

Riscos no Direito Privado e na Arbitragem

2023

Giovanni Ettore Nanni
Aline de Miranda Valverde Terra
Catarina Monteiro Pires
Coordenadores



RISCOS NO DIREITO PRIVADO E NA ARBITRAGEM

© Almedina, 2023

COORDENADORES: Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra e Catarina Monteiro Pires

DIRETOR ALMEDINA BRASIL: Rodrigo Mentz

EDITORA JURÍDICA: Manuella Santos de Castro

EDITOR DE DESENVOLVIMENTO: Aurélio Cesar Nogueira

ASSISTENTES EDITORIAIS: Larissa Nogueira e Letícia Gabriella Batista

ESTAGIÁRIA DE PRODUÇÃO: Laura Roberti

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9786556279190

Setembro, 2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Riscos no direito privado e na arbitragem /
coordenadores Giovanni Ettore Nanni, Aline
de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro
Pires. – São Paulo, SP : Almedina, 2023.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5627-919-0

1. Arbitragem (Direito) 2. Cláusulas (Direito)
3. Contratos (Direito civil) 4. Direito
constitucional I. Nanni, Giovanni Ettore.
II. Terra, Aline de Miranda Valverde.
III. Pires, Catarina Monteiro.

23-160577

CDU-347.918

Índices para catálogo sistemático:

I. Arbitragem : Direito civil 347.918

Tábata Alves da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9253

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

SOBRE OS COORDENADORES

GIOVANNI ETTORE NANNI

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* na PUC-SP, na qual também atua em atividades ligadas à Arbitragem e à Mediação. Foi Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr (2018-2021) e do Instituto de Direito Privado – IDiP (2010-2017). Advogado, atua como árbitro e consultor jurídico.

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Master of Laws em International Dispute Resolution pela Queen Mary University of London. Professora de Direito Civil da graduação e pós-graduação *Stricto Sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Coordenadora adjunta do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da PUC-Rio. Atua como árbitra, parecerista e consultora jurídica em Direito Privado.

CATARINA MONTEIRO PIRES

Mestre e Doutora, é Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ensinando, na graduação e na pós-graduação, Direito das Obrigações e Direito Comercial, nacional e internacional, entre outras matérias. É juriconsulta e árbitra, em procedimentos em diferentes jurisdições e em diferentes línguas. Tem anterior experiência de vinte anos de advocacia, dez dos quais em resolução de litígios, os demais em operações societárias, de aquisição de empresas e de mercado de capitais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
------------------	----

PARTE 1 – DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

1. O risco contratual (e os significados do risco)	25
<i>Judith Martins Costa</i>	
2. A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais	
<i>Aline de Miranda Valverde Terra, Giovanni Ettore Nanni</i>	
3. Riscos em complexos contratuais	55
<i>Carlos Nelson de Paula Konder, Manoela Medeiros Sales</i>	
4. Risco e lacunosidade contratual: o caso das lacunas por expressa deliberação da partes	113
<i>Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke</i>	
5. Critérios para a alocação dos riscos de evicção de direito nos contratos imobiliários	161
<i>Roberta Mauro Medina Maia</i>	
6. A cláusula <i>forfeiture</i> nos contratos de consórcio para exploração e produção de petróleo	187
<i>Gustavo Tepedino, Paula Greco Bandeira, Bruna Vilanova Machado</i>	

da contraparte, incluindo, se o caso, seus sócios ou acionistas, caso se trate de pessoa jurídica, impondo-se-lhes obrigações de não violar princípios éticos e códigos de conduta, não praticar atos de corrupção nem outros tipos criminais, não realizar ações discriminatórias, não se envolver em questões de assédio sexual e de pedofilia, não fazer uso de drogas nem abusar do consumo de produtos alcoólicos, não utilizar substâncias que incrementem o desempenho (*doping*) etc., tudo, evidentemente, a depender das particularidades do caso concreto. Da mesma forma, cresce a atenção dada aos parâmetros ESG (*environmental, social and governance*), no Brasil ASG (ambiental, social e governança), que espelha as boas práticas da empresa em questões ligadas ao meio ambiente, ao social e à governança corporativa.

Se o fato previsto na cláusula resolutiva expressa é consumado, nasce de pleno direito, a opção de a parte lesada resolver o liame contratual, que é manejada por meio de declaração unilateral receptícia, da qual consta referência ao ajuste resolutivo e à ocorrência do suporte fático nela previsto, o que é o bastante para extinguir o vínculo, sendo desnecessária a obtenção de qualquer tutela de cunho jurisdicional para seu aperfeiçoamento. Sua eficácia surge a partir do momento em que, tendo o credor decidido pelo remédio resolutório e expedida a respectiva comunicação, o devedor é interpelado acerca da resolução levada a efeito.

3. RISCOS EM COMPLEXOS CONTRATUAIS

CARLOS NELSON KONDER
MANOELA MEDEIROS SALES

Introdução

A dinamicidade característica das relações firmadas pela sociedade contemporânea tem fomentado novas práticas contratuais e, nessa toada, é verificável uma gradativa demanda por contratos que fogem às modalidades tipicamente estabelecidas pelo legislador, dentre as quais merecem destaque os complexos contratuais. De fato, no mercado negocial é crescente a organização de diferentes negócios jurídicos para a realização de uma única operação econômica, entretanto, é bastante desafiador proceder com a gestão de riscos diante de tal estruturação, já que a interpretação dos complexos contratos merece uma análise ampla da situação concreta e de sua função prática e econômica.

Para além da fonte legal, a fonte negocial é um vasto terreno a ser explorado para alocar os riscos oriundos de complexos contratuais, de modo que as partes, gozando de sua autonomia privada, podem se valer de valiosos instrumentos capazes de conferir maior previsibilidade, eficiência e celeridade à relação. Ao se autorregulamentarem, os contratantes, norteados pelos ditames do princípio da boa-fé, podem efetivamente compor os seus interesses e suscitar efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.

O presente artigo tem como objeto analisar justamente alguns instrumentos oriundos da fonte negocial que possuem o condão de promover

uma gestão de risco das relações firmadas no âmbito dos complexos contratuais, já que as normas jurídicas protetivas da confiança podem não ser suficientes para a mitigação dos riscos envolvidos. Assim, a partir de uma análise acerca da alocação de riscos em complexos contratuais, serão exploradas a cláusula resolutiva de *cross default*, a cláusula de *hardship* e a cláusula de não indenizar no âmbito dessas operações plurinegociais.

1. Complexos contratuais e alocação negocial de riscos

A busca por uma adequada autorregulamentação de interesses muitas vezes conduz as partes, diante da insuficiência dos modelos típicos singulares oferecidos pelo ordenamento, à utilização de distintos negócios jurídicos para a realização de uma operação econômica unitária. Cada contrato guarda seu próprio objeto, com relativa individualidade, mas todos se vinculam funcionalmente, para o atendimento de certa finalidade, dita supracontratual ou pluricontratual. Trata-se do que se costuma chamar contratos conexos, coligados, em grupo ou em rede.¹

Essa opção pela estruturação de um complexo contratual, contudo, acentua os riscos envolvidos.² A complexidade resultante da fragmentação do quadro normativo que rege a operação coloca desafio adicional à

¹ A terminologia sobre o tema é bastante controversa, tanto no direito alienígena – v. TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975; LENER, Giorgio. *Profili del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999; e Frias, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994; ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999 – como entre nós – v. BELO, Emilia. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP, 2014; Marino, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; e KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

² Explica Rodrigo Xavier Leonardo: “Ao fugir do tradicional modelo societário, que introduz os diferentes aportes dos participantes para organizar uma determinada atividade, o modelo de organização de negócios em rede produz outras externalidade negativas não menos graves, decorrentes, v.g., de uma assimetria de poder econômico ou de poder tecnológico entre os participantes, de uma assimetria informacional, de uma transferência excessiva de riscos para determinados integrantes desta rede ou para seus destinatários, etc.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.)-

atividade do intérprete, que não pode mais se refugiar exclusivamente nos limites da alocação de riscos que lhe seria oferecida pelo legislador por meio dos tipos contratuais legais. Afirma-se que, diante disso, o intérprete deve levar em conta não apenas a função de cada negócio contratual, mas sim ter por norte hermenêutico a referida finalidade supra-singular, que garante unidade sistemática ao conjunto de contratos.³ Ou seja, diante do implemento de riscos não expressamente alocados, cumpre observar não apenas o instrumento específico em que as cláusulas se inserem, mas o objetivo almejado pela coligação entre os distintos negócios.⁴

A complexificação das relações envolvidas, combinada à exigência de celeridade e eficiência nas relações empresariais onde esse tipo de conexão é frequente, impõe priorizar a proteção da confiança, valor jurídico cuja relevância se torna mais acentuada quanto maior o grau de complexidade técnica, e a mitigação dos riscos demanda de comportamento colaborativo pelas partes envolvidas. A demanda de confiança entre as partes nesse contexto atende não apenas a imperativos éticos, mas a exigências econômicas, já que a sua frustração, ou mesmo a mera desconfiança, aumenta custos, dificulta trâmites contratuais e desacelera a atividade comercial, o que inviabilizaria a complexidade demandada pelos novos arranjos de interesses.⁵

Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera. São Paulo: LEUD, 2014, p. 4).

³ Como explica Ricardo Luis Lorenzetti: “El interés en la conexidad no es intracontractual, sino supracontractual. Se sitúa más allá del contrato, en el plano de la finalidad perseguida; los contratos son un instrumento para la realización del negocio global o del sistema ideado” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 61).

⁴ Afirma Pietro Perlingieri: “Mediante l'utilizzo di più negozi, ognuno con una funzione tipica o atipica che sia, si persegue non la realizzazione degli effetti a loro individualmente attinenti, ma un unico scopo, e ciò in virtù della sequenza logica e cronologica con la quale vengono a prodursi questi atti collegati tra loro: risultato finale non realizzabile altrimenti in mancanza anche di uno soltanto di essi. [...] L'atto, dunque, non può essere più valutato nella sua individualità, poiché assume una sua funzione soltanto nel collegamento con gli altri atti, destinato insieme agli altri a produrre l'effetto finale” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 408).

⁵ Nas palavras de Gerson Branco: “O valor confiança é um dos pilares centrais de todo o direito. Somente existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está

A proteção da confiança por parte do ordenamento, em sua atuação heterônoma, veicula-se principalmente por meio do princípio da boa-fé, guiando a interpretação dos diversos contratos coligados entre si, de modo a limitar o exercício de direitos e impor a satisfação de deveres, em nome do estabelecimento de padrões de conduta compatíveis com a cooperação necessária para o alcance da função perseguida pela conjunção daqueles negócios.⁶ Entretanto, a atuação heterônoma das normas jurídicas protetivas da confiança – entre as quais se destaca o princípio da boa-fé – pode não se revelar suficiente para a mitigação dos riscos envolvidos, em razão da incerteza envolvendo a sua aplicação. Torna-se fundamental exercício cuidadoso da autonomia negocial, para que as partes possam, na medida do possível, se antecipar aos riscos mais comuns a esses arranjos complexos, por meio de cláusulas contratuais que são especialmente relevantes para esse fim.

2. Cláusula resolutiva e *cross default*

O risco primordial presente em qualquer contrato – o inadimplemento de determinada obrigação que acaba por inviabilizar o negócio como um

presente. Os mecanismos de proteção deste valor são muitos e, regra geral, existem leis e procedimentos para sua proteção. E, justamente em razão da crescente valorização da confiança e da consciência do fenômeno, o valor confiança passou a ser considerado como um valor econômico, em razão de grandes investimentos realizados no mercado de consumo após os anos setenta, por meio de ‘estratégias de confiabilidade’” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*, n.12, out./dez. 2002, p. 177). Em sentido similar, “A confiança – e sua preservação – são fundamentais para o adequado fluxo de relações econômicas. A confiança, ligada à tutela da boa-fé e da proteção das legítimas expectativas, atua como fato de redução e custos nas transações econômicas, pois poupa os contratantes de maiores dispêndios na seleção de seus parceiros comerciais” (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73).

⁶ Dessa forma, nas palavras de Judith Martins-Costa, para a execução dos contratos, cabe ao contratante: “o cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67).

todo – alça novo patamar nos complexos contratuais: a extinção de um dos diversos contratos pode acabar por frustrar toda a operação plurinercial. A delimitação das hipóteses em que esse efeito cascata efetivamente deve ocorrer, entretanto, pode revelar-se bastante problemática, especialmente se não identificada a função perseguida globalmente pela operação, conforme a composição de interesses estabelecida negocialmente entre os envolvidos.

A jurisprudência nacional por vezes não aborda o fenômeno com a precisão e o cuidado que ele demanda, resolvendo-se, no mais das vezes, em mera aferição de eventual acessoriedade entre os distintos negócios, modelo que não costuma atender às especificidades dos interesses envolvidos nos casos mais complexos.⁷ Em especial, quando os negócios envolvem partes distintas, a incidência do princípio da relatividade dos efeitos de cada contrato pode trazer maiores dificuldades, como ocorre no âmbito do financiamento de operações por terceiros: trata-se de definir em que hipóteses o descumprimento dos termos do negócio financiado poderia vir a atingir a instituição financeira.⁸

⁷ Tome-se como exemplo o caso do “Jardim Belvedere”, em que as partes convencionaram a alienação de um terreno por meio de dois negócios distintos, apenas porque um dos lotes que o compunha (onde estava a construção da casa) encontrava-se sob financiamento, razão pela qual sua transmissão teve que se operar por cessão de direitos e não por compra e venda, como ocorreu com o restante (onde estava a área de lazer da casa): inadimplido o pagamento do preço somente da compra e venda, o STJ determinou a sua resolução, mas mantendo a eficácia da cessão de direitos, ao argumento de que a extinção do acessório não atinge o principal, o que resultou na transmissão da casa sem a área de lazer (STJ, 4ª Turma, REsp 337040, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 02.05.2002, publ. DJ 01.07.2002). Para uma análise da decisão, seja consentido remeter a KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista forense*, v. 406, 2010, p. 55-86.

⁸ No âmbito do crédito ao consumo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda não se uniformizou. Por três votos a dois, já decidiu que “o banco não está obrigado a responder por defeito de produto que não forneceu tão-somente porque o consumidor adquiriu-o com valores obtidos por meio de financiamento bancário”, vencido o entendimento que, na linha da legislação europeia, impunha avaliar a existência de vínculo de exclusividade entre o fornecedor e o financiador (STJ, 4ª T., REsp 1014547/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25/08/2009). De outro lado, também por maioria de três a dois, já se decidiu pela “responsabilidade solidária da instituição financeira vinculada à concessionária do veículo (“banco da montadora”), pois parte integrante da cadeia de

Justifica-se, portanto, que as partes se precavejam, predeterminando expressamente nos próprios instrumentos quais descumprimentos podem gerar o efeito *simul stabunt, simul cadent*, isto é, quando a inexecução de um contrato atinge os demais negócios que integram o complexo contratual.⁹ Sem prejuízo do necessário controle de legitimidade da autonomia negocial nesses casos, reconhece-se, em princípio, a possibilidade de as partes estipularem tanto cláusulas que sirvam à desconexão entre negócios, buscando afastar o risco de contágio entre eles, como cláusulas que, ao contrário, destaquem a conexão, intensificando o vínculo entre eles.¹⁰

No primeiro grupo encontramos cláusulas que ressaltam a independência de cada contrato, por vezes buscando estabelecer verdadeira abstração. Nesse grupo encontramos o exemplo das chamadas garantias autônomas, que asseguram a posição do credor independentemente da validade ou eficácia do negócio que deu origem à dívida garantida.¹¹ A figura tem origem no contexto das contratações internacionais, em que a coligação e o risco de contágio da garantia pelos vícios do negócio de base importaria ao contratante conhecimento significativo da legislação aplicável àquele negócio, inserida em ordenamento distinto do seu.¹² Entretanto, a figura se expandiu para os contratos internos de cada ordenamento, em

consumo" (STJ. 3ª T., REsp 1379839/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 11/11/2014).

⁹ Em crítica à generalização do *simul stabunt, simul cadent*, afirma Marino: "essa 'regra geral', tal como formulada, é de pouca ou nenhuma prestabilidade, pois destituída de fundamentação dogmática aparente, excessivamente genérica e, como se verá, equivocada quanto à solução apontada" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190).

¹⁰ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 184-185.

¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 139-140. Pablo Rentería sustenta que isso não afastaria sua caracterização como acessória, se lida a acessoriedade como instrumentalidade à relação principal, o que seria corroborado pela existência de posterior direito de regresso do garante em face do devedor (RENTERÍA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 108-109).

¹² MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In GUEDES, G. S. C.; MORAES, M. C. B.; MEIRELES, R. M. V. (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106.

razão de sua eficiência e da segurança para o sistema de crédito como um todo.¹³ Dessa forma, dentro dos limites do exercício legítimo da autonomia negocial, é ilustrativo o exemplo da idoneidade de cláusulas voltadas a desconectar negócios que a princípio estariam vinculados entre si.

No segundo grupo encontramos as disposições que, ao inverso, estabelecem a vinculação entre negócios aparentemente autônomos, seja revelando o nexo funcional que os une na persecução de um fim comum, seja criando uma ligação que não se apresentaria ao intérprete. Nesse grupo encontramos como exemplo as chamadas cláusulas *cross default*, "cláusulas presentes em contratos que determinam que o devedor estará em situação de falha (*default*) no contrato em questão toda vez que deixar de cumprir quaisquer outras obrigações em outros contratos".¹⁴ Dessa forma, a marca distintiva da cláusula de *cross default* parece residir em prever que se considera violado o contrato também por meio do descumprimento de deveres constantes de outros contratos, isto é, ultrapassando as fronteiras do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.¹⁵ Embora originada exclusivamente de contratos bancários internacionais, sua utilização vem se expandindo para outros negócios.¹⁶

No tocante ao seu efeito, a cláusula costuma determinar que o descumprimento dos demais contratos somente acarretaria a antecipação do vencimento das obrigações daquele contrato, comumente referida pelo

¹³ TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares. Contornos das garantias autônomas no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 275-290, abr./jun. 2021, p. 279-280.

¹⁴ GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas "cross default" em contratos financeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 121. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2001, p. 148. Na *Common Law*, "A cross-default is a contractual provision that establishes that an Event of Default under the agreement if a party defaults under other specified agreements, obligations or types of obligations" (KRUF, Stephen R. Cross-default provisions in financing and derivatives transactions. 113 *Banking L.J.* 216 (1996), p. 216).

¹⁵ SBRISSIA, Henrique. A cláusula *cross default* na perspectiva da análise econômica do direito. *Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, n. 3. Lisboa, 2020, p. 905. Em sentido contrário, a qualificação como *cross default* de cláusula restrita ao descumprimento de obrigações previstas no próprio instrumento em TJSP, 23ª C.D.Piv., Ap. Cível 1005314-40.2015.8.26.0597, Rel. Des. Sebastião Flávio, julg. 27/07/2016.

¹⁶ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. III.

anglicismo “aceleração”.¹⁷ Entretanto, é possível que a *cross default* pre-determine que, ocorrido qualquer dos descumprimentos ali previstos, caracteriza-se inadimplemento também naquele contrato, que autoriza ao credor a própria resolução do negócio (“*termination*”), caso em que ela constituirá também cláusula resolutiva expressa, ou mesmo que os eventos listados, por si só, produzem o efeito extintivo, atuando então como condição resolutiva do contrato.¹⁸

Da mesma forma, a função mais comum da cláusula é assegurar, de forma ampla, a capacidade financeira do devedor, referindo-se a eventos que possam ser indicativos de risco de ele não ter condições econômicas de adimplir as obrigações daquele contrato.¹⁹ A cláusula funcionaria, assim, como garantia da *par conditio creditorum*, para evitar que aquele credor ficasse para trás perante outros credores contra quem o devedor comum já tivesse sinalizado sua iminente insolvência.²⁰ A redação da cláusula, contudo, pode permitir abarcar obrigações de outros negócios que sejam funcionalmente interligadas àquele de que consta, justamente como forma de indicar que os negócios visam juntos a perseguir uma função comum, que restaria inviabilizada sem o adimplemento de certos

¹⁷ SIMÕES, Diogo Cruz. *A cláusula de cross default: da admissibilidade ao controlo societário*. Dissertação (Mestrado em direito). Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016, p. 34.

¹⁸ KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 109. Sobre a distinção entre cláusula resolutiva e condição resolutiva v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-73.

¹⁹ Nesse ponto, a cláusula *cross default* costuma ser aproximada de outras com função de “garantia e segurança” financeira, como a *pari passu* e a *negative pledge* (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 315).

²⁰ Ressalva, contudo, Sbrissia: “a pretexto de garantir uma igualdade entre os credores a aposição do *cross default* pode, paradoxalmente, ocasionar uma flagrante violação da *par conditio creditorum*. Ora, basta pensar na posição de um credor quirografário anterior que não conte com tal cláusula em seu contrato e cuja pretensão que possua contra o devedor não esteja vinculada como falha em nenhum dos outros contratos do verdadeiro cipoal obrigacional criado por posteriores previsões de *cross default*. Esse sujeito estará completamente desassistido da garantia patrimonial que contava (quando firmou seu contrato) na hipótese de os outros credores forcarem este cipoal em uma aceleração que pode consumir com todos os bens do mutuário a benefício apenas de alguns” (SBRISIA, Henrique. *A cláusula cross default na perspectiva da análise econômica do direito*. *Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, n. 3. Lisboa, 2020, p. 915-916).

deveres dos distintos negócios. Nesses casos, a preocupação recai menos sobre a solvabilidade do devedor e mais sobre a viabilidade da operação plurinegocial. Assim, enquanto no primeiro cenário ela desempenha função similar à exceção de insegurança, somente no segundo ela realmente atua como índice de conexão funcional entre contratos.²¹

A validade da cláusula de *cross default* parece demandar sensibilidade a essas e outras peculiaridades a serem aferidas em concreto, inviabilizadas afirmações generalizantes. De modo geral, ela demanda atenção especial do intérprete, pois, em virtude do efeito dominó que pode deflagar, pode ensejar efeitos desproporcionais para o devedor, inclusive sua falência, funcionando como verdadeiro *doomsday device*, cujo objetivo é primordialmente a ameaça que impele o devedor, nesses casos, a se submeter a renegociação em posição desfavorável, e não exatamente seu acionamento, que poderia ser mesmo contraproducente.²² Nesse sentido, frequentemente o credor se reserva o poder de renunciar à aceleração se lhe forem atendidas algumas demandas (*waiver*), como a oferta de novas garantias ou o aumento de taxas de juros.²³

Não obstante eventuais restrições, para realmente evitar os riscos de discussão sobre eventual abusividade, a cláusula *cross default* deve ser

²¹ A exceção de insegurança tem por base o art. 477 do Código Civil: “Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

²² ROSA, Diana Serrinha. *As cláusulas cross default no ordenamento jurídico português*. *Revista de Direito das Sociedades*, n. 1. Lisboa, 2016, p. 222-223. Em imagem significativa: “o efeito dominó investe os mutuantes numa posição de força, uma vez que ambas as partes sabem que o exercício de um direito de exigibilidade antecipada ou de um direito de resolução poderá ser o suficiente para ‘acender o rastilho de pólvora’. Este facto poderá ser bastante para atribuir aos demais credores, beneficiários de uma idêntica cláusula de *cross default*, um direito similar. Isto vai fazer com que um devedor razoável e sensato encete todos os esforços possíveis para evitar a ‘explosão do barril de pólvora’, procurando satisfazer as exigências de um credor que tem o ‘fósforo aceso nas mãos’ (SIMÕES, Diogo Cruz. *A cláusula de cross default: da admissibilidade ao controlo societário*. Dissertação (Mestrado em direito). Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016, p. 16).

²³ SBRISIA, Henrique. *A cláusula cross default na perspectiva da análise econômica do direito*. *Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, n. 3. Lisboa, 2020, p. 911.

redigida de forma específica, indicando precisamente quais descumprimentos a deflagra e evitando as recorrentes previsões amplas e genéricas como “descumprimento de obrigações deste contrato ou de quaisquer outros, por parte da devedora ou de qualquer integrante de seu grupo empresarial”. Se nas relações de consumo esse tipo de cláusula parece configurar abusividade mais frequentemente, mesmo nas demais relações a sua validade pode ser questionada, em especial quando formulada em contrato de adesão, no qual é nula a renúncia a direito resultante da própria natureza do negócio.²⁴

3. Equilíbrio contratual e cláusula de *hardship*

Nas palavras de Judith Martins Consta²⁵, cada contrato é “um ato de comprometimento do futuro” e, partindo desse racional, é possível consentir que o tempo é um elemento verdadeiramente relevante à prática contratual. De fato, ao contratar, as partes estipulam a antecipação dos seus direitos e deveres, mas, é no tempo que efeitos da avença se concretizam e é o tempo o elemento que reflete a dinamicidade das relações, bem como a base sobre a qual ocorrem alterações circunstanciais capazes de distanciar a expectativa dos contratantes da realidade dos fatos.²⁶

Assim, considerando a estrita relação entre o direito contratual e o tempo, apresenta-se como um árduo desafio ao intérprete o fato de ter que lidar com as alterações das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar, mormente no que tange ao âmbito dos complexos contratuais. Se, por um lado, é notória a relevância do princípio do *pacta sunt servanda* na esfera do direito contratual, não é possível fechar os olhos à ocorrência de fatos extraordinários que põem em xeque o equilíbrio entre as obrigações pactuadas.

²⁴ Código Civil, art. 424: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo: abr.-jun./2010, p. 1.

²⁶ PEREIRA, Fábio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15. São Paulo: abr./jun. 2018, p. 7.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que pese o princípio do equilíbrio contratual não seja explicitamente previsto no Código Civil, este é tratado, ao lado da boa-fé objetiva e da função social do contrato, como princípio emergente que aponta para uma ordem jurídica renovada.²⁷ Ainda, a partir da vedação à lesão trazida no artigo 157 do Código Civil e da possibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva prevista nos artigos 478 e seguintes do mesmo diploma, constata-se que o desequilíbrio contratual originário e superveniente são combatidos pelas normas vigentes.

Especialmente no que tange aos complexos contratuais, é possível afirmar que as partes podem se valer do princípio do equilíbrio para coibir o desequilíbrio da relação e, com base nos dispositivos mencionados, valer-se do Poder Judiciário ou das Cortes Arbitrais para rediscutir a relação jurídica firmada. Todavia, as partes podem também optar por adotar outro caminho, – o mais das vezes mais proveitoso, mais diversificado e mais célere –, para assegurar o equilíbrio da relação: a fonte negocial.²⁸

No bojo de uma relação em que as partes elegem estruturar um complexo contratual para tratar sobre as suas múltiplas obrigações e direitos, a via negocial torna-se um valioso mecanismo para lidar com a alteração das circunstâncias e para preservar a relação firmada. Considerando a dinamicidade das relações contemporâneas e a constante construção de cadeias de contratos que regem as relações jurídicas, não se pode estatizar a vontade das partes estabelecida unicamente quando da celebração do contrato, mas sim da manifestação de vontade que realmente ecoa no tempo e que se verifica quando da execução das obrigações pactuadas.²⁹

²⁷ MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 64, 2009, p. 183-191.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo, abr.-jun./2010, p. 1-2.

²⁹ LAMY, Miguel Maria Miranda Alves de Moura. *O sector eléctrico em Portugal – A alteração das circunstâncias em contexto de mercado liberalizado: Os Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual e a Hardship sob o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*. 2013, p. 24-26. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13399/1/>>

Assim, gozando de sua autonomia privada, as partes podem utilizar-se de mecanismos de gestão de risco para, diante de complexos contratuais, se prevenirem de um cenário de desequilíbrio contratual mediante a estipulação de cláusulas que prevejam adaptações automáticas ou semiautomáticas, bem como que antevejam situações nas quais se obrigam a renegociar a relação de modo a reestabelecer o seu equilíbrio.³⁰

Inquestionavelmente, ao se utilizarem de disposições que preveem o dever de reorganizar o contrato ou o grupo de contratos que celebraram na hipótese de advento de situações que alterem fundamentalmente a base circunstancial existente, as partes privilegiam a conciliação de seus interesses e optam por distribuir, entre elas, os prejuízos decorrentes do desequilíbrio contratual para preservar a relação.

Trata-se de uma manifestação ao autorregramento da vontade que demonstra, portanto, extrema utilidade à preservação de complexos contratuais. Considerando a celebração de distintos negócios jurídicos empregados para realização de uma operação econômica unitária e o patente risco de desequilíbrio de algum eixo da relação por eventos supervenientes inerente à complexidade desta, a definição de mecanismos de renegociação torna-se um valioso instrumento apto à manutenção da relação jurídica. A cláusula cuja eficácia consiste em provocar uma renegociação do contrato na hipótese de desequilíbrio superveniente ocorrer, é denominada pela doutrina como cláusula de *hardship*³¹ ou cláusula de renegociação.³²

Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Miguel%20Lamy%20Word%20TESE%20COMPLETA.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

³⁰ Segundo Judith Martins Costa, as cláusulas de adaptação automática se verificam quando um determinado evento previsto se realiza (como exemplo, a Autora menciona as cláusulas de reajuste de preço por ato das partes, indexadas a tal ou qual valor). Quanto às cláusulas, leciona a Autora que estas preveem uma adaptação semiautomática, como as que estipulam a “resolução-salvaguarda” ou chamadas “cláusulas de alinhamento”. (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo, abr.-jun./2010, p. 1-2).

³¹ Segundo Judith Martins-Costa, são imputadas à cláusula de *hardship* quatro funções: “(a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação

A cláusula de *hardship*³³ teve sua origem no Direito Internacional Privado e a sua criação neste âmbito do direito se dá em razão da inexistência de padronização de leis entre as mais variadas ordens jurídicas internacionais para um eventual processo de revisão e renegociação de conteúdos avençados na seara do comércio internacional.³⁴ De fato, por meio da *hardship*, busca-se esgotar, pelo próprio instrumento contratual, uma solução para eventual controvérsia na execução do contrato mediante o estabelecimento de um dever de renegociação diante de modificação substancial de conjunturas.³⁵

permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses (*self tailored rule*), viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002 (LGL\2002\400)), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função “adaptativa” da autonomia privada” (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo, abr.-jun./2010, p. 3).

³² PEREIRA, Fábio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15, São Paulo: abr./jun., 2018, p. 3-4.

³³ Orlando Gomes, em parecer transcrito por Luiz Olavo Batista, define a cláusula de *hardship*, como: “uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, (...). Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes, para manter... sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato”. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais – Uma Visão Teórica e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 143-144).

³⁴ SALA, Martha Gallardo. Os princípios propostos pelo Unidroit: Relação com a *lex mercatoria* e sua utilização na esfera do comércio internacional. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 25, p. 241-273, Jan.-Jun./2014, p. 1-2.

³⁵ PEREIRA, Fábio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. v. 15, p. 209-237, São Paulo: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. abr./jun., 2018, p.2.

Normalmente, a cláusula de *hardship* estabelece mecanismos de proposta e contraproposta, com o intuito de conjugar a vontade das partes, mas também pode dispor sobre parâmetros de equidade.³⁷ A cláusula de renegociação acarreta às partes uma dupla obrigação: primeiramente, as partes devem se reunir para discutir a execução do contrato e, uma vez reunidas, deverão atentar-se à boa-fé quando das negociações.³⁸

A previsão jurídica da cláusula de *hardship* decorre dos Princípios dos Contratos do Comércio Internacional elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).³⁹ Os artigos 6.2.2 e seguintes dos Princípios da UNIDROIT regem especificamente a situação de *hardship* e suas implicações.⁴⁰

Trata-se, pois, de um mecanismo que se coaduna com as normas vigentes e que é capaz de trazer implicações positivas à preservação dos complexos contratuais. Com efeito, no âmbito dos complexos essa pre-determinação comercial se torna ainda mais relevante, tendo em vista que o equilíbrio econômico é estabelecido não internamente a cada contrato,

³⁶ Sobre o tema, Anderson Schreiber assim leciona sobre as cláusulas de renegociação: "Tais cláusulas, operando uma espécie de distribuição convencional dos riscos de desequilíbrio contratual, com base em critérios e parâmetro estabelecidos pelas próprias partes, ou indicando o método a ser seguido na busca de uma solução consensual para a readequação do contrato desequilibrado, exprimem o que os franceses sintetizaram na fórmula 'le contract as propre révision' ('o contrato organiza sua própria revisão)". (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 2ª d., p.400-401).

³⁷ PEREIRA, Fábio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15. São Paulo: abr./jun. 2018, p. 4.

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo, abr.-jun./2010. p.4-5.

³⁹ GAMA JR, Lauro. Os Princípios do UNIDROIT, relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. In *DIREITO*, C. A. M.; TRINDADE, A. A. C.; PEREIRA, A. C. A. (coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102-103. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁴⁰ RODRIGUES, Gabriela Wallau; GIANNAKOS, D. B. S.. A Cláusula *hardship* como forma de mitigação da assimetria de informação nos contratos internacionais. *Revista Electrónica de Direito*, v. 2, p. 1-14, 2017, p. 5-6.

mas entre os diversos negócios apreendidos de maneira geral. Dessa forma, a cláusula de *hardship* deve atuar para resguardar esse equilíbrio pluricontratual, da mesma forma que se aponta a peculiaridade da atuação, nos complexos contratuais da exceção do contrato não cumprido, da qualificação de cada contrato como gratuito ou oneroso e, especialmente, dos casos de lesão e onerosidade excessiva.⁴¹

Certamente, o estabelecimento da obrigação de renegociar a complexa relação que se rege por uma rede de contratos, mediante a estipulação de uma cláusula que vincule os pactos e elenque a necessidade de rediscussão da relação na hipótese de desequilíbrio tem o condão de preservar a relação e atenuar a litigiosidade neste tipo de arranjo contratual. Anderson Schreiber, ao tratar sobre a temática das cláusulas de renegociação, dispõe que estas consistem na "via mais simples e imediata" para resolver a problemática do desequilíbrio contratual e pontua que representam o caminho mais seguro capaz de afastar os receios que gravitam em torno das intervenções heterônomas na relação contratual.⁴²

A utilização de cláusulas que especifiquem claramente as etapas do procedimento de renegociação a serem observadas pelas partes, que delimitem, de forma mais cristalina possível, as situações que possam ensejar o desequilíbrio e considerem a lógica de toda a relação jurídica firmada por trás dos complexos contratuais, torna-se, então, um aspecto fundamental à sua utilização e aos seus efeitos práticos.

4. Cláusula de não indenizar

Aliada aos instrumentos tratados nos tópicos acima, a cláusula de não indenizar também se apresenta como um valioso instrumento à gestão de risco em complexos contratuais, que pode ser utilizado como mecanismo de minoração ou redistribuição de prejuízos.⁴³ Referido instituto é reputado por alguns um corolário do princípio da autonomia da von-

⁴¹ LENER, Giorgio. *Profilo del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 63.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 2ª d., p.400-401.

⁴³ MARINHO, Maria. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 70, set/dez 2016, p. 114.

tade⁴⁴ e se destina a, antecipadamente, afastar as normais consequências da inexecução.⁴⁵ Nas palavras de José de Aguiar Dias a cláusula de não indenizar é conceituada como a estipulação prévia “pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa anular, modificar ou restringir as consequências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação”.⁴⁶ Trata-se, portanto, de um instrumento por meio do qual as partes optam por distribuir os riscos decorrentes do inadimplemento de modo distinto daquele efetuado pelo legislador e consiste em uma exceção à regra da reparação integral constante no artigo 927 do Código Civil.⁴⁷

Embora proibida no âmbito das relações consumeristas, por meio do artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, nas relações paritárias referido mecanismo possui a louvável função de garantir maior previsibilidade às partes e permitir aos contratantes procederem com a alocação ou exclusão de riscos contratuais segundo os seus melhores interesses, e é de uso recorrente em complexos contratuais.⁴⁸ Nessa seara, a cláusula

⁴⁴ Ana Prata leciona que o origem histórica moderna da cláusula de não indenizar remete ao início do Século XIX e assim dispõe sobre o contexto de sua criação: “o desenvolvimento econômico determinou, pois, numa época em que o seguro não constituía ainda solução para ocorrer a todos os riscos empresariais, que os empresários procurassem este instrumento de auto-proteção que era a exclusão da sua responsabilidade pelos danos causados no exercício de atividades, cujos meios técnicos eram incipientes e que os homens controlavam com dificuldade, a esforço do desenvolvimento tem, pois, um custo que se redistribui socialmente por esta forma, tornando os beneficiários e utentes (mas não só também os próprios trabalhadores) dos bens e serviços produzidos partícipes no risco criado, até que tal redistribuição seja viabilizada, como regra, pelo mecanismo do seguro” (PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, p. 26).

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 530.

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 7.^a ed., vol. 2, p. 774.

⁴⁷ OLIVA, Milena Donato; CASTRO, Diana Loureira Paiva. As Cláusulas de Não Indenizar nas Relações de Consumo e nos contratos de adesão em relações civis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, 2020, p. 1-2.

⁴⁸ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Cláusula de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no Direito Civil e Empresarial. *Revista Direito Empresarial (Curitiba)*, v. 9, 2012, p. 803.

de não indenizar se coaduna perfeitamente ao disposto no artigo 421-A do Código Civil, que foi incluído pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 2019) e estipula que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.⁴⁹

De fato, considerando as peculiaridades de arranjos contratuais complexos e interligados, a cláusula de não indenizar é elemento que pode vir a fazer com que a negociação assuma contornos distintos.⁵⁰ Sua estipulação pode, exemplificativamente, promover a obtenção de vantagens em contrapartida, bem como facilitar a contratação de seguros mediante a redução do custo de seu prêmio.⁵¹ Sobre esse aspecto, António Pinto Monteiro ressalta que eventual impedimento das partes em alterar convencionalmente a alocação de riscos poderia até mesmo inviabilizar determinadas operações econômicas, na medida em que a parte interessada em contratar poderia não encontrar uma contraparte disposta a assumir integralmente o risco que lhe caberia na operação segundo as regras do regime geral de responsabilidade civil.⁵²

Apesar da existência de relevante discussão jurisprudencial que permeia a validade das cláusulas que excluem o dever de indenizar, pre-

⁴⁹ Ainda, cabe mencionar o Enunciado nº 631 da VIII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – “Art. 946: Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar)”. Disponível em: <<https://www.cjfj.us.br/enunciados/enunciado/1205>>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁵⁰ Sobre o tema, Vinicius Martins Pereira pontua que deve haver um equilíbrio e justiça entre a vantagem que foi realmente proporcionada ao contratante que aceitou a exoneração do dever de indenizar e o risco assumido no ajuste. Ainda, ressalta que em caso de grave desequilíbrio entre o benefício do contratante ao não aceitar a mitigação do dever de indenizar os danos que eventualmente vier a sofrer e os riscos por ele assumidos, careceria a cláusula de não indenizar de eficácia. (PEREIRA, Vinicius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio* Dissertação (Mestrado em direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 47-48).

⁵¹ DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade: Relações Paritárias e não Paritárias. *Revista De Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, 2018, p. 4.

⁵² MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003 p. 251.

domina o entendimento de que a validade dessas cláusulas deve ser analisada em concreto, levando-se em consideração as especificidades da relação.⁵³ Além dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico dispostos no artigo 104 do Código Civil (agente capaz, objeto idôneo e forma prescrita ou não defesa em lei), Diana Loureiro Paiva de Castro e Milena Donato de Oliveira⁵⁴ pontuam que também seriam requisitos de validade das cláusulas de não indenizar: (i) a não incidência da convenção sobre a obrigação principal do negócio jurídico; (ii) a impossibilidade de referência ao dolo ou à culpa grave e (iii) o respeito à ordem pública.⁵⁵

No que diz respeito aos requisitos de validade trazidos no artigo 104 do Código Civil, bem como aqueles que se referem à ordem pública e à inexistência de dolo ou culpa grave, não há maiores discussões sobre a sua aplicação no tocante aos complexos contratuais, todavia, nessa seara torna-se desafiador ao intérprete analisar o limite da incidência da cláusula de não indenizar sobre a obrigação principal. De fato, os contratos complexos não se resolvem com o cumprimento de uma simples obrigação principal⁵⁶, de modo que tal requisito merece uma análise mais ampla.

Nesse âmbito, a cláusula de não indenizar sofre desafios adicionais. Além do estabelecimento de um equilíbrio econômico pluricontratural, nos complexos contratuais abre-se comumente a possibilidade – ou risco – de ações diretas entre partes de diferentes negócios que compõem o mesmo complexo.⁵⁷ Assim, coloca-se a peculiar situação de o terceiro naquele negócio que contém a cláusula de não indenizar (mas que a parte de outro negócio daquele complexo) poderia acionar o devedor pedindo

⁵³ DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de Exoneração e Limitação de Responsabilidade: Relações Paritárias e não Paritárias. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 14, 2018, p. 3.

⁵⁴ OLIVA, Milena Donato; CASTRO, Diana Loureiro Paiva. As Cláusulas de Não Indenizar nas Relações de Consumo e nos contratos de adesão em relações civis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, 2020, p. 2.

⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça entendeu que seria possível a exclusão do dever de indenizar quando recair sobre direito disponível e não ferir a ordem pública quando do julgamento do Recurso Especial 13.027-RJ, 3ª Turma, Relator Waldemar Zveiter, 22.10.1991.

⁵⁶ MARINHO, Maria. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal. *Revista CEJ*, Brasília, ano XX, n. 70, set/dez 2016, p. 117-120.

⁵⁷ FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 306.

uma indenização superior àquela que o credor direto poderia demandar, pois se encontraria livre já que a cláusula não constava do instrumento que ele próprio subscrevera.⁵⁸ Tendo em vista esse risco, é especialmente importante que as partes atentem para a previsão da cláusula nos diversos instrumentos que fazem parte do complexo.

Considerando a autonomia das partes e a relevância do instrumento de gestão de risco, uma verificação mais abrangente dos limites da validade da cláusula de não indenizar nos complexos contratuais se mostra como uma alternativa interpretativa mais adequada. Analisar pontualmente a relação contratual, a fim de verificar exatamente quais são os pontos cruciais não é uma tarefa fácil, mas merece a atenção do intérprete para que limitações exacerbadas e de cunho ampliativo não firam o poder de autorregramento das partes.⁵⁹

Conclusões

Ao organizarem a relação jurídica mediante a celebração de complexos contratuais, as partes criam ao intérprete um desafio adicional para lidar com a gestão de riscos inerentes a tal estruturação. Apesar de ser a confiança um elemento norteador à interpretação ao negócio, o qual possui sua raiz no princípio da boa-fé, este nem sempre se demonstra capaz de dirimir todas as questões que envolvem a alocação dos riscos envolvidos na relação, de modo que se demonstra adequado aos contratantes explorar a fonte negocial para estipular mecanismos capazes de mitigá-los. Pautadas na autonomia privada, as cláusulas resolutivas de *cross default*, de *hardship* e de não indenizar ora estudadas ostentam enorme utilidade para o âmago dos complexos contratuais.

⁵⁸ BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1996, p. 13.

⁵⁹ Sobre o tema, cabe a lição de Caio Mário “em qualquer caso, a declaração volitiva da não-indenização encontra fundamento na mesma razão determinante da força cogente das obrigações convencionais. E, enquanto permanecer neste estado, e dentro destes limites, é lícita, pois legítimo será que um contrato, regulador de interesses pecuniários entre particulares, desobrigue o devedor das consequências de sua responsabilidade, sem lesão à ordem pública”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999, p. 224.

No âmbito dos complexos contratuais, o inadimplemento de uma única obrigação pode ter o condão de inviabilizar o negócio como um todo e ocasionar um verdadeiro efeito cascata. Justamente visando a regular tal cenário, a cláusula de *cross default* transpõe as fronteiras do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e se dedica a especificar situações nas quais o descumprimento de deveres constantes de outros contratos são capazes de violar determinado pacto e acarretar a antecipação do vencimento de obrigações (“*acceleration*”) ou a própria resolução do negócio (“*termination*”). Trata-se de instrumento que demanda atenção especial do intérprete em razão dos efeitos desproporcionais que pode causar e que não é recorrentemente analisada com a devida precisão pelo Poder Judiciário, de modo que cabe às partes redigi-las de forma específica para evitar risco quanto à sua efetiva aplicação.

Visando lidar com as alterações das circunstâncias e prezar pelo equilíbrio contratual, a cláusula de *hardship* ou cláusula de renegociação também possui ampla aplicabilidade no âmbito dos complexos contratuais e consiste em mecanismo de gestão de risco que tem como ideal esgotar, pelo próprio instrumento contratual, uma solução para eventual controvérsia na execução do contrato mediante o estabelecimento de um dever de renegociação. Para tanto, também se torna imperiosa a necessidade de trazer uma redação clara, que especifique etapas do procedimento de renegociação, delimite as situações que possam ensejar o desequilíbrio e considere a lógica de toda a relação jurídica firmada por trás dos complexos contratuais. Trata-se de um mecanismo que se coaduna com as normas vigentes capaz de trazer implicações positivas à preservação dos complexos contratuais, em que o equilíbrio econômico se estabelece plurinegocialmente, e atenuar a litigiosidade neste tipo de arranjo contratual.

Quanto à cláusula de não indenizar, esta consiste instrumento por meio do qual as partes, antecipadamente e calcadas na autonomia privada, afastam as normais consequências da inexecução e criam uma exceção à regra da reparação integral constante no artigo 927 do Código Civil. No âmbito dos complexos contratuais, tal mecanismo permite aos contratantes procederem com a alocação ou exclusão de riscos contratuais segundo os seus melhores interesses e pode vir a fazer com que a nego-

ciação assuma contornos distintos, sendo, portanto, um valioso meio de gestão de riscos.

A partir do exposto, constata-se que, no âmbito dos complexos contratuais, o uso dos instrumentos jurídicos acima abordados permite aos contratantes a redistribuição o risco da relação contratual e possui o condão de incrementar a atividade produtiva. Cabe às partes, contudo, o cuidado ao estipulá-las contratualmente, sendo essencial uma redação clara, delimitada e condizente com as peculiaridades inerentes ao complexo contratual onde serão aplicadas.

Referências

- BACACHE-GIBEILL, Mireille. *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1996.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais – Uma Visão Teórica e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143-144.
- BELO, Emilia. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP, 2014.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*, n.12, out./dez. 2002, p. 73.
- BRASIL, STJ, 4ª T., REsp 1014547/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 25/08/2009.
- BRASIL, STJ, 3ª T., REsp 1379839/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. 11/11/2014.
- BRASIL, STJ, Recurso Especial 13.027-RJ, 3ª Turma, Relator: Min. Waldemar Zveiter, 22.10.1991.
- BRASIL, TJSP, 23ª C.D.Piv., Ap. Cível 1005314-40.2015.8.26.0597, Rel. Des. Sebastião Flávio, julg. 27/07/2016.
- BRASIL, STJ, 4ª Turma, REsp 337040, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 02.05.2002, publ. DJ 01.07.2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DAL PIZZOL, Ricardo. Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade: relações paritárias e não paritárias. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 207-236, 2018, p. 3-4.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 7.ª ed., vol. 2, 1997, p. 774.

- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 73.
- FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994.
- GAMA JR, Lauro. *Os Princípios do UNIDROIT*, relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. In *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102-103. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021, p. 102-103.
- GIFFONI, Adriana de Oliveira. As cláusulas “cross default” em contratos financeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 121. São Paulo, jan./mar. 2001, p. 148.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista forense*, v. 406, 2010, p. 55-86.
- KRUFT, Stephen R. Cross-default provisions in financing and derivatives transactions. 113 *Banking L.J.* 216 (1996), p. 216.
- LAMY, Miguel Maria Miranda Alves de Moura. *O sector eléctrico em Portugal – A alteração das circunstâncias em contexto de mercado liberalizado: Os Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual e a Hardship sob o Memorando de Entendimento sobre as Condições de Política Económica*. 2013, p. 24-26. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13399/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Miguel%20Lamy%20Word%20TESE%20COMPLETA.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 108-109.
- LENER, Giorgio. *Profili del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 4.

- , *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 61.
- MARINHO, Maria. A validade da cláusula de não indenizar relativa à obrigação principal. *Revista CEJ*, ano XX, n. 70. Brasília, set./dez. 2016, p. 114-120.
- MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 7, n. 25. São Paulo, abr.-jun./2010, p. 1-7.
- , *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67.
- MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 64, p. 183-191, 2009.
- MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In GUEDES, G. S. C.; MORAES, M. C. B.; MEIRELES, R. M. V. (coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 106.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 251.
- OLIVA, Milena Donato; CASTRO, Diana Loureira Paiva. As cláusulas de não indenizar nas relações de consumo e nos contratos de adesão em relações civis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 129, 2020, p. 1-2.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. II. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1999, p. 224.
- PEREIRA, Fábio Queiroz. A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 15. São Paulo, abr./jun. 2018, p. 1-7.
- PEREIRA, Vinícius Martins. *Exoneração e limitação do dever de indenizar: entre riscos e equilíbrio* Dissertação (Mestrado em direito). Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 47-48.
- PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: ESI, 2003, p. 408.
- PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Coimbra: Almedina, 1985, p.26.
- RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p.108-109.

- RODRIGUES, Gabriela Wallau ; GIANNAKOS, D. B. S. . A Cláusula Hardship como forma de mitigação da assimetria de informação nos contratos internacionais. *Revista Electrónica de Direito*, v. 2. Porto, 2017, p. 5-6.
- ROSA, Diana Serrinha. As cláusulas *cross default* no ordenamento jurídico português. *Revista de Direito das Sociedades*, n. 1. Lisboa, 2016 p. 222-223.
- SALA, Martha Gallardo. Os Princípios propostos pelo unidroit: relação com a *lex mercatoria* e sua utilização na esfera do comércio internacional. *Revista do IBRAC – direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, vol. 25. Porto, p. 241-273, jan.-jun./2014, p. 1-2.
- SBRISSIA, Henrique. A cláusula *cross default* na perspectiva da análise econômica do direito. *Revista jurídica luso-brasileira*, ano 6, n. 3. Lisboa, 2020.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 2ª ed., p.400-401.
- SCHUNCK, Giuliana Bonanno . Cláusula de limitação e exoneração de responsabilidade e sua aplicação no Direito Civil e Empresarial. *Revista Direito Empresarial*, v. 9. [Belo Horizonte], p. 189-210, 2012, p. 911.
- SIMÕES, Diogo Cruz. *A cláusula de cross default: da admissibilidade ao controlo societário*. Dissertação (Mestrado em direito). Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares. Contornos das garantias autônomas no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, v. 28. Belo Horizonte, abr./jun. 2021, p. 275-290.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-73.
- TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975.

4.

RISCO E LACUNOSIDADE CONTRATUAL: O CASO DAS LACUNAS POR EXPRESSA DELIBERAÇÃO DAS PARTES

GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE

Introdução

Ao principiar seu *bestseller* sobre a história do risco, o economista Peter L. Bernstein era categórico: “[a] ideia revolucionária que define a fronteira entre os tempos modernos e o passado é o domínio do risco”, o que permitiu abandonar a percepção de que o futuro é “um capricho dos deuses” ou de que os seres humanos são meramente “passivos diante da natureza”¹. No direito, o par dessa “ideia revolucionária” é o contrato, um dos instrumentos convocados para o “domínio do risco” e não por acaso identificado como “essencial peculiaridade material da vida jurídica moderna”²; uma modernidade que se edifica na dobra do tempo – do futuro no presente – e na doma das tecnologias, das rotas oceânicas, da circulação de mercancias e pessoas. O contrato não é uma criação da modernidade, mas uma de suas metáforas e um de seus utensílios; um dos meios para lidar com o risco de viver em uma sociedade cada vez mais mutante, cada vez mais globalizada.

¹ BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods. The remarkable story of risk*. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1998, p. 1.

² WEBER, Max. *Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez e José Ferrater Mora). 2 ed. México: FCE, 2004, p. 534.