletir na gestão e nos aspectos econômicos do ajuste.

30.1 Verificou-se, de fato, partilha de atribuições a indicar, com nitidez, caber à Barnabé empregar a arte da técnica e executar a Obra propriamente dita e à Calamares arcar com os custos daí decorrentes. Como disse com extremada expressividade o Diretor Administrativo Financeiro da Calamares, Glauco Chimango, ao dirigir-se a representantes da empresa de auditoria Au Pied du Cochon Évaluation, que hesitavam ao receber ordens contraditórias entre si por parte da empreiteira e da dona da obra: “não irei mais repetir quem é o responsável pelo trabalho e quem paga a conta”.

30.2 A lógica da divisão, distinta da lógica do compartilhamento, também transparece em outras cláusulas, quando, por exemplo, se atribui à Calamares a responsabilidade “individual e exclusiva” por contratar diretamente com os Fornecedores, pagando-lhes, ou pagar quando a empreiteira Barnabé os contrata; o dever (também individual e exclusivo) de contratar e manter os seguros; ou, por outro viés, a sua prerrogativa de poder suspender ou desmobilizar a execução dos serviços de construção da estrada; é ainda revelado, em outro exemplo, ao se contemplar as hipóteses de “rescisão” por meio de uma correlação sinalagmática entre inadimplemento de deveres típicos da empreiteira ou da dona da obra e o nascimento da pretensão à “rescindir”, pelo prejudicado. E, finalmente, desnuda-se em toda a sua extensão no que atine ao elemento verdadeiramente nuclear de um contrato-aliança, qual seja, o compartilhamento os riscos.

31. Em síntese: da letra do *Contrato* (desde que examinadas suas linhas e suas entrelinhas) e da prática seguida no canteiro de obras, tal qual expressa na documentação a que tive acesso, deflui, portanto, a existência de um regime contratual que não é em absoluto compartilhado, é, antes, seccionado por meio de uma nítida divisão sinalagmática, embora altamente inequitativa em desfavor da Calamares, como será oportunamente demonstrado.

32. De fato, não se sustenta no texto do Contrato nem nos documentos aquilo que assegura a Barnabé no pedido de instauração de arbitragem, qual seja: tratar-se de um regime de aliança fundado no “compartilhamento, entre as partes, dos riscos da Obra”. Basta ler os itens do *Requerimento de Arbitragem* em que afirma a Barnabé o compartilhamento dos riscos, ganhos e perdas por ambas as Partes como “característica” do regime de aliança, mas assegura, “*não obstante*” (e é revelador o emprego da preposição) a assunção de obrigações e responsabilidades *individuais e exclusivas*, dentre as quais, além das “exclusões de escopo”, aquelas imputadas única e exclusivamente à dona da obra.

33. Não é suficiente para obnubilar a estrutura sinalagmática do *contrato* em exame a previsão do dever de colaboração entre as partes e a relativa partilha de riscos, até porque a empreitada, está inserida “na família dos contratos de colaboração entre empresas (...) nos quais se impõe uma colaboração entre as partes”.⁵⁹ Além do mais, como se vem de recordar,⁶⁰ admite diferentes modalidades e regimes, acolhendo-se, sem qualquer óbice à caracterização do tipo, o regime de partilha de riscos, como exemplificativamente se verifica na empreitada por preço fixo.

34. A mesma qualificação também não chega a ser afastada pelos “quatro pilares” econômicos do *Contrato*, tal qual aludidos pela Requerente como elementos estruturantes da “base de remuneração: *Fluxo de Caixa Neutro*; *Remuneração Percentual da Barnabé*; *Custos de Administração da Obra*; e o *Target Price*. Todos supõem a apreensão do que seja a Base de Remuneração, noção a partir da qual são calculados dois “pilares financeiros” do *Contrato*: a *Remuneração Percentual* e os *Custos da Administração*. Num e noutro caso, nos termos da cláusula (...), os valores correspondentes serão pagos pela Calamares à Barnabé “proporcionalmente ao avanço financeiro dos Serviços, conforme detalhamento do cronograma Financeiro dos Serviços, observado o disposto no item 12.2.3”. Acrescem os “estímulos” ao cumprimento: a Barnabé pode ser premiada ou punida caso atinja ou não o *Target Price* e o *Target Date*. E, finalmente, o *Fluxo de Caixa Neutro* é o sistema adotado para a realização de pagamentos pela Calamares à Barnabé ou pela primeira diretamente aos Fornecedores, com o propósito de evitar que receitas antecipadas ou adiantamento de recursos próprios da Barnabé para a execução dos serviços.

35. Considerados os “quatro pilares” do *Contrato*, é possível afirmar que a remuneração da Barnabé pela obra que deve construir é calculada a partir de um percentual fixo, a incidir sobre uma base de cálculo flutuante, a ser determinada mediante apurações periódicas. Este

mecanismo, conquanto complexo, não é suficiente para desnaturar a sinalagmaticidade do *Contrato*, ou afastar a causa contratual, é dizer: modificar a sua classificação como contrato de empreitada. Trata-se, meramente, de um *regime de gestão* que não afasta o dado fundamental atinente às obrigações principais e à causa contratual: Barnabé constrói, Calamares paga. E mais: Barnabé constrói porque Calamares paga.

36. Não se diga, outrossim, que a pactuação de *preços meta e teto*, dos prazos, e do desempenho verificado e da redução de riscos para as Partes esteja a revelar, *de per se*, os traços de um contrato-aliança. Nestes, é bem verdade, o objetivo de comungar o escopo “é atendido, principalmente, pela formulação de uma remuneração baseada na busca do melhor desempenho e aplicação de incentivos”.⁶¹ Mas esse traço não esgota o contrato-aliança, nem é dele exclusivo. Por exemplo, também nos “contratos EPCM” (também derivados do modelo da empreitada, embora distintos dos “contratos-aliança”), diz Luiz Olavo Baptista, “pode-se encontrar mecanismos que estimulem o contratante EPCM a manter baixos os custos da obra, por exemplo, estabelecendo uma meta de preços, e dividindo o valor economizado segundo um percentual predefinido”,⁶² o que levou a própria requerente, aliás, a reconhecer que, *in casu*, não havia “propriamente” uma aliança.

37. Se a estrutura bilateral e sinalagmática – fulcrada na correlação, de um lado, da obrigação de executar e, de outro, da obrigação de pagar – já vinha como que anunciada nos prolegômenos e nas cláusulas atinentes à gestão contratual, é, todavia, nas cláusulas de discriminação entre as “obrigações individuais” das Partes que se compreenderá que a realidade econômica do *contrato* nega aquilo que nele vem nominalmente etiquetado como contrato-aliança. Porém, é preciso atenção: ao mesmo tempo em que a partilha de atribuições entre as Partes contratantes *revela* o sinalagma, este vem ferido imediatamente no jogo entre *inclusões* de responsabilidades individuais (principalmente à Calamares) e de *exclusões* de responsabilidade civil (amplamente conferidas à construtora), assim se traçando mais uma antinomia entre o dito e o revelado pelo conteúdo contratual.

38. Além da já sublinhada contradição entre a denominação (“contrato aliança”) e a realidade estruturalmente revelada (contrato de empreitada sinalagmático, plenamente revelado na partilha de atribuições, umas relativas à obrigação de construir, outras referidas à obrigação de pagar), ajunta-se, agora, outra contradição: desta feita entre a estrutura sinalagmática e o jogo entre inclusões de responsabilidades individuais à Calamares e, em seguida, a exclusão de responsabilidades que favorecem muito especialmente a Barnabé.

II) Das inclusões e exclusões de responsabilidade civil e do indevido conceito de “negligência grave” adotado pelas partes

39. A interpretação dos contratos obedece ao que Emilio Betti denominava *cânone da totalidade e da coerência*,⁶³ impedindo o recorte isolado de disposição do ajuste. O cânone da totalidade e coerência está a nos dizer, em suma, que o contrato constitui uma *unidade de sentido*, ou seja, um “sistema”,⁶⁴ razão pela qual as suas disposições não hão de ser tomadas isoladamente. No caso, é preciso compor (i) a atribuição de responsabilidades *individuais e exclusivas* às Partes e notadamente à Calamares (pois são mínimas as responsabilidades reservadas exclusivamente à Barnabé), com (ii) um peculiar modelo de exclusões e limitações de responsabilidade civil cujos núcleos estão – para os efeitos práticos – tanto numa noção de “negligência grave” desconforme a que é adotada pela lei, pela Ciência Jurídica e pelos tribunais quanto na violação aos limites postos no art. 425 do CC ao poder dos particulares de inovar relativamente aos modelos contratuais tipificados na lei.

(i) As responsabilidades individuais e exclusivas da Calamares e da Barnabé

40. A disjunção entre denominação e realidade que perpassa o *Contrato* revela-se igualmente no conteúdo das Cláusulas “(...) dentre outras”. De fato, embora esteja estabelecido na Cláusula 3 que a “Aliança assume, nos termos deste *Contrato*, *todos os riscos relacionados à implementação e execução da Obra* com base no Projeto Executivo Otimizado, inclusive aqueles riscos relacionados às condições climáticas, geológicas, geotécnicas e hidrológicas” (grifei), essa asserção é contraditada pela discriminação das “obrigações individuais da Calamares” (Cláusula 2). Ali se determina a sua responsabilidade individual e exclusiva acerca de vários itens, exemplificativamente, a qualidade dos materiais e equipamentos objeto do Fornecimento da Calamares até sua entrega no Local da Obra os Projetos Conceitual, Básico e Executivo; a realização de comunicações perante as Partes interessadas; por arcar com todas as responsabilidades que excedam as limitações da partilha de responsabilidades estabelecida na

cláusula XVI do *Contrato*, “com exceção, unicamente, dos casos de Negligência Grave, dolo, fraude, e/ou má-fé, por parte da Barnabé”; o pagamento aos Fornecedores, diretamente; e pela obtenção e manutenção de licenças diversas.

41. Em contrapartida a esse extensíssimo rol de responsabilidades “individuais e exclusivas” da Calamares, é ralo e mingua do lote daquelas individual e exclusivamente atribuídas à Barnabé. Incumbe-lhe, por exemplo, proceder ao faturamento e pagamento dos valores relativos à prestação de serviços, apresentando “os valores gastos, além da programação financeira atualizada, a fim de que a Calamares deposite tais valores na conta bancária de titularidade da Barnabé”. Cabe-lhe também a responsabilidade técnica durante o período de responsabilidade técnica por solidez e segurança e por vícios ocultos, o que, de resto, é imposição legal nos contratos de empreitada.⁶⁵

42. Complementando essa lógica de exclusões unilaterais – que se choca frontalmente com a estrutura sinalagmática do *Contrato* –, está o regime de riscos, enucleado numa definição pelo mínimo abstrusa de “negligência grave”, conceito da maior importância no programa contratual em causa, como agora se demonstrará.

(ii) Do conceito de negligência grave e das cláusulas de limitação e de exclusão do dever de indenizar

43. Na Cláusula Segunda do *Memorando de Entendimentos (MOU)*, pactuado em 8 de junho de 2009, ao consignarem os “Princípios e Condições preliminares do Contrato de Aliança”, as Partes estabeleceram:

“2.1.2 Não atribuição de Culpa: as Partes executarão a Obra conjuntamente, não atribuindo culpa uma à outra por erros ou falhas cometidos pelas pessoas na Aliança, salvo os casos de dolo, fraude, má-fé e/ou negligência grave.

2.1.2.1 Para os fins deste instrumento, entende-se como negligência grave uma violação grave e voluntária a um dever de uma das Partes do qual ela tenha consciência, demonstrando extrema falta de diligência no cumprimento do dever, de tal forma que se comporte *como se assumisse o risco de causar o dano*”.⁶⁶

44. Ainda naquele *MOU* e também entre os “Princípios e Condições preliminares do Contrato de Aliança” é estabelecido “Limite de Responsabilidade”, determinando-se:

“Deverá ser definido um limite de responsabilidade e de perdas, incluindo penalidades, da Barnabé com relação a todas as obrigações assumidas no Contrato de Aliança, o qual não será superior ao valor do Lucro, salvo nos casos de dolo, fraude, má fé e/ou negligência grave, conforme definido no item 2.1.2.1 acima, por parte da Barnabé, hipóteses em que não haverá limite de responsabilidade por perdas e/ou penalidades”.⁶⁷

45. Finalmente, na Cláusula Sétima do *MOU*, é prevista a exclusão de responsabilidade civil, nos seguintes termos:

“7.1. Exceto na hipótese de dolo ou fraude, nenhuma das Partes será responsável por danos indiretos ou consequentes, incluindo, mas não se limitando a lucros cessantes, perda de receita ou perda de produção.”

46. O *Contrato*, por sua vez, para além de repetir dentre os “Princípios da Aliança” o estatuído quanto à não-atribuição de culpa, contempla, entre as suas “Definições”, a mesma noção de “negligência grave” estatuída no *MOU*, como segue:

“Negligência grave – significa uma violação grave e voluntária a um dever de uma das partes do qual ela tenha consciência, demonstrando extrema falta de diligência no cumprimento de tal dever, de forma que se comporta como se assumisse o risco de causar o dano”.⁶⁸

47. De outro lado, determinou-se que a Aliança assumiria “nos termos deste Contrato, todos os riscos relacionados à implementação e execução da Obra com base no Projeto Executivo Otimizado, inclusive àqueles riscos relacionados às condições climáticas, geológicas, geotécnicas e hidrológicas” (Cláusula 11). E, na Cláusula 12 pactuou-se a “delimitação” da responsabilidade da construtora Barnabé. No caso de a data da emissão do último Certificado de Aceitação Final ser “posterior ao *Target Date*”, essa consistiria:

“(…) única e exclusivamente, no pagamento das penalidades contratualmente estabelecidas, nos termos definidos no subitem 12.1.3, observado, ainda, o limite de responsabilidade da Barnabé

definido no item 16.5. Caso o Custo Acumulado da Obra seja superior ao *Target Price*, a Barnabé ficará sujeita, única e exclusivamente, ao não recebimento da Remuneração Percentual a que faria jus sobre a parcela do Custo Acumulado da Obra que exceder o *Target Price*, nos termos do item 12.2.3. A Barnabé não estará sujeita a qualquer outra penalidade, ônus ou responsabilidade em razão da superação do *Target Price* e/ou do *Target Date*, exceto na hipótese de dolo, *Negligência Grave*, fraude e/ou má-fé”.

48. Na Cláusula 21.3 novamente a expressão é repetida, para uma outra eficácia, qual seja – motivar a rescisão por inadimplemento –, nos seguintes termos:

“A Barnabé poderá rescindir este Contrato, motivadamente, mediante comunicação por escrito à Calamares, sem que assista à Calamares qualquer direito de indenização ou de pleitear penalidades, nos seguintes casos: (i) desmobilização ou suspensão da execução dos Serviços nos termos da Cláusula (...); (ii) caso tenham sido praticados atos ou omissões, pela Calamares, com dolo, fraude, má-fé e/ou Negligência Grave, não sanados em um prazo de 10 (dez) dias contados de notificação da Barnabé neste sentido; (iii) atraso superior a 60 (sessenta) dias contínuos ou 30 (trinta) dias alternados no período de, no mínimo, 3 (três) meses sucessivos, nos pagamentos devidos pela Calamares à Barnabé ou aos Fornecedores, nos termos da Cláusula (...).⁶⁹

49. Como se vê dessas transcrições, a hipótese de negligência grave é chamada tanto para afastar responsabilidades da construtora Barnabé por erros, defeitos, vícios ou por quaisquer outros deveres descumpridos na execução da empreitada (salvo a obrigação legal respeitante à solidez e segurança, ex vi do art. 618 do CC), quanto é empregada como equiparável ao dolo, para dizer que, nesse caso, não vale a cláusula de exclusão ou de limitação, e, ainda, como causa para a “rescisão” por inadimplemento.

50. Esse duplo emprego, para duas distintas eficácias, deve ser clareado. Uma coisa é equiparar dolo e negligência grave para afastar a validade de cláusula exoneratória de responsabilidade civil; outra, muito diversa, é exigir os mesmos requisitos para uma e outra figura. Examinem-se ambas as situações.

51. É sabido e consabido que nos contratos paritários, como os que de ora se cuida, há a possibilidade de limitar ou mesmo excluir o *dever de indenizar* – tecnicamente dito “cláusula de exclusão/limitação da responsabilidade civil”. No entanto, embora existente, este poder não é ilimitado. Como em seguida será apontado,⁷⁰ os lindes estão (a) nas normas cogentes do Código Civil; (b) nas “normas gerais” que não de ser obedecidas mesmo nos contratos atípicos, seja por expressarem princípios inafastáveis, seja por traduzirem aquilo que, em cada contrato, atinge a “obrigação fundamental” das Partes; e (c) no dolo, ao qual se equipara a negligência grave para este exclusivo efeito, temas que não de ser brevemente mencionados.

52. Do ponto de vista econômico, a cláusula de não indenizar (e, igualmente, a cláusula limitativa de responsabilidade) constitui uma transação sobre os riscos.⁷¹ Da perspectiva da dogmática jurídica, configura convenção pela qual “o devedor eventual da obrigação de indenizar obtém do credor eventual da mesma obrigação a renúncia à ação de perdas e danos”.⁷² Duas consequências não de ser aqui pontuadas: (a) juridicamente, configura espécie de renúncia, com o que a sua interpretação há de ser sempre estrita, como determina o art. 114 do CC: na sua apreciação o julgador, impedido que está de proceder a uma exegese ampliativa, deve, ainda, “proceder com o maior rigor ao exame de sua aceitação pela parte contra quem é invocada”;⁷³ (b) de outro lado, não se trata, propriamente, de excluir ou de limitar a responsabilidade civil, mas apenas a sua principal eficácia, qual seja, o nascimento do dever de indenizar.⁷⁴ Na sempre lembrada metáfora de Aguiar Dias,

“(…) ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não elimina o eco”.⁷⁵

53. Conquanto não possam afastar convencionalmente a responsabilidade, podem as partes estipular que, apesar de existente, a responsabilidade não produzirá o seu principal efeito, qual seja, o dever de indenizar. Por acordo prévio entre as partes aquele efeito estará excluído ou será limitado a hipóteses previamente definidas⁷⁶ – neste último caso, atenuando-se o montante da indenização⁷⁷ até um valor que, examinadas as circunstâncias do caso, não equivalha a uma

virtual exoneração.⁷⁸

54. Porém, o poder de excluir ou de limitar o dever de indenizar não é de modo algum absoluto. Antes de mais: haverá de estar configurada causa para a exclusão ou a limitação. Como já acenava nos meados do século passado Aguiar Dias (notoriamente partidário da licitude das cláusulas exoneratórias), “a cláusula exoneratória, para valer, deve corresponder a uma causa”. E esta causa está, “na razão pela qual o credor consente na exoneração do devedor, sem esquecer de ponderar *que a contraprestação é pressuposto da sua existência*, embora não seja necessário que haja equivalência objetiva entre elas, mas somente equivalência subjetiva para o aceitante da exoneração, isto é, em linguagem mais vulgar ainda, para que a cláusula seja válida é necessário que o credor aceitante da cláusula tenha achado razoável aceitá-la, evidentemente por ser correspondente a uma vantagem por ele realizada”.⁷⁹

54.1. A “vantagem” ali aludida corresponde, portanto, a um interesse do qual se abre mão, em troca de outra vantagem, aí residindo a causa sinalagmática. Ainda que comutativo o contrato, não se exige uma correspectividade matemática: o que há de ser avaliado e ponderado é o “interesse do sinalagma”, considerando-se ser o interesse (contratual),

“(…) uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência, daí dizer-se que o credor está interessado na prestação do devedor.⁸⁰ (...) Certamente é o *interesse que decorre do próprio sinalagma*, onde existem prestações correspectivas em equivalência, podendo ser objetivamente estabelecido qual o interesse que a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum.”⁸¹

55. Além da identificação com uma causa sinalagmática, há outros limites que derivam da *natureza da cláusula* (atinente aos elementos do negócio jurídico); da *ordem pública* (inadmitindo-se a exoneração do agente tanto no que tange a normas de incidência cogente, quanto ao ferimento das “normas gerais” referidas no art. 425 do CC, bem como em caso de dolo e de negligência grave); e, finalmente, do *bem jurídico atingido* (não sendo tolerada a exclusão e/ou limitação quando houver interesse direto à vida e à integridade física das pessoas naturais).⁸² Mencionem-se aqueles que mais de perto atinem ao caso em exame.

56. Quanto aos primeiros (limites derivados da natureza da cláusula), basta lembrar que, como negócio jurídico que é, a pactuação da cláusula exonerativa ou limitativa se sujeita ao exame nos planos da existência, validade e eficácia. Há de reunir “*as condições pelos princípios comuns exigidos pela validade dos atos jurídicos em geral*”,⁸³ alocando-se, ademais, naquele grupo de negócios que, “*para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra fatores como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado*”.⁸⁴ O fator extrínseco do qual depende a eficácia da cláusula de não-indenizar é justamente a configuração da responsabilidade.

57. Já quanto aos segundos (limites derivados da ordem pública), importa discernir entre (a) a proibição de excluir normas legais cogentes; (b) a não-ultrapassagem das “normas gerais” referidas no art. 425 do CC, inclusive do que, relativamente a cada contrato, a doutrina classifica como “obrigações fundamentais”; bem como (c) a hipótese de dolo e/ou negligência grave.

58. É até mesmo um truísmo afirmar que as normas cogentes não podem ser afastadas: a cogência é, justamente, a qualidade de impor-se à vontade privada. Mais atenção será preciso conferir ao limite derivado da não-ultrapassagem das “normas gerais” referidas no art. 425 do CC, pois se trata de tema novo, introduzido pelo Código de 2002. O que ali se diz é que a atipicidade contratual – como manifestação que é da autonomia privada na conformação do tipo contratual e do conteúdo do contrato – encontra lindes nas “normas gerais fixadas neste Código”.

58.1 Entenda-se, primeiramente a expressão “normas gerais”, no Direito Privado, como equivalente às normas com *amplitude geral* – e, nesse sentido, constantes da Parte Geral do Código Civil – atinentes à validade e eficácia dos negócios jurídicos bilaterais.⁸⁵

58.2 Por igual, expressa as normas de ordem pública, dotadas de cogência,⁸⁶ embora não se limite a essas, para deixar claro que o art. 425 “jamais constituirá instrumento hábil” para contornar determinada vedação legal.⁸⁷

58.3 Contudo, compreenda-se também a expressão “normas gerais” como denotativa dos “princípios informadores” e das “obrigações fundamentais”, é dizer: como as normas legais ou contratuais que dão entidade e identidade a determinado instituto jurídico ou a determinado

setor da disciplina jurídica.

59. O problema é mencionado por Pinto Monteiro que abordou *ex professo* o tema das cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade civil. Pode acontecer, observa, “que as obrigações excluídas, embora não afetem a *causa negotii*, obstem, contudo, de uma forma radical, à obtenção do resultado pretendido, por se tratar de obrigações essenciais ao fim contratual”. E ajunta: “parece, também nesse caso, impor-se a proibição do afastamento dessas obrigações, por razões de ordem pública contratual (...)”.⁸⁸ A mesma opinião externei ao comentar o regime das obrigações no Código Civil de 2002,⁸⁹ entendendo que a “obrigação fundamental”, a ser detectada em cada contrato, fixa um limite ao poder de voluntariamente excluir ou limitar o dever de indenizar. Em formulações nem sempre idênticas a mesma ideia é expressada por outros autores.⁹⁰

60. Diz-se “essencial” ou “fundamental” uma obrigação quando se mostrar imprescindível para que seja realizada a função econômica objetiva correspondente ao tipo contratual e a intenção prática prosseguida pelas partes.⁹¹ Em outras palavras: são aquelas (ou é aquela) que se destaca no feixe de deveres advindos da relação pelo fato de não poder ser quebrada, apagada ou extirpada, sob pena de desnaturar o negócio jurídico.⁹² Há, pois, um caráter *irreduzível* significando que, na economia contratual, a obrigação fundamental é aquela que não pode ser quebrada, apagada ou extirpada,⁹³ sob pena de o contrato, enquanto regulação de interesses econômicos dotada de sentido, deixar de ter um significado enquanto tal. A obrigação fundamental é também, por essa razão, *intangível*. A intangibilidade é uma condição necessária porque, se uma obrigação fundamental for quebrada ou suprimida, estar-se-á na presença de um atentado suficientemente grave, causador da extinção da relação, inclusive por nulidade,⁹⁴ justamente como pode ocorrer com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade civil:⁹⁵ em certos casos a inserção dessas cláusulas, ainda que em tese permitida, pode levar à quebra de tal ordem no sinalagma, que o contrato perderia o sentido enquanto relação bilateral, dotada de correspectividade e de comutatividade.

61. Nessa hipótese, é ensejada a decretação da *ineficácia* da cláusula exoneratória (resguardando-se quanto às demais o contrato, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos⁹⁶), ou até mesmo a *nulidade* do inteiro pacto, se cláusula exoneratória vedar, desde a formação do contrato, o equilíbrio mínimo que deve haver entre prestação e contraprestação nos pactos bilaterais, sinalagmáticos e comutativos. Consequentemente, quando uma disposição contratual está em oposição manifesta com as “regras essenciais” do tipo contratual, considerado em concreto, em vista de seu objeto e de sua finalidade, cabe reconhecer, conforme o caso, ou a sua ineficácia, ou a sua nulidade.

62. Já quando voltada a exonerar o agente em caso de dolo, é nula a cláusula, pois admitir a sua validade importaria em dar uma autorização para delinquir,⁹⁷ atingindo-se tríplice ordem de interesses:⁹⁸ de índole moral⁹⁹ (aí se entendendo que o devedor aproveitar-se-ia da própria torpeza); contratual (já que a posição de credor exige uma tutela mínima); e de índole econômica e social (pois atingiria o tráfico jurídico, com reflexos prejudiciais a nível econômico e social).

63. Ora – e aqui está um ponto que devo especialmente ressaltar – para essa eficácia (e só para essa eficácia) equipara-se ao dolo a culpa grave (ou grave negligência, o que é o mesmo):¹⁰⁰ não porque se identifiquem dolo e culpa grave, mas porque se acaso tolerada a conduta danosa daquele contratante que age com grave negligência, permitindo a isenção do dever de indenizar, seria inócuo ou contraditório afirmar a existência, naquela relação, de deveres de agir segundo a boa-fé, com cautela, zelo e ponderação,¹⁰¹ exigíveis que são a todas as relações contratuais. Daí o brocardo romano: *culpa lata dolo aequiparatur*. Com efeito, como pondera Ana Prata, não seria adequado, por razões de ordem pública, tolerar este tipo de conduta, sob pena de “a ordem jurídica estar a emitir um implícito juízo de não reprovação”.¹⁰²

64. Compreenda-se bem: a equiparação entre o dolo e a culpa grave (ou grave negligência) é quanto à eficácia e não quanto aos requisitos de configuração. Dolo e negligência grave são figuras distintas. O dolo, consabidamente, é uma ação intencionada a causar o mal: o agente quer a situação objetiva em que o bem jurídico alheio é posto em perigo ou consente em assumir o risco. No dolo eventual, por sua vez, há a representação da possibilidade do evento danoso e a assunção do respectivo risco. Diferentemente, na culpa, ainda que grave, não há

essa intencionalidade. O agente, embora possa prever o resultado, atua na certeza errônea de que o mesmo não ocorrerá; e, ainda diferentemente, na mera culpa não se dá, *in concreto*, a previsão do resultado, “malgrado fosse previsível, graças à potencialidade causal do comportamento caracterizado pelo desrespeito à normal diligência”.¹⁰³ Há, portanto, uma essencial diferenciação quantitativa e qualitativa nos requisitos à configuração, diferenciação que versa sobre o *comportamento devido*.

64.1 No caso de dolo eventual, acentua a doutrina, há assunção do risco de um determinado resultado; com efeito, que “o único critério possível” para se fazer a distinção entre dolo, dolo eventual e culpa consciente está no comportamento: “[s]e a hipótese da produção possível de um evento a partir do curso causal que se desencadeia não leva a se desistir da ação, haverá dolo eventual, pois, neste, a representação da possibilidade do evento não tem a eficácia de evitar a prática da ação”.¹⁰⁴

64.2 Diversamente, na culpa consciente (negligência grave) o agente, embora representando as possibilidades de sua ação, “considera que ‘tudo andar bem’, tudo vai dar certo”.¹⁰⁵

65. Não se diga tratar-se de sutileza doutrinária. A distinção entre dolo e negligência grave está prevista em lei,¹⁰⁶ que conceitua o crime doloso como aquele na qual “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

66. Ora, na espécie, o *Contrato* denomina de “culpa grave” (negligência grave) o que vem a conceituar, equivocadamente, com a noção de dolo eventual, incluindo na noção a representação e a assunção do risco do dano à contraparte. Com isto, a negligência grave não é apenas equiparada ao dolo para nulificar cláusula exoneratória de responsabilidade civil – como acertadamente deve ser –, mas serve para isentar a Barnabé mesmo nos casos em que, com culpa grave (tecnicamente) faltar com o cumprimento dos deveres contratuais a que se predispôs!

67. Embora os conceitos jurídicos não sejam rígidos como cálculos matemáticos, possuindo graus variados de vagueza semântica, são conceitos técnicos e assim devem ser considerados e empregados sob pena de inutilidade e de grave insegurança jurídica. Consequentemente, a expressão “negligência grave”, tal qual posta no *Contrato*, há de ser compreendida tecnicamente.

68. Nesse sentido, a *negligência grave* referida no *Contrato* servirá para, concomitantemente, (i) ter como nulas as cláusulas de exclusão ou limitação, quando efetivamente presente a negligência grave, porque, para essa eficácia, há equiparação com o dolo; e (ii) não afastará o dever de indenizar da Parte que, agindo com grave negligência – entendida como o comportamento de quem pode prever o resultado danoso à contraparte, mas, ainda assim, confia que “tudo dará certo”, persistindo em sua ação ou omissão –, efetivamente causar danos ao cocontratante. Só estará excluída, como a seguir observarei, a hipótese de culpa leve.

69. Todas essas considerações de ordem teórica iluminam as consequências atinentes ao caso concreto. Cabe a ele retornar, examinando os efeitos das qualificações de técnica jurídica até aqui feitas e mencionando, finalmente, a questão relativa ao dever de prestar contas, como dever primário, incumbente a todos que gerem bens e interesses alheios.

III) Das consequências para o contrato das qualificações procedidas

70. A qualificação jurídica não se traduz em mero jogo de palavras, dela derivando distintas eficácias, seja quanto ao cumprimento do contrato, à interpretação de suas cláusulas e aos limites à possibilidade de excluir ou de limitar o dever de indenizar.

(i) A possibilidade de utilizar os “remédios sinalagmáticos”

71. A primeira consequência prática da classificação de um contrato como bilateral e sinalagmático está em que essa espécie comporta a incidência de uma série de regras e de institutos que lhe são próprios, os chamados “remédios sinalagmáticos” tais como: resolução por inadimplemento;¹⁰⁷ exceção de contrato não-cumprido;¹⁰⁸ exceção de seguridade;¹⁰⁹ ações redibitórias e *quanti minoris*;¹¹⁰ resolução ou revisão por excessiva onerosidade superveniente quando é ferido insuportavelmente o sinalagma contratual,¹¹¹ e, de modo fundamental, o direito ao cumprimento, pois é possível se excluir – embora com limites – a obrigação de indenizar, mas, de modo algum, o dever de prestar expressivo do cumprimento contratual, jamais podendo se entender que a cláusula exoneratória implique renúncia à proteção jurídica do credor.¹¹²

Excluir a responsabilidade do devedor não impede o credor de exigir o cumprimento ou a execução específica.

72. Da tipificação como *contrato de empreitada* (além de bilateral e sinalagmático, oneroso e comutativo) deriva, por igual, a caracterização das obrigações do empreiteiro como obrigações de resultado¹¹³ bem como o regime de riscos, alguns deles concernindo a riscos próprios ao contrato ("riscos normais do negócio"), outros sendo extraordinários; alguns deles imputáveis a um dos contraentes, outros excludentes do dever de indenizar (e.g., nos casos de força maior). Há, exemplificativamente, riscos relativos à solidez e segurança da obra; referentes à qualidade dos materiais nela empregados; decorrentes da concepção técnica; responsabilidades pela fiscalização; pelo inadimplemento do pactuado; por danos causados a terceiros; e por danos provocados ao dono da obra, aos seus bens e a pessoas integrantes de sua equipe. Há riscos e consequências (v.g., o dever de indenizar) que podem ser deslocados, excluídos ou limitados, e outros que não de ser assumidos em qualquer circunstância.

73. No que tange aos riscos próprios do negócio, se há de partir da constatação segundo a qual "[u]ma das finalidades precípuas do contrato de empreitada é justamente a transferência de riscos ao construtor".¹¹⁴ Logo, quando pactuada cláusula exoneratória – e quando subsistente aos crivos da validade e da eficácia – se há de entender excluída apenas a responsabilidade por culpa leve,¹¹⁵ tudo sendo avaliado sob o juízo de um comportamento contratual ajustado aos deveres que decorrem da boa-fé contratual. Esta, para além de consistir cânone hermenêutico¹¹⁶ e critério para a averiguação da licitude no modo de exercício dos direitos e posições jurídicas¹¹⁷ é, ainda, fonte de deveres contratuais de cooperação, probidade e proteção aos legítimos interesses coenvolvidos na relação.¹¹⁸

74. Consequentemente, ajunta-se à invalidade da cláusula exoneratória nos casos de negligência grave, tal como deve ser tecnicamente compreendida (item 67, supra) também no que tange aos danos produzidos por culpa contratual que não se qualifique como "leve", aí se incluindo, por exemplo (e desde que adequadamente comprovados), danos provocados por erros técnicos grosseiros, bem como os decorrentes da ausência de uma fiscalização que seria exigível sobre os bens e os materiais empregados na obra, em razão dos deveres de zelo e cuidado. Nesse sentido, seria preciso averiguar, em vista das circunstâncias, a possível gravidade de irregularidades alegadamente vinculadas a gerências e setores de responsabilidade da Barnabé.

75. Em face da qualificação da culpa, se há de ter interpretação estrita e tecnicamente conformada a disposição contratual expressa no "Princípio da não atribuição de culpa". Além de limitar-se a sua eficácia à culpa leve, a exoneração encontra fronteiras no art. 422 e no art. 425 do CC, sendo vedada a exclusão quando obstar "de forma radical a obtenção do resultado pretendido por se tratar de obrigações essenciais ao fim contratual".¹¹⁹

76. Evidentemente, não se há de cogitar da exclusão da responsabilidade legalmente prevista no art. 618 do CC, de resto ressalvada no *Contrato*. O que se afirma é que, mesmo na responsabilidade por inadimplemento (que inclui o adimplemento defeituoso), há os limites acima rubricados e que tornam sem efeito as exclusões quando extirparem, do ponto de vista prático, as obrigações fundamentais do empreiteiro, por meio das quais o *Contrato* há de ter como contrato bilateral, sinalagmático e comutativo que a empreitada configura. E, em qualquer hipótese, para a mensuração da culpa, o comportamento contratual há de ser contrastado com o padrão do comportamento segundo a boa-fé.

77. A exclusão não tem eficácia quando o seu objeto disser respeito às obrigações fundamentais do contrato, sob pena de desfiguramento do tipo.

78. Também em qualquer hipótese, como já se assinalou, é garantido o direito ao cumprimento do *Contrato* e, se for o caso, à resolução por inadimplemento,¹²⁰ acompanhada das perdas e danos pertinentes, que não se confundem com aquelas eventualmente excluídas ou limitadas nos termos do *Contrato*, pois são as perdas e danos ocasionadas *pela resolução*.

79. Há uma última questão a ser equacionada atinentemente ao dever de prestar contas, haja visto que, uma vez autorizado o empreiteiro a debitar ao dono da obra custos incorridos na realização da obra, é preciso saber se há dever jurídico de dar contas dos valores debitados a esse título.

(ii) Do dever de prestar contas

80. A resposta à questão de saber se há dever de prestar contas é claramente positiva e decorre

de um princípio geral deduzido de numerosas regras do Código Civil: *todos os que curam dinheiros e interesses alheios devem prestar contas*. Assim está, por exemplo, nas regras do mandato, impondo ao mandatário dever de prestar contas ao mandante;¹²¹ analogamente ao comissário, respeitadamente ao comitente;¹²² ao agente;¹²³ ao administrador de sociedade, referentemente aos sócios;¹²⁴ ao síndico, no que toca aos condôminos;¹²⁵ do tutor e curador frente ao juiz;¹²⁶ do testamenteiro,¹²⁷ dentre outras. Dessa *ratio*, expressa pontualmente em várias regras legais, retira-se a existência de um dever geral implícito. E a doutrina acentua o caráter permanente dessa obrigação¹²⁸ acentuando sua grande relevância¹²⁹ – tanto assim que se considera, no caso do mandato, uma obrigação ínsita ao contrato, dela só se eximindo o mandatário se for dispensada pelo mandante”.¹³⁰

81. No caso *in concreto*, além do mais, é dever expresso, e não apenas implícito: o *Contrato* elevou à categoria de *Princípios* não apenas o compartilhamento de informações,¹³¹ mas também a promoção de um “relacionamento mútuo aberto”.¹³² Paralelamente, a Cláusula 13.1.2 bem evidencia que “considerando a natureza [da avença] e a aplicação do regime de ‘open book’ (item 1.1, (iii)), deverá a Barnabé apresentar todo e qualquer documento comprobatório dos custos incorridos para a execução dos serviços”, cabendo à Calamares, ainda, o direito de “solicitar à Barnabé, em tempo hábil, documentos complementares ou esclarecimentos”.

82. Em suma: seja pelo que decorre dos princípios gerais, seja pela estipulação consignada no próprio *Contrato*, tinha e tem a Barnabé o dever de prestar contas, sob pena de inadimplemento de dever secundário.

83. Examinado o *Contrato* e a documentação pertinente sob todos esses ângulos, posso, assim, responder sinteticamente aos quesitos propostos, como segue:

IV) Da resposta sintética aos quesitos

(i) Como se qualifica o contrato em apreço? Embora denominado “contrato aliança”, o que denota o exame de seu conteúdo e programa econômico?

R. Embora contendo alguns elementos de um regime próprio aos contratos de comunhão de escopo, notadamente quanto à sua estrutura de gestão, qualifica-se como contrato de empreitada e, como tal, bilateral, sinalagmático, comutativo e oneroso. O exame do conteúdo contratual, da estrutura de deveres principais (“obrigações primárias de prestação”) e do programa econômico nele contido revela a causa sinalagmática assentada, para a Calamares, no interesse em receber a obra construída e para a Barnabé, no interesse em receber o preço, conforme ajustado.

(vide itens 27 a 37, supra).

(ii) É correto afirmar que, à luz da tipologia do Código Civil brasileiro e do conteúdo contratual em causa, o contrato que foi denominado de “aliança” constitui um símile do contrato de empreitada na modalidade de obra por administração a preço de custo?

R. Sim. É palmar a contradição entre a denominação (“contrato aliança”) e a realidade estruturalmente traduzida (contrato sinalagmático, no modelo contrato de empreitada), sendo essa revelada tanto pela causa quanto na partilha de atribuições, umas relativas à obrigação de construir, outras referidas à obrigação de pagar. Conquanto se aluda, por vezes, ao “compartilhamento” de tarefas e atribuições, tudo bem examinado transparece a “partilha” ou “repartição”, como se verifica nas estruturas sinalagmáticas. Da letra do *Contrato* (desde que examinadas suas linhas e suas entrelinhas) e da prática seguida no canteiro de obras, tal qual expressa na documentação a que tive acesso, defluiu, portanto, a existência de um regime contratual que não é em absoluto compartilhado, é, antes, seccionado por meio de uma nítida divisão sinalagmática, embora altamente inequitativa em desfavor da Calamares.

(vide resposta ao Quesito anterior e, ainda, o que consta nos itens 27 a 31, supra).

(iii) Se assim for, é correto afirmar que o estabelecimento de preço-meta e prazo-meta não desnaturam a existência dos dois polos contratuais distintos, estruturados em relação sinalagmática?

R. Sim, é correta a afirmação. A pactuação de preços meta e teto, dos prazos e do desempenho verificado e da redução de riscos para as Partes não é de *per se* suficiente para delinear os traços de um contrato-aliança, antes denotando a existência de um contrato de colaboração, distinto – estrutural e causalmente – dos contratos-aliança. Conquanto nestes o objetivo de

comungar o escopo seja atendido, dentre outros elementos, pela formulação de uma remuneração baseada na busca do melhor desempenho e aplicação de incentivos, este esse traço não esgota o contrato-aliança, nem é dele exclusivo, revelando-se em outras modalidades de empreitada.

(vide itens 35 a 37)

(iv) Os princípios e regras do Código Civil brasileiro que atribuem a cada parte responsabilidade civil pelas obrigações decorrentes de sua posição contratual, por representarem fundamentos do sistema incorporado no Código Civil, são passíveis de ilimitado afastamento por vontade das partes? Qual o limite à pactuação da exclusão do dever de indenizar?

R. Conquanto nos contratos paritários e negociados haja a possibilidade de, licitamente, limitar ou mesmo excluir o dever de indenizar, este poder não é ilimitado. Há escalas de limitações: primeiramente, haverá de estar configurada a causa para a exclusão ou a limitação, a revelar-se pela "troca" sinalagmática entre vantagens e desvantagens, pois, como já acenava a doutrina dos meados do século passado, "a cláusula exoneratória, para valer, deve corresponder a uma causa", atinente a um interesse do qual se abre mão em contrapartida a determinada vantagem. Além do mais, é indubitosa a existência de lindes ao poder de pactuar tais cláusulas, estando estes situados (a) nas normas jurídicas cogentes; (b) nas "normas gerais" referidas no art. 425 do CC, que não de ser obedecidas seja por expressarem princípios inafastáveis, seja por traduzirem aquilo que, em cada contrato, atinge a "obrigação fundamental" das Partes; e (c) no dolo, ao qual se equipara a negligência grave para este exclusivo efeito.

Além do mais, as cláusulas exoneratórias e/ou limitativas da obrigação de indenizar configuram, juridicamente, a espécie de renúncia, com o que a sua interpretação há de ser sempre estrita, como determina o art. 114 do CC: na sua apreciação o julgador, impedido que está de proceder a uma exegese ampliativa, deve, ainda, "proceder com o maior rigor ao exame de sua aceitação pela parte contra quem é invocada", como recomenda antiga doutrina.

(vide itens 50 a 58.3, supra).

(v) Contraria os fundamentos do direito dos contratos bilaterais e sinalagmáticos que uma das partes seja responsável por todos os efeitos econômico-financeiros do contrato, sem qualquer limitação, enquanto a outra parte seja responsável somente até determinado limite de valor e somente por culpa grave?

R. Sim. Da qualificação de um ajuste como sinalagmático decorre a deflagração dos chamados "remédios sinalagmáticos" que visam assegurar o equilíbrio traduzido na corresponsabilidade característica desses contratos. Por amplo que seja o poder conferido à autonomia privada para conformar o conteúdo contratual, não chega a aniquilar, nos contratos sinalagmáticos, a própria existência desse equilíbrio ("equilíbrio do sinalagma") que assegura a proteção jurídica ao interesse que decorre do próprio sinalagma ("interesse do sinalagma").

(vide itens 71 a 78, supra).

(vi) Pode-se afirmar que os elementos da definição de "negligência grave" em matéria contratual não de ser alcançados em vista da cláusula geral da boa-fé, prevista no art. 422 do CC?

R. Sim. No texto contratual o conceito de "negligência grave" foi empregado de modo atécnico, divorciado do que é assente na lei, na doutrina e na jurisprudência, confundindo-se, equivocadamente, com a noção de dolo eventual. De fato, o *Contrato* inclui no que denomina de "culpa grave" (negligência grave) a representação e a assunção do risco do dano à contraparte. Por via dessa equívoca superposição conceitual, a negligência grave não é apenas equiparada ao dolo para nulificar cláusula exoneratória de responsabilidade civil – como acertadamente deve ser –, mas serve para isentar a Barnabé mesmo nos casos em que, com culpa grave (tecnicamente) faltar com o cumprimento dos deveres contratuais a que se dispôs e que, segundo a boa-fé, deveria escrupulosamente observar.

(vide itens 62 a 68).

(vii) Se positiva a resposta, estaria correta a definição contratual de "negligência grave" que exigisse presença de elementos típicos do dolo contratual para a sua caracterização?

R. Está juridicamente incorreta a definição contratual. A equiparação entre o dolo e a culpa grave (ou grave negligência) é quanto à eficácia e não quanto aos requisitos de configuração. Dolo e negligência grave são figuras distintas. O dolo, consabidamente, é uma ação intencionada

a causar o mal: o agente quer a situação objetiva em que o bem jurídico alheio é posto em perigo ou consente em assumir o risco. No dolo eventual, por sua vez, há a representação da possibilidade do evento danoso e a assunção do respectivo risco. Diferentemente, na culpa, ainda que grave, não há essa intencionalidade. O agente, embora possa prever o resultado, atua na certeza errônea de que o mesmo não ocorrerá; e, ainda diferentemente, na mera culpa não se dá, in concreto, a previsão do resultado, "malgrado fosse previsível, graças à potencialidade causal do comportamento caracterizado pelo desrespeito à normal diligência". Há, portanto, uma essencial diferenciação quantitativa e qualitativa nos requisitos à configuração, diferenciação que versa sobre o comportamento devido.

(vide itens 64 a 68, supra).

(viii) Independentemente da denominação dada ao contrato, quando o construtor é autorizado a debitar ao dono da obra custos incorridos na realização da obra, caber-lhe-ia o dever de prestar contas de todos os valores debitados a esse título?

R. Sim. O dever de prestar contas decorre de um princípio geral deduzido de numerosas regras do Código Civil: *todos os que curam dinheiros e interesses alheios devem prestar contas*. Tem-se como vigente e exigível, ainda que implícito. No caso concreto foi, além do mais, previsto expressamente, pois o *Contrato* elevou à categoria de Princípios não apenas o compartilhamento de informações, mas também a promoção de um "relacionamento mútuo aberto", determinando-se na Cláusula 13.1.2 a aplicação do regime de 'open book' (item 1.1, (iii)), o dever da Barnabé de apresentar "todo e qualquer documento comprobatório dos custos incorridos para a execução dos serviços", cabendo à Calamares, ainda, o direito de "solicitar à Barnabé, em tempo hábil, documentos complementares ou esclarecimentos". Em suma: seja pelo que decorre do Contrato, seja pelos princípios gerais, tinha e tem a Barnabé o dever de prestar contas sob pena de inadimplemento de dever secundário.

(vide itens 80 a 83, supra).

É o meu parecer.

De Porto Alegre para Brumas Altas, em 20 de maio de 2013

1 O parecer ora publicado refere-se a processo já encerrado. Foi desidentificado, sendo sumarizada a descrição fática. É publicado com autorização do Cliente.

2 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. vol. II, p. 239.

3 SHAKESPEARE, William. *Romeo and Juliet* (II, ii, 1-2). *The Complete Works of William Shakespeare*. New Lanark: Geddes & Grosset, 2006. p. 173.

4 Assim referi em: MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos. Conceito e evolução*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (org.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-66.

5 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos de engenharia e construção*. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 28, grifei. Igualmente atento às indicações dadas, no setor da construção, pela realidade de cada contrato: PINTO, José Emilio Nunes. *O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil*. *Revista Jus Vigilantibus*, 2002. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/2806/o-contrato-de-epc-para-construcao-de-grandes-obras-de-engenharia-e-o-novo-codigo-civil>]. Acesso em: 06.05.2011.

6 É o que está posto no *Contrato*, sob o Título XXIX – Definições.

7 Tudo conforme Cláusulas (...) do *Contrato*.

8 Especialmente: BUENO, Júlio César. *The projects and construction review*. Londres: Law Business Research Ltd, p. 59. Do mesmo autor: *Melhores Práticas em Projetos de Infraestrutura: Sistemas Contratuais Complexos e Tendências num Ambiente de Negócios Globalizado*. Disponível em: [<http://www.lares.org.br/2009/images/218-382-1-RV.pdf>]. Acesso em: 03 maio

2013. Ainda, na obra coordenada por Leonardo Toledo da Silva (*Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012), consultem-se: VAN WASSENAER, Arent. Alianças e parcerias como método de assegurar a entrega de projetos melhores, p. 79-100; ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o Contrato de Aliança. Evolução ou Utopia?, pp. 101-120; e SILVA, Leonardo Toledo da. *Aliança à brasileira*, p. 121-126.

9 A esse respeito, aludi ao que Clóvis do Couto e Silva chamou de "bartolismo", isto é, a tendência dos tribunais brasileiros a valerem-se das opiniões de autores oriundos de diversos sistemas jurídicos (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 241). Acerca da circulação de modelos, na perspectiva comparatista, vide: FRADERA, Véra Maria Jacob de. "A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à Integração no Cone Sul?", *RT* 736/20 e ss. São Paulo: Ed. RT, 1997.

10 Empregarei indistintamente as expressões "contrato de aliança" e "contrato-aliança".

11 HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012, § 98, p.77.

12 VAN WASSENAER, Arent. Alianças e parcerias como método de assegurar a entrega de projetos melhores. SILVA, Leonardo Toledo da (coord). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

13 ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o Contrato de Aliança. Evolução ou Utopia?. SILVA, Leonardo Toledo da (coord). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

14 Assim refere Hamelin, em comentário à classificação proposta por Bernhard Bergmans, aduzindo: "Là encore, c'est la mise en commun qui se trouve opposée à l'échange". HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012, § 06, p. 4.

15 Assim a lição de Von Jhering, retomada por GRAU, Eros Roberto. *La doble desestructuración y La interpretación Del derecho*. Bosch: Barcelona, 1998. p. 39. Veja-se também ASCARELLI, Tullio. *Problemas de sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 290.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.^a T., RE 439.003/SP, unânime, com trânsito em julgado. Relator: Min. Eros Grau. Recorrente: Ana Maria Braga de Nardi. Recorrido: Condomínio Edifício Bragança. Acórdão publicado no *DJ* de 02.03.2007. p. 46.

17 CASTELLS, Manuel. *A Era da informação: Economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. vol. 1. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la Pyramide au réseau?* Bruxelas: Facultes Universitaires Saint-Louis, 2002; e num *approach* de dogmática jurídica: LE TOURNEAU, Philippe. *Les contrats de concession*. 2 ed. Paris: Litec, 2010. p. 5, aludindo às relações entre rede e especialização profissional de modo a formar sistemas de organização por meio de um circuito curto e de cooperação contratual.

18 BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de Engenharia e Construção. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 17.

19 HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012, assinalando: "Pour autant, un contrat de coopération n'est pas nécessairement un contrat-alliance, car cette coordination ou action concertée peu s'expliquer par la complexité de l'exécution d'une prestation due en vertu d'un contrat-échange et notamment d'un contrat d'entreprise".

20 FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 118.

21 Diferentemente dos contratos de fornecimento, ou de distribuição, que podem ser (e frequentemente o são) marcados pela relacionalidade, os contratos de empreitada não são, de regra, duradouros, embora possam se estender no tempo e ser desfeitos por resilição. Sobre esse último aspecto, consulte-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. XLIV, § 4.848, p. 414 e ss.

22 MOLFESSIS, Nicolas, prefácio à HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012. p. VI.

23 HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012. § 111, p. 84: "Or, fondamentalement, ceux-ci s'obligent à exercer ensemble une même activité".

24 *In verbis*: "À côte des contrats qui instaurent un échange, il en existerait donc d'autres qui établiraient une alliance". HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012, § 1, p. 3.

25 Idem, § 225, p. 160.

26 Idem, § 258, p. 181.

27 Idem, § 18, p. 13, grifei.

28 BUENO, Júlio César. Melhores práticas em projetos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. Disponível em: [www.lares.org.br/2009/images/218-382-1-RV.pdf]. Acesso em: 13.05.2013. Os trechos grifados não constam assim destacados no original.

29 HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*. Paris: Economica, 2012. § 198, p. 142, em tradução livre. No original, leia-se: "En résumé, la spécificité de l'intérêt commun au regard du contrat-alliance doit être recherchée dans la cause de l'obligation, car c'est cette dernière qui permet de définir l'intérêt qu'une partie a au contrat qu'elle conclut. Or, la cause de l'obligation de chaque allié ne réside pas tant dans les prestations des autres alliés auxquelles serait ajoutée sa propre prestation, mais dans l'activité à l'exercice de laquelle les alliés se proposent de participer. Ainsi, c'est parce que cette activité commune a lieu dans leur intérêt commun et satisfait chacun d'entre eux".

30 Assim, HAMELIN, Jean-François. *Le contrat-alliance*cit., § 302, p. 213.

31 Idem, § 303, p. 215.

32 Consulte-se a Lei 8.987, de 13.02.1995: "Art. 2.º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) III – concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado".

33 O Dec. 2.745/1998 "aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras previsto no art. 67 da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997". Indica-se, nesse Decreto e os seus anexos, ao se tratar da "Dispensa e Inexigibilidade da Licitação", ser esta inexigível, dentre outras hipóteses, (i) para a celebração de "contratos de aliança", assim considerados aqueles que "objetivem a soma de esforços entre empresas, para gerenciamento conjunto de empreendimentos, compreendendo o planejamento, a administração, os serviços de procura, construção civil, montagem, pré-operação, comissionamento e partida de unidades, mediante o estabelecimento de preços 'meta' e 'teto', para efeito de bônus e penalidades, em função desses preços, dos prazos e do desempenho verificado". (Dec. 2.745/1998, Anexo I, cláusula 2.3, item i. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm]. Acesso em: 13.05.2013. Na mesma linha, o "Manual de Contratação da BR", cujo objeto é o de "complementar o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado – Dec. 2.745/1998, e sistematizar os procedimentos básicos para as contratações atinentes à atividade-meio efetuadas pela BR" (cláusula 1.1), determina, como pautas normativas complementares (e não excludentes da normatização legal), ser o "contrato de aliança (...) aquele em que ambas as partes investem e compartilham ganhos e perdas. Este contrato tem por finalidade reduzir riscos para as partes e têm cláusulas de bônus para motivação". (Título 9 – Definições e Siglas, p. 59. Disponível em: [http://www.br.com.br/wps/wcm/connect/52ed5d0043a7a161bf5abfecc2d0136c/forn-manualcontratacao.pdf?MOD=AJPERES]. Acesso em:

13.05.2013).

34 Lei 8.987, de 13.02.1995, art. 25, § 2.º: “Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente”.

35 Como está na doutrina: “I Contratti a prestazioni corrispettive (o sinallagmatici) realizzano uno scambio tra due diverse prestazione”. (v. CENDON, Paolo. *I contratti in generale*. Turim: Utet, 2000. vol. 1, p. 413). Sobre a estrutura bilateral do contrato de empreitada: LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Tradução espanhola do original alemão por Jaime Santos Briz. Madri: Edersa, 1959. p. 305. Na doutrina brasileira, assim também: WALD, Arnaldo. *Direito civil – Contratos em espécie*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3, p. 150.

36 ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*. Arts. 579 a 652. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. IX, p. 279.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado cit.*, t. XLIV. § 4.844, p. 376.

38 “O dever de prestação é o elemento decisivo que dá o conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo, [dirigindo-se] a proporcionar ao credor uma determinada prestação (positiva ou negativa), [definindo-se] corretamente como um direito a uma prestação dirigido ao devedor” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 278). Ainda: ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 65 e ss., ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1989. vol. 1, p. 125. Permito-me ainda reenviar a MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. V. t. I., p. 45 e ss.

39 AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.155.

40 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado cit.*, t. XLIV. § 4.845, passim.

41 Também acentuando esses traços: WALD, Arnaldo. *Direito civil – Contratos em espécie cit.*, p. 150.

42 ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*. Arts. 579 a 652. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. IX. p. 280.

43 Como está na melhor doutrina: “Aleatórios são os contratos que têm na causa concreta a álea negocial, enquanto função essencial de risco necessário, referido a elemento externo (evento, situação) expressamente desejado e previsto pelas partes, de modo que justamente por isso, as prestações das partes, entendidas como efeitos jurídicos que incidem sobre as partes mesmas, sejam indeterminadas no an ou no quantum por ocasião do momento do aperfeiçoamento contratual.” (Assim, GIANDOMENICO, Giovanni di. *Il contratto e l’alea*. Pádua: Cedam, 1987. p. 228-229, transcrito e cotado por JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Parecer. Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao preço do mercado. Possibilidade de revisão por onerosidade excessiva, com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 208-209).

44 WALD, Arnaldo. *Direito civil – Contratos em espécie cit.*, p. 152-153.

45 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado cit.*, § 4.845. Anota Vicente Rao: “Mas a lei geral, como é o Código, apenas indica e disciplina os tipos de contratos, o que não impede às partes crescer-lhes, segundo as circunstâncias, convenções outras, acessórias ou não, reunindo, em uma relação jurídica mista, vários tipos contratuais, para melhor conseguirem a realização do fim por elas visado, segundo os seus recíprocos interesses”. (RAO, Vicente. *Empreitada – Modalidades de Contrato, Revista dos Tribunais*, n. 254, Dez. 1956).

46 Código Civil, art. 422

47 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. Vol. 3. 15ª ed. Revista e Atualizada por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 52.

48 SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del Contratto e Interessi dei Contraenti*. CEDAM: Pádua, 1992. p. 35.

49 Vide, adiante, itens 54 a 67 deste Parecer.

50 Observa Virgílio Lopes Enei: "Verifica-se, portanto, uma conceituação bastante ampla e aberta por parte da doutrina que admite na empreitada não só a atividade de construção propriamente dita, mas também obras e serviços de um modo geral. E isso porque, naturalmente, também o Código Civil regula a empreitada de forma abrangente, albergando uma série de modalidades e subespécies". (ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o Contrato de Aliança. Evolução ou Utopia?. SILVA, Leonardo Toledo da (Coord). *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103). Na doutrina anterior Pontes de Miranda referia ser "é amplíssimo o âmbito de suportes fáticos sobre os quais incidem as regras jurídicas sobre empreitada". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., t. XLIV, § 4.845). E anotava Vicente Rao: "Mas a lei geral, como é o Código, apenas indica e disciplina os tipos de contratos, o que não impede às partes crescer-lhes, segundo as circunstâncias, convenções outras, acessórias ou não, reunindo, em uma relação jurídica mista, vários tipos contratuais, para melhor conseguirem a realização do fim por elas visado, segundo os seus recíprocos interesses". (RAO, Vicente. *Empreitada – Modalidades de Contrato*, *Revista dos Tribunais*, n. 254. Dez. 1956). Assim, alinham-se ao modelo geral da empreitada os contratos EPC, os contratos *turn key* e muitas modalidades de execução e de fixação do preço, como os chamados contratos *built to suit*; a empreitada por preço fixo ou reajustável, global (preço per aversionem, preço a forfait) ou parcial (isto é, por unidade de obra); por unidade de medida; ou preço aproximativo, inclusive preço deixado a arbitrador. Pode haver a empreitada por administração, a preço de custo ou por meio da fixação de tetos ("cláusula de máximo de preços"), ou uma combinação entre esses regimes: o preço pode ser variável, sem desnaturar o contrato, como na empreitada na modalidade de obra por administração a preço de custo, sofrendo variação, nas hipóteses previstas no contrato. Vide, a propósito da temática aqui referida ainda: BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 39; ZANETTI, Cristiano de Souza. Built to Suit: qualificação e consequências. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito* cit., p. 101-148. Exemplificativamente, na jurisprudência: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3.ª T. REsp 885.910/SP, unânime, com trânsito em julgado. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Recorrente: Construtora Moraes Dantas S.A. Recorrido: Mondial do Brasil Exportação Ltda e Aluizio A. M. D'Avila e Associados Ltda. Acórdão publicado no DJe 16 de setembro de 2008.

51 RAO, Vicente. *Empreitada – Modalidades de Contrato*, *Revista dos Tribunais*, n. 254. Dez. 1956. Também sobre o tema, consulte-se: SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de direito civil II*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. p. 301 e ss.

52 Paiva, Alfredo de Almeida. *Aspectos do contrato de empreitada*. 2. ed. rev. por José Augusto de Almeida Paiva. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 22-23.

53 Idem, p. 23.

54 Tratou do fenômeno PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I, § 18, atualizado por: MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa.

55 PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. Disponível em: [<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806&p=2>]. Acesso em: 09.08.2009.

56 PINTO, José Emilio Nunes. "O contrato de EPC para construção de grandes obras de

engenharia e o novo Código Civil”, 2002. Disponível em [<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806&p=2>]. Acesso em: 09.08.2009.

57 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução do original italiano por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, p. 7 e ss.

58 Vide Cláusula (...).

59 BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de engenharia e construção. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 17.

60 Item 23 deste Parecer, supra.

61 BUENO, Júlio César. Melhores práticas em projetos de infraestrutura: sistemas contratuais complexos e tendências num ambiente de negócios globalizado. Disponível em: [www.lares.org.br/2009/images/218-382-1-RV.pdf]. Acesso em: 13.05.2013.

62 BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos de Engenharia e Construção. BAPTISTA, Luiz Olavo; ALMEIDA PRADO, Maurício. *Construção e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 34.

63 BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. vol. II, p. 239.

64 Acerca do “sistema” como unidade e coerência interna, dentre outros: LAZZARO, Giorgio. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, p. 459, verbete Sistema giuridico; LOSANO, Mario. *Sistema e struttura nel diritto – Dalle origine alla scuola storica*. Volume Primo. Turim: Giappichelli, 1968. SAMPAIO FERRAZ JR, Tercio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Ed. RT, 1976 e, fundamentalmente, CANARIS, Carl Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução do original alemão por MENEZES CORDEIRO, António, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Para os seus reflexos na dogmática e na interpretação contratual, consulte-se: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 50 SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de direito civil II*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. p. 184; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 128; REALE, Miguel. *Diretrizes de hermenêutica contratual. Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 3.

65 Código Civil, art. 618.

66 Grifei.

67 Grifei.

68 Grifei.

69 Grifei.

70 Itens 54 e ss., infra.

71 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar. (*Cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes – Renúncia ao direito de indenização – Promessa de fato de terceiro – Estipulação em favor de terceiro. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201.

72 DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 32.

73 Idem, p. 54 e Apêndice, p. 231.

74 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98.

75 AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*.

2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 31-32.

76 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2, p. 224. AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)* cit., p. 33.

77 OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar e cláusulas penais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 34.

78 Bem observa António Pinto Monteiro: "(...) se o limite máximo acordado for tão pequeno ou insignificante, em termos de poder considerar-se meramente simbólico, tratar-se-á, então, na realidade, de uma cláusula exoneratória, assim se sancionando uma possível situação de fraude à lei". MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 171.

79 DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 49-51 e 232, grifei.

80 AGUIAR JR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 131-134.

81 Idem, 132-133. Grifei.

82 Em sentido semelhante: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar...* cit., p. 201.

83 AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 52.

84 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 54. Também Sílvio Rodrigues refere "a vantagem paralela, em benefício do outro contratante", embora não situe tal requisito entre os requisitos de validade (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 181-182).

85 "O contrato atípico é, antes de tudo, um contrato. Logo, submete-se aos princípios gerais dos contratos e às regras quanto à existência, à validade e à eficácia dos negócios jurídicos em geral". A lição é de: ASSIS, Araken de [et al.]. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. V. p. 134.

86 Nesse sentido emprega a expressão NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 3, explicitando: "O princípio da *liberdade contratual* autoriza as pessoas a celebrarem os mais variados acordos, desde que não afrontem às leis de ordem pública e aos bons costumes".

87 Nesse sentido: ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. vol. V. p. 135.

88 MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p 126. O Autor enfatiza a questão quando se tratar de contratos de adesão ("máxime em contratos de adesão"), mas não o exclui dos contratos paritários.

89 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. Vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 223-226.

90 Exemplificativamente: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar...* cit., p. 201; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 507-508; PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 180-189.

91 MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*.

Coimbra: Almedina, 2003. p 128.

92 SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*. Paris: LGDJ, 2000. Permito-me ainda mencionar: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. V. t. II, p. 223-226.

93 SEFTON-GREEN, Ruth. *La notion...* cit, m p. 262-286.

94 Idem, p. 287.

95 Embora não identificada nominalmente, a doutrina da intangibilidade da obrigação fundamental encontra guarida na jurisprudência brasileira. Vide, exemplificativamente: "Guarda-moveis. Danos ocorridos nos objetos guardados. Responsabilidade do guardador. Cláusula de não indenizar. Inviabilidade. Ausência de prova do valor dos bens. Sentença parcialmente reformada, encaminhando-se o valor da indenização a liquidação". A referência foi extraída de: TARS. 8.^a Câmara Cível. ApCiv 197168552, parcial provimento, unânime, com trânsito em julgado. Relator: Des. José Francisco Pellegrini. Recorrente: Depósito de Mercadorias em Geral Voluntários Ltda. Recorrida: Ivonir Dias da Costa.

96 Tal qual previsto, aliás, na cláusula 27.5, *in fine*, do *Contrato*.

97 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar...cit., p.201.

98 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 236-237.

99 "Seria de maior imoralidade admitir-se a idéia de alguém fugir à responsabilidade pelo inadimplemento da avença, por sua deliberada e exclusiva decisão". Assim está em: RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4. p. 181.

100 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cláusula cruzada de não indenizar... cit., p. 202.

101 PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 292-293.

102 PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual* cit., p. 294. Diversamente, tolera-se a exclusão (ou a limitação) nos casos de culpa leve, pois, "a isso não se opõe a ordem pública, porque não exige do devedor a mais completa diligência, quando as partes estão de acordo em reduzir ou eliminar o efeito das faltas de menor importância (assim: AGUIAR DIAS, José de. *Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 86).

103 REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Ed. RT, 1990. vol. I. p. 57.

104 REALE JR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal. Jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.vol. 1, p. 8-9.

105 Para essas referências: REALE JR, Miguel; PASCHOAL, Janaína Conceição. *Direito penal. Jurisprudência em debate*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. vol. I. p. 8-9, com referências à doutrina de Marcelo Gallo (Dolo. *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1964. col. XIII, p. 9 e ss). Ainda, do mesmo autor: *Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 241.

106 Código Penal, art. 18.

107 Código Civil, art. 475.

108 Código civil, art. 476.

109 Código Civil, art. 477.

110 Código Civil, arts. 441 e 442.

111 Código Civil, art. 478 a 480.

112 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 99, 213 e ss.

113 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed., rev. e atual. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 456.

114 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Contratos em espécie*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 3. p. 221.

115 DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não-indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 86; MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 420.

116 Código Civil, art. 113.

117 Código Civil, art. 187.

118 Para essa temática, permito-me reenviar ao que escrevi em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. V. t. II. p. 73-98.

119 MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 126.

120 Código Civil, art. 475.

121 Art. 668.

122 Art. 709, por aplicação derivada do art. 668.

123 Art. 721.

124 Art. 1020, c/c art. 1011, § 2.º.

125 Art. 1348, VIII.

126 Arts. 1.755-1.762.

127 Art. 1.983.

128 Quanto ao dever de prestação periódica de contas do mandatário, v. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. XLIV, § 4.682.

129 SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil. Fontes das obrigações: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. vol. IV, § 561, p. 275.

130 Idem, ibidem.

131 A ser caracterizado como Princípio do *Open Book*, conforme *Contrato*, cláusula 1.

132 A ser caracterizado como Princípio da *Transparência*, conforme *Contrato*, cláusula 1.