

II. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE; DOLO E CULPA GRAVE; MORA; INADIMPLENTO ABSOLUTO E RELATIVO; NULIDADE PARCIAL; REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO; PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO; *BLUE PENCIL RULE* E RECONSTRUÇÃO NORMATIVA; ATRIBUIÇÃO CUMULATIVA E DESAGREGADA

BRUNO MEYERHOF SALAMA

OSNY DA SILVA FILHO

INTRODUÇÃO E CONSULTA

Consultam-nos os advogados Luís André Negrelli de Moura Azevedo e Felipe dos Santos Ronco, de Carvalhosa e Eizirik Advogados, sobre questões jurídicas disputadas no procedimento arbitral [...] [Arbitragem],¹ de que são partes A [...], requerente patrocinada pelos consulentes, e B [...], requerida.

Em [...] de 2009, pré-A (hoje A) e pré-B (hoje B) celebraram “Contrato de Fornecimento de Bens e Serviços em Regime EPC, Turn-Key [...]”² (Contrato) por meio do qual B comprometeu-se a construir e colocar em funcionamento, até [...] de 2012, uma planta de geração de energia termoeletrica. O Contrato decorria de Memorando de Entendimentos (MoU) que, firmado na mesma data, estipulava a construção de um total de [mais de uma dezena de]³ plantas de geração de energia.

A controvérsia diz respeito especificamente a duas cláusulas do Contrato. A primeira delas é a cláusula 14, segundo a qual “[a] Contratada [pré-B] pagará perdas e danos acordados à Contratante [pré-A] na even-

¹ Informações omitidas. Parecer originalmente emitido em 10 de junho de 2015.
² Detalhes omitidos.
³ Detalhes omitidos.

tualidade de, por culpa exclusiva e comprovadamente [*sic*] da Contratada [pré-B][,] a central termoeletrica não entrar em operação comercial até o dia [...] de 2012.⁴ Nessa hipótese”, segue o texto, “a Contratada [pré-B] pagará à Contratante [pré-A] um valor de perdas e danos acordados correspondente a 0,05% do valor total desse contrato por dia de atraso, limitado ao percentual de 10% do valor total desse contrato.”

A segunda cláusula disputada de modo específico na Arbitragem é a cláusula 24. De acordo ela, “[t]oda a responsabilidade da Contratada [pré-B], relativa às relações jurídicas que se originarem direta ou indiretamente deste Contrato, estará limitada a 10% do Valor Global. Esta limitação”, continua a cláusula 24, “estabelece o limite máximo cumulativo de responsabilidade que a Contratada assumirá, mesmo que por via de regresso[,], e abrange cumulativamente entre outros os seguintes [objetos]: [¶] a) Perdas e danos acordados, [¶] b) Danos emergentes, [¶] c) indenizações, [¶] d) multas, [¶] e) penas, [¶] f) acordos de ajustamento de conduta com o Ministério Público, [¶] g) compensações.

Em suas razões, A alega (i) ter sofrido prejuízos imputáveis a B por conta de reiterados atrasos na entrega da obra, bem como pela sua execução insatisfatória. Afirma também que (ii) a limitação de responsabilidade prevista na cláusula 24 do Contrato é inválida ou, subsidiariamente, ineficaz. Diante disso, pede (iii) indenização pelos prejuízos mencionados e, adicionalmente, condenação ao pagamento de “danos acordados” na cláusula 14.

Em resposta, B sustenta que (i) os atrasos na entrega da obra e os defeitos apontados por A não lhe são imputáveis. Alega que (ii) a cláusula 24 do Contrato é plenamente válida e eficaz, aplicando-se de modo irrestrito ao caso. Argumenta também que (iii) sua responsabilidade está limitada à indenização de prejuízos cujo valor *total* não pode ultrapassar 10% do Valor Global do Contrato, nos termos de sua cláusula 14.

No que toca ao Contrato, a sucessão de pré-A por A e de pré-B por B não é questionada.

4 Detalhes omitidos.

Diante disso, os consulentes nos apresentam os seguintes quesitos:

1º **Quesito:** A cláusula 14 do Contrato é válida e eficaz?

2º **Quesito:** A cláusula 24 do Contrato é válida e eficaz?

3º **Quesito:** o teto indenizatório imposto pelas cláusulas 14 e 24 corresponde a 10% do *total* dos prejuízos a 10% *de cada espécie* de prejuízo?

Tivemos acesso aos seguintes documentos, todos fornecidos em via digital por Carvalhosa e Eizirik Advogados:

1. “Contrato de Fornecimento de Bens e Serviços em Regime EPC, Turn-Key [...]” firmado por pré-A e pré-B e datado de [...] de 2009.⁵

2. Memorando de Entendimentos firmado por pré-A e pré-B e datado de [...] de 2009.

3. Instrumento Particular de Cessão e Transferência de Direitos e Obrigações firmado entre pré-A, A e pré-B e datado de [...] de 2010.

4. Carta de Valores de B, sem data.

5. Cronograma da Obra, datado de [...] de 2009.

6. “Proposta Comercial Preliminar: [...]”, apresentada na Arbitragem e datada de [...] de 2009.

7. “Proposta Técnica Segunda Planta [...]” apresentada na Arbitragem e datada de [...] de 2009.

Diante da consulta e da documentação acostada, passamos ao nosso Parecer.

1. ECONOMIA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

1.1. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E O PROBLEMA DO OPORTUNISMO

1. As questões jurídicas disputadas no caso de referência deste Parecer encontram-se no campo da responsabilidade contratual, ou seja, no campo da atribuição de obrigações derivadas do inadimplemento de

5 Detalhes omitidos neste e nos demais documentos.

obrigações contratuais.⁶ O propósito deste Parecer é esclarecer quais são essas obrigações estabelecidas no Contrato, como essas obrigações devem ser atribuídas e que parâmetros devem ser usados para quantificá-las.

2. Contratos são celebrados para serem cumpridos. No adimplemento está sua essência ou razão de ser – na terminologia jurídica tradicional, seu *fin*.⁷ Mas contratos também podem ser apreciados em sentido econômico – mais propriamente, como forma jurídica de relações econômicas.⁸ Nesse sentido, estão sujeitos àquilo que em economia se chama de *oportunismo*, ou seja, à “persecução maliciosa do próprio interesse”.⁹

3. Ainda no plano econômico, o direito dos contratos, fonte heterônoma de regulação contratual, pode ser encarado como mecanismo de contenção problema do oportunismo.¹⁰

4. A possibilidade jurídica de reparação de prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do inadimplemento tende a tornar o adimplemento *economicamente racional*, isto é, mais vantajoso que o inadimplemento. O mesmo vale para a mora: a possibilidade jurídica de reparar os prejuízos dela decorrentes serve de estímulo ao adimplemento exato, integral, tempestivo e adequadamente situado das obrigações.

6 Herbert L. A. Hart, *The Ascription of Responsibility and Rights*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 49, n. 1, 1949, pp. 171-194.

7 Referências em James Gordley, *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Oxford University Press, 1991, pp. 23, 51, 58, 87-88.

8 Contratos podem ser, nesse sentido, identificados como instrumento nodal do modo de vida capitalista – veículos economicamente apreciáveis dos “princípios jurídicos do capitalismo”, como observa Fábio Ulhoa Coelho, *Direito e poder*, São Paulo: Saraiva, 1992. O caráter jurídico e econômico dos contratos seria especificamente evidenciado pelo autor em seu *Curso de direito comercial*, vol. 1, *Contratos*, São Paulo: Saraiva, 1998, e edições sucessivas.

9 Oliver Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: Free Press, 1985, p. 47. Qualificamos o oportunismo, no texto, em sentido amplo. Em sentido estrito, o oportunismo diz respeito apenas às condutas das partes após a celebração do contrato.

10 Trata-se de uma constatação que ganhou força especialmente a partir do final da década de 1970. Na terceira edição de sua *Economic Analysis of Law*, Richard Posner reconheceria que o combate ao oportunismo, pouco discutido na primeira edição do livro, vinha sendo reconhecido como “a função fundamental do direito dos contratos”. v. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1973; 3ª ed., 1986), New York: Aspen, 81. Sobre a trajetória de Posner, v. Bruno Meyerhof Salama, *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*, in Maria Lúcia L. M. Padua Lima, *Direito e Economia. 30 Anos de Brasil*, tomo 1 (2012), São Paulo, Saraiva.

5. Um contrato em que o adimplemento seja economicamente mais vantajoso que o inadimplemento é, do ponto de vista econômico, *self-enforcing*.¹¹ Isso significa que o contrato conta com mecanismos de incentivo ao adimplemento. Assim, mesmo um agente conscientemente disposto ao oportunismo preferirá o adimplemento ao inadimplemento ou à mora.

6. A literatura jurídico-econômica dedicada ao problema do oportunismo tende a associá-lo à *incompletude contratual*, isto é, à impossibilidade de contemplar, no estágio de formação do contrato – o *front end*, como se convencionou dizer a partir de um texto fundamental de Scott e Triantis,¹² – todas as contingências a que a relação contratual poderá se submeter.¹³

7. Em algumas hipóteses, no entanto, o oportunismo não decorre propriamente da incompletude do contrato, mas sim do apego malicioso à alegação de completude:

“Um importante problema ocorre quando o devedor comporta-se em contrariedade ao entendimento que o credor tem do contrato, mas não necessariamente em contrariedade com os termos explícitos do instrumento, ensejando uma transferência de riqueza do credor ao devedor.”¹⁴

1.2. RESTRIÇÕES ÀS LIMITAÇÕES AUTÔNOMAS DE RESPONSABILIDADE

8. O direito procura resguardar o *self-enforcement* dos contratos – coibindo, assim, o oportunismo – de diversas maneiras. Uma delas é a criação de requisitos preventivos como a nulidade de negócios celebrados

11 Benjamin Klein, *Self-Enforcing Contracts*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 141 (1985).

12 Robert Scott; George Triantis, “Anticipating Litigation in Contract Design”, *Yale Law Journal*, v. 115, n. 4, p. 814-879, 2006.

13 Exploramos os limites de um “paradigma da incompletude” em Bruno Meyerhof Salama e Osny da Silva Filho, *Elasticity, Incompleteness, and Constitutive Rules*, in *Columbia Law School Blue Sky Blog*, 30.07.2013, disponível em <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2013/07/30/elasticity-incompleteness-and-constitutive-rules/>>, acesso em 22.05.2015.

14 Timothy J. Muris, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, in *Minnesota Law Review* 65 (1981), 521. Similarmente, de um ponto de vista jurídico, Eike von Hippel, *Control of Exemption Clauses: A Comparative Study*, in *International and Comparative Law Quarterly* 16 (1967), 593 (observando que a autonomia privada serve de fundamento tanto para a integração contratual quanto para o afastamento de cláusulas contratuais). Esta e as demais traduções feitas neste parecer são livres.

por incapazes (art. 166, I do Código Civil), a exigência da assinatura de duas testemunhas para o emprego de instrumento particular como título executivo (art. 585, II do Código de Processo Civil de 1973), a anulabilidade de autocontratos (art. 117 do Código Civil) e assim por diante.

9. Uma segunda maneira de restringir o oportunismo passa pela restrição do emprego de mecanismos contratuais que incentivem condutas oportunistas no curso do adimplemento ou em sua fase preparatória.¹⁵ Um exemplo evidente é a proibição de condições puramente potestativas (art. 122 do Código Civil). Outro – e aqui está o cerne da Arbitragem a que este Parecer diz respeito –, a restrição (geralmente traduzida pela nulidade) de determinadas cláusulas penais e cláusulas de limitação de responsabilidade (CLR).¹⁶

10. Economicamente falando, CLR são mecanismos empregados por contratantes para alocar e modular riscos relacionados com a execução do contrato. Elas podem se reportar a riscos diretos ou imediatos (em particular, o risco de inadimplemento da obrigação principal ou de descumprimento de obrigações acessórias) e a riscos indiretos ou mediados (desde que relacionados com o contrato, tais quais os chamados *consequential damages* da tradição anglo-americana,¹⁷ ou então os *préjudices par ricochet*, originalmente figurados pela jurisprudência francesa e hoje reconhecidos também no Brasil).¹⁸

11. Nas negociações contratuais, CLR podem ser oferecidas como contrapartida a abatimento no preço, assunção de obrigações acessórias ou enrijecimento no modo de execução do contrato. *Prima facie*, cláusulas como essas podem promover a eficiência por meio da alocação de

15 v. Fernando Araújo, *Teoria Económica dos Contratos* (2007), Coimbra: Almedina, 639. Explicaremos adiante a relevância de distinguir entre uma “fase preparatória” e o adimplemento propriamente dito.

16 A expressão “cláusulas de limitação de responsabilidade” é, a rigor, imprecisa. O que se limita não é propriamente a responsabilidade, mas o conteúdo da obrigação de reparar prejuízos. Seria mais correto dizer “cláusulas de limitação da obrigação de reparar”, embora essa expressão ainda seja elíptica.

17 A noção de *consequential damages* foi estabelecida no célebre caso *Hedley v. Baxendale* (1854) EWHC 170. Em sua decisão, a *Exchequer Court* formulou a chamada *foreseeability rule*, conforme a qual apenas prejuízos decorrentes de danos previsíveis (ainda que remotos) poderiam ser reparados.

18 v. STJ, REsp 1.208.949/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 7.12.2010 (admitindo prejuízos extrapatrimoniais por ricochete).

riscos para a parte que puder arcar com eles de modo menos custoso,¹⁹ na medida em que a *limitação* da responsabilidade de uma parte corresponde ao *agravamento* da responsabilidade da outra.²⁰

12. O problema é que as CLR também podem, como dissemos acima, enfraquecer o *self-enforcement* dos contratos. Isso ocorre, em primeiro lugar, quando uma parte tem diante de si a *opção* de cumprir integralmente o contrato ou descumpri-lo *responsabilizando-se apenas parcialmente*. Como mostraremos adiante, é precisamente por essa razão que CLR são, em certos casos, consideradas nulas quando dizem respeito à obrigação principal de um contrato.

13. O enfraquecimento do *self-enforcement* contratual também ocorre quando as CLR legitimam comportamentos *desidiosos*.²¹ É o que ocorre quando, por exemplo, essas cláusulas *limitam a responsabilidade* do devedor por prejuízos que ele poderia evitar de modo eficiente (ou seja, empregando um nível de cuidado que não superasse sua expectativa de prejuízo). Esse raciocínio é juridicamente traduzido pela nulidade de CLR em casos de dolo e culpa grave.

2. DISCIPLINA JURÍDICA DAS CLÁUSULAS DE LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

14. A cláusula 24 do Contrato determina que “[t]oda a responsabilidade da Contratada, relativa às relações jurídicas que se originarem

19 Thomas J. Miceli, *Economics of the Law*, Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 102. Para a genealogia intelectual desta ideia, v. Bruno Meyerhof Salama, *The Insurance Function of Contract Revisited*, disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/6/>, acesso em 15.05.2015.

20 Pense, por exemplo, na limitação da responsabilidade de um piloto aspirante por prejuízos causados aos automóveis de uma escola de corredores. Como proprietária de vários veículos e empregadora de mecânicos e funileiros, a escola pode arcar com danos causados aos seus automóveis de modo menos custoso do que uma pessoa comum. Um contrato do gênero pode ser encontrado em <<http://skipbarber.com/wp-content/uploads/2014/04/Damage-Liability-Reduction-rev-4-28-2014.pdf>>, acesso em 15.05.2015.

21 Nesse sentido, cláusulas como as CLR representam racionalidade oposta àquela veiculada por figuras como a cláusula de melhores esforços ou *best efforts*. Discussão em Marcio Henriques da Costa, *A cláusula de melhores esforços (best efforts) na prática jurídica brasileira: uma nova perspectiva*, versão preliminar de dissertação de mestrado, FGV Direito SP, 2015.

direta ou indiretamente deste Contrato, estará limitada a 10% do Valor Global [...]”. Trata-se de uma cláusula de limitação de responsabilidade direta e indireta, mecanismo por meio do qual, como indicamos acima, uma das partes limita seu desembolso em caso de inadimplemento em troca de abatimento no preço (o que quase sempre depende de *probatio diabolica*), assunção de obrigações acessórias (como aquelas estabelecidas na cláusula 4.1 do Contrato) ou enrijecimento no modo de execução da prestação ou das prestações devidas.

15. A literatura sobre o tema no Brasil é escassa. Isso decorre de uma característica bastante marcante do nosso pensamento jurídico, e particularmente de nossa doutrina contratual: a dependência em relação a temas contemplados pelas fontes formais do direito.²² Estipuladas em uma série de diplomas estrangeiros, as CLR não contam com disciplina específica no País. Sintomaticamente, suas referências mais recorrentes vêm de autores dedicados primordialmente ao campo da responsabilidade, e não ao direito dos contratos.²³

16. É preciso, por conta disso, lançar mão de esforço reflexivo adicional, especialmente no que diz respeito à limitação da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal.

2.1. VALIDADE EM ABSTRATO E HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO

17. CLR são, em abstrato, válidas, embora não contem com disciplina específica no Código Civil. Quatro vedações ou exceções à sua validade costumam ser apontadas por autores que se dedicam ao assunto: (i) casos de dolo ou culpa grave, (ii) casos em que a CLR diz respeito à obrigação principal do contrato *in concreto*, (iii) casos de lesão à vida ou à integridade física de pessoas naturais e (iv) casos explicitamente proibidos por regra cogente ou preceito de ordem pública.²⁴ As três primeiras dizem

22 v. Francisco Clementino San Tiago Dantas, *A educação jurídica e a crise brasileira* (1955), in *Cadernos FGV Direito Rio* 3, 2009.

23 e.g. José de Aguiar Dias, *Cláusulas de não indenizar*, Rio de Janeiro: Forense, 1947; e ainda antes, do mesmo autor, o clássico *Da responsabilidade civil*, 2 vols., Rio de Janeiro: Forense, 1944.

24 Por todos, Antônio Junqueira de Azevedo, *Cláusula cruzada de não indenizar (cross-waiver of liability)*, ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contra-

respeito especificamente às CLR. A última corresponde a prescrição de caráter geral, aplicável a qualquer disposição autônoma.

18. A exceção (i) pode trazer significativos desafios – particularmente, o desafio de identificar a fronteira entre a culpa grave e a culpa leve ou levíssima –, embora não seja propriamente controvertida. Autores brasileiros costumam traçá-la ao art. 166, II do Código Civil, que confere nulidade a negócios com objeto ilícito,²⁵ e ao art. 122, que veda condições que sujeitem a eficácia do negócio jurídico “ao puro arbítrio de uma das partes.”²⁶ Outras referências recorrentes, desta vez *de lege ferenda*, são o art. 1229 do Código Civil italiano de 1942,²⁷ que determina a nulidade de “qualquer pacto que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou por culpa grave”,²⁸ e o art. 100, 1 do Código de Obrigações suíço, conforme o qual “[s]ão nulas as disposições tendentes a liberar antecipadamente o devedor da responsabilidade em que incorreria por dolo ou culpa grave.”²⁹

tantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201; e do mesmo autor, *Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 427-431.

25 Assim em Antônio Junqueira de Azevedo, *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, in *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

26 A distinção entre condições puramente potestativas e condições meramente potestativas é um tema clássico na literatura jurídica brasileira. Pontes de Miranda empregava um exemplo inusitado para diferenciá-las. “A importância do ato, *in casu*,” escrevia o autor alagoano, “pode impurificar a potestatividade: potestativo puro é ‘se fôr à esquina’, mas potestativo impuro ‘se fôr à Europa’; dirigido a paralisar, ou por ele dito, ‘se fôr à esquina’ é potestativa impura”. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, vol. V, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1957 (1954), p. 157. v. ainda Francisco dos Santos Amaral Neto, *Da irretroatividade da condição suspensiva no direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 91-99; e Zeno Veloso, *Condição, termo e encargo*, São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 25-29.

27 e.g. Wanderley Fernandes, *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 226.

28 No original, “qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave”.

29 No original, “Est nulle toute stipulation tendant à libérer d’avance le débiteur de la responsabilité qu’il encourrait en cas de dol ou de faute grave.”

19. Outros diplomas estipulam regras similares. Lemos, por exemplo, no art. 1.150 do Código Civil francês, que “o devedor só é responsável pelos danos que tenham sido ou poderiam ter sido previstos, desde que a obrigação não tenha deixado de ser realizada por dolo.”³⁰ No âmbito transnacional, o art. 7.1.6 dos princípios Unidroit (2010) estabelece que “uma cláusula que limite ou exclua a responsabilidade de uma parte pela inexecução ou que permita a uma parte uma execução substancialmente diferente daquela que a outra parte razoavelmente espera não pode ser invocada, na medida em que for patentemente injusto fazê-lo, tendo em conta o fim do contrato.”³¹

20. As exceções (iii) e (iv) também são pacíficas. No caso da terceira, o desafio é definir o alcance da ideia de “integridade física”, ora tomada em sentido amplo, ora em sentidos mais restritos.³² No caso da quarta exceção – esta também referida no art. 1229 do Código Civil italiano –,³³ o desafio é dizer quais regras são cogentes e quais são dispositivas em relação a um dado contrato (particularmente quando estamos diante de contratos atípicos).

21. A mais controvertida das exceções à validade das CLR é a (ii), que, como vimos, diz respeito à limitação da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal. Levantam-se aqui duas orientações contrapostas. Parte da doutrina sugere que cláusulas de limitação de responsabilidade pelo inadimplemento *da obrigação principal concretamente considerada* (ou da chamada *obrigação essencial* ou *fundamental*) são in-

30 No original, “[l]e débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée.”

31 No original, “[a] clause which limits or excludes one party’s liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.” Similarmente, *The Principles of European Contract Law* (1998), 8:109: “Remedies for non-performance may be excluded or restricted unless it would be contrary to good faith and fair dealing to invoke the exclusion or restriction.”

32 No *Unfair Contract Terms Act* (UCTA) inglês de 1977, por exemplo, proíbe-se a limitação da responsabilidade por “personal injury resulting from negligence” (Section 2 [1]).

33 Código Civil italiano de 1942, art. 1.229 *in fine*: “È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.”

válidas. Acatar essa hipótese, argumenta-se, levaria à admissão de anti-contratos, contratos legitimadores do inadimplemento e de prejuízos injustificados. Nesses casos, “o devedor estaria simultaneamente *obrigado* a cumprir e *desobrigado* (total ou parcialmente) da responsabilidade pelo não cumprimento”, na antiga síntese de Domingues de Andrade.³⁴ Outros autores, diversamente, enfatizam a necessidade de afastar essa exceção,³⁵ lembrando que se trata de um expediente recorrente na prática contratual. A limitação da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal seria válida, eficaz e eficiente, na medida em que compensada no procedimento de barganha das partes. Como resolver esse impasse?

2.2. NULIDADE EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO PRINCIPAL

22. O problema da validade das cláusulas de limitação de responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal pode ser resolvido a partir da identificação de diferentes relações estabelecidas entre *tempo* e *adimplemento*. Importa distinguir, aqui, três grupos de contratos – ou, mais precisamente, três grupos de obrigações contratuais: (i) aquelas cujo adimplemento se dá em um ponto específico no tempo, sem fase preparatória; (ii) aquelas cujo adimplemento se dá em um ponto específico no tempo, com fase preparatória; e (iii) aquelas cujo adimplemento se dilata no tempo.

23. Formulada por Giorgio Oppo em 1943,³⁶ essa tripartição foi por muito tempo negligenciada pela doutrina brasileira.³⁷ As distinções afins mais comuns em nossa literatura – entre contratos de prestação instantânea ou contínua,³⁸ entre contratos de execução imediata, diferida e

34 Manuel Augusto Domingues de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, Coimbra: Almedina, 1966, p. 342.

35 e.g. Wanderley Fernandes, *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 256.

36 Giorgio Oppo, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale* [s.n.], 1943, p. 174. A distinção de Oppo é retomada na tese clássica de Giorgio De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova: Cedam, 1974, pp. 107 e ss.

37 Uma notável exceção pode ser encontrada em Clóvis V. do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Fgv, 2006 (1964), p. 212.

38 Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 72.

sucessiva,³⁹ entre contratos de execução instantânea e de execução diferida no futuro,⁴⁰ ou então entre contratos instantâneos e de duração,⁴¹ em particular – tomavam os contratos como eventos empíricos, sem atentar para o sentido do tempo no desempenho das suas obrigações. Com isso, perdiam de vista um elemento crucial para a classificação sugerida por Oppo: o papel do tempo *na constituição do adimplemento*, e não propriamente em sua duração.⁴²

24. De fato, o adimplemento de obrigações como a do comprador, do locatário ou do antigo foreiro ocorrem em pontos específicos no tempo. Não há continuidade no adimplemento. Este é, portanto, o paradigma do grupo (i). O adimplemento de obrigações como a do locador, do depositário ou do fornecedor de energia elétrica, por outro lado, tem de ser, em si, dilatado: só adimplirá aquele que prestar o serviço *ao longo do tempo convencional*. Aqui encontramos, assim, o paradigma do grupo (iii).

25. No caso do grupo (ii), temos uma situação particular: embora o adimplemento deva ser verificado em um ponto específico do tempo, sua realização demanda uma fase preparatória que não pode ser ignorada no programa contratual. Aqui está, paradigmaticamente, a obrigação do empreiteiro – e com ela, a obrigação (principal) do epecista.⁴³

26. Retomemos, então, a divergência estabelecida na doutrina a respeito da validade da cláusula de limitação de responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal. O paradigma dos autores que a sustentam sua nulidade é o grupo de obrigações (i). Efetivamente, a limitação da responsabilidade em figuras como o contrato de compra e venda pode conduzir a situações inaceitavelmente arbitrárias (art. 122

39 Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. III, *Contratos*, 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005 (1963), p. 70.

40 Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, vol. III, *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2004 (1972), p. 38.

41 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, vol. II, *Teoria geral das obrigações e teoria geral das obrigações*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (2001), p. 456.

42 Giorgio Oppo, *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale* [s.n.], 1943, pp. 156-157.

43 Note que se a obrigação principal do epecista possa ser reconduzida às hipóteses de inadimplemento pontual precedido de fase preparatória, a obrigação do dono da obra em contratos com modalidade de pagamento *lump sum* é pontual e dispensa fase preparatória.

do Código Civil), dolosas ou gravemente culposas (hipóteses que seriam reconduzidas à nulidade da limitação da responsabilidade em casos de dolo e culpa grave, discutida adiante). O paradigma dos autores que sustentam a validade da cláusula, por outro lado, é o grupo de obrigações (iii). Eventuais soluções de continuidade em figuras como a prestação de serviços trazem, de fato, perturbações ao adimplemento (e não apenas ao tempo que separa a celebração do contrato e sua execução).

27. Diante dos seus paradigmas, portanto, tanto aqueles que sustentam quanto aqueles que rejeitam a limitação autônoma de responsabilidade pelo inadimplemento têm sua parcela de razão. Que dizer, no entanto, em relação à ao grupo de obrigações contratuais (ii)?

28. Nesse caso, como no grupo de obrigações (i), estamos diante de adimplemento *pontual*. Porém, diferentemente do que ocorre ali – e de modo *similar*, mas não equivalente ao que se passa no grupo (iii) –, o adimplemento demanda etapas preparatórias que não podem deixar de ser consideradas no programa contratual (note que é isso que diferencia, por exemplo, a empreitada e a compra e venda de coisa futura).⁴⁴ Em obrigações do grupo (ii), a nulidade da cláusula de limitação de responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação principal deverá levar em conta sua conduta ao longo da fase preparatória.⁴⁵

29. Para fazer jus à limitação de responsabilidade, o devedor deverá demonstrar que agiu com extrema diligência na preparação do adimplemento – com diligência superior, diriam os romanos, à do *diligentissimus paterfamilias*,⁴⁶ mas aqui *in concreto*, considerando, portanto, as características do negócio, as circunstâncias do caso e a qualificação da devedora, como explicarei adiante. Deverá a devedora demonstrar o cumprimento rigoroso de deveres laterais e a realização tempestiva do adimplemento. Restarão, assim, sob o manto da responsabilidade, apenas as hipóte-

44 v. Pietro Perlingieri, *I negozi su beni futuri*, Napoli: Jovene, 1962, pp. 36-41.

45 No mesmo sentido, Wanderley Fernandes, *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

46 v. nota 45 *infra*.

ses de caso fortuito e força maior⁴⁷ – a respeito das quais, entretanto, a cláusula 15.3 do Contrato impõe obrigação de renegociar.

2.3. RESPONSABILIDADE EM OBRIGAÇÕES DE RESULTADO

30. Originalmente formulada por René Demogue para lidar com a repartição de ônus probatório, a distinção entre obrigações de resultado e de meios ganhou notoriedade no Brasil a partir de um conhecido parecer de Fábio Konder Comparato.⁴⁸

31. Em alguns casos, explica Comparato, o credor tinha de provar a não-ocorrência de comportamento adequado para caracterizar a responsabilidade do devedor. É o que tipicamente ocorre em disputas sobre responsabilidade decorrentes de contratos de prestação de serviços. Em outros casos, o ônus da prova recaía sobre o próprio devedor, que deveria provar que o intento nuclear da obrigação concretizou-se plenamente para eximir-se de responsabilidade. Esta seria a hipótese típica dos conflitos em torno de contratos de empreitada.

32. O primeiro caso seria caracterizado por uma obrigação de meios. Antes que o sucesso do serviço prestado *per se*, importa o emprego de meios adequados à sua consecução. Já no caso da empreitada – e, por derivação, dos contratos de EPC –, importa o alcance específico do resultado, da obra contratada. “Em resumo”, anota Comparato, “toda obrigação comporta naturalmente um resultado, que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor. Mas nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação; algumas vezes, deixa de exercer a função de objeto ou conteúdo da obrigação, para ser tão-somente a sua causa no sentido teleológico.”⁴⁹

33. Esse raciocínio pode ser transposto para o caso aqui discutido. A obrigação principal estipulada no Contrato é, caracteristicamente, uma obrigação de resultado. Também por isso a limitação de responsabilidade

47 Obra de referência sobre o assunto segue sendo Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958 (1932).

48 Fábio Konder Comparato, *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*, in *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 521-539.

49 *Id.*, 530.

de a seu respeito é defesa: nas obrigações de meios, o inadimplemento pode ser *justificado* pela demonstração de zelo, prudência e perícia na consecução do resultado; nas obrigações de resultado, o emprego de meios adequados não é razão suficiente para justificar no inadimplemento. Por isso apenas as hipóteses de caso fortuito e força maior podem isentar a devedora de responsabilidade.

2.4. NULIDADE EM CASOS DE DOLO E CULPA GRAVE

34. CLR são nulas, ainda, em casos de dolo e culpa grave. Não é difícil apreender a racionalidade dessa orientação. Limitar a responsabilidade por condutas dolosas ou gravemente culposas seria o mesmo que legitimar anti-contratos, contratos legitimadores do inadimplemento e de prejuízos injustificados. Teríamos, assim, circunstâncias propícias ao exercício do oportunismo. Fosse a hipótese admitida, “o devedor estaria simultaneamente *obrigado* a cumprir e *desobrigado* (total ou parcialmente) da responsabilidade pelo não cumprimento”, na já citada síntese de Domingues de Andrade.⁵⁰

35. É preciso, portanto, interpretar restritivamente a cláusula 24 a fim de cingi-la aos casos de culpa leve e levíssima. Apenas esses estarão cobertos pelo limite de 10% imposto na disposição. Prejuízos decorrentes de condutas gravemente culposas da Contratada, por outro lado – além, claro, de prejuízos decorrentes de condutas dolosas –, devem ser integralmente reparados.

36. No Brasil, as noções de dolo e culpa costumam ser distintas a partir de dois critérios.⁵¹ O primeiro, mais comum no âmbito do direi-

50 Manuel Augusto Domingues de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, Coimbra: Almedina, 1966, p. 342.

51 Hoje difundida na tradição jurídica ocidental, a classificação das modalidades de culpa remonta às fontes romanas clássicas, que, todavia, não apresentavam uma tipologia uniforme ou suficientemente organizada. Suas primeiras sistematizações teriam que aguardar a retomada do direito romano nas universidades medievais a partir do século XI. A partir de então, uma série de tentativas de sistematização foi empreendida. Uma das mais célebres foi levada a cabo na primeira metade do século XVII por Agostinho Barbosa, polímata português conhecido sobretudo por seus textos de direito canônico. Barbosa distinguiu três graus de culpa, definidos a partir de diferentes padrões de cuidado. A culpa lata era aquela esperada de *quives* (qualquer) *pater familias*; a culpa levis, do *diligens pater familias*; e a culpa levíssima,

to privado, é a gravidade ou reprovabilidade social da conduta.⁵² O segundo, mais recorrente no direito penal, é a consciência ou intenção em sentido psicológico.⁵³

37. Pelo primeiro critério, condutas culposas distinguem-se de condutas dolosas de acordo com padrões de conduta socialmente estabelecidos. Aqui está, por exemplo, o velho *homem médio* dos manuais de direito civil. Pelo segundo critério, condutas culposas distinguem-se de condutas dolosas na medida em que não envolvem a um propósito conscientemente assumido de causar prejuízos. Para lidar com casos limítrofes, entretanto, a doutrina penalista forjou as noções de dolo eventual e culpa consciente. “No dolo eventual, o agente presta anuência, consente, concorda com o advento do resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo a renunciar à ação. Ao contrário, na culpa consciente, o agente afasta ou repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do evento[,] e empreende a ação na esperança de que este não venha a ocorrer – prevê o resultado como possível, mas o aceita, nem o consente.”⁵⁴

do *diligentissimus pater familias*. Diferentes padrões, por conseguinte, deveriam ser aplicados a diferentes sujeitos. Com a apropriação dos textos canônicos, das glosas e dos comentários aos textos jurídicos romanos pelo movimento jusnaturalista, a tripartição organizada por Barbosa e apresentada também por outros contemporâneos globalizou-se. Falamos hoje não apenas de culpa grave, mas de *faute lourde*, *culpa grave*, *grobe Fahrlässigkeit* ou mesmo *gross negligence*. v. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht* (1989), tradução de Antonio Pérez Martín, Derecho privado europeo. Tomo II, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 550; assim em Antônio Junqueira de Azevedo, Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 428.

52 e.g. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, pp. 358-359.

53 e.g. Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011 (1999), p. 421. Não é raro encontrar referências que cruzam os critérios da reprovabilidade e do estado psicológico. e.g. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 322: “Em qualquer das formas de culpa a que nos vamos referir, sempre o acto resulta da vontade do agente, embora esse nexa seja mais visível nuns casos do que noutros. A intensidade da intervenção da vontade pode ser diversa[,] e essa diversidade interessa para o direito, porque fundamenta juízos de reprovação mais ou menos severos, ou seja, determina maior ou menor grau de culpabilidade.”

54 Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1, 11. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011 (1999), p. 421.

38. O modelo penalista da *culpa consciente* e o modelo privatista da *culpa grave*, todavia, não se confundem. Na culpa grave, o que está em jogo é a intensidade da conduta culposa; na culpa consciente, seu caráter psicológico, equivalente ao do dolo. Hipóteses de culpa consciente podem ser, nesse sentido, traduzidas para o âmbito privado como casos de culpa grave, leve ou mesmo levíssima. Argumentar que a pré-B não assumiu o risco de prejudicar pré-A, por exemplo, pode ser suficiente para excluir o caráter doloso de sua conduta, mas não para descaracterizar sua culpa grave.

39. A verificação da ocorrência de culpa grave deve ser realizada a partir de padrões objetivos de conduta. Como, no entanto, aferi-los?

2.5. CRITÉRIOS PARA VERIFICAÇÃO DA GRAVIDADE

40. Três elementos são particularmente relevantes para a avaliação *in concreto* da gravidade da culpa da Contratada. Em primeiro lugar, as características de contrato em questão; em segundo lugar, suas circunstâncias; e em terceiro lugar, a qualificação do agente.

41. Diferentes contratos envolvem diferentes expectativas de parte a parte. Um contrato típico de compra e venda, por exemplo, não costuma envolver procedimentos técnicos específicos. Um contrato de colheita e preservação de material genético, por outro lado, não se viabiliza senão por meio de condutas e procedimentos técnicos altamente especializados.

42. O mesmo vale para o Contrato aqui discutido. Pré-A (hoje A) e pré-B (hoje B) celebraram – este o *nomen iuris* atribuído ao instrumento – um “Contrato de fornecimento de bens e serviços em regime EPC, turn-key[,] para implantação eletromecânica da Segunda Planta – 33MWe”. Trata-se de um contrato empresarial atípico de tipo misto, objeto determinado e execução continuada, por meio do qual uma parte, a “epecista”, compromete-se a construir e entregar uma obra de grande porte pronta para uso (daí a modalidade *turn-key*, ou seja, bastando “girar a chave” para iniciar o uso ou a operação da obra construída). À contraparte, “dona da obra”, cabe o pagamento do preço e, de acordo com disposições contratuais contingentes, a satisfação de eventos condicio-

nantes e obrigações acessórias (frequentemente deduzidas em *conditions precedent*).⁵⁵ O contrato de EPC *turn-key* demanda uma série de condutas técnicas que só podem ser adequadamente desempenhadas por partes sofisticadas e especializadas. O padrão de conduta de uma epecista, portanto, no que toca às obrigações principais e acessórias do contrato de EPC, deve ser superior àquele que se espera de um contratante qualquer.

43. Além disso, e ainda em relação as características do contrato, é preciso levar em conta, quanto à obrigação principal, a elevação do *standard* de conduta, nos termos discutidos no item 2.2 acima. Pontual, mas precedido de fase preparatória, o adimplemento da obrigação principal da Contratada-epecista não poderá ser limitado senão por hipóteses de caso fortuito e força maior, tanto mais quando consideramos a ocorrência de mora – afinal, a mora é um indício de que a conduta da devedora na fase preparatória foi desidiosa.

44. No que toca às circunstâncias negociais, importa avaliar aquilo que, mesmo escapando do objeto específico do Contrato, pode trazer elementos relevantes para a sua compreensão. Antônio Junqueira de Azevedo define as circunstâncias negociais como o “conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas).”⁵⁶

45. Embora os exemplos mais comuns da categoria sejam excessivamente escolásticos diante do caso controvertido nesta Arbitragem – o próprio Junqueira lembra a repisada hipótese da declaração de negocial exarada por ator em peça de teatro –, há um elemento no caso que, inequivocamente qualificado entre as circunstâncias negociais, revela um dado bastante significativo a respeito das expectativas depositadas na Contratada: a existência de Memorando de Entendimentos (MdE) celebrado entre as partes. Ali se estipula a execução de um total de onze

55 Discussão em Osny da Silva Filho, *Condições precedentes*, texto em elaboração, 2015.

56 Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002 (1974), p. 122.

plantas de geração de energia, todas a cargo de pré-B. Esperava-se, portanto, o desenvolvimento de uma relação de longo prazo, envolvendo aportes de quase 1 bilhão de reais. As circunstâncias negociais, em síntese, revelam expectativas que iam muito além da construção da segunda planta, sobre a qual aqui se controverte especificamente.

46. Finalmente, no que diz respeito à qualificação do agente, é preciso verificar em que medida a celebração do Contrato (e consequentemente as expectativas depositadas no adimplemento) foram influenciadas pelo perfil subjetivo da Contratada. Pré-B (hoje B) está entre os maiores agentes do mercado mundial de energia renovável [...]. Apenas em 2013 – ano em que, aliás, solicitaria sua derradeira prorrogação do Contrato –, sua receita superou [...].⁵⁷

47. Referida no *considerandum* a) do Contrato, a singularidade de seu perfil também foi lembrada no MoU: “[pré-B] é empresa notoriamente conhecida no mercado e detentora de vasta experiência como gerenciadora e fornecedora Epecista em empreendimentos semelhantes ao que [pré-A] pretende implantar” (*consideranda*, v).

48. Trata-se, inequivocamente, de elemento relevante na apreciação da gravidade das condutas culposas da Contratada. “Quanto maior a especialização do devedor,” anotou-se em parecer sobre o tema, “isto é, quanto maior a sua habilidade específica, tanto maior [será] o nível de exigência a respeito do resultado de sua prestação e, portanto, maior também a probabilidade de que ocorra uma grave conduta culposa.”⁵⁸ Não se podem atribuir a B padrões de conduta esperados, digamos, de uma epecista *pouco experimentado*.

3. MORA, INADIMPLEMENTO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

49. Este parecer diz respeito particularmente a duas cláusulas contratuais. Uma delas cuida do atraso no adimplemento da obrigação prin-

57 Informações e referências omitidas.

58 Antônio Junqueira de Azevedo, *Nulidade de cláusula limitativa de responsabilidade em caso de culpa grave. Caso de equiparação entre dolo e culpa grave. Configuração de culpa grave em caso de responsabilidade profissional*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 437.

principal da Contratada-epicista pré-B; outra, do seu inadimplemento, bem como de outros prejuízos dele decorrentes. Para esclarecer a disciplina dessas cláusulas é preciso distinguir as hipóteses de fundo de cada uma delas – seus *objetos*, especialmente quanto aos seus *modos de ser*, como explicaremos melhor adiante.

50. A cláusula 14 do Contrato diz respeito à mora, figura disciplinada entre os artigos 394 e 401 do Código Civil brasileiro de 2002; e a cláusula 24, ao inadimplemento, regulado pelos artigos 389 a 393 e 402 a 405, sempre do Código Civil.

51. Começamos com o que é mais importante: mora e inadimplemento (absoluto, como explicaremos em seguida) não se confundem, ainda que sua caracterização e sua disciplina tenham pontos de contato. Entender os critérios que distinguem mora e inadimplemento, bem como as razões pelas quais a primeira pode converter-se no segundo, são passos fundamentais para delimitar adequadamente o alcance e as fronteiras das cláusulas 14 e 24.

3.1. MORA E INADIMPLEMENTO: CARACTERIZAÇÃO E DISCIPLINA

52. *Adimplemento* é a realização exata, integral, pontual e corretamente situada de uma obrigação. A realização inexata – ainda que mais valiosa –,⁵⁹ parcial, extemporânea ou equivocadamente situada da obrigação, salvo pontuais exceções,⁶⁰ caracteriza o *inadimplemento*.⁶¹ Este pode ser *absoluto* (ou *definitivo*),⁶² quando insanável (artigo 389 do Código

59 Código Civil brasileiro de 2002, artigo 313: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.”

60 Assim, por exemplo, em caso de “motivo grave” que, “sem prejuízo ao credor”, demande pagamento em outro local que não o determinado (artigo 329 do Código Civil); ou ainda em caso de “pagamento reiteradamente feito em outro local”, hipótese na qual se presume “renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato” (artigo 330).

61 Em alguns casos, e particularmente no direito cambiário, mesmo a prestação antecipada pode ser enjeitada pelo credor. v. Decreto 57.663/1966, Anexo I, artigo 40: “O portador de uma letra não pode ser obrigado a receber o pagamento dela antes do vencimento. [§] O sacado que paga uma letra antes do vencimento fá-lo sob sua responsabilidade. [§] Aquele que paga uma letra no vencimento fica validamente desobrigado, salvo se da sua parte tiver havido fraude ou falta grave, é obrigado a verificar a regularidade da sucessão dos endossos mas não a assinatura dos endossantes.”

62 Judith Hofmeister Martins-Costa, *Comentários ao Código Civil*, vol. v, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 149.

Civil), ou *relativo*, quando ainda sanável (assim no artigo 397, sempre do Código Civil).

53. A distinção entre o inadimplemento absoluto e o inadimplemento relativo costuma ser feita a partir da *utilidade* da prestação para o credor.⁶³ Se ela ainda for útil, – e não se trata, aqui, de indicação arbitrária de utilidade, mas de aferição objetiva,⁶⁴ – estamos diante de inadimplemento relativo; se ela deixou de sê-lo, o inadimplemento é absoluto.⁶⁵ Trata-se, portanto, de conceitos dirigidos a *objetos ontologicamente distintos*.⁶⁶

54. Ao período (mas também aos efeitos jurídicos do período) que separa o inadimplemento relativo do inadimplemento absoluto dá-se o nome de *mora* (artigo 394).

55. A mora também deve ser, nos termos no artigo 396 do Código Civil, *imputável* ao devedor. Tradicionalmente, a doutrina associa a imputabilidade à culpa, concluindo que só poderá ser constituído em mora o devedor que tiver inadimplido culposamente.⁶⁷ Mais cuidadosos, alguns autores distinguem *culpa* e *imputabilidade*, esclarecendo que nem toda imputação envolve um juízo sobre a culpa.⁶⁸

63 Referência clássica, aqui, é a monografia de Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 48: “A mora converte-se em inadimplemento absoluto, quando a prestação, por causa dela, se tenha tornado inútil ao credor.”

64 Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 9. ed., Coimbra: Almedina, 2001 (1968), p. 984.

65 As noções de inadimplemento absoluto e relativo são hoje desdobradas para abarcar novas categorias dogmáticas forjadas nos últimos trinta ou quarenta anos. Fala-se, por exemplo, de inadimplemento absoluto *total* para abarcar não apenas a obrigação principal, mas todos os deveres de prestação anexos ou secundários em relação a ela – como deveres de cuidado, proteção e informação.

66 Referências em John R. Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

67 e.g. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. IV, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1917, p. 111 (comentário ao art. 955 do Código Civil de 1916); Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, p. 184; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. II, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 362.

68 e.g. Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 362. A ideia de imputação como nexos funcional paralelo à causalidade natural é comumente traçada ao clássico de Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, tradução de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 6. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984 (1960; 1. ed, 1934), pp. 117-127; mas Kelsen extrai essa ideia da epistemologia dualista de Kant.

56. A distinção entre culpa e imputabilidade fica bastante nítida quando tomamos a responsabilidade extracontratual objetiva (artigo 927, parágrafo único). Aqui, a imputação independe da aferição de culpa do sujeito imputado (ainda que a culpa do agente causador do dano possa ser levada em conta). Ao empregador, por exemplo, imputa-se a responsabilidade pela reparação dos danos causados por seus empregados, serviçais ou prepostos (artigo 932, III). Para tanto, basta que seja caracterizado o nexo causal entre conduta e dano, sem que se questione a existência de culpa (mesmo *in eligendo*).

57. Há duas distinções particularmente relevantes na disciplina da mora. Apartam-se, em primeiro lugar, a mora do credor e a mora do devedor – sendo esta última mais comum e paradigmática no tratamento do tema. Distinguem-se, em segundo lugar, a mora *ex re* e a mora *ex persona*. *Ex re* é a mora constituída automaticamente. Isso ocorre quando estamos diante de obrigações positivas (de dar ou fazer), líquidas e atermadas (artigo 397, *caput* do Código Civil). A mora *ex persona*, ao invés, depende de interpelação, que pode ser judicial ou extrajudicial (artigo 397, parágrafo único). Esta modalidade tem lugar em obrigações negativas, ilíquidas ou de prazo indeterminado.

58. No Contrato aqui discutido, a mora constitui-se *ex re*, na medida em que a obrigação principal da Contratada sempre contou com termos definidos (originalmente, [...] de 2012; depois, [...] do mesmo ano; e por fim [...] de 2012, prazo que foi esgarçado até [...] de 2013, quando a montagem e o comissionamento da Usina foram concluídos).⁶⁹

3.2. PENA MORATÓRIA E PREJUÍZOS DO INADIMPLEMENTO

59. A pena moratória não deve ser confundida nem com os prejuízos trazidos pelo inadimplemento, nem com as perdas e danos nas quais a obrigação principal pode ser convertida (artigo 395, parágrafo único do Código Civil, c.c. artigo 461, § 1º do Código de Processo Civil de 1973, a respeito das obrigações de fazer).

69 Detalhes omitidos.

60. Esse é o motivo pelo qual essas figuras são referidas e disciplinadas separadamente no Código Civil brasileiro (artigo 402, artigo 395 e artigo 389). A confusão, aqui, decorre do uso de uma mesma expressão – a expressão “perdas e danos” – para indicar penas e prejuízos que têm *origens* e *referências* bem diferentes.⁷⁰ E isso também vale para o instrumento contratual aqui discutido: na cláusula 14, temos uma hipótese de punição da mora, referida à quantidade de dias de atraso; na cláusula 24, temos prejuízos originados do inadimplemento, e referidos a uma tipologia de faltas contratualmente estabelecida.

61. Consequentemente, as limitações impostas a reparação desses valores – estabelecidas, aqui, nas cláusulas 14 e 24 – devem ser tomadas de modo apartado.⁷¹

62. O reconhecimento da autonomia da pena moratória, aliás, não é nem novidade, nem particularidade do direito brasileiro. No direito canônico medieval, ela contribuía para a fundamentação de exceções às regras gerais contra a usura. Nesse caso, tomava-se a mora como *título* para a cobrança de valores que superassem a quantia cedida em mútuo.⁷² E mesmo nos Estados Unidos, em que não há disciplina genérica da mora à maneira da tradição continental, há muito a doutrina reconhece, particularmente em caso de retardo na consecução de grandes obras, a ocorrência de *delay damages* ou, ainda antes, *losses of use*,⁷³ figuras que “incluem elementos como a perda de aproveitamento, a mudança de posição das partes em função da confiança depositada na tempestividade,

70 v. Francisco Paulo De Crescenzo Marino, *Perdas e danos*, in Renan Lotuffo e Giovanni Ettore Nanni, *Obrigações*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 654 (identificando mais de 70 referências à expressão “perdas e danos” no Código Civil).

71 Hipoteticamente, as perdas e danos em que tiver sido convertida a obrigação principal, juntamente com outros prejuízos ligados ao inadimplemento, *não compreendem* os prejuízos da mora. Da mesma forma, os prejuízos decorrentes do inadimplemento relativo *não abrangem* os prejuízos acarretados pelo inadimplemento absoluto.

72 Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht* (1985), tradução de Antonio Pérez Martín, *Derecho privado europeo*, tomo I, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996 (1985), p. 551.

73 e.g. *Findlen v. Winchendon Housing Authority*, 553 N.E.2d 554, 555 (Mass. App. Ct. 1990).

o 'aluguel' e outras despesas que o proprietário [dono da obra] possa sofrer por não dispor do bem que está sendo construído.⁷⁴

63. A distinção entre a punição da mora e a reparação de prejuízos decorrentes do inadimplemento se explica, ademais, por razões econômicas. A punição da mora, nos termos do artigo 411 do Código Civil,⁷⁵ funciona como um *incentivo* ao cumprimento exato, integral, pontual e corretamente situado de uma prestação contratualmente estabelecida. Essa espécie de punição funciona, para retomar uma expressão apresentada no começo deste Parecer, como um mecanismo de *self-enforcement* do Contrato.

64. Note que a mora não conduz à resolução do vínculo obrigacional, como ocorre em caso de inadimplemento absoluto. Em vez disso, ela *transforma* a obrigação a que diz respeito, realocando *ipso iure* direitos e deveres – e isso ajuda a entender por que sua punição não se confunde com os prejuízos do inadimplemento. Parte dessa transformação é estipulada, por exemplo, no artigo 399 do Código Civil, que alarga a responsabilidade do devedor em mora para as hipóteses de caso fortuito e força maior.

65. É possível, de resto, *purgar* a mora, obstando o inadimplemento absoluto. Para tanto, no caso da mora do devedor, a prestação deve vir acompanhada da reparação dos prejuízos a que a mora tiver dado causa (artigo 401, I, sempre do Código Civil). Caso a mora não possa ser purgada, ainda assim sua punição será devida.

66. Acrescente-se que as nulidades da limitação de responsabilidade também terão lugar, analogamente, na disciplina da cláusula 14 do Contrato.

74 Assim em Bjarne Johnson, *Damages: Liquidated Damages for Delay in an Abandoned Construction Contract*, in *Montana Law Review* 3 (1942), 124 (citando *Edward E. Gustin & Co. v. Neb. Bldg. and Inv. Co. et al.* [1923] 110 Neb. 241, 193 N. W. 269; *Southern Merchants Co. v. How et al.* [1916] 71 Fla. 128, 70 So. 1000; e *McKegney v. Illinois Surety Co.* [1917] 180 App. Div. 507).

75 O caráter punitivo conferido à cláusula penal moratória se explica por pelo menos duas razões. Primeiro, pela dificuldade de aferir prejuízos decorrentes da mora. Segundo, pela necessidade de incentivar o adimplemento mesmo diante da ausência de prejuízos do credor. A primeira razão também explica, nos Estados Unidos, a validade dos *pre liquidated damages*. v. *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7th Cir. 1985).

4. SÍNTESE E APLICAÇÃO

4.1. QUALIFICAÇÃO E CONJUGAÇÃO DAS CLÁUSULAS 14 E 24

67. Ao lado da moral e das normas sociais, o direito veicula mecanismos para coibir o oportunismo e reforçar o *self-enforcement* dos contratos, evitando que a satisfação de pretensões legítimas seja injustamente contornada. Isso se dá por meio de proibições de partida (como a já citada nulidade de negócios celebrados por incapazes) e pela vedação de mecanismos que favoreçam comportamentos oportunistas. As restrições legais impostas às cláusulas penais e às CLR exemplificam este último expediente.

68. As cláusulas 14 e 24 do Contrato dizem respeito, respectivamente, à mora e ao inadimplemento absoluto. A Cláusula 14, como vimos, aplica-se na “[...] eventualidade de, por culpa exclusiva e comprovadamente [*sic*] da Contratada [pré-B][,] a central termoeletrica não entrar em operação comercial até o dia [...] de 2012 [...]”. A cláusula 24, por sua vez, se reporta a “[t]oda a responsabilidade da Contratada [pré-B], relativa às relações jurídicas que se originarem direta ou indiretamente deste Contrato [...]”.

69. Mora e inadimplemento absoluto são mais do que nomes arbitrariamente diferenciados: são, como adiantamos, conceitos jurídicos relativos a objetos *ontologicamente distintos*.

70. Isso significa que os conceitos de mora e inadimplemento correspondem objetos cujos *modos de ser* não se confundem. Sua diferença não é apenas nominal. A mora pode, como sabemos, se *transformar* em inadimplemento absoluto, mas não é ela mesma um *caso* de inadimplemento absoluto.

71. As cláusulas 14 e 24 devem, por conseguinte, ser interpretadas e aplicadas separadamente. Elas dizem respeito a objetos distintos. A despeito da menção da cláusula 24 a um “limite máximo cumulativo de responsabilidade que a Contratada assumirá”, sua referência não se confunde com a referência da cláusula 14.

72. Isso significa que não estamos diante de atribuições *cumulativas*, mas, ao invés de atribuições *desagregadas*. Os objetos das cláusulas 14 e 24 não se confundem.

73. No caso da cláusula 14, estamos diante de uma cláusula penal moratória. No caso da cláusula 24, estamos diante de uma cláusula de limitação de responsabilidade, eis que cláusulas penais compensatórias (ou relativas ao inadimplemento absoluto) só são admitidas em referência à “inexecução completa da obrigação”, nos termos do artigo 409 do Código Civil.

74. Os tetos reparatórios estabelecidos pelas cláusulas 14 e 24 devem ser considerados separadamente, na medida em que dizem respeito condutas que não se confundem. Eles só dirão respeito, todavia, a obrigações acessórias – excluída, portanto, a obrigação principal. As cláusulas 14 e 24 tampouco se aplicarão a condutas dolosas ou gravemente culposas.

75. Podemos traçar, assim, o seguinte quadro:

Referência	Obrigação principal		Obrigações acessórias	
Caráter do inadimplemento	Imputável ao devedor (dolo ou culposo)	Não imputável ao devedor (caso fortuito e força maior)	Imputável ao devedor (dolo ou culposo)	Não imputável ao devedor (caso fortuito e força maior)
Disciplina jurídica	Limitação nula (Contratada 100% responsável, não 10%)	Obrigação de renegociar (cláusula 15.3)	Limitação válida (10%), exceto em caso de dolo e culpa grave	Obrigação de renegociar (cláusula 15.3)

4.2. NULIDADE PARCIAL E REDUÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

76. A nulidade das cláusulas 14 e 24 é *parcial* – isto é, diz respeito a uma *parcela* do negócio apenas. Tem lugar, por isso, aquilo que a doutrina convencionou chamar *redução do negócio jurídico*, figura que encontra amparo legal no artigo 184 do Código Civil. Dispõe-se ali que “[r] espeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

77. Cumpre, portanto, reconstruir as cláusulas 14 e 24 de modo a afastar as duas causas de invalidade pormenorizadas neste Parecer: a referência à obrigação principal e o avanço sobre hipóteses de dolo e culpa grave (contidas, ambas, na generalidade de sua estipulação).

78. A intervenção, aqui, tem de ser extremamente sutil, sempre com o objetivo de preservar na maior medida possível a intencionalidade originária do contrato, em atenção ao chamado *princípio da conservação do negócio jurídico*.⁷⁶

79. Não se trata, é claro, de buscar a correção na literalidade da cláusula parcialmente inválida, como se propunha no *common law* até o início do século 20 através da chamada *blue pencil rule*. Convém reproduzir, neste ponto, a explicação de Omri Ben-Shahar:

“a chamada doutrina da execução parcial é um método que autoriza os tribunais a executar de modo parcial ou tolerável um termo que, sem a sua intervenção, seria desarrazoado ou extremo. A arcaica *blue pencil rule* é a origem desse método. Sob essa regra, quando um contrato contém um termo inválido, a porção inválida poderia ser literalmente riscada (pelo metafórico lápis azul). Se a linguagem que restasse fosse gramaticalmente significativa, o contrato poderia ser executado. Caso contrário, se o que restasse não fosse coerente sem algum complemento, o contrato seria inteiramente inválido.”⁷⁷

80. O que está em jogo na Arbitragem não é a preservação do texto do Contrato empiricamente considerado, mas a *reconstrução normativa* do Contrato como forma da relação econômica estabelecida pelas partes. Trata-se, como dissemos no primeiro parágrafo deste parecer, de identificar as obrigações estabelecidas no Contrato, de esclarecer como essas obrigações devem ser atribuídas e de distinguir os parâmetros devem ser usados para quantificá-las.

76 Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 109; e João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão substancial do negócio jurídico* (2001), Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

77 Omri Ben-Shahar, *Fixing Unfair Contracts*, in *Stanford Law Review* 63, 2011, p. 887.

81. A reconstrução normativa do contrato não deve ser entendida como correção empírica de seu texto, tampouco como operação meramente linguística. A reconstrução normativa é um exercício de razão jurídica. Não é outro, de resto, o sentido do artigo 112 do Código Civil, segundo o qual “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

82. Resumindo: as cláusulas 14 e 24 não podem ser simplesmente tolhidas, “riscadas em azul”, mas devem ser juridicamente reconstruídas de acordo com os parâmetros apresentado nos itens anteriores, sem perder de vista, como mostramos, a estrutura econômica do contrato – estrutura orientada pelo *self-enforcement* e pelo combate ao oportunismo.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

(i) A cláusula 14 é válida e eficaz?

A cláusula 14 é parcialmente válida. Ela é inválida – ou, mais especificamente, nula – em relação à mora da obrigação principal e em relação a condutas dolosas ou gravemente culposas. Por conseguinte, seu teto – 10% do “valor total” – é eficaz apenas em relação à mora de obrigações acessórias, desde que por culpa leve ou levíssima.

(ii) A cláusula 24 é válida e eficaz?

A cláusula 24 é parcialmente válida. Como a cláusula 14, ela é nula em relação ao inadimplemento relativo da obrigação principal e em relação a condutas dolosas ou gravemente culposas. Suas restrições de conteúdo – “lucros cessantes, danos indiretos, danos consequentes [...] e danos morais” – também são nulas e ineficazes em relação a esses parâmetros. Seu teto – 10% do “valor total” – é eficaz apenas em relação ao inadimplemento absoluto de obrigações acessórias, desde que por culpa leve ou levíssima.

(iii) O teto indenizatório imposto pelas cláusulas 14 e 24 corresponde a 10% do total dos prejuízos a 10% de cada espécie de prejuízo?

O teto imposto pelas cláusulas 14 e 24 é desagregado. Da mesma forma que a mora não se confunde com o inadimplemento absoluto, as-

sim pena e reparação de prejuízos decorrentes do inadimplemento não podem se sobrepor. Trata-se de uma distinção ontológica que não pode ser alterada pela lei ou pelo contrato. Logo, no que toca a obrigações acessórias e a condutas decorrentes de culpa leve ou levíssima da Contratada, os tetos de 10% devem ser aplicados separadamente. Em relação à obrigação principal e a condutas dolosas ou gravemente culposas, por outro lado, o teto estabelecido nas cláusulas 14 e 24 é inválido e ineficaz.