LETÍCIA MARQUEZ DE AVELAR

**A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR:
UMA RELEITURA DO INSTITUTO À LUZ
DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADORA

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2011

LETÍCIA MARQUEZ DE AVELAR

**A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR:
UMA RELEITURA DO INSTITUTO À LUZ
DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Direito Civil como exigência
parcial para obtenção do título de Mestre pela
Universidade de São Paulo, sob a orientação da
Professora Titular de Direito Civil Doutora
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – SP

2011

Banca Examinadora

*À professora Giselda Hironaka,
pela confiança que sempre depositou em mim.*

RESUMO

Trata-se de estudo acerca da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar, mecanismos utilizados pelos contratantes com vistas a aliviar a sobrecarga das indenizações, que se aproximam de institutos como o seguro de responsabilidade civil e a cláusula penal, apresentando também pontos de coincidência com a transação, a renúncia e o consentimento do ofendido. Embora sejam conhecidas desde o direito romano, foi no Estado liberal que essas convenções tiveram maior aceitação, a qual foi sendo, no entanto, paulatinamente reduzida, à medida que foi se configurando o que posteriormente se convencionou chamar de dirigismo contratual, que tem em mira corrigir as injustiças resultantes do modelo individualista de outrora, na busca por uma igualdade real entre as partes contratantes. No ordenamento jurídico brasileiro não há regra geral disciplinando a matéria, mas apenas disposições pontuais que regulam campos específicos; esta a origem de toda a controvérsia que gravita em torno da validade e eficácia da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar, questões, ao que se entende, que se devem resolver pelas regras de admissibilidade dos contratos em geral, respeitando-se, sempre, evidentemente, os limites da ordem pública, o que significa, nos tempos atuais, observância, também e principalmente, aos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Palavras-chave: cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar; admissibilidade no direito brasileiro.

ABSTRACT

It is a study on the non-indemnity clause and on the limitation of indemnity clause, mechanisms utilized by contractors in order to relieve the burden of indemnities which approach institutes such as the civil liability insurance and the penalty clause and also show intersection points with the settlement, the waiver and the consent of the offended party. Although known since roman law, it was in liberal State that such conventions have received greater acceptance, which nonetheless was gradually reduced as what later to be denominated contractual interventionism emerged, whose purpose is to correct the inequities resulting from the individualist model of yesteryear in the quest for true equality between the contracting parties. There is not a general legal rule in the Brazilian legal system regulating the matter, but only specific provisions governing specific cases; this is the origin of all controversy towards the validity and effectiveness of the non-indemnity clause and of the limitation of indemnity clause, these are issues that, as one comprehends, should be solved with the admissibility rules of contracts in general, provided that the limits of public order, evidently, are always respected, what means, nowadays, observance, also and mainly, of the principles of objective good faith, contractual balance and social purpose of the contract.

Keywords: clauses excludable and limiting of indemnity duty; admissibility in Brazilian Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
------------------	---

PRIMEIRA PARTE

1 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E AS HIPÓTESES LEGAIS DE LIMITAÇÃO E DE EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR	13
1.1 Breves considerações sobre o instituto da responsabilidade civil	13
1.2 Excludentes de responsabilidade civil	15
1.3 Hipóteses legais de limitação e de exclusão do dever de indenizar.....	28
2 A LIMITAÇÃO E A EXONERAÇÃO CONVENCIONAIS DO DEVER DE INDENIZAR.....	35
2.1 As cláusulas limitativas do dever de indenizar	43
2.1.1 Limitação do montante indenizatório	44
2.1.2 Limitação do dever de indenizar a determinados tipos de danos	46
2.1.3 Limitação dos fundamentos do dever de indenizar	47
2.1.4 Inversão do ônus da prova, limitação da garantia patrimonial e redução dos prazos de prescrição e decadência	52
2.2 As cláusulas exoneratórias do dever de indenizar	55
2.2.1 Exclusão do dever de indenizar qualquer que seja a causa do dano.....	57
2.2.2 Casos de força maior assimilados e presunções de fortuito.....	57
2.2.3 Indenização condicionada a atos ou abstenções do credor	58
2.2.4 Seguro de responsabilidade civil a cargo do credor	59
3 MECANISMOS DE EFEITOS SIMILARES AOS DAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS E EXONERATÓRIAS DO DEVER DE INDENIZAR	60
3.1 O seguro de responsabilidade civil	61
3.2 A cláusula penal.....	67
4 INSTITUTOS AFINS.....	77
4.1 A transação e a renúncia	77
4.2 O consentimento do ofendido	82

SEGUNDA PARTE

1 CONCEITO DE CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR.....	90
--	----

2 A ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO TEMPO	95
3 VEDAÇÕES PONTUAIS À CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO DIREITO BRASILEIRO	105
3.1 Empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis	105
3.2 Transporte de pessoas e coisas.....	107
3.3 Relações de consumo	112
4 A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO DIREITO ESTRANGEIRO	118
5 O DISSENSO NA DOUTRINA SOBRE A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR	125
6 A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR	133
7 OS CONTRATOS DE ADESAO	150
8 A ORDEM PÚBLICA	158
8.1 O equilíbrio contratual, a função social do contrato e a boa-fé objetiva	168
8.1.1 O equilíbrio contratual e a compensação legítima à cláusula de não indenizar	168
8.1.2 O equilíbrio contratual e a alteração superveniente das circunstâncias	175
8.1.3 O equilíbrio contratual e os contratos aleatórios	177
8.1.4 A reserva mental	178
8.1.5 O estado de perigo, a lesão e as cláusulas abusivas	179
8.1.6 A função social do contrato	183
8.1.7 A boa-fé objetiva	186
8.1.8 O equilíbrio contratual, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o caráter acessório da cláusula de não indenizar	190
8.2 O dolo e a culpa grave	192
8.3 A cláusula de não indenizar referente a obrigação essencial do contrato	205
8.4 A cláusula de não indenizar referente a danos pessoais	212
9 A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	220
CONCLUSÃO	226
REFERÊNCIAS	230

INTRODUÇÃO

A questão, a cuja análise se propõe este estudo, não é exatamente nova: conforme informam diversos autores, a cláusula de não indenizar já era conhecida e aplicada no direito romano.¹

Em que pese, no entanto, sua antiguidade, o tema continua gerando acesa controvérsia, em especial no Brasil, em que não há regra geral disciplinando a convenção que tenha por objeto o afastamento do dever de indenizar; o que constitui, inclusive, argumento, para alguns, em defesa da validade do instituto. Afinal, é conhecido o adágio jurídico segundo o qual, em direito privado, tudo o que não é proibido é permitido. Porém, outros respondem que admitir a cláusula de não indenizar ofenderia a ordem pública, por não ser dado às partes afastar a aplicação da lei, que imputa o ônus da reparação a quem viola direito alheio e causa dano a outrem.

A ausência de regulamentação da matéria, além de, por vezes, funcionar como argumento a favor da cláusula de não indenizar, constitui, na verdade, fator de grande instabilidade para os contratantes. Utilizada justamente com a finalidade de minimizar os riscos do negócio, a convenção deixa de ter utilidade quando tem sua validade negada pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, os contratantes, em vez de fazerem inserir no contrato cláusula de validade duvidosa, podem preferir simplesmente se abster de contratar, o que, em larga escala, pode comprometer a economia de um país, como o vulto de pesadas indenizações pode vir a refrear atividades produtivas em diversos setores da economia.

Se, no auge do Estado liberal, as cláusulas de não indenizar e as cláusulas limitativas do dever de indenizar foram amplamente admitidas – e, por que não dizer, foram até necessárias –, atualmente há severa resistência em reconhecer-lhes validade, em especial em razão das preocupações sociais que marcam os tempos atuais e que refletiram, inclusive, na eleição de novos valores pelo atual Código Civil brasileiro, os quais se encontram consubstanciados nos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato. Daí o interesse no revolvimento da matéria, que permitirá fazer

¹ Ver, por todos: DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar* (chamada Cláusula de Irresponsabilidade). 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 15 e AMIGO, Manuel Garcia. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965, p. 31.

uma releitura da cláusula de não indenizar à luz dos novos princípios do direito dos contratos.

António Pinto Monteiro, autor português que há mais de duas décadas dedicou-se ao estudo das cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar, já então vislumbrava tratar-se de uma questão clássica, ligada aos movimentos mais atuais do “direito da responsabilidade”, o que, no seu entender, justificava “a renovada atualidade da problemática”. É, assim, e das palavras do autor nossas fazemos, “um tema por que passa necessariamente qualquer política de controlo específico dos contratos de adesão e de tutela do consumidor”;² não sendo por outra razão, aliás, que o ordenamento pátrio, embora não traga regra geral sobre a cláusula de não indenizar, expressamente a veda nesses dois campos específicos.

Evidentemente não se pretende dar resposta a todas as questões que já suscitou, atualmente suscita e ainda suscitará o complexo tema da cláusula de não indenizar. O objetivo, mais humilde, é antes o de dar novas luzes à questão, a fim de contribuir para a busca de critérios para a aplicação da cláusula de não indenizar que sejam mais justos e adequados à realidade atual.

Na tentativa de melhor sistematizar o estudo da matéria, este trabalho foi dividido em duas partes. A Primeira Parte trata do contexto em que estão inseridas as figuras da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar, e a Segunda Parte contempla “questões internas”, por assim dizer, dos institutos. Por “contexto da cláusula de não indenizar” compreende-se o lugar, dentro do estudo do direito civil, ocupado pelas convenções que visam excluir ou limitar o dever de indenizar. Em que pese sua natureza convencional, essas cláusulas produzem efeitos similares muitas vezes aos das excludentes legais de responsabilidade civil e das hipóteses legais de limitação e de exclusão do dever de indenizar, sendo essa a razão pela qual tais figuras são objeto de estudo logo nos itens 1.2 e 1.3 do Capítulo 1, após uma breve introdução sobre os principais aspectos da responsabilidade civil no item 1.1.

Feito isso, passa-se a abordar, de forma breve, o tema específico do presente trabalho, apresentando as características próprias da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar e, com isso, também, os aspectos que as diferenciam das excludentes de responsabilidade civil e das hipóteses legais de limitação do dever de

² MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 77.

indenizar. Algumas modalidades de cláusulas limitativas e de cláusulas exoneratórias do dever de indenizar são também apreciadas, a título meramente exemplificativo. Cumprida essa etapa, ter-se-á exposto, então, o primeiro dos panoramas sobre os quais se projeta o estudo da cláusula de não indenizar.

Em seguida, a análise recai sobre os institutos do seguro de responsabilidade civil e da cláusula penal – que constituem mecanismos utilizados pelos contratantes conducentes a resultados práticos semelhantes aos da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar –; e, posteriormente, sobre a transação, a renúncia e o consentimento do ofendido, que são consideradas figuras afins àquelas convenções.

Na Segunda Parte do trabalho é que se traz então o conceito de cláusula de não indenizar, bem como um breve histórico sobre o tratamento que vem sendo conferido ao instituto ao longo do tempo. As vedações à cláusula de não indenizar e à cláusula limitativa do dever de indenizar são também apontadas: primeiro, examina-se o direito brasileiro e, depois, o direito estrangeiro – oportunidade em que se poderá observar o diferente tratamento que é dispensado à convenção nos diversos países, alguns aproximando-se mais da sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso da França, e outros distanciando-se do modelo pátrio, como é o caso da Itália e de Portugal.

Em um novo capítulo, trata-se do dissenso existente na doutrina sobre a cláusula de não indenizar, examinando-se os argumentos favoráveis e contrários à sua validade, bem como as doutrinas de conciliação formuladas para apaziguar os ânimos dos defensores de uma e de outra posição. É somente após que se apresentam as razões pelas quais se conclui pela validade da cláusula de não indenizar, desde que respeitadas determinadas condições, que, na prática, traduzem-se em limitações decorrentes de preceitos e princípios eleitos pelo atual Código Civil e que, de resto, são objeto de estudo mais minucioso nos Capítulos 7 e 8. Por fim, no Capítulo 9, analisam-se a exclusão e a limitação convencionais do dever de indenizar no âmbito da responsabilidade extracontratual.

A intenção é que, ao final, se possa recompreender a cláusula de não indenizar sob os novos contornos e as novas luzes que se originam dos valores atualmente prestigiados pelo ordenamento jurídico brasileiro e que buscam atender não mais aos interesses individualistas do Estado liberal de outrora, mas, sim, aos dogmas do Estado social de agora, cujas maiores preocupações dizem respeito à valorização da pessoa humana e à solidariedade social, fundamento e objetivo fundamental da República brasileira, estampados, respectivamente, nos artigos 1º, III, e 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

PRIMEIRA
PARTE

1

AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E AS HIPÓTESES LEGAIS DE LIMITAÇÃO E DE EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Impossível desenvolver um trabalho sobre cláusula de não indenizar sem revisitar os principais aspectos da Responsabilidade Civil – matéria dentro da qual está inserido o tema do presente trabalho.

Como ponto de partida, cumpre lembrar a distinção feita pela doutrina entre deveres jurídicos originários e deveres jurídicos sucessivos, sendo originário aquele que tem como fonte a vontade humana ou a lei em sentido estrito – chamado, pura e simplesmente, de obrigação – e sucessivo aquele surgido em decorrência da violação de um dever jurídico originário – a que se denomina responsabilidade.³ São deveres jurídicos originários, portanto, as obrigações pactuadas nos negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais e o dever geral de não prejudicar terceiros (*neminem laedere*), de respeitar os direitos da personalidade e a propriedade alheia⁴ etc. Dever jurídico sucessivo, por sua vez, é o dever de reparar o dano causado em decorrência do descumprimento de obrigação legal ou contratualmente assumida.

³ Nesse sentido, San Tiago Dantas pontifica: “O vigor destes vínculos jurídicos não é simultâneo, é sucessivo; um deles entra em vigor quando o outro é violado. O primeiro é o que se chama, bem mais propriamente, obrigação – o débito; o segundo é o que se chamará responsabilidade. Quando entre dois indivíduos se estabelece uma relação jurídica obrigacional, um direito de crédito, isto é, quando um assume a posição de credor e outro assume a posição de devedor, nasce, imediatamente, um vínculo jurídico, que dá ao credor o direito à prestação de um certo ato por parte do devedor: isto é a essência do primeiro vínculo. O credor fica armado de uma pretensão jurídica: a pretensão que o devedor pratique um determinado ato em seu benefício. Pode esse ato, indiscutivelmente, consistir em dar, fazer ou não fazer. Se, porém, acontece que no momento próprio da exigibilidade da prestação, o devedor não pratica o ato esperado, verifica-se aquilo que se sabe denominar lesão do direito. O não cumprimento do dever jurídico constitui lesão do direito e esta lesão do direito faz com que surja, ao lado do vínculo primitivo, não fazendo desaparecer por completo, mas em todo caso substituindo a sua eficácia, um outro vínculo também entre o credor e o devedor e este vínculo tem como conteúdo a reparação da lesão do direito” (DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil II: os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 21-22).

⁴ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 25.

O inadimplemento de uma obrigação contratual acarreta, automaticamente, a responsabilidade do inadimplente e o consequente dever de indenizar (artigo 389 do Código Civil brasileiro). Já no que se refere ao descumprimento de obrigação legal, faz-se necessário que estejam presentes alguns requisitos para que surja o dever jurídico sucessivo – isto é, o dever de indenizar –; refere-se aqui aos elementos configuradores da responsabilidade civil extracontratual.⁵

Conforme se demonstrará no item 1.2, há circunstâncias previstas em lei – ou equiparadas pela doutrina e pela jurisprudência àquelas previstas em lei – que têm o condão de afastar um ou alguns dos requisitos configuradores da responsabilidade civil extracontratual, em regra eximindo o agente do dever de reparar os danos causados. Quando não for este o caso, isto é, quando se fizerem presentes todos os requisitos configuradores da responsabilidade extracontratual do agente, cabe-lhe indenizar o lesado pelos prejuízos que sofreu (artigo 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil brasileiro).

A indenização a ser paga pelo responsável, quer se trate de responsabilidade extracontratual, quer contratual, deverá ser, a princípio, suficientemente ampla para garantir o ressarcimento integral dos prejuízos experimentados por aquele que teve seu direito violado,⁶ pois, nas palavras de Odete Novais Carneiro Queiroz, “indenizar significa tornar indene, restabelecendo-se a situação anterior à prática do ato lesivo”.⁷ Todavia, o princípio da reparação integral comporta exceções: tanto a lei quanto a vontade das partes podem afastar ou mitigar o dever de indenizar. Assim, embora civilmente responsável pelos danos causados, o agente poderá, em determinadas situações, ser exonerado do pagamento da indenização ou autorizado a pagar uma indenização inferior a que seria devida.

As hipóteses *legais* de limitação e de exclusão do dever de indenizar serão tratadas no item 1.3. Já o afastamento e a mitigação do dever de indenizar *por vontade das partes* –

⁵ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes entendem que essa construção [de que a responsabilidade configura um dever jurídico sucessivo, resultante da violação de um dever jurídico originário] não se coaduna com a responsabilidade objetiva (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006, v. 2, p. 804).

⁶ Para um estudo mais aprofundado do princípio da reparação integral, remeta-se à obra de COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2002.

⁷ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*: Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

que constituem o tema do presente trabalho – serão objeto do Capítulo 2 desta Primeira Parte.

O intuito que anima este Capítulo, em especial os itens 1.2 e 1.3, é apresentar a distinção existente entre (i) as *excludentes de responsabilidade civil*, que, excluindo a própria responsabilidade, afastam, em regra, o dever de indenizar; (ii) as *circunstâncias legais* que – embora presentes todos os requisitos configuradores da responsabilidade civil – mitigam ou elidem o dever de indenizar, excepcionando o princípio da reparação integral; e (iii) as *cláusulas de não indenizar* e as *cláusulas limitativas do dever de indenizar*, que constituem excludentes *convencionais* do dever reparatório.⁸

Conforme se verá a seguir, as cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar decorrem de manifestação volitiva das partes, diferenciando-se, nesse ponto, das excludentes de responsabilidade civil e, também, das hipóteses legais de limitação e de exclusão do dever de indenizar. Ademais, ao revés do que ocorre com as excludentes de responsabilidade civil, as cláusulas de não indenizar e as limitativas não têm o condão de eliminar a responsabilidade, mas apenas de exonerar o agente do dever de indenizar ou de limitar o montante devido a título de indenização.

1.2 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva. Pelo sistema de responsabilidade civil subjetiva, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito⁹ (artigo 186 do Código Civil), ficando obrigado a reparar o dano causado (artigo 927, *caput*, do Código Civil). Já pelo sistema da responsabilidade civil objetiva, que, no ordenamento jurídico brasileiro, coexiste com o da responsabilidade civil subjetiva,¹⁰ “haverá obrigação de

⁸ Giselda Hironaka, em trabalho intitulado Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, fez essa distinção entre a cláusula de não indenizar e as excludentes de responsabilidade civil (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 139-158).

⁹ Sobre o conceito de ilicitude, vale conferir o ensinamento de Giselda Hironaka: “A ilicitude, em seu mais rigoroso e técnico sentido, é objetiva, e, por isso, tão bem oferece-lhe, como sinônimo, a expressão antijuridicidade. Assim, o ato é ilícito porque viola a lei, viola o direito objetivo, sendo eventualmente possível que, em decorrência, não se veja violado um direito subjetivo” (Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 141).

¹⁰ A esse respeito, pontifica Giselda Hironaka: “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade, portanto, acabou por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na*

reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil).

Para que o agente possa ser civilmente responsabilizado – seja subjetiva, seja objetivamente – é mister que sua ação ou omissão esteja ligada ao evento danoso por um nexo de causalidade.¹¹ A propósito, a lição de Geneviève Viney e Patrice Jourdain: “pour imputer la responsabilité découlant d’un dommage à une ou plusieurs personnes déterminées, il faut établir le lien de causalité entre le préjudice et la faute ou (dans les cas de responsabilité sans faute) le ‘fait’ de cette ou de ces personnes”.¹² Não havendo nexo causal, restará afastada a própria responsabilidade, já que, nas palavras de Giselda Hironaka, o nexo causal é indiscutível pressuposto da responsabilidade civil.¹³⁻¹⁴ As circunstâncias que, sabidamente, fazem romper o *nexo causal* – fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior – excluem, portanto, a própria responsabilidade, e não apenas o dever de indenizar.

Note-se, em primeiro lugar, que se adotará o termo “fato” (fato da vítima e fato de terceiro) em vez de “culpa”, pois que, para a incidência das eximentes, não há necessidade de que os atos da vítima e do terceiro sejam deliberados, não se exigindo sequer que sejam imputáveis.¹⁵

contemporaneidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131). Também nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 806.

¹¹ Para um exame mais aprofundado sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil, confirmam-se as seguintes obras: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 e VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 151 e ss.

¹² *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*, p. 151. Tradução livre: “Para imputar a responsabilidade decorrente de um dano a uma ou algumas pessoas determinadas, é necessário estabelecer um nexo de causalidade entre o dano e a culpa ou (nos casos de responsabilidade sem culpa) o fato daquela ou daquelas pessoas”.

¹³ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 142.

¹⁴ Também nesse sentido, o magistério de Odete Novais Carneiro Queiroz: “Os três pressupostos que devem estar presentes para servirem de fundamento ao dever de indenizar nem sempre estarão de fato. O dano poderá faltar, em casos de responsabilidade contratual; por exemplo, em contrato, no qual a resolução dá à parte, que sofreu o inadimplemento, o direito à cláusula penal (que é a prefixação de danos), tenha ou não havido prejuízo. A culpa também pode falhar, quando se tratar de responsabilidade objetiva. Entretanto, o *nexo causal* não pode faltar *jamaiz* – este é o verdadeiro elemento da responsabilidade civil e do qual não se prescinde em hipótese alguma” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 41).

¹⁵ Nesse sentido, posto que se referindo exclusivamente ao fato da vítima, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 277 f. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 171.

Em segundo lugar, cuidar-se-á neste item apenas do fato *exclusivo* da vítima, figura distinta do fato ou culpa *concorrente*, disciplinada pelo artigo 945 do Código Civil brasileiro e que será examinada no item 1.3 deste capítulo.

O fato da vítima e o fato de terceiro são tratados no Código Civil apenas nos artigos 929 e 930, que se referem à hipótese de dano causado em estado de necessidade.¹⁶ Nesse caso, o fato da vítima exonera o autor do dano do dever de indenizar (artigo 929, *a contrario sensu*), e o fato de terceiro garante ao autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado (artigo 930). Dito de outra forma: o artigo 930 não exclui o dever de indenizar daquele que agiu em estado de necessidade gerado por um terceiro; o que o dispositivo legal assegura é o direito de regresso do autor do dano em face do terceiro. Em outras situações, porém, o fato de terceiro, assim como o fato exclusivo da vítima, pode vir a afastar a responsabilidade do agente, isentando-o do pagamento da indenização devida. É o que ocorre, por exemplo, no caso de danos causados aos consumidores pelo fato do produto ou do serviço. Conforme rezam os artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o fornecedor não será responsabilizado quando provar “a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

No entanto, mesmo nas relações não consumeiristas, o fato exclusivo da vítima constitui causa excludente de responsabilidade civil, conforme entendimento comungado por doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, afirma Rui Stoco: “embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa exclusiva da vítima como causa excludente de responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construíram a hipótese”.¹⁷ A controvérsia é maior, todavia, no que tange ao fato de terceiro, informando Rui Stoco tratar-se de questão tormentosa e ainda não pacificada, que pode “importar em responsabilidade, como pode, também, implicar excludente desta”.¹⁸ Explica Sílvio Venosa que impõe verificar, no caso concreto, “se o terceiro foi o causador exclusivo do prejuízo ou se o agente indigitado também concorreu para o dano”. Tendo havido culpa *exclusiva* do terceiro, afirma o autor que, em princípio, não haverá nexo causal. Mas acrescenta: “o fato de terceiro somente exclui a indenização quando realmente se constituir em causa estranha à conduta, que elimina o nexo causal”.¹⁹ Também nesse sentido é a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, para

¹⁶ Artigo 188, II, do Código Civil brasileiro.

¹⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 185.

¹⁸ *Ibidem*, p. 191.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 56.

quem o fato de terceiro pode tanto equiparar-se ao estado de necessidade quanto ao caso fortuito (externo): no primeiro caso, “não há exclusão da responsabilidade perante a vítima, embora o responsável tenha ação de regresso em face do verdadeiro culpado”; já no segundo, haverá exclusão da responsabilidade se o fato do terceiro “nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando uma situação semelhante à força maior”.²⁰

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, propõe para a solução da questão que se estabeleçam dois conceitos fundamentais: quem deve ser considerado terceiro em matéria de responsabilidade civil e qual a natureza e a extensão do comportamento do terceiro em relação ao evento danoso.²¹ Quanto ao primeiro conceito, entende ser terceiro qualquer outra pessoa estranha ao binômio agente-vítima que influi na responsabilidade pelo dano. Mas ressalva: “para que seja excludente, é mister que por sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial e, em consequência, não responda o agente, direta ou indiretamente, pelos efeitos do dano”. Assim, não seriam terceiros os filhos, os tutelados, os empregados etc.²² Já no que se refere ao segundo aspecto, explica o autor que, ocorrendo o dano, “identifica-se o responsável aparente, mas não incorre este em responsabilidade, porque foi a conduta do terceiro que interveio para negar a equação agente-vítima, ou para afastar do nexo causal o indigitado autor”. Adverte, ainda, que a participação do terceiro na causação do dano pode ser total ou parcial. Apenas se o dano for devido *exclusivamente* ao terceiro é que se caracterizará a responsabilidade desse “porque somente então estará eliminado o vínculo de causalidade entre o dano e a conduta do indigitado autor do dano”.²³

Claudio Godoy, de forma mais sucinta, conclui que “o fato de terceiro, para excluir a responsabilidade, deve ser a causa exclusiva do evento, sem qualquer ligação com o devedor”.²⁴ Resulta daí que, se colocado *dentro* dos lindes do risco da atividade do agente, o fato de terceiro não será causa apta a excluir a responsabilidade. É por essa razão que, no contrato de transporte, não se admite a exclusão de responsabilidade por fato de terceiro. Dispõe a Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva”. A redação foi praticamente reproduzida no artigo 735 do Código Civil brasileiro: “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com

²⁰ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 811.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 300.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, p. 301.

²⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 170.

o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho observam que o entendimento sumulado, e agora positivado, justifica-se porque o fato *culposo* de terceiro liga-se ao risco do transportador, isto é, relaciona-se com a organização do negócio, caracterizando o fortuito interno que não afasta a responsabilidade. Mas ressaltam que situação diversa é a do fato doloso de terceiro: “este não pode ser considerado fortuito interno, porque, além de absolutamente imprevisível e inevitável, não guarda nenhuma ligação com os riscos do transportador; é fato estranho à organização do seu negócio, pelo qual não pode responder”.²⁵ Dentre os julgados citados pelos autores, que ratificam a posição por eles defendida, encontra-se precedente do Supremo Tribunal Federal que versa sobre assassinato de passageiro decorrente de assalto ocorrido em trem, durante a viagem. Nesse caso, entendeu o Tribunal que o ato de terceiro, por ser inevitável, seria equiparável ao caso fortuito. Daí a conclusão de “inocorrência de divergência da Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal, por inexistir o nexo de causalidade entre o acidente e o transporte”.²⁶ Nesse sentido, também, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do já citado autor, e então desembargador, Sérgio Cavalieri Filho:

Não responde o transportador por dano decorrente de causa estranha ao transporte, provocado por grupo de delinquentes na prática do chamado arrastão. Tal fato, por ser inevitável e não guardar nenhuma conexão com o transporte, equipara-se ao fortuito externo, excludente do próprio nexo causal. O transporte, em casos tais, não é causa do evento, apenas de sua ocasião, pelo que não pode ser incluído entre os riscos próprios do deslocamento. Desprovisionamento do recurso.²⁷

Como se vê, o fato de terceiro confunde-se, muitas vezes, com o caso fortuito ou de força maior. Ao que Caio Mário, forte na lição de José de Aguiar Dias, aponta um critério distintivo: no fato de terceiro “a exoneração terá lugar se for identificada a pessoa de cuja participação proveio o dano”; já no caso fortuito ou de força maior, o dano – que provém de um fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir – “não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável”.²⁸

²⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. XIII, p. 172.

²⁶ STF, 2ª Turma, RE n. 99.978-7, rel. Min. Djaci Falcão, Revista *Amagis* XI/503.

²⁷ TJRJ, 1º Gr.Cs., EInfrs. 9/98 na Ap. 3.362/96, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 02.04.1998.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 301-302.

O caso fortuito e a força maior são disciplinados pelo artigo 393 do Código Civil brasileiro como excludentes de responsabilidade. De acordo com esse dispositivo legal, o devedor não será obrigado a reparar os prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior se expressamente não se houver por eles responsabilizado. No entanto, se o devedor estiver em mora, o caso fortuito e a força maior ocorridos durante o atraso não excluirão a sua responsabilidade, “salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada” (artigo 399 do Código Civil).²⁹

Sílvio Venosa adverte que “ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexo causal”, informando que, para alguns autores, caso fortuito ligar-se-ia aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade, podendo ser fato da natureza ou fato humano; e a força maior seria caracterizada “por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência”.³⁰ Embora também reconheça que, na prática, os dois termos correspondem a um só conceito “unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade”, Caio Mário apresenta outros critérios para diferenciar as figuras do caso fortuito e da força maior: aquele seria o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas (como são o raio, a inundação e o terremoto); ao passo que esse último teria origem no fato de outrem (invasão de território, guerra, revolução etc.).³¹

Dada a irrelevância da distinção entre os institutos – que acabam por produzir, na prática, os mesmos efeitos –, faz-se mister voltar a atenção para a análise dos requisitos da necessariedade e da inevitabilidade, questões que demandam, agora sim, um exame mais detido, por se tratarem de elementos indispensáveis à configuração do caso fortuito e da força maior. Ensina Caio Mário que, pelo primeiro desses requisitos, o acontecimento tido como caso fortuito ou de força maior deve impossibilitar o cumprimento da prestação, ou seja, deve “constituir uma barreira intransponível” à execução da obrigação. Por seu turno, a inevitabilidade exige que os efeitos do evento extraordinário, que interferem com a execução da obrigação, não possam ser, de nenhuma forma, evitados ou impedidos. Não se impõe, segundo sustenta o autor, o requisito da imprevisibilidade: “mesmo previsível o evento, se surgiu como força indomável e inarredável, e obstou ao cumprimento da

²⁹ Para exame de outras hipóteses, que, assim como a mora do devedor, não admitem a exclusão da responsabilidade como consequência do caso fortuito ou de força maior, ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 2006, p. 387.

³⁰ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 48.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 384.

obrigação, o devedor não responde pelo prejuízo”. Ressalva, no entanto, que às vezes a imprevisibilidade determina a inevitabilidade e, então, compõe a etiologia desta. Não se trata, porém, de elemento de sua constituição.³²

A propósito dos requisitos configuradores do caso fortuito e da força maior, observa Claudio Godoy que “tudo isso é sempre mais claro quando se cuida de responsabilidade subjetiva”.³³ É que, na responsabilidade objetiva, a própria ideia de risco, que lhe é inerente, confunde-se com a de inevitabilidade. Daí ser importante identificar quais são os riscos afetos à atividade do agente e quais os que, lhe sendo estranhos, poderão caracterizar o caso fortuito ou de força maior. Na busca por essa diferenciação, desenvolveu-se, no Brasil, a teoria do fortuito interno e do fortuito externo³⁴ – que, frise-se, só tem relevância em se tratando de responsabilidade objetiva, pois, como esclarecem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “se a responsabilidade se funda no sistema da culpa, tanto o fortuito interno quanto o externo servirão a exonerá-lo”.³⁵ Sobre os conceitos de fortuito interno e fortuito externo, calha novamente a lição de Caio Mário:

O fortuito interno é o fato imprevisível e inevitável, mas que se relaciona à organização da empresa, com os riscos de sua atividade (como no exemplo do estouro dos pneus em relação ao transportador), ao passo que o fortuito externo é fato estranho à organização da empresa cujos efeitos não são por ela suportados.³⁶

Diante de um caso fortuito ou de força maior *interno*, manter-se-á incólume a responsabilidade objetiva do agente. Diferente é a solução, contudo, quando se trata de caso fortuito ou de força maior *externo*: “se a ocorrência ultrapassa o limite do risco da atividade, então quebra-se o nexo de causalidade”.³⁷

Questão pertinente, ainda a respeito do assunto, é a de se saber se o caso fortuito e de força maior funcionam como excludentes de responsabilidade nas relações de consumo, na medida em que os já citados artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor exoneram o fornecedor de responsabilidade apenas quando provar (i) que não colocou o produto no mercado ou que, embora haja colocado, o defeito inexiste (artigo 12, § 3º, I e II); (ii) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste (artigo 14, § 3º, I); ou (iii) “a culpa

³² *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 385.

³³ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 165.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 811.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 388.

³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 166.

exclusiva do consumidor ou de terceiro” (artigos 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II). Em que pese o silêncio da legislação consumerista, Odete Novais Carneiro Queiroz entende que “fatores externos, inevitáveis e imprevisíveis, (...) como caso fortuito e força maior deveriam ser admitidos para a exoneração”. Para a autora, a omissão da lei especial, nesse particular, autoriza a conclusão de que “continuará vigorando o disposto pelo Código Civil brasileiro, ao permitir a exoneração da responsabilidade quando ocorrer caso fortuito ou força maior, mesmo porque, na sua ocorrência, o que acontece é mais uma vez o rompimento do nexo causal”. A seu ver, é defensável, contudo, que não possa afastar a responsabilidade o caso fortuito vinculado à atividade do fornecedor, dado “o escopo da tutela pretendida pelo Código, aliado ao fato de só ao fornecedor ser possível a pulverização dos prejuízos ocasionados por atividades exercitadas numa sociedade de consumo”.³⁸ Em outras palavras, admite a autora que se aplique às relações consumeristas a mesma divisão entre fortuito interno e fortuito externo que se faz necessária na apuração da responsabilidade objetiva no âmbito do Código Civil; entendimento que se acredita correto e coerente com o sistema de responsabilidade civil brasileiro.

No que tange, especificamente, à responsabilidade objetiva prevista no Código Civil, há mais um ponto que se deve ter em mente: é que o parágrafo único do artigo 927 refere-se pura e simplesmente ao exercício de uma atividade que crie risco a terceiros.³⁹ Ressalta Claudio Godoy não exigir o dispositivo que a atividade seja desenvolvida de maneira anormal ou defeituosa: “até porque, se assim fosse, de regra não seria preciso recorrer à noção de risco. A teoria dos atos anormais remonta à noção de abuso de direito, mas em sua acepção subjetiva. O caso aqui é, antes, de desempenho normal de uma atividade lícita, mas que cria risco aos direitos de terceiros”.⁴⁰ Descabe, portanto, nos casos em que incide a regra do parágrafo único do artigo 927, questionar sobre eventuais medidas preventivas e adequadas que tenham sido adotadas pelo agente para evitar o dano. Em se desenvolvendo atividade que gera especial risco a terceiros e verificando-se evento extraordinário e inevitável que se encontra dentro dos limites desse risco (fortuito interno), a responsabilidade do agente será inarredável, independentemente de ter havido defeito de segurança ou de qualquer outra natureza. Esclarecedora, nesse particular, a lição de Claudio Godoy:

³⁸ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 144.

³⁹ Frise-se que não se trata de atividade de risco ou atividade intrinsecamente perigosa, mas, sim, de atividade que induz risco especial. A propósito, ver GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 149 e ss.

⁴⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 109.

(...) a dissociação entre responsabilidade e defeito e, destarte, a limitação da estraneidade do evento, reduzem o espaço do fortuito, enfim daquele que é ou não externo à atividade exercida, indutiva de especial risco. Mais, evidencia-se a irrelevância da discussão, própria do defeito, sobre se, no caso de acidente de consumo, era ou não lícito esperar medidas as mais diversas que propiciassem segurança ao consumidor. Importante verificar, portanto, se a atividade gera especial risco porque, se assim for, hipóteses antes vistas como atinentes à existência de defeito de segurança hoje podem receber enfoque diferente, em que o fortuito, em sentido lato, merece uma recompreensão ou adaptação ao risco especial que o exercício de determinado mister por natureza induz.⁴¹

Em suma, as situações que têm o condão de romper o nexo causal e, em consequência, excluir a responsabilidade civil do agente, seja subjetiva ou objetiva, são as que se acabou de analisar: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Trata-se, vale repetir, de questões atinentes ao *nexo causal*. A partir de agora, porém, o enfoque dirigir-se-á às circunstâncias previstas em lei que excluem a *ilicitude* do ato praticado pelo agente: legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade (artigo 188, I e II, do Código Civil brasileiro).

Antes de dar prosseguimento ao estudo dessas figuras, impõem-se duas observações preliminares. A primeira é que, por excluírem a *ilicitude* do ato, essas circunstâncias não têm aptidão para afastar a responsabilidade objetiva. Lembre-se de que a noção de ilicitude é característica exclusiva da responsabilidade subjetiva, que não se faz necessária na responsabilidade objetiva. Com efeito, diz o artigo 186 do Código Civil que comete ato *ilícito* aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. Já a regra geral da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, não faz qualquer menção a ilícito ou ilicitude, não se exigindo, portanto, para a caracterização da responsabilidade sem culpa, que o agente tenha praticado ato ilícito. A respeito da previsão contida no supracitado dispositivo legal, esclarece Claudio Godoy: “é de todo possível que uma atividade, mesmo não sendo intrinsecamente perigosa, induza ou crie a terceiros um risco pelo qual quem a exerce, *posto que de forma normal, regular e lícita*, deve responder” (destacou-se).⁴²⁻⁴³ Ora, se é lícita a atividade causadora do dano – e mesmo assim recai, sobre o agente, o dever de indenizar –, não excluirá a responsabilidade desse um fato que tenha por consequência apenas o afastamento da ilicitude. Daí ser forçoso concluir que a legítima

⁴¹ Ibidem, p. 168-169.

⁴² *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 149.

⁴³ Nessa esteira, também, o entendimento de Odete Novais Carneiro Queiroz, que, tratando da responsabilidade objetiva, assim afirma: “Hoje se percebe que a responsabilidade poderá advir de atos lícitos, sendo corolário do risco que cada um corre” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 37).

defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade não operam como excludentes de responsabilidade objetiva.⁴⁴

A segunda observação que deve ser feita é que nem todos esses institutos jurídicos (legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade) têm o efeito de excluir a responsabilidade do agente, ainda que subjetiva. É que, embora sejam lícitos, os atos praticados nessas circunstâncias poderão gerar dever de indenizar, na forma do que preconizam os já referidos artigos 929 e 930 do Código Civil.

Pontes de Miranda, criticando a solução adotada nesse particular pelo Código Civil brasileiro – que já era prevista no Código Bevilacqua e foi repetida no Código de 2002 – chega mesmo a afirmar que “o que se fez no art. 160, II [artigo 188, II] (onde se diz que não constitui ato ilícito a intervenção em caso de necessidade) é desfeito, em parte, nos arts. 1.519 e 1.520 [artigos 929 e 930], onde se dá ação contra o mesmo indivíduo a quem aproveitaria o art. 160, II [art. 188, II]”. Observa o doutrinador, inclusive, que o artigo 1.519 do antigo Código Civil (atual artigo 929) trata de uma “reparabilidade, aliás objetiva, porque, como se viu, foi excluída no art. 160, II, [artigo 188, II] a culpa, a ilicitude”.^{45.46} Daí a conclusão, exposta em passagem mais adiante, de que poderá haver responsabilidade pelo dano sem ilicitude do ato:

A responsabilidade extranegocial em caso de legítima defesa, se alguém em defesa de outrem danificou o bem (Código Civil, arts. 160, I, e 1.520, parágrafo único), não é responsabilidade extranegocial por ato ilícito. A licitude existiu, a despeito do dano: só se estabeleceu a antijuridicidade; houve dano, e a lei estatui que seja indenizado. Assim, nem tôdas as indenizações em virtude de responsabilidade extranegocial são oriundas de atos ilícitos. Há sanção legal, que tem como *ratio legis* cobrir-se o que se perdeu, a despeito de a própria lei ter permitido.⁴⁷

⁴⁴ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes afirmam que se exclui a responsabilidade objetiva apenas nos casos em que não há nexo de causalidade entre a atividade e o dano, “quais sejam, quando a causa do dano está no fato exclusivo da vítima, no fato de terceiro (quando equiparável à força maior), ou no caso fortuito ou de força maior” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 810). Da mesma forma, Claudio Godoy, ao tratar das “excludentes da responsabilidade pelo risco da atividade”, menciona apenas o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e o fato exclusivo da vítima (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 162-174). Também Odete Novais Carneiro Queiroz, referindo-se à responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, proclama: “Tal responsabilidade, embora objetiva, admite excludentes, (...) sendo certo, porém, que as hipóteses que afastam tal responsabilidade são todas ocasionadoras do rompimento do nexo causal” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 194).

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. 3. ed., 2. tir., São Paulo: RT, 1984, t. LIII, p. 44.

⁴⁶ Também nesse sentido o entendimento de Odete Novais Carneiro Queiroz, que cita os artigos 160, II, c/c 1.519 e 1.520, parágrafo único, do antigo *Codex* como exemplos de artigos inseridos na lei que, “para atender a necessidade de proteção a algumas situações”, previam uma responsabilidade sem culpa (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 42).

⁴⁷ *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 94.

Ainda sobre o ponto, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes informam que “o ordenamento jurídico reconhece a existência de atos que, embora lícitos, causam danos injustos que, por questão de política legislativa, devem ser reparados”. Esclarecem que os atos praticados em legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade compõem essa categoria, razão pela qual entendem mais correto atribuir-lhes o nome de *excludentes de ilicitude*, e não *excludentes de responsabilidade*, pois o próprio Código Civil contempla hipóteses em que geram dever de indenizar. Acrescentam, por fim, que, “embora não configurem ato ilícito, nada indica que os atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de um direito não sejam capazes de gerar responsabilidade objetiva, nos casos em que ela for aplicável”.⁴⁸

Apesar da opinião dos autores acima citados e das duas observações feitas preliminarmente, optou-se por cuidar das causas ditas pela lei como excludentes de ilicitude neste capítulo dedicado às excludentes de responsabilidade civil porque assim o são costumeiramente mencionadas pela doutrina.⁴⁹

Iniciar-se-á assim pela legítima defesa. A lei civil brasileira não cuidou de defini-la, tendo cabido tal tarefa ao Código Penal, que, em seu artigo 25, dispõe: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Segundo Rui Stoco, para que se caracterize a legítima defesa, três situações devem existir concomitantemente: (i) iniciativa da agressão por parte de outrem, sem que do agente tenha partido qualquer agressão ou provocação; (ii) ameaça de dano atual ou iminente; e (iii) reação proporcional à agressão.⁵⁰

Quanto ao estado de necessidade, os requisitos para sua configuração estão delimitados no parágrafo único do artigo 188 do Código Civil brasileiro: “O ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”. Afirma Rui Stoco que a situação é análoga à da legítima defesa, com alguns aspectos diferenciais: na legítima defesa, há uma agressão dirigida à pessoa ou aos bens; no estado de necessidade, não há agressão, mas, sim, uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007, v. 1, p. 348.

⁴⁹ Ver, a propósito, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 295 e ss.

⁵⁰ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 101-102.

de sofrer um dano e, para removê-lo ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia. “Embora as situações se distingam, há uma similitude ontológica no dano causado a outrem, para preservação de seus próprios interesses”.⁵¹

Pontes de Miranda ensina que a legítima defesa e o estado de necessidade são espécies de autodefesa, que podem ter por objeto a integridade da pessoa, do corpo e da mente, ou a integridade patrimonial. Em suma, “todos os direitos de personalidade são protegidos pelo princípio da autodefesa, bem como todos os direitos patrimoniais”.⁵² Informa o autor que “o que é relevante é a necessariedade do ato”. E, sobre a extensão dos conceitos de legítima defesa e estado de necessidade, adverte: “em sentido estrito ou largo pode um abranger o outro (...). O mais acertado, porém, é considerar-se a legítima defesa simples caso do estado de necessidade”.⁵³

Já no que se refere ao exercício regular de um direito, esclarece Pontes de Miranda: “contra o exercício de direito sem boa-fé, há a exceção do dolo e a de abuso de direito”.⁵⁴ À noção de abuso de direito corresponde a de exercício irregular, que é, portanto, ato ilícito, seja porque o artigo 187 do Código Civil assim expressamente prescreve, seja porque o inciso I do artigo 188 exclui a ilicitude dos atos que constituem “exercício *regular* de um direito reconhecido”. Novamente aqui merece destaque o entendimento de Pontes de Miranda, para quem a expressão “direito reconhecido” não foi feliz “porque, se há reconhecimento, há alguém que reconheça, e não se há de interpretar que êsse alguém seja o próprio titular, ou o público, nem, tão-pouco, que o terceiro – ameaçado de exercício irregular do direito – tenha de reconhecer”. Daí concluir que o exercício há de ser regular; “o direito, êsse, há de existir. Só isso é que se há de exigir”.⁵⁵ Para que o exercício do direito seja *regular*, é imprescindível, portanto, que o agente contenha-se no âmbito da razoabilidade. Como afirma Rui Stoco: “se o excede, embora o esteja exercendo [o direito], causa um mal desnecessário e injusto e equipara o seu comportamento ao ilícito”.⁵⁶

Dentre as causas excludentes de ilicitude, merece menção, ainda, o estrito cumprimento de dever legal, que, embora não esteja no rol trazido pelo artigo 188 do Código Civil brasileiro, é amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência como

⁵¹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 187.

⁵² *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 38.

⁵³ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 189.

circunstância apta a afastar a ilicitude do ato. A propósito, vale conferir o posicionamento de Rui Stoco:

Um fato considerado ilícito perde esse caráter quando praticado no cumprimento de um dever legal. Quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por lei penal ou extrapenal e procede sem abusos no cumprimento desse dever não ingressa no campo da ilicitude. (...) Mas é mister que o dever seja imposto por qualquer regra de direito positivo, não se confundindo com o dever social, moral ou religioso. Além disso, deve ser cumprido sem exorbitância.⁵⁷⁻⁵⁸

Alguns autores, como Pontes de Miranda, Giselda Hironaka, Rui Stoco e Antônio Pinto Monteiro, também incluem, entre as causas excludentes de ilicitude, o consentimento do ofendido,⁵⁹ figura que será examinada no Capítulo 4 (item 4.2), dada a sua maior proximidade com a cláusula de não indenizar.

No que concerne aos institutos tratados neste capítulo, vale lembrar que correspondem às situações admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro que, *em regra*, acarretam a eliminação da responsabilidade civil do agente. Diz-se em regra porque, como antes se asseverou, cuidando-se de excludentes de ilicitude, nem sempre a consequência será a irresponsabilidade do agente. O que importa notar, porém, é que o efeito que produzem – quando reúnem as condições para produzi-lo – é distinto daquele que resulta da cláusula de não indenizar. O beneficiário de uma cláusula de não indenizar jamais poderá ser considerado “irresponsável”; apenas será dispensado do pagamento da indenização, que é uma consequência da responsabilidade. Nas palavras de Aguiar Dias:

Compreende-se que seja declarado irresponsável, isto é, sem responsabilidade, quem pratica um delito em legítima defesa. É a lei que o estabelece. Mas a convenção não o pode fazer. Não é lícito às partes afastar a responsabilidade, isto é, estimular [sic] que uma delas não é o sujeito passivo da obrigação de reparar e, assim, da ação de ressarcimento, pois isso escapa ao campo das suas disposições. Só lhes é permitido negociar sobre a reparação, que é consequência da responsabilidade.⁶⁰

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Também nesse sentido, decisão do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Ainda que verídicas as assertivas no sentido de que a radiopatrulha dirigia-se a um determinado local para ajudar no cerco a bandidos que fugiam a pé, pela linha do trem, é evidente que não poderia seu motorista conduzir a viatura, em diligência oficial, em velocidade que pudesse ser comparada àqueles outros que, a trabalho ou a passeio, circulam pelas vias públicas. Tal circunstância exigia velocidade mais enérgica. Tão só essa circunstância já afasta a alegação de velocidade incompatível. Era ela perfeitamente compatível com a realidade do que ocorria” (1º TAC-SP, 5ª Câmara, Ap. 404.130-7, rel. Pinheiro Franco, j. 05.01.1989).

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 54; HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 148; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 222-223; e MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 130.

⁶⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 38-39.

Na mesma linha, Fábio Peres distingue as causas de irresponsabilidade das cláusulas de não indenizar por decorrerem aquelas de previsão legal, excluindo a própria responsabilidade – “como, por exemplo, as hipóteses de caso fortuito e força maior ou, ainda, as situações de legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito”. Já as cláusulas limitativas e excludentes do dever de reparar “exsurgem da autonomia das partes, dependendo de manifestação volitiva nesse sentido, e restringem sua incidência à indenização”.⁶¹⁻⁶²

Além das situações que eliminam a responsabilidade, a lei contempla hipóteses em que, mesmo sendo responsável o agente, a indenização por ele devida poderá ser reduzida ou até afastada. São essas hipóteses que serão examinadas no item 1.3 a seguir.

1.3 HIPÓTESES LEGAIS DE LIMITAÇÃO E DE EXCLUSÃO DO DEVER DE INDENIZAR

Estando presentes os requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil, deverá o agente arcar com a devida reparação do dano. A reparação ocorre, na maioria das vezes, por meio do pagamento de uma indenização em pecúnia ao lesado.⁶³ Nesse sentido, assevera Pontes de Miranda: “seja qual fôr o dano, mesmo o dano moral, o seu valor é fixável em dinheiro. As ofensas à personalidade têm de ser medidas pecuniariamente”.⁶⁴

Giselda Hironaka esclarece que “a reparação do prejuízo e a mensuração do valor indenizatório não se medem – salvo raras exceções – por influência do elemento subjetivo (dolo ou culpa), mas, sim, por definição do elemento objetivo (o dano propriamente dito)”.⁶⁵ É justamente o que dispõe o *caput* do artigo 944 do Código Civil brasileiro: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, vindo a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o

⁶¹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 53.

⁶² No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 337.

⁶³ Pinto Monteiro, referindo-se ao direito português – que, nesse e em tantos outros aspectos, é extremamente similar ao direito brasileiro – esclarece que “apesar de a reintegração natural ser, em princípio, a forma mais perfeita de indemnização, ela não é, como se sabe, a mais generalizada, pois nem sempre se afigura possível, suficiente ou razoavelmente adequada aos custos que implica. Quando tal acontece, a indemnização deve ser fixada em *dinheiro* (art. 566, n. 1), sendo esta forma de indemnização – pecuniária ou por equivalente – a mais divulgada na prática, até pela natural aptidão do dinheiro para substituir, em regra, qualquer obrigação” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 89-90).

⁶⁴ *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 123.

⁶⁵ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 140.

dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Quanto ao critério que deve ser utilizado para o cálculo do valor indenizatório, ensina Pinto Monteiro que:

Para se calcular o *quantum respondeatur* deve ter-se em conta a diferença entre a situação real e a situação hipotética actual do património do lesado, sendo decisivo, para este efeito, o último momento possível (art. 566º, nº 2), pois só se compensa o dano se o lesado receber uma soma com a qual, nas palavras de Pereira Coelho, ‘possa agora conseguir as mesmas vantagens e utilidades que o facto constitutivo de responsabilidade lhe fez perder’.⁶⁶

Vale dizer, a indenização deve garantir ao lesado ressarcimento integral dos danos sofridos, de forma a assegurar-lhe o retorno ao *statu quo ante*. No entanto, conforme já dito alhures (item 1.1), o princípio da reparação integral comporta exceções: trata-se das situações em que a indenização é limitada ou suprimida, seja por força de lei, seja por vontade das partes.⁶⁷ Cuidar-se-á por ora dos casos em que, por disposição expressa de lei, a indenização a ser paga será inferior à diferença verificada no patrimônio do lesado antes e depois do evento danoso. Nesses casos, não há exclusão da responsabilidade, mas apenas redução do valor da indenização devida pelo responsável.

Cumprir tratar em primeiro lugar da culpa ou do fato concorrente da vítima, hipótese prevista no artigo 945 do Código Civil brasileiro que assim dispõe: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Como afirma Claudio Godoy, não se trata de causa de exclusão, mas de proporcionalização da obrigação de indenizar “e mesmo que seja objetiva [a responsabilidade], eis que não seria leal, conforme o imperativo ético da boa-fé objetiva, que a vítima se beneficiasse de uma indenização completa quando contribui para a eclosão do evento danoso”.⁶⁸ Gisela Sampaio Cruz, na mesma linha, entende que seria mais apropriado, em vez de se referir ao grau de culpa, que o legislador tivesse feito menção à interferência da vítima no evento danoso. A seu ver, aliás, o artigo 945 do Código Civil não deveria se referir apenas aos casos em que a vítima concorre com o agente para a causação do dano; ao contrário, deveria ter sido criada uma regra geral de distribuição do prejuízo entre os corresponsáveis pelo dano:

⁶⁶ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 91.

⁶⁷ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 91 e COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 249.

⁶⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 172.

Quando a ofensa tiver mais de um autor, eles serão solidariamente responsáveis perante a vítima, por força do art. 942 do Código Civil de 2002, mas, nas suas relações internas, é mais razoável que o prejuízo seja distribuído segundo a participação de cada um no resultado nocivo. Esta, sim, seria a orientação condizente com a função da responsabilidade civil que, reitera-se, não é a de punir o culpado, mas a de garantir o ressarcimento da vítima do dano injusto. Além disso, se a norma seguisse esta direção, poderia ser aplicada sem problemas às hipóteses de responsabilidade objetiva que independem de culpa.⁶⁹

A questão do fato concorrente da vítima está, como se vê, diretamente relacionada à do nexo de causalidade. Nesse ponto, calham novamente as palavras de Gisela Sampaio Cruz, para quem o nexo causal cumpre uma dupla função: “por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização”.⁷⁰ Ora, nas hipóteses em que o dano surge como consequência de duas condutas, a do lesante e a do lesado, a relação de causalidade, cumprindo a sua dupla função, determinará então (i) que se atribua o resultado danoso a essas duas pessoas e (ii) que essas duas pessoas arquem com as mazelas daquele resultado, cada qual na medida da sua contribuição para o dano – o que significa, em síntese, que o lesante pagará uma indenização inferior à que seria devida se fosse ele o exclusivo causador do dano, e o lesado, por sua vez, não será integralmente ressarcido pelo prejuízo sofrido, devendo arcar com parte dele. Assim, embora não seja propriamente uma regra de limitação do dever de indenizar, o efeito produzido pelo artigo de lei em estudo é justamente a redução do montante indenizatório,⁷¹ na medida em que os danos experimentados pela vítima não serão reparados em sua integralidade, haja vista ter, ela própria, contribuído para a sua ocorrência.

Trata-se, pois, de exceção à regra contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil, que estabelece medir-se a indenização pela extensão do dano. Se a vítima contribuiu para a ocorrência do dano, será a participação dessa, em confronto com a do autor do dano, que determinará o valor da indenização. O intuito que inspira a disposição de caráter geral do artigo 945 do Código Civil brasileiro verifica-se também nos artigos 738, parágrafo único, do mesmo diploma, e 20 da Convenção de Montreal, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006:

⁶⁹ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 344.

⁷⁰ Ibidem, p. 22.

⁷¹ Pinto Monteiro refere-se à hipótese de culpa concorrente da vítima, também prevista no direito português, como uma das situações em que, com base em fundamentos especiais, a indenização é limitada: “Assim acontece, designadamente, nos casos em que com a culpa do lesante concorre a ‘culpa’ do lesado (art. 570º), desde que o comportamento deste seja *concausa* do dano (da sua produção ou agravamento)” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 91).

Art. 738. (...)

Parágrafo único – Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Art. 20. Exoneração

Se o transportador prova que a pessoa que pede indenização, ou a pessoa da qual se origina seu direito, causou o dano ou contribuiu para ele por negligência, erro ou omissão, ficará isento, total ou parcialmente, de sua responsabilidade com respeito ao reclamante, na medida em que tal negligência, ou outra ação ou omissão indevida haja causado o dano ou contribuído para ele. Quando uma pessoa que não seja o passageiro, pedir indenização em razão da morte ou lesão deste último, o transportador ficará igualmente exonerado de sua responsabilidade, total ou parcialmente, na medida em que prove que a negligência ou outra ação ou omissão indevida do passageiro causou o dano ou contribuiu para ele. Este Artigo se aplica a todas as disposições sobre responsabilidade da presente Convenção, inclusive ao número 1 do Artigo 21.

Em suma, o fato concorrente da vítima tem o efeito de reduzir o montante indenizatório. Daí ter sido tratada como a primeira das hipóteses legais de limitação do dever de indenizar.

A mesma consequência (redução da indenização) é observada, ainda, nos casos em que a própria lei fixa os valores devidos a título de reparação para cada espécie de dano. É a chamada indenização tarifada, prevista, por exemplo, na Lei de Acidentes do Trabalho⁷² e nas Convenções Internacionais que versam sobre contratos de transporte aéreo.⁷³ Nesses casos, o montante máximo da indenização deve, em princípio, corresponder ao limite fixado pela lei, ainda que, no caso concreto, o lesado demonstre ter sofrido prejuízo em valor superior.⁷⁴⁻⁷⁵ Essa não tem sido a regra, contudo, no que tange aos contratos de

⁷² A Lei n. 8.213, de 24.07.1991, fixa limites para as indenizações por acidente do trabalho de natureza previdenciária.

⁷³ Explica Alberto do Amaral Júnior que a existência de teto para a reparação dos danos decorrentes de transporte aéreo internacional, previsto originalmente na Convenção de Varsóvia, teve como causa a percepção “dominante nos anos vinte, de que as companhias aéreas, cujo desenvolvimento era ainda incipiente, não deveriam estar expostas aos rigores do direito comum. A insegurança do tráfego aéreo naquele período, origem de muitos acidentes, recomendava a adoção de regime jurídico especial para o transporte aéreo com a finalidade de estimular o aperfeiçoamento do setor. Afinal, a condenação ao pagamento de expressivos montantes de indenização a que estavam sujeitas as companhias aéreas ameaçava comprometer a sua consolidação, desaconselhando novos investimentos” (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, ano 88, jan. 1999, p. 73).

⁷⁴ A indenização tarifada é igualmente prevista no direito português. Explica Pinto Monteiro que “se o dano for avaliado em montante superior ao *plafond* estabelecido por lei (cfr. arts. 508º e 510º) o lesado terá de suportar a parte excedente aos *limites máximos* fixados. A indemnização a cargo do lesante não poderá ultrapassar assim essas *Haftungshöchstsummen* – trata-se de verdadeiras limitações legais de responsabilidade –, cuja justificação assenta, tanto em considerações de equidade (dada a falta de culpa do lesante), como na conveniência, para efeitos do respectivo seguro de responsabilidade, de manter a

transporte aéreo internacionais. Embora tenham sido adotados pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, os limites indenizatórios previstos na Convenção de Varsóvia – que foram substituídos recentemente por aqueles da Convenção de Montreal – não têm sido aplicados pelos tribunais brasileiros às relações jurídicas de consumo, sob o entendimento de que devem prevalecer, nessas hipóteses, as regras do Código de Defesa do Consumidor, que garantem aos consumidores reparação integral dos prejuízos sofridos.⁷⁶

Por fim, também constituem hipóteses de limitação legal do dever de indenizar aqueles casos em que a própria lei autoriza o julgador a reduzir a indenização pelo critério da equidade – o qual, nas palavras de José Fernando Simão, tem bases constitucionais e fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁷ Exemplos de dispositivos

indenização dentro de limites previsíveis e calculáveis”. Segundo o autor, a ideia é louvável, “desde que simultaneamente se adotem medidas tendentes a evitar a *cristalização* desses limites, facilmente desatualizados nesta ‘era da inflação’” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 93-94).

⁷⁵ Sobre o regime adotado na França, Christelle Coutant-Lapalus informa que são diversos os domínios em que o legislador intervém a fim de fixar as indenizações devidas a certas vítimas, ora estabelecendo uma soma fixa e invariável (*indemnités légales forfaitaires*), ora indicando o limite máximo que a indenização poderá atingir (*indemnités légales plafonnées*). Conclui, por fim, que as diferentes disposições legislativas existentes naquele país caracterizam-se pelo ecletismo, não havendo nenhuma regra geral que valha para os mesmos tipos de danos ou de responsáveis (*Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 249-259).

⁷⁶ Nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Agravado Regimental. Transporte aéreo de mercadorias. Extravio ou perda. Ação de indenização. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. Agravo improvido” (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 827374/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.09.2008, *DJe* 23.09.2008). Essa continua sendo a posição dos tribunais com relação à Convenção de Montreal, que substituiu a Convenção de Varsóvia e é, inclusive, posterior ao Código de Defesa do Consumidor: “Civil. Processo Civil. Convenção de Montreal. Inaplicabilidade. CDC. Transporte aéreo. Overbooking. Dano Moral. Indenização devida. 1. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXII, alçou a defesa do consumidor a direito fundamental, bem como elevou, no artigo 170, inciso V, a princípio da ordem econômica. Nessa esteira, com o fito de realizar os comandos constitucionais, a Lei n. 8.078/90 – CDC, no seu artigo 1º, tratou de classificar suas normas como de ordem pública e de interesse social, logo, de incidência cogente às relações de consumo, podendo o juiz, inclusive, conhecê-las de ofício. 2. Aplica-se a legislação consumerista aos contratos de transporte, porquanto os passageiros inserem-se no conceito de consumidores, enquanto destinatários finais, e, a ré, por seu turno, enquadra-se como fornecedora, na medida em que oferece o serviço (artigos 2º e 3º do CDC). 3. O Tratado Internacional, não versando sobre direitos humanos, ao ingressar em nosso direito interno, tem *status* de legislação infraconstitucional. E tendo em mira a especialidade das normas incidentes sobre as relações de consumo, não há impedimento à aplicação do Código Consumerista, conforme sedimentada jurisprudência. (...)” (TJDF, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, ACJ 20070110403642/DF, rel. Sandoval Oliveira, j. 06.05.2008, *DJU* 11.06.2008). Há, no entanto, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que observa o limite indenizatório previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica em caso de extravio de bagagem, por não ter sido declarada a presença de objetos diferentes do trivial e porque ausente a prova do seu efetivo embarque; negada também indenização por danos morais por extravio de bagagem e atraso de duas horas no voo (TJRS, 2ª Câmara. Esp. Cív., Ap. Cív. 70001245521, rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, j. 19.03.2002).

⁷⁷ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*: busca pela interpretação do sistema. 196 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 146.

dessa natureza são o já referido parágrafo único do artigo 944 e o parágrafo único do artigo 928, ambos do Código Civil brasileiro. Observe-se, nesse ponto, que os artigos 953 e 954 do mesmo diploma também admitem a fixação por equidade das indenizações ali previstas; porém, não se trata de limitação do valor indenizatório: nas hipóteses albergadas pelos artigos citados, a equidade não é critério de *redução*, mas puramente de *fixação* da indenização pelo magistrado na ausência de outros parâmetros, isto é, quando o ofendido não puder provar o prejuízo material. Já nos casos dos parágrafos únicos dos artigos 944 e 928, o julgador está autorizado a efetivamente *reduzir* a indenização devida. No primeiro caso, a solução justifica-se pela desproporção entre o grau de culpa do ofensor e o prejuízo causado,⁷⁸ explicando Simão que a aplicação do dispositivo “pressupõe que haja culpa levíssima do agente em contraposição a um enorme prejuízo suportado pela vítima”.⁷⁹ Por sua vez, o parágrafo único do artigo 928 admite que se considere, na fixação da indenização, as peculiaridades do caso concreto, isto é, o impacto da indenização para a pessoa do incapaz:

(...) o juiz deve analisar as peculiaridades do caso concreto, mormente o potencial financeiro do incapaz, já que a indenização não poderá significar sua ruína, privando-o do necessário à subsistência, nem a das pessoas que dele dependam. Equidade, aqui estudada, tem como conceito a noção de justiça no caso concreto em que se abrandam os rigores da lei. Isso porque, se aplicada fosse a regra (CC, art. 944, *caput*) pela qual a indenização se mede pela extensão do dano, o valor a ser pago pelo incapaz seria idêntico ao valor do dano causado, desconsiderando-se o impacto da indenização para a pessoa do incapaz.⁸⁰

Frise-se que, de acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 928 do Código Civil, o julgador está autorizado a inclusive afastar por completo a indenização “se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. Trata-se aqui – é bom lembrar – de exoneração legal do *dever de indenizar*, e não de excludente de *responsabilidade*. Vale dizer: a responsabilidade prevista no *caput* do artigo 928 do Código Civil não será excluída caso o julgador, agindo conforme lhe autoriza o parágrafo único do referido

⁷⁸ O Código Civil português, em seu artigo 494º, traz regra semelhante à do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil brasileiro. Acerca daquele dispositivo, comenta Pinto Monteiro: “Um outro princípio de especial importância, que importa aqui destacar, susceptível de conduzir a uma indemnização de quantitativo *inferior* ao que, nos termos gerais, seria devido ao lesado, decorre da possibilidade conferida ao tribunal – havendo *mera culpa* do lesante – de diminuir equitativamente o *quantum* indemnizatório, tendo em conta, designadamente, a situação económica de ambos e o grau de culpa do agente” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 95).

⁷⁹ *Responsabilidade civil do incapaz*, p. 140.

⁸⁰ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, p. 146.

artigo, exima o incapaz do pagamento da indenização. Nesse caso, restará afastado, tão somente, o dever de indenizar, permanecendo responsável o incapaz.

Além das hipóteses previstas em lei de redução e de exoneração do dever de indenizar, há situações em que a indenização é limitada ou suprimida por vontade das partes. São as cláusulas limitativas do dever de indenizar e as cláusulas de não indenizar, que serão objeto do capítulo a seguir.

2

A LIMITAÇÃO E A EXONERAÇÃO CONVENCIONAIS DO DEVER DE INDENIZAR

Como se viu, a lei, em *algumas* hipóteses, afasta por completo a responsabilidade civil do agente – porque presentes circunstâncias que fazem romper o nexo causal ou que excluem a ilicitude do ato praticado –; e, em *outras*, limita ou exclui a indenização. Contudo, não é a lei a única fonte de limitação ou de exclusão do dever de indenizar: os particulares também podem, por sua própria conta, assim convencionar. Como afirma Christelle Coutant-Lapalus: “le législateur n’est pas le seul à pouvoir déroger au principe de réparation intégrale: toute personne physique ou morale, capable de contracter, peut insérer dans un contrat une clause ayant pour objet l’abandon du principe de la réparation de l’entier préjudice subi”.⁸¹

Aliás, a convenção das partes pode ter por objeto não apenas a limitação ou a exoneração do dever de indenizar mas também o que Ana Prata chama de “agravamento da responsabilidade que sobre o devedor impenderia por força da aplicação das regras legais”. Assim explica a autora:

Sendo certo que a previsão legal comum da responsabilidade do devedor tendencialmente abarca – e até excede – todas as situações em que o comportamento devedor não satisfaz o objectivo da obrigação, por culpa do devedor, a imputação convencional a este de danos decorrentes do não cumprimento pontual, para além daquele quadro legal, traduz-se numa regulação convencional do risco da prestação.⁸²

Entre os exemplos de cláusulas agravadoras do dever de indenizar citados pela doutrinadora, estão a assunção da responsabilidade pelo não cumprimento qualquer que seja a sua causa ou pelo não cumprimento resultante de alguns fortuitos, o afastamento da

⁸¹ *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 259. Tradução livre: “o legislador não é o único que pode derogar o princípio da reparação integral: qualquer pessoa física ou jurídica, capaz de contratar, pode inserir em um contrato uma cláusula que tenha por objeto o abandono do princípio da reparação integral do prejuízo sofrido”.

⁸² PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32-33.

responsabilidade exclusivamente em alguns casos de força maior tipificados, a transformação de uma obrigação de meio em obrigação de resultado etc.⁸³ Conforme informa Ana Prata, essas cláusulas não suscitam, em regra, dúvidas quanto à sua validade, “muito embora, em algumas das suas modalidades, tais dúvidas se justifiquem, podendo mesmo, quanto a algumas, excluir a lei a sua admissibilidade”.⁸⁴ No direito brasileiro, admite-se, por exemplo, que o devedor expressamente se responsabilize pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior (artigo 393 do Código Civil, parte final). Contudo, não se dispensará maior atenção às chamadas cláusulas agravadoras, haja vista ser objeto do presente trabalho tão somente as convenções limitativas e exoneratórias do dever de indenizar, que, ao contrário daquelas a que se acabou de referir, visam a atenuar, quando não excluir, a obrigação reparatória que recai sobre o devedor.

Consoante já se aludiu anteriormente (item 1.1 do Capítulo 1), haverá obrigação de indenizar sempre que um dever jurídico originário tenha sido violado. Sendo o dever originário relativo a uma obrigação contratual, a responsabilidade será contratual; ao revés, se disser respeito a uma obrigação legal, cogitar-se-á de responsabilidade extracontratual. Ou, como ensinam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, “a responsabilidade contratual nasce da violação de um dever preexistente específico, estipulado por convenção entre as partes, ao passo que a responsabilidade extracontratual origina-se da infração à lei ou a princípio geral de direito”.⁸⁵ Quanto àquela primeira, esclarecem os autores não ser necessário que a obrigação cujo descumprimento dá ensejo à responsabilidade tenha por fonte precisamente um contrato; “pode ela residir em outro negócio jurídico, do qual decorram obrigações”.⁸⁶

Note-se, porém, que o inadimplemento que acarreta a responsabilidade contratual não se limita ao descumprimento da prestação principal do negócio jurídico. Como alerta Anderson Schreiber, “a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal”,⁸⁷ já que, sob o império da boa-fé objetiva, “o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da prestação principal passa a produzir efeitos jurídicos diferenciados, que podem mesmo ultrapassar, em importância, aqueles que

⁸³ Para um exame de todas as modalidades de “convenções de agravamento da responsabilidade” arroladas pela autora, ver *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 33-55.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 696.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 130.

resultam do cumprimento em si”.⁸⁸ Da mesma forma, não se restringe o adimplemento à prática do ato prometido pelo devedor, revestindo-se, no direito contemporâneo, “do caráter funcional, vinculado ao atendimento dos efeitos essenciais do negócio jurídico concretamente pretendido pelas partes”.⁸⁹ Assim é que não mais se classifica o inadimplemento simplesmente em *absoluto* ou *relativo*. Modernamente, também se há de falar em inadimplemento nos casos de violação positiva do contrato, que se traduzem nas hipóteses de descumprimento de deveres anexos, cumprimento defeituoso da prestação e inadimplemento antecipado.⁹⁰

O inadimplemento ocorre quando o devedor deixa de cumprir a prestação devida no tempo, lugar ou forma que a lei ou a convenção estabelecer (artigo 394 do Código Civil brasileiro). Sendo negativa a obrigação, o devedor será considerado inadimplente “desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (artigo 390 do Código Civil). Enquanto no inadimplemento absoluto “a obrigação não foi cumprida *nem poderá sê-lo*, proveitosamente, para o credor”, no inadimplemento relativo, também chamado de mora, “a prestação não foi cumprida, *mas poderá sê-lo*, proveitosamente, para o credor”.⁹¹ Segundo lembra Odete Novais Carneiro Queiroz, a *mora debitoris* exige culpa para que se configure,⁹² prescrevendo o artigo 396 do Código Civil que, “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes esclarecem, de outra parte, que tanto o inadimplemento absoluto como o relativo poderão ser totais ou parciais. Será total o inadimplemento quando a obrigação for inteiramente descumprida, e parcial quando a prestação for entregue apenas em parte. E complementam: “se o credor não é obrigado a

⁸⁸ Ibidem, p. 132.

⁸⁹ Ibidem, p. 135.

⁹⁰ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 696-700 e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 33 e 38. Anderson Schreiber refere-se igualmente a essas hipóteses de inadimplemento, posto que trate o inadimplemento antecipado como uma categoria independente, e não como uma forma de violação positiva do contrato (SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial*, passim). Autores estrangeiros, como Ana Prata, Nuno Manuel Pinto Oliveira e Christelle Coutant-Lapalus, cogitam de três formas de inadimplemento: inadimplemento absoluto, inadimplemento relativo e cumprimento defeituoso, deixando de mencionar assim a violação positiva do contrato, expressão mais ampla que, ao que se acredita, compreende o cumprimento defeituoso da prestação (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 30; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar e cláusulas penais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 19; e COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 262).

⁹¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002, p. 243.

⁹² *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 70.

receber apenas em parte a prestação (CC, art. 314), o recebimento não exonera o devedor do restante; obriga-o a ressarcir os prejuízos decorrentes do pagamento parcial”.⁹³ Observe-se apenas que, caso o incumprimento seja insignificante em relação ao contrato total, não se admitirá que o credor resolva o contrato por inadimplemento ou que suscite a exceção do contrato não cumprido. Trata-se da teoria do adimplemento substancial, que vem sendo invocada pela doutrina e adotada de forma cada vez mais frequente pela jurisprudência brasileira.⁹⁴

Já a chamada violação positiva do contrato “abrange situações diversas entre si, que não se enquadram na categoria de inadimplemento da obrigação, nem naquela de mora”.⁹⁵ A primeira dessas situações é o descumprimento de deveres laterais dos contratos, também denominados anexos ou instrumentais, que são aqueles que, nas palavras de Judith Martins-Costa, nascem da boa-fé, “mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica”. São exemplos desses os deveres “de consideração com o *alter*, de proteção, de cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo”.⁹⁶ Observa Claudio Godoy que “esses deveres anexos – de resto como a boa-fé, em si –, quaisquer que sejam suas classificações, sempre de índole meramente exemplificativa, nascem antes e perduram até depois do contrato”,⁹⁷ dando azo às chamadas responsabilidades pré e pós-contratual.⁹⁸ Descumprindo-se um ou alguns desses deveres laterais, haverá, segundo se entende, obrigação de indenizar com fundamento na responsabilidade contratual.⁹⁹ Confira-se, a esse respeito, o que dispõe o

⁹³ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 697.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 138 e ss.

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 700.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 9 maio 2002, p. 16.

⁹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81.

⁹⁸ Ibidem, p. 82.

⁹⁹ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 698. Também essa parece ser a posição de Pinto Monteiro, que, tratando da evolução da responsabilidade civil sentida no campo contratual, faz menção a uma “descoberta de todo um conjunto de deveres, acessórios ou laterais (de comportamento, proteção, segurança etc.), diversos do singular dever de prestação, que, no quadro da ‘relação obrigacional complexa’, vincula os contraentes, além de revelar o empenho pela integral satisfação do fim contratual, revela ainda, também aqui, a preocupação de facilitar a reparação do lesado (oferecendo-lhe, para o efeito, a tutela contratual, em princípio mais favorável), com o consequente alargamento da esfera da responsabilidade contratual” (destacou-se) (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 66). Por fim, registre-se ser esse, ainda e segundo relata Claudio Godoy, o entendimento de Jorge Cesa Ferreira da Silva (*Função social do contrato*, p. 86). Note-se,

Enunciado n. 24 da Jornada de Direito Civil realizada sob os auspícios do Superior Tribunal de Justiça no período de 11 a 13 de setembro de 2002: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

A violação positiva do contrato abrange, também, casos em que não há propriamente uma inexecução, mas, sim, um cumprimento indevido da obrigação. Em outras palavras, “o devedor não deixa de prestar, mas o faz mal”.¹⁰⁰ Para Odete Novaes Carneiro Queiroz, há cumprimento defeituoso – que, segundo afirma, nada mais é que uma forma de inadimplemento do contrato¹⁰¹ – quando a coisa entregue pelo devedor ao credor contém vícios redibitórios. Amparada nas lições de Bernard Gross, Pacifici-Manzzoni, Emídio Pires da Cruz e Pontes de Miranda, a autora conclui ser essa a teoria que melhor explica a natureza jurídica dos vícios redibitórios, já que, a seu ver, “não há execução perfeita do contrato, pois quem não presta o que prometeu, ou presta em desconformidade com a aptidão que se espera da coisa prestada, dá azo ao inadimplemento”.¹⁰² No mesmo sentido parece ser a posição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, que ilustram a hipótese de cumprimento defeituoso com o exemplo do devedor que entrega ração infectada ao credor, causando a morte de diversos animais de sua criação.¹⁰³ Ao que se entende, o defeito na ração que ocasiona o óbito de animais constitui vício redibitório,¹⁰⁴ daí a conclusão de que, também para esses autores, haveria cumprimento defeituoso do contrato em caso de vícios redibitórios da coisa. De se anotar, apenas, que os vícios redibitórios ensejam sanção específica, que pode ser tanto a redibição quanto o abatimento do preço, sem prejuízo das perdas e danos que serão devidas se o alienante já conhecesse o vício ou o defeito (artigo 443 do Código Civil) – o que de resto não se distancia das demais formas de inadimplemento, até porque a ação de redibição

porém, que há discussão, conforme também informa Claudio Godoy, em torno da natureza da responsabilidade civil – se contratual ou extracontratual – nas hipóteses de deveres anexos anteriores e posteriores ao contrato, quando não há uma prestação principal ou quando o contrato é inválido, mesmo assim persistindo deveres laterais inclusive perante terceiros não contratantes (Ibidem, p. 83-86).

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 698.

¹⁰¹ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 69.

¹⁰² Ibidem, p. 66-68.

¹⁰³ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 699.

¹⁰⁴ Na definição de Odete Novais Carneiro Queiroz: “O vício redibitório é um defeito do objeto, da coisa, por muitos nominado de vício objetivo. (...) Trata-se de um defeito oculto, de que é portadora a coisa objeto de contrato comutativo e que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou que lhe prejudica sensivelmente o valor” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 51).

nada mais é que uma espécie do gênero resolução.¹⁰⁵ Anderson Schreiber informa, porém, que a violação positiva do contrato é invocada pela jurisprudência para solucionar situações diversas – para além dos casos de vícios redibitórios, que recebem regulação específica –, e os exemplos citados pelo autor são de “instalação de piso laminado com defeito caracterizado pelo afundamento de miolo, ou ainda de má execução de contrato de seguro por demora excepcional na realização do conserto de veículo sinistrado”.¹⁰⁶

E, por fim, a violação positiva do contrato ocorre ainda quando o devedor, antes de se tornar exigível a prestação, declara expressamente que não pretende adimpli-la ou age de forma contraditória ao adimplemento, deixando, por exemplo, de adotar as providências necessárias para tanto, indicando de modo inequívoco a intenção de descumprir o quanto pactuado.¹⁰⁷ Para Anderson Schreiber, à recusa do devedor ao adimplemento futuro, ainda que implícita, “pode-se equiparar qualquer situação em que se verifique risco efetivo de descumprimento da prestação”, o que, no seu entender, autoriza a aplicação analógica do artigo 477 do Código Civil, de forma que ao contratante seja permitido recusar-se à prestação que lhe incumbe até que a outra parte satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.¹⁰⁸ A recusa do devedor em cumprir a prestação no futuro autoriza o credor, ainda, a ingressar em juízo para assegurar o cumprimento da prestação ou, se preferir, resolver o vínculo obrigacional com a condenação do devedor às perdas e danos; havendo, inclusive, quem entenda que o credor tem não apenas o direito mas também o dever de agir contra a recusa antecipada do devedor, mitigando os danos.¹⁰⁹

Em todos esses casos – repita-se: inadimplemento absoluto, mora, violação de deveres laterais, cumprimento defeituoso da prestação e inadimplemento antecipado –, recairá sobre o inadimplente o dever de reparar os danos causados à contraparte; dever esse que poderá, a princípio, ser afastado ou atenuado pela convenção das partes. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas afirmam, nesse particular, que as partes podem entabular acordo sobre a reparação do dano antes da sua ocorrência; o futuro responsável e a vítima eventual preveem o prejuízo, determinam antecipadamente as suas consequências e substituem as regras legais pelas regras convencionais.¹¹⁰ Pinto Monteiro, da mesma

¹⁰⁵ Nesse sentido, QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 71.

¹⁰⁶ A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 137.

¹⁰⁷ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 39.

¹⁰⁸ A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 133.

¹⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 132-133.

¹¹⁰ MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1 v., t. II, 1998, p. 759.

forma, entende ser possível aos próprios interessados fixar por acordo o *quantum respondeatur* ou estabelecer seu limite máximo,¹¹¹ asseverando, mais adiante, que “o acordo das partes poderá ir mais longe, visando não apenas a limitação da responsabilidade, mas a sua exclusão, e, conseqüentemente, o afastamento da própria obrigação de indenização”.¹¹²

Ao que se acredita, a afirmação do jurista português só não é de todo exata porque pressupõe ser conferida às partes a faculdade de excluïrem a responsabilidade que, naturalmente, recairia sobre aquele que descumpriu suas obrigações – o que não é verdadeiro. Consoante exposto no item 1.2 acima, não é dado às partes afastarem a responsabilidade civil; essa é consequência prevista em lei, que advém automaticamente do inadimplemento contratual (artigo 389 do Código Civil), da ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que causa dano a outrem (artigo 186 do Código Civil) ou do dano resultante de atividade que, embora normalmente desenvolvida, implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil). As partes não podem, por vontade própria, exonerarem-se da responsabilidade que decorre da lei. O que se admite é a exoneração convencional do *dever de indenizar*, mas nunca da *responsabilidade*.¹¹³ Assim, o agente que causa dano a outrem porque descumpre uma obrigação convencionalmente contratualmente, ou porque pratica um ato ilícito, ou, ainda, porque exerce atividade que, por sua natureza, implica risco aos direitos alheios, não deixará de ser responsável, mas poderá ser eximido do pagamento da indenização que seria devida ao credor se houver sido estipulada a cláusula de não indenizar, desde que válida e eficaz no caso concreto. Esclarecedor, nesse particular, o magistério de Giselda Hironaka:

(...) a cláusula de não indenizar, de natureza convencional que é, apresenta-se em face da nova situação jurídica que proclama e consagra, como uma escusativa do dever de indenizar, como uma circunstância exoneradora da obrigação de ressarcir o dano causado; e não como uma excludente da responsabilidade mesma, como uma causa específica de inculpabilidade.¹¹⁴

¹¹¹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 96.

¹¹² *Ibidem*, p. 98.

¹¹³ Pertinente lembrar, nesse particular, a observação de Sílvia Rodrigues, no sentido de que o Anteprojeto de Código de Obrigações de Caio Mário, “no capítulo em que disciplinava a reparação do dano causado, incluía disposição permissiva da cláusula de não indenizar (art. 924) e em sua exposição de motivos a ela fazia referência expressa, relacionando-a entre as excludentes de responsabilidade” (RODRIGUES, Sílvia. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 182). Como se vê, há evidente confusão quanto ao ponto, sendo comum o entendimento – ao que se acredita, equivocado – de que seria possível afastar, por meio de convenção, a própria responsabilidade, e não apenas o dever de indenizar.

¹¹⁴ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 155.

Também nesse sentido a lição de Aguiar Dias:

Ninguém pode deixar de ser responsável, porque a responsabilidade corresponde, em ressonância automática, ao ato ou fato jurídico. Produzido este, a responsabilidade do agente a quem se liga será uma realidade. A cláusula não suprime a responsabilidade, porque não a pode eliminar, como não se elimina o eco. O que se afasta é a obrigação derivada da responsabilidade, isto é, a reparação.¹¹⁵

Esse o entendimento, ainda, de Antonio Junqueira de Azevedo, para quem a expressão cláusula de irresponsabilidade é imprópria porque “a liberação, contratualmente obtida, é da indenização – não havendo, propriamente, admissão de irresponsabilidade”.¹¹⁶ A exclusão da responsabilidade somente é admitida nos casos expressamente previstos em lei, quando se verifica uma das circunstâncias mencionadas no item 1.2, que fazem romper o nexo causal ou que afastam a própria ilicitude do ato ou da omissão. No caso da cláusula de não indenizar, não se tem o desaparecimento de um dos requisitos configuradores da responsabilidade civil; ao contrário, todos os seus elementos estão presentes, apenas a consequência indenizatória é que é afastada pela convenção das partes. Ou seja, a cláusula de não indenizar *não* pressupõe negação da culpa nem – como modernamente se há de dizer – do fato. Eis o que proclama Aguiar Dias:

A cláusula de irresponsabilidade funciona precisamente como reconhecimento da falta. Afasta, sim, a obrigação de reparar, consequente à culpa, mas, exatamente por isso, nunca a poderá negar, como pressuposto da isenção. Se não fosse assim, o que o devedor invocaria não seria a cláusula, por desnecessidade evidente, mas uma causa de exoneração, em virtude da qual pudesse dizer que o ato não é culposos. Só em face do ato culposos é que pode invocar a cláusula, o que mostra, à saciedade, que ela não afasta o caráter culposos do ato danoso, suprimindo o que não pode ser supresso, mas apenas isenta das consequências que ele traz.¹¹⁷

São por essas razões que o acordo firmado entre as partes que visa limitar ou afastar a indenização será neste trabalho referido como cláusula limitativa do dever de indenizar ou como cláusula de não indenizar, respectivamente – e não como cláusula de limitação da responsabilidade ou cláusula de irresponsabilidade.

¹¹⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 38.

¹¹⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201.

¹¹⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 75.

2.1 AS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DO DEVER DE INDENIZAR

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

Tal a função primordial das cláusulas contratuais limitativas ou exoneratórias do dever de indenizar (...): limitando ou excluindo o dever de reparar, asseguram às partes um conhecimento prévio das regras que definirão o montante máximo da indenização – ou, no caso específico das cláusulas excludentes, a ausência de indenização – no caso de eventual inadimplemento das obrigações devidamente abarcadas pela incidência da cláusula, alterando, portanto, o tratamento comum previsto na legislação.¹¹⁸

Aguiar Dias define as cláusulas limitativas do dever de indenizar como “estipulações pelas quais se determina antecipadamente a soma que o devedor pagará a título de perdas e danos, no caso de ser declarado responsável”.¹¹⁹ Para Pinto Monteiro, trata-se de avaliação convencional da indenização, que se baseia “em considerações de oportunidade, reconhecendo-se, em princípio, as vantagens – em termos de comodidade e de simplicidade na avaliação do dano e de certeza do seu montante – que uma composição voluntária de interesses, em regra, proporciona”.¹²⁰ Também nessa linha posicionam-se Sílvio Venosa, para quem a cláusula limitativa do dever de indenizar é, sem dúvida, “elemento dinamizador dos negócios”,¹²¹ e Christelle Coutant-Lapalus, que lhe atribui como principal objetivo o desenvolvimento das relações contratuais.¹²²

¹¹⁸ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 42-43.

¹¹⁹ *Cláusula de não indenizar*, p. 125.

¹²⁰ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 96.

¹²¹ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 61.

¹²² *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 261.

O resultado visado pelas cláusulas limitativas – qual seja: reduzir o montante indenizatório, que, na ausência de convenção entre as partes, deve observar o princípio da reparação integral – pode ser obtido de inúmeras formas. Daí existirem diversas modalidades de cláusulas limitativas do dever de indenizar. Nas palavras de Garcia Amigo:

La variedad de cláusulas limitativas de la responsabilidad podemos decir que es casi infinita: el ingenio de los empresarios muestra su exuberante fantasía creando una riqueza extraordinaria de cláusulas contractuales que tienen como fin último hacer recaer los perjuicios de la responsabilidad contractual que la ley pone a su cargo, sobre los acreedores clientes suyos; asegurándose de esta forma una posición contractual libre de las incertidumbres que representarían las posibles daños.¹²³

Trar-se-á, a seguir, um rol meramente exemplificativo, a fim de apresentar algumas das formas que tais cláusulas podem assumir.

2.1.1 Limitação do montante indenizatório

A primeira e mais simples modalidade de cláusula limitativa é aquela que estabelece um limite máximo para o valor da indenização. Tal limite pode corresponder a uma quantia fixa ou determinável ou, ainda, a um percentual sobre o valor dos danos.¹²⁴

O grande benefício trazido pela cláusula que indica um valor fixo ou antecipadamente determinável estabelecendo ser aquele o teto de eventual indenização é o conhecimento prévio que propicia às partes sobre o risco do negócio jurídico. Vale dizer, as partes saberão, de antemão, qual é o valor máximo que será pago a título de indenização na hipótese de inadimplemento contratual e, dessa forma, poderão “manifestar de forma mais consciente sua vontade negocial”.¹²⁵

Frise-se que a quantia indicada na cláusula limitativa corresponde ao valor *máximo* que será pago a título de indenização, o que não significa, contudo, que aquele será o montante indenizatório *invariavelmente*. É que, fixando o limite máximo que a indenização poderá atingir, essa modalidade de cláusula não permitirá que o credor receba mais do que

¹²³ *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 125. Tradução livre: “Podemos dizer que a variedade de cláusulas limitativas da responsabilidade é quase infinita: o engenho dos empresários mostra sua exuberante criatividade criando uma riqueza extraordinária de cláusulas contratuais que têm como fim último fazer recair os prejuízos da responsabilidade contratual que a lei põe a seu cargo, sobre os credores clientes seus; assegurando-se dessa forma uma posição contratual livre das incertezas que representariam os possíveis danos”.

¹²⁴ Nesse sentido, PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 86 e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 87.

¹²⁵ Idem.

o convencionado, embora não impeça que receba menos se o dano for inferior ao teto estabelecido contratualmente. Em suma, se os danos atingirem ou superarem a limitação contratual, o montante previsto na cláusula é o que o credor receberá a título de indenização; no entanto, se o valor dos danos não atingir a quantia estabelecida na convenção, a indenização a ser paga será inferior ao limite pactuado. Como se vê, a cláusula limitativa não dispensa a liquidação do dano, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, caso se tratasse de uma cláusula penal, pois essa sim fixa um montante invariável a ser pago pelo devedor em caso de inexecução da obrigação principal.¹²⁶

A liquidação do dano revelar-se-á ainda mais necessária quando a cláusula limitativa indicar, como teto da indenização, um percentual sobre os danos verificados. Nesse caso, a liquidação será imprescindível para que se possa calcular o limite indenizatório previsto na convenção. Note-se, porém, que essa espécie de cláusula tem a desvantagem de não permitir aos contratantes o conhecimento prévio do valor máximo de eventual indenização, porquanto esse dependerá sempre da extensão dos danos aferidos no caso concreto.¹²⁷ Outro aspecto também diferencia esse tipo de cláusula daquela que indica um valor fixo ou previamente determinável como limite máximo da indenização: é o fato de operar sempre, em quaisquer circunstâncias. Explica-se: o montante reparatório deverá necessariamente observar o limite percentual convencionado entre as partes, de forma que a indenização será sempre inferior aos danos efetivamente suportados pelo credor. É que, sendo uma parcela sobre o valor total dos danos, a indenização jamais poderá superar o montante desses.¹²⁸ Ou, como afirma Ana Prata, “qualquer que seja a situação quanto à extensão destes [danos], nunca haverá uma reparação integral, mas, por outro lado, por mais dilatados que sejam, a indemnização respeitará sempre a proporcionalidade convencionalmente estabelecida”.¹²⁹ Já a cláusula que indica um valor fixo ou determinável como limite máximo da indenização não opera necessariamente porquanto depende, sempre, da extensão dos danos – se o valor desses for inferior ao teto estabelecido pelas partes, a limitação contratual não incidirá.¹³⁰ Como bem observa Pinto Monteiro: “se a indemnização, avaliada nos termos legais, fôr, contudo, inferior ao ‘plafond’ acordado, a

¹²⁶ O assunto será tratado com mais profundidade no item 3.2 a seguir.

¹²⁷ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 90.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 86.

¹³⁰ Idem.

cláusula limitativa será, neste caso, indiferente, devendo o lesante a totalidade da indenização”.¹³¹

Ainda a respeito da fixação de um teto para o montante indenizatório, merece menção a assertiva de Ana Prata, no sentido de que a “avaliação convencional da coisa entregue e a restituir ou a declaração unilateral do seu valor, aceita pela contraparte, podem integrar-se neste tipo de cláusulas, sempre que a indenização a pagar seja reduzida a esse montante máximo”.¹³² Esse o caso, por exemplo, que se refere à previsão contida no parágrafo único do artigo 734 do Código Civil brasileiro, que determina que, no transporte de pessoas, “é lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização”. As regras concernentes aos contratos de transporte serão examinadas de forma mais detida no item 3.2, do Capítulo 3, da Segunda Parte.

2.1.2 Limitação do dever de indenizar a determinados tipos de danos

Outra espécie de cláusula limitativa de que comumente se cogita é aquela que limita o dever de indenizar a determinados tipos de danos. Cabe notar desde já que não se admitem no direito brasileiro as cláusulas que pretendam excluir ou reduzir a reparação devida em caso de danos à pessoa: é o que se examinará no item 8.4 da Segunda Parte deste trabalho. Há outros danos, porém, que poderão ser declarados irressarcíveis pelas partes. Reconhece-se na doutrina, por exemplo, a possibilidade de credor e devedor previamente convencionarem que apenas os danos emergentes serão indenizados,¹³³ ficando sem reparação os eventuais lucros cessantes.

Em que pese sua natureza limitativa, tal espécie de convenção acabará por se tornar, na prática, verdadeira cláusula de não indenizar se vier a ocorrer tão somente o tipo de dano cuja reparação exclui. Assim, na hipótese de as partes acordarem que somente serão indenizados os danos emergentes, nenhuma indenização será devida se, no caso concreto, apenas lucros cessantes se verificarem.¹³⁴ Nesse caso, o dever de indenizar restará completamente afastado, e não apenas limitado.

Entretanto, há situações em que a cláusula limitativa não produzirá nenhum efeito: é o que se dará quando não ocorrerem os danos cujo ressarcimento a convenção exclui. No

¹³¹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 106.

¹³² *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 87.

¹³³ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 105.

¹³⁴ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 93-94.

exemplo da cláusula que restringe a indenização aos danos emergentes, sobrevivendo apenas esses, nenhum efeito limitativo poder-se-á extrair da cláusula.

Ponto importante a respeito desse tipo de convenção é aquele referido por Ana Prata sobre o fato de, muitas vezes, assumir uma enganadora forma de “garantias positivas”, que, nos termos do contrato, seriam prestadas pelo devedor “em favor do credor”. Adverte a autora que, sempre que a interpretação de tais cláusulas conduzir à convicção de que, a despeito de sua positiva formulação, o seu objetivo é o de afastar a indenização nos casos não especificados na avença, a sua qualificação não pode sofrer dúvidas, devendo ser tratada como verdadeira cláusula limitativa do dever de indenizar.¹³⁵

2.1.3 Limitação dos fundamentos do dever de indenizar

A cláusula limitativa poderá atuar também de forma a excluir um ou alguns dos fundamentos do dever de indenizar, afastando a reparação em hipóteses que, pelo regime legal, ela seria devida como consequência da responsabilidade civil do devedor. A essa convenção refere-se Ana Prata: “exonerando o devedor em dados tipos de situações, não o isenta indiferenciadamente da obrigação de indenizar: essa existirá sempre que o seu fundamento legal não seja um dos convencionalmente afastados”.¹³⁶ Pinto Monteiro, aludindo também à referida modalidade de cláusula limitativa, traz o exemplo do afastamento convencional do dever de indenizar que tenha por fundamento a culpa leve do devedor:

Uma outra forma por que tradicionalmente se procura limitar a responsabilidade, consiste em restringir os *fundamentos* ou *pressupostos* desta (‘Haftungsvoraussetzungen’), acordando as partes, por exemplo, que o devedor só responderá no caso de ter agido com *dolo* ou *culpa grave*. Estipulada esta cláusula, o credor não poderá, pois, vir a exigir indemnização no caso de o devedor ter actuado com culpa leve. O que significa, afinal, que esta cláusula *limitativa* – porque limitativa dos fundamentos de responsabilidade, *rectius*, do *grau de culpa* do devedor – acaba por traduzir-se, na prática, numa cláusula de *exclusão por culpa leve*, exonerando-se o devedor sempre que o incumprimento não lhe seja imputável por dolo ou culpa grave.¹³⁷ (Destques originais.)

Conforme se verá no item 8.2, do Capítulo 8, da Segunda Parte, é inadmissível, ao que se entende, a cláusula que isenta o devedor de pagar indenização pelo dano causado por dolo ou culpa grave. Vale dizer, só se admite cláusula de não indenizar que se refira a

¹³⁵ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 77.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹³⁷ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 106-107.

culpa leve, nunca a culpa grave ou a dolo. Por essa razão, a cláusula que afasta a indenização por culpa leve constitui, nos casos de responsabilidade subjetiva, efetiva cláusula de não indenizar, e não cláusula limitativa do dever de indenizar. Frise-se, no entanto, que tal cláusula será de fato limitativa nos casos em que a responsabilidade poderá ser também objetiva, porquanto não impedirá o ressarcimento dos danos decorrentes, não de culpa, mas do risco da atividade exercida pelo devedor.

Porém, não se cogita apenas de culpa leve: outros fundamentos do dever de indenizar ainda poderão ser restringidos por meio das chamadas cláusulas limitativas, sendo dado às partes estabelecer, por exemplo, que o devedor não responderá em caso de mora¹³⁸ ou quando o dano resultar de atos de terceiros empregados, serviçais ou prepostos. De rigor destacar que essa última modalidade de cláusula limitativa é reputada por muitos autores como a que “impeliu” a cláusula de não indenizar. Aguiar Dias, embora lembrando que o instituto já existia no direito romano, ressalta que foi no transporte marítimo, devido à situação do armador em relação à autonomia do capitão, que a cláusula de não indenizar ganhou contornos de mais notoriedade.¹³⁹ Segundo o autor, a razão de tal fenômeno é a “aceitação universal do princípio da limitação da responsabilidade do proprietário do navio imposto pela necessidade do comércio marítimo”. É que – explica –, diferentemente de outro qualquer preposto, ao capitão é conferida ampla iniciativa, “não ensejada a nenhum outro agente da atividade de outrem”.¹⁴⁰ Daí terem os armadores ingleses criado a figura da *negligence clause*, cujo objetivo era exonerá-los das consequências dos atos culposos de seus prepostos.¹⁴¹⁻¹⁴²

Ana Prata informa que sempre houve maior complacência por parte das jurisprudências com relação à *negligence clause*, fato que ela atribui à separação fática, nos primeiros tempos da navegação marítima, entre armador e capitão durante a viagem. Entende, no entanto, que tal razão passou a ser insuficiente para a aceitação irrestrita da *negligence clause*, seja porque já não se distinguiam mais os atos praticados no porto daqueles praticados em navegação, seja porque a própria concepção de responsabilidade por fato de outrem evoluiu, tornando-se desvinculada da noção de culpa do devedor. Daí

¹³⁸ Nesse sentido, PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 72.

¹³⁹ *Cláusula de não indenizar*, p. 139-140.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 169.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 171-172.

¹⁴² Informa Pontes de Miranda que, no direito inglês, “o *Merchant Shipping Act* de 1984 não permitiu cláusula exonerativa quanto à navegabilidade do navio. Permitiu-se a exoneração pelas faltas dos prepostos e a cláusula de exoneração *in navigation or in the management of the vessel*, abrangendo todas as faltas náuticas” (*Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 132).

criticar o controle menos rigoroso que aduz ser exercido pelos tribunais dos diversos países sobre as cláusulas dessa natureza.¹⁴³ Já, para Pontes de Miranda, “as convenções exonerativas da responsabilidade pela falta de outrem são menos antipáticas” que aquelas que tendem a excluir a própria culpa. A razão de assim ser está no fato de que, segundo o jurista, “aquelas repousam em presunção, e podem não corresponder à verdade; e essas, não”. Afirma, ademais, que “o dever de vigilância tem violações ordinariamente por culpa leve; ao passo que a culpa própria acontece, ordinariamente, ou por dolo ou por negligência grave”.¹⁴⁴

No Brasil, a cláusula que afasta o dever de indenizar por atos de empregados, serviçais ou prepostos excepciona a regra geral prevista no artigo 932, III, do Código Civil, que, conjugada com aquela contida no artigo 933, determina ser o empregador ou comitente objetivamente responsável pelos atos daqueles, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele. Em princípio, essa cláusula de limitação do dever de indenizar – que, da mesma forma que outras já analisadas, poderá vir a se revelar excludente do dever reparatório se os danos ocorridos decorrerem unicamente dos atos do terceiro empregado, serviçal ou preposto do devedor – terá sua validade condicionada aos mesmos requisitos de validade de uma cláusula de limitação ou exclusão do dever de indenizar por atos do próprio devedor. A esse respeito, Pinto Monteiro assevera:

Os motivos que explicam a necessidade de responsabilizar o devedor perante o credor pelos actos das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, *como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor*, explicam, da mesma forma, que esta responsabilidade só deva poder afastar-se, em princípio, *nos termos* em que o devedor a poderia excluir se fosse ele próprio a cumprir, sem ajuda de outras pessoas. A equiparação que a lei estabelece entre actos do devedor e actos dos auxiliares para efeitos de imputação da responsabilidade, *impõe*, do mesmo modo, que as condições para uma válida exclusão ou limitação dessa responsabilidade devam ser, em regra, as mesmas.¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ (Destaques originais.)

Note-se que Pinto Monteiro e Ana Prata referem-se não especificamente a empregados, serviçais ou prepostos, mas, sim, a terceiros que, por iniciativa do devedor, interfiram no cumprimento da obrigação;¹⁴⁷ e assim o fazem por ser essa a terminologia

¹⁴³ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 60-64.

¹⁴⁴ *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 132.

¹⁴⁵ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 274.

¹⁴⁶ Também nesse sentido, DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 140 e ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 64, v. 479, set. 1975, p. 12.

¹⁴⁷ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 274 e PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 58-59.

utilizada pelo Código Civil português (artigo 800º). Aquele autor, no entanto, na tentativa de atribuir a melhor interpretação ao dispositivo legal do Código português que cuida da exclusão e limitação convencionais do dever de indenizar por atos de terceiros representantes legais ou auxiliares – o qual será oportunamente examinado, no Capítulo 4 da Segunda Parte –, faz distinção entre terceiros auxiliares *dependentes* do devedor e terceiros auxiliares *com autonomia* perante o devedor.¹⁴⁸ No entendimento do referido jurista, se o auxiliar gozar de autonomia e independência perante o devedor, é dado a este afastar o dever de indenizar que lhe caberia mesmo em caso de dolo ou culpa grave do terceiro. Vale dizer: para Pinto Monteiro, o devedor pode limitar ou excluir o dever de indenizar pelos atos dos terceiros independentes em termos mais amplos do que se fosse ele próprio ou um auxiliar sem autonomia a cumprir a obrigação contratual, podendo o devedor ser parcial ou totalmente exonerado do pagamento de indenização ao credor, inclusive em caso de dolo ou culpa grave do auxiliar com autonomia, desde que haja acordo prévio do credor nesse sentido.¹⁴⁹

Tal posição conta com a concordância de Fábio Peres, para quem não haveria, *in casu*, as restrições morais e de afronta à ordem pública verificadas no tocante ao dolo do próprio devedor.¹⁵⁰ Sustenta o autor que, nessas hipóteses, o credor, “além de ter sido inicialmente compensado pelo devedor em virtude da anuência à cláusula de não indenizar, (...) possuiria ação direta em face do terceiro independente”, a qual seria embasada em responsabilidade extracontratual, o que – reconhece – “poderia trazer inconvenientes no tocante ao ônus da prova”.¹⁵¹ Nuno Manuel Pinto Oliveira, manifestando entendimento em sentido oposto, critica a posição defendida por Pinto Monteiro:

(...) admitir a exclusão ou a limitação da responsabilidade por actos de auxiliares ou de representantes legais em caso de incumprimento imputável a título de dolo ou a título de culpa grave equivalerá a aceitar a exclusão ou a limitação da responsabilidade do devedor por um dolo que é juridicamente seu ou por uma culpa grave que é juridicamente sua.¹⁵²

No caso brasileiro, ao que se acredita, a discussão – ao menos sob esse viés – não faz muito sentido. É que, além de não se verificar entre nós a contradição existente no ordenamento jurídico português (a qual será objeto de estudo no Capítulo 4 da Segunda

¹⁴⁸ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 287.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 290.

¹⁵⁰ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 117, em nota de rodapé.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 118.

¹⁵² *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 60.

Parte), o inciso III do artigo 932 do Código Civil brasileiro, talvez de forma mais clara que o artigo 800º, 1, do Código Civil português, refere-se especificamente a “empregados, serviçais e prepostos”. Em suma: para que responda o empregador ou comitente, deve o resultado danoso ter sido causado por uma dessas pessoas, sendo irrelevante o fato de o preposto ser ou não assalariado, ou de ter ou não contrato de trabalho com o preponente. Nesse sentido, o posicionamento já manifestado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial n. 304673/SP, assim se pronunciou:

O vínculo de preposição caracteriza-se plenamente no caso, pois a ré contratou com o motorista ou empresa ‘Zé Goiano – Transporte Rodoviário de Pessoas’ o transporte de trabalhadores rurais *no seu exclusivo interesse*, ou seja, *para atendimento de sua atividade-fim*. Segundo a lição do Prof. Arnaldo Wald, ‘o vínculo de preposição há pois de ser entendido como ‘relação funcional’, sendo preposto todo indivíduo que pratica atos materiais por conta e sob a direção de outra pessoa’.¹⁵³ (Destacou-se.)

Não se revela possível, ao que parece, que um empregado, serviçal ou preposto possa agir de forma independente ou com autonomia tal perante seu empregador ou comitente que justifique exonerar esses do dever de reparar os danos causados de forma dolosa por aqueles, ainda que haja consentimento do credor nesse sentido. Concorde-se, nesse particular, com Nuno Manuel Pinto Oliveira, para quem é inadmissível tal situação, que equivaleria, na prática, a aceitar a exclusão ou a limitação da responsabilidade do devedor por um dolo que é juridicamente seu ou por uma culpa grave que é juridicamente sua.¹⁵⁴ Ainda que não exista vínculo de subordinação total entre os empregados, serviçais e prepostos e seus empregadores e comitentes, não há dúvida de que aqueles estarão, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, agindo no interesse desses. E se, ao assim proceder, o preposto causar dano a outrem, responderá o comitente, salvo se tiver sido convencionado o afastamento do dever de indenizar na hipótese. De rigor notar, contudo, que o afastamento convencional do dever reparatório não produzirá nenhum efeito no caso de o dano ter sido causado por dolo ou culpa grave do preposto, sendo de nenhuma valia a eventual alegação de que este teria agido de forma independente, porquanto impossível cogitar-se de efetiva independência se o terceiro, no exercício do trabalho que lhe compete ou em razão dele, age no interesse do devedor.

¹⁵³ Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.09.2001.

¹⁵⁴ O dolo e a culpa grave do próprio devedor impossibilitam, como se verá no item 8.2, do Capítulo 8, da Segunda Parte, que se admita a exclusão ou a limitação do seu dever reparatório.

2.1.4 Inversão do ônus da prova, limitação da garantia patrimonial e redução dos prazos de prescrição e decadência

Poderá a cláusula limitativa ter por objeto, ainda, a inversão do ônus da prova, a limitação da garantia patrimonial ou a redução dos prazos de prescrição ou de decadência.¹⁵⁵ Nas palavras de Pinto Monteiro, cláusulas dessa espécie conduzem apenas *mediatamente* a uma limitação da responsabilidade.¹⁵⁶

Quanto à inversão do ônus da prova, vale notar que o parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro determina ser “nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.¹⁵⁷ Interpretada a regra *a contrario sensu*, pode-se concluir ser admitida a convenção que tenha por objeto a inversão do ônus da prova, desde que se trate de direito disponível da parte e que tal inversão não signifique, na prática, o não pagamento de indenização ao credor. É que, em determinadas situações, o credor poderá enfrentar enorme – senão intransponível – dificuldade em provar a culpa do devedor, “dado que normalmente é o devedor quem está em melhores condições de provar que não teve culpa, do que o credor para provar o contrário”. Daí que, para Pinto Monteiro, essas cláusulas, “afastando a presunção legal de culpa do devedor, acabem por traduzir-se, frequentemente, em autênticas cláusulas de irresponsabilidade”.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹ Não é por outra razão, aliás, que para Ana Prata tal modalidade de cláusula jamais

¹⁵⁵ Venosa faz referência às cláusulas que restringem prazos de prescrição ou caducidade e àquelas que limitam a garantia patrimonial, arrolando-as ao lado da cláusula que limita a extensão de responsabilidade – por ele considerada “a modalidade mais usual das cláusulas limitativas”. Segundo o autor, “essas cláusulas devem ter sua validade e eficácia analisadas em concreto. Não se pode afirmar que, em princípio, sejam sistematicamente inválidas” (*Direito civil: responsabilidade civil*, p. 62).

¹⁵⁶ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 110.

¹⁵⁷ Conforme se verá no item 3.3, do Capítulo 3, da Segunda Parte, a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, estabelecida por cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços, é expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro (artigo 51, VI).

¹⁵⁸ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 111.

¹⁵⁹ Muitos são os autores que sustentam ser presumida a culpa do devedor na responsabilidade contratual. Ver, por todos, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade civil – Assalto em estacionamento de supermercado – Estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato” – Admissão da prova de não culpa – Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – Falta da relação de causalidade adequada. *Revista dos Tribunais*, ano 86, v. 735, jan. 1997, p. 125. Há que se ter cuidado, todavia, para distinguir as obrigações de meio das de resultado, pois a questão da prova é diferente em uma e outra hipótese. Confira-se, por oportuno, a lição de Anderson Schreiber: “Nas obrigações de resultado, a não obtenção do resultado configura já o inadimplemento, a atrair a responsabilização do devedor. Nas obrigações de meio, ao contrário, a não obtenção do resultado não configura inadimplemento, que depende da falta de diligência e empenho do devedor nos esforços empreendidos. A demonstração de que houve falta de diligência do devedor, por seu caráter subjetivo, afigura-se bem mais árdua do que a prova de irrealização de certo resultado. Tem-se, por isso mesmo, uma responsabilização, de regra, mais fácil nas hipóteses em que a obrigação é de resultado, pois a prova se limita ao dado objetivo da sua não obtenção” (A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 145).

poderia ser assimilada à cláusula limitativa do dever reparatório, aproximando-se, quando muito, da cláusula de não indenizar – justamente por produzir, por vezes, o efeito de isentar o devedor da obrigação reparatória. Na visão da autora, a inversão do ônus da prova somente poderia levar a uma redução do valor da indenização se essa fosse atenuada em conformidade com a menor gravidade da culpa e desde que “o credor apenas tenha podido demonstrar a existência de uma negligência ligeira nos casos em que o comportamento debitório houvesse sido doloso ou gravemente culposo”.¹⁶⁰

Já a limitação da garantia patrimonial pode ser convencionada de forma a afastar a regra contida no artigo 391 do Código Civil brasileiro, segundo a qual “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Assim, as partes podem acordar que, em caso de descumprimento contratual, o devedor responderá apenas com alguns de seus bens, e não com todos de seu patrimônio.¹⁶¹ Dessa forma, a indenização será reduzida ao valor dos bens objeto da cláusula, ainda que esses não sejam suficientes para reparar de forma integral o dano causado pelo devedor. Funciona, na prática, como uma limitação do valor da indenização.¹⁶²

Conforme esclarece Ana Prata, essa restrição do “acervo patrimonial responsável” pode ser feita de formas diversas:

(...) ou restringindo a garantia patrimonial a determinados bens (simplesmente ou com simultânea constituição de um ou vários direitos reais de garantia sobre eles) ou isentando da responsabilidade alguns bens identificados ou categorias de bens ou ainda excluindo completamente a garantia patrimonial.¹⁶³

No primeiro caso, as partes expressamente determinam quais são os bens do devedor que responderão pelo inadimplemento contratual, propiciando ao credor a vantagem de conhecer previamente o acervo que garante a eventual e futura indenização. É

¹⁶⁰ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 97.

¹⁶¹ Segundo Pinto Monteiro, essa convenção é válida no direito português, salvo quando “se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes (art. 602º), não podendo, por outro lado, tratar-se de uma indicação [de bens] meramente simbólica” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 113).

¹⁶² Nesse sentido, MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 114.

¹⁶³ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p.136. Registre-se, contudo, o entendimento da autora no sentido de que as cláusulas de limitação da garantia patrimonial seriam “distintas das cláusulas de exclusão de responsabilidade pelo seu objecto – visando estas a obrigação de indemnizar, enquanto as cláusulas de limitação da garantia patrimonial incidem, restringindo-o, sobre o património garante – também diverso é o seu efeito: a limitação da garantia patrimonial não acarreta teoricamente (excepto se for total) a exclusão, nem sequer parcial, do dever de indemnizar, nem impede a sua forçada execução, embora possa, na prática, dificultá-la ou até impossibilitá-la” (*Ibidem*, p. 136-137).

o que Pinto Monteiro chama de “limitação positiva”.¹⁶⁴ Segundo posição defendida por Fábio Peres, à qual se acede, em caso de alienação, deterioração, depreciação, perecimento ou desapropriação de quaisquer dos bens abarcados pela cláusula de limitação positiva, e não havendo previsão contratual a esse respeito, o devedor estará obrigado a “substituir ou reforçar, conforme o caso, a garantia antes assegurada por tais bens”.¹⁶⁵

No entanto, podem as partes optar por excepcionar os bens que ficarão excluídos da garantia patrimonial, caso em que permanecerão responsáveis todos os demais bens do devedor. Esse tipo de cláusula – chamada por Pinto Monteiro de “limitação negativa”¹⁶⁶ – pode vir a se tornar mais gravosa para o credor, caso o devedor sofra uma redução em seu patrimônio; ou, ao contrário, tornar-se-á mais benéfica se o devedor experimentar um aumento patrimonial.¹⁶⁷ Manifestando entendimento divergente, Pinto Monteiro considera apenas a possibilidade de a cláusula de limitação negativa ser mais benéfica para o credor, uma vez que “o patrimônio do devedor poderá aumentar, entre a data da constituição da obrigação e o momento em que for instaurada a execução, podendo, consequentemente, os bens existentes no seu patrimônio, neste momento, cobrir toda a responsabilidade do devedor”. Para o autor, a limitação negativa pressupõe “que o devedor se comprometerá a não diminuir o seu patrimônio”.¹⁶⁸ Ousa-se discordar, nesse particular, do referido jurista, parecendo mais acertada a posição de Fábio Peres, para quem essa obrigação “de não diminuir o patrimônio” somente poderá se configurar como uma obrigação de meio, e não de resultado, na medida em que eventual redução patrimonial do devedor poderá ocorrer involuntariamente, em decorrência, por exemplo, da atividade econômica desenvolvida, ainda que o devedor atue com diligência e boa-fé.¹⁶⁹ Evidente, no entanto, que a diminuição patrimonial causada de forma dolosa pelo devedor, com o intuito de burlar os direitos do credor, não poderá ser admitida, devendo a cláusula de limitação da garantia patrimonial – seja ela positiva ou seja negativa – ser declarada inválida nessas circunstâncias.¹⁷⁰

¹⁶⁴ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 113, em nota de rodapé.

¹⁶⁵ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 105.

¹⁶⁶ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 113, em nota de rodapé.

¹⁶⁷ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 105.

¹⁶⁸ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 113, em nota de rodapé.

¹⁶⁹ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 106.

¹⁷⁰ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 106.

Por fim, as cláusulas que reduzem os prazos de prescrição ou de decadência têm a finalidade de “encurtar o prazo legal de que dispõe o titular de um direito para o exercer, sob pena de o mesmo se extinguir, gerando uma simples obrigação natural”. Limitando-se o prazo para o credor exercer seu direito, limita-se no tempo, conseqüentemente, o dever de indenizar.¹⁷¹ A possibilidade de as partes alterarem os prazos legais de prescrição é expressamente repudiada pelo Código Civil brasileiro (artigo 192). Já no que se refere aos prazos de decadência, a lei não é tão clara: dispõe o artigo 209 do Código Civil que é nula a *renúncia* à decadência fixada em lei.

Ao que se entende, equiparar-se-ia a uma renúncia, ao menos parcial, a aceitação pelo credor da redução do prazo decadencial de um direito seu. Daí considerar-se inválida a cláusula que pretenda limitar o prazo de decadência de que dispõe uma das partes, até porque, fundamentando-se esse prazo em interesses de ordem pública, não seria possível atribuir qualquer validade a uma convenção desse jaez. Nesse sentido, o entendimento de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “quando os prazos decadenciais forem estabelecidos por lei não poderão as partes promover o seu aumento ou redução, tendo em vista os interesses de ordem pública que fundamentam o instituto”.¹⁷² Todavia, interpretando-se o artigo 209 *a contrario sensu*, forçosa revela-se a conclusão de que os prazos *convencionais* de decadência – isto é, aqueles fixados pelas próprias partes, a que faz referência o artigo 211 do Código Civil – poderão ser objeto de renúncia. “Isto porque os prazos decadenciais estabelecidos por convenção operam na seara dos direitos disponíveis, admitindo-se que, se a autonomia da vontade pôde criar determinado prazo, será igualmente possível promover a renúncia do mesmo”.¹⁷³ Por via de consequência, admite-se, também, que tais prazos sejam aumentados ou reduzidos pelos próprios particulares que os fixaram.

2.2 AS CLÁUSULAS EXONERATÓRIAS DO DEVER DE INDENIZAR

Como já se aludiu no item anterior, muitas cláusulas limitativas podem acabar por se tornar verdadeiras cláusulas exoneratórias do dever de indenizar. Daí observa Roberto Rosas que “a cláusula limitativa atinge o máximo com a cláusula de irresponsabilidade, significando a não indenização”.¹⁷⁴ No mesmo sentido, Aguiar Dias assevera que a

¹⁷¹ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 112.

¹⁷² *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 424.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 426.

¹⁷⁴ Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade, p. 12.

cláusula de não indenizar “não é mais do que a exageração da limitação, a ponto de suprimir as perdas e danos”.¹⁷⁵ Prossegue, ainda este último jurista, afirmando que, se reduzir a indenização a um valor irrisório, só nominalmente será cláusula limitativa; na prática, a cláusula será excludente do dever reparatório, o que inclusive serve-lhe de argumento:

(...) se é [a cláusula limitativa do dever de indenizar] legalmente autorizada e atinge, praticamente, o resultado objetivado por aquela [cláusula de não indenizar], se o aspecto irrisório não estabelece a sua nulidade, pois a jurisprudência a tem sempre reconhecido, só por formalismo hipócrita se pode continuar a rejeitar a cláusula de irresponsabilidade pura e simples.¹⁷⁶

Sílvio Venosa, inversamente, sustenta que, se a limitação do dever de indenizar for de tal monta que torne ínfimo o valor da indenização, equivalerá a uma cláusula de não indenizar, não podendo por isso ser admitida nos casos em que a lei expressamente veda esse tipo de convenção, como nos contratos de transporte.¹⁷⁷ Entende o autor que a limitação exacerbada da indenização não passaria, então, de mero subterfúgio para contornar a proibição à cláusula de não indenizar, razão pela qual não poderia ser considerada válida a convenção, sob pena de fraude ao direito do credor.¹⁷⁸ A observação há de ser levada em consideração, até porque as cláusulas limitativas do dever de indenizar costumam, de fato, sofrer menos resistência do que as cláusulas de não indenizar.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰ É muito sutil, no entanto, a distinção entre as figuras, não sendo incorreto dizer que a classificação de uma cláusula como limitativa ou exoneratória do dever de indenizar dependerá, principalmente, do ângulo sob o qual se a analise. A esse propósito, vale conferir a conclusão de Ana Prata, após longa exposição acerca das diversas modalidades de cláusulas limitativas e excludentes do dever reparatório:

¹⁷⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 125.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 128-129.

¹⁷⁷ Nesse exato sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Responsabilidade civil – Ação regressiva de seguradora – Transporte marítimo – Queda de ‘container’ durante a viagem (...) – Cláusula limitativa da responsabilidade – Indenização irrisória, inferior a 20% dos prejuízos – Inaplicabilidade – Equivalência a cláusula de não indenizar vedada pela súmula 161 do STF [...]” (TJSP, Ap. 991020343508, 12ª Câ. Dir. Priv., rel. Rui Cascaldi, j. 07.02.2007).

¹⁷⁸ *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 62.

¹⁷⁹ Nesse sentido, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 41.

¹⁸⁰ Talvez porque sua validade seja menos controversa do que a das cláusulas de não indenizar é que, “na prática contratual, são as chamadas cláusulas de limitação as que mais recorrentemente surgem” (PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 56).

Todas as cláusulas de que se ocupa este estudo são susceptíveis de subsunção a essa categoria [cláusula de exclusão de responsabilidade], pois em todas elas se exclui, em medida variável, a obrigação de indemnizar do devedor: ainda quando se limite o montante da reparação dos danos a um máximo, o que se está, obviamente, é a determinar que tal obrigação se exclui relativamente aos danos excedentes.¹⁸¹

Tratar-se-á a seguir, portanto, das modalidades de cláusulas que, segundo se entende, *melhor* se enquadram na categoria de excludentes do dever de indenizar, cabendo ressaltar que, novamente, o rol que se apresentará é meramente exemplificativo.

2.2.1 Exclusão do dever de indenizar qualquer que seja a causa do dano

A espécie mais simples de cláusula de não indenizar é aquela que afasta a indenização cabível qualquer que tenha sido a causa do dano, seja ela imputável ou não ao devedor. Adiante-se apenas que não poderá ser objeto da cláusula o afastamento do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do devedor; assunto que será tratado no item 8.2, do Capítulo 8, da Segunda Parte.

2.2.2 Casos de força maior assimilados e presunções de fortuito

Também se configura como cláusula de não indenizar aquela que contém o que Ana Prata chama de “casos de força maior assimilados” e/ou “presunções de fortuito”.¹⁸² Trata-se de modalidade de cláusula que equipara determinados acontecimentos a casos fortuitos ou de força maior, excluindo, assim, a indenização que seria devida naquelas hipóteses. Por meio de uma cláusula dessa natureza, os contraentes poderão acordar, por exemplo, que o dano causado por temporal ou pela falta de um fornecedor não será merecedor de reparação.¹⁸³

Para Pinto Monteiro – que se refere apenas a “casos de força maior equiparados” –, o interesse das partes em estipular convenções desse jaez deve-se à “imprecisão, por um lado, e ao rigor, por outro lado, da noção de ‘força maior’”.¹⁸⁴ Fábio Peres, no mesmo sentido, afirma que essas cláusulas apresentam “relevante vantagem prática, ao qualificar e dar concretude a conceitos jurídicos vagos e imprecisos, assegurando maior segurança jurídica àquela relação”.¹⁸⁵

¹⁸¹ Ibidem, p. 133.

¹⁸² *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 65.

¹⁸³ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 109.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 108.

¹⁸⁵ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 98.

Segundo Ana Prata, a cláusula é suscetível de revestir duas variantes: as partes podem tanto prever situações que funcionarão como “factos liberatórios do devedor quando a sua ocorrência não resulte de qualquer negligência” como podem acordar serem liberatórios fatos culposos – “mais ou menos gravemente” – do devedor. Na primeira hipótese, “não competindo ao devedor outra prova para além da ocorrência do facto previsto (constitutivo da sua irresponsabilidade), ao credor sempre resta a possibilidade de exigir a indemnização, provando a culpa do devedor (facto impeditivo da liberação)”. O efeito, no caso, acabará sendo de inversão do ônus da prova, embora não seja esse o objeto da cláusula. Já na segunda hipótese, “provada a superveniência do facto liberatório, tanto basta para excluir a indemnizabilidade (...) do prejuízo, não podendo o credor opor uma prova de culpa”.¹⁸⁶

A segunda hipótese cogitada por Ana Prata parece não ser admitida por Pinto Monteiro e Fábio Peres, para quem os eventos equiparados pela cláusula a casos fortuitos ou de força maior não podem ser *imputáveis* ao devedor nem estar sujeitos ao seu controle ou ingerência, sob pena de se configurar uma inadmissível situação de *venire contra factum proprio*.¹⁸⁷ No entanto, segundo acredita-se, tal conclusão é demasiada radical. Não há dúvida de que os casos de força maior assimilados e as presunções de fortuito previstos na convenção entabulada entre as partes não poderão resultar de dolo ou culpa grave do devedor. Não se vê impedimento, contudo, a que certas circunstâncias imputáveis ao devedor excluam o dever de indenizar caso tenha contribuído com mera culpa para sua ocorrência, desde que assim conste expressamente da avença. É que justamente nisso entende-se consistir a cláusula de não indenizar: na já citada lição de Aguiar Dias, a cláusula não pressupõe negação da culpa; ao revés, ela funciona precisamente como reconhecimento da falta.¹⁸⁸

2.2.3 Indenização condicionada a atos ou abstenções do credor

Não se pode negar o caráter exoneratório da cláusula que tenha por objeto isentar o devedor do pagamento de indenização por ter o credor praticado ou deixado de praticar determinados atos previstos no contrato. Nas palavras de Ana Prata: “as partes podem prever que ao credor caiba um ou vários deveres, associando à sua inexecução uma

¹⁸⁶ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 66-67.

¹⁸⁷ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 109 e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 98.

¹⁸⁸ *Cláusula de não indenizar*, p. 75.

liberação do devedor da responsabilidade que lhe caberia”. Lembrando que os deveres podem consistir em abstenções, exemplifica a autora: “assim a frequente cláusula de exclusão da responsabilidade do vendedor pelos defeitos do bem vendido se o comprador houver, ele próprio, efectuado alguma reparação do bem ou tiver confiado esse a terceiro para esse efeito”.¹⁸⁹

2.2.4 Seguro de responsabilidade civil a cargo do credor

Similar à modalidade de cláusula que se acabou de referir é aquela que impõe ao credor a obrigação de celebrar e suportar o encargo de um contrato de seguro da responsabilidade civil do devedor. Seu efeito é o de, “por um lado, liberar o devedor da obrigação de indemnizar, e, por outro, o de fazer impender sobre o credor o custo económico da garantia do pagamento da indemnização”.¹⁹⁰ A inclusão dessa espécie de convenção no rol das cláusulas de não indenizar deve-se à consequência que enseja, que, como dito, é, também, a de afastar o dever de indenizar, que ficará, então, a cargo do segurador. Cabe, todavia, não confundir essa cláusula com a figura, em si, do seguro de responsabilidade civil, a qual será analisada no item 3.1, do Capítulo 3, a seguir.

¹⁸⁹ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 69.

¹⁹⁰ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 85.

3

MECANISMOS DE EFEITOS SIMILARES AOS DAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS E EXONERATÓRIAS DO DEVER DE INDENIZAR

Como se viu até aqui, as cláusulas de não indenizar e as limitativas do dever de indenizar são instrumentos utilizados para minimizar os riscos econômicos das atividades desenvolvidas por aqueles que assim contratam. Diz Ana Prata, posto que se referindo somente à responsabilidade contratual, que a hipertrofia dessa leva a que, frequentemente, “os sujeitos jurídicos só aceitem contratar na medida em que possam utilizar mecanismos de afastamento das eventuais consequências económicas, crescentemente gravosas, do seu incumprimento”.¹⁹¹

É certo, todavia, que os indivíduos não se valem apenas das cláusulas excludentes e limitativas do dever reparatório: outros institutos, de validade menos questionável que aquelas, também são largamente utilizados pelos contratantes e devedores em geral com o intuito de aliviar a sobrecarga das indenizações. Pinto Monteiro assevera que “a imaginação das partes leva-as frequentemente a adoptar mecanismos diversos, mas conducentes ao mesmo resultado prático das cláusulas de irresponsabilidade, procurando assim ladear obstáculos legais erguidos a esta”.¹⁹²

O seguro de responsabilidade civil e a cláusula penal são exemplos desses “mecanismos diversos”, que, como as cláusulas de não indenizar e as cláusulas limitativas, são, nas palavras de Aguiar Dias, “fórmulas de equilíbrio entre as exigências da reparação e as da conservação da atividade responsabilizada”.¹⁹³ Embora a cláusula penal não seja propriamente um expediente utilizado *em benefício do devedor*, não se pode negar que os efeitos que produz assemelham-se, em muito, aos da limitação e da exoneração convencionais do dever indenizatório.

Exatamente por isso – vale dizer: por conduzirem a resultados práticos semelhantes –, o seguro de responsabilidade civil e a cláusula penal são frequentemente equiparados à

¹⁹¹ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 15.

¹⁹² *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 116.

¹⁹³ *Cláusula de não indenizar*, p. 20.

cláusula de não indenizar para justificar a validade dessa última. Esse o caminho seguido por Giselda Hironaka ao criticar a posição daqueles que se opõem radicalmente à admissão da cláusula excludente do dever de indenizar:

Aprecio o raciocínio despendido pelos estudiosos no sentido de fazer emergir situações pactuais assemelhadas, com origem voluntária igualmente, com efeitos muito aproximados, na verdade, e contra as quais ninguém se insurge. São as situações, por exemplo, em que as partes convencionam cláusula penal, esta também bilateral e acessória, para a finalidade precípua de produção de uma pré-avaliação de eventuais futuros prejuízos ocorridos. (...) Ou poderia ser, ainda, o caso da situação jurídica resguardada pelo seguro, ocasião em que o responsável pela indenização – em que pese efetivamente sê-lo – transfere à seguradora o dever de indenizar a vítima.¹⁹⁴

Caio Mário, no mesmo sentido, pronuncia-se:

Da mesma forma que a cláusula penal implica na prévia limitação do ressarcimento ante o inadimplemento do devedor; ou que o seguro de responsabilidade civil o exonera transferindo ao segurador o encargo, ideias que são pelos especialistas aproximadas à cláusula de não indenizar – o Direito moderno, que presencia o pleno desenvolvimento do princípio da responsabilidade civil, coordena e aprova um sistema de contrapesos à obrigatoriedade de reparação, mediante a aceitação do afastamento convencional daquele dever.¹⁹⁵

Tratar-se-á, a seguir, desses institutos – seguro de responsabilidade civil e cláusula penal –, a fim de traçar as distinções existentes entre eles e as convenções limitativas e exoneratórias do dever de indenizar.¹⁹⁶

3.1 O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil, no Livro I da Parte Especial (“Do Direito das Obrigações”), Título VI (“Das Várias Espécies de Contrato”), dedica um capítulo exclusivo (Capítulo XV) ao seguro – contrato por meio do qual uma pessoa, física ou jurídica, protege-se contra os riscos que impendem sobre sua vida, ou sobre o objeto de seus negócios.¹⁹⁷ Cuida-se,

¹⁹⁴ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 157.

¹⁹⁵ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 388-389.

¹⁹⁶ Para Pinto Monteiro, “este esforço de delimitação é indispensável para se poder compreender o alcance exacto das cláusulas de exclusão e, assim, para se poder ajuizar fundamentadamente sobre a sua validade”. (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 116).

¹⁹⁷ Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 518.

segundo Maria Helena Diniz, de “um direito que alguém adquire, mediante certo pagamento, de exigir da outra parte uma indenização, caso ocorra o risco assumido”.¹⁹⁸

O seguro de responsabilidade civil, uma das espécies do gênero “seguro de dano”, vem disciplinado na Seção II do Capítulo XV, mais precisamente no artigo 787: “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”. Nas palavras de Ana Prata:

(...) se chama seguro de responsabilidade ao contrato pelo qual uma das partes, contra uma remuneração, assume a obrigação, face à outra, de a reembolsar ou de pagar directamente a terceiros quantitativos que, a título de indemnização, esta venha a ser futura e eventualmente obrigada a prestar a esses terceiros, em consequência da ocorrência de certos fatos danosos que lhe sejam imputáveis.¹⁹⁹

Dito de outra forma: por meio do seguro de responsabilidade civil, o devedor transfere ao segurador o risco de pagar indenização a terceiro; destarte, o devedor se exime da obrigação de indenizar sem que o terceiro, credor, fique irressarcido. Como assinala Ana Prata, o seguro tem a vantagem para o devedor de “eliminar a álea da indeterminação do custo económico da responsabilidade, pois, contra o pagamento de um valor certo (o prémio), transfere para um terceiro a obrigação de suportar o encargo dos danos eventuais”.²⁰⁰

A autora apresenta ainda duas outras figuras que, embora similares, distinguem-se, a seu ver, do seguro de responsabilidade civil: a *insurance clause* e a convenção de garantia. A primeira, característica do transporte marítimo, seria a “convenção pela qual o devedor se exonera da responsabilidade em relação a todos os riscos que possam ser objecto de seguro pelo credor”.²⁰¹ A segunda, ou seja, a convenção de garantia, também chamada de “pacto análogo ao seguro”, seria a convenção, “acessória a um contrato, pela qual um terceiro que não é segurador, assume a responsabilidade eventual do devedor”. Informa Ana Prata que esse contrato deve ser aceito por um terceiro, o eventual lesado, para que produza efeitos em relação a ele.²⁰² E, no que tange à diferença entre esse pacto e o seguro propriamente dito, esclarece residir na ausência do exercício profissional da

¹⁹⁸ Ibidem, p. 519.

¹⁹⁹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 167.

²⁰⁰ Ibidem, p. 15.

²⁰¹ Ibidem, p. 70.

²⁰² Ibidem, p. 83.

atividade seguradora pelo terceiro garante e na consequente não distribuição social dos danos pelo conjunto de segurados.²⁰³

A distribuição social dos riscos é comumente apontada como característica do seguro de responsabilidade civil. É que, em verdade, constitui o seguro de responsabilidade fenômeno relativamente recente, reflexo da tendência de coletivização e socialização da responsabilidade.²⁰⁴ Por meio do seguro, o ofensor deixa de suportar individualmente o pagamento da indenização, passando a ser substituído por uma coletividade: a companhia de seguros. Nas palavras de Pinto Monteiro, o seguro distribui os riscos pelo conjunto dos segurados, “sendo os prêmios que industriais e comerciantes vão ter que pagar incorporados nos preços dos produtos e, consequentemente, distribuídos os seus custos pelos consumidores e utentes em geral”, o que traduz uma certa “*socialização da responsabilidade*”²⁰⁵ (destaques originais).

Adverte o autor português que o seguro de responsabilidade civil e a cláusula de não indenizar “aparecem historicamente associados, com a finalidade comum de desonerar o lesante de responsabilidade, actuando embora por formas diversas”.²⁰⁶⁻²⁰⁷ E é justamente em razão dessa associação histórica, entre os dois institutos, que as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar passaram a ser vistas com menor hostilidade:

A ideia base é que tanto o seguro como as cláusulas de exclusão permitem ao devedor exonerar-se da responsabilidade, diminuindo assim, como referimos, o relevo atribuído à noção de responsabilidade moral e ao papel sancionatório desta, sobressaindo a nota de garantia. Por outro lado, se o segurado tem o ónus de pagar o respectivo prémio, também o devedor, beneficiário da cláusula exoneratória, concederá frequentemente certas vantagens ao credor, designadamente reduzindo o preço dos bens ou serviços, pelo que em ambos os casos se trataria de comprar a irresponsabilidade.²⁰⁸⁻²⁰⁹

Aguiar Dias também ressalta haver “grandes afinidades” entre o seguro de responsabilidade civil e a cláusula de não indenizar: “em um e outro instituto, o devedor da indenização se exonera da obrigação que, no seguro, passa para o segurador, e, na cláusula,

²⁰³ Ibidem, p. 84.

²⁰⁴ Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 37.

²⁰⁵ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 58-60.

²⁰⁶ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 134.

²⁰⁷ Também nesse sentido afirma Sílvio Rodrigues que “através da cláusula, há uma transferência da responsabilidade. Assim como o seguro, em que o risco é transferido para a mutualidade de segurados, na cláusula de irresponsabilidade o risco é transferido para a vítima” (*Direito civil: responsabilidade civil*, p. 179).

²⁰⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 134.

²⁰⁹ Também nesse sentido, PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade contratual*, p. 168-169.

desaparece, suportada que é pelo credor da reparação”. Embora, por um lado, reconheça que os institutos podem, eventualmente, fomentar a negligência do devedor, possibilitando, em maior escala, as lesões de bens e direitos, o autor ressalva que, por outro, assegura-se “em grau talvez maior, a reparação aos prejudicados”.²¹⁰ De fato, não se acredita que os mecanismos utilizados pelos devedores para minimizar o risco de pesadas indenizações sejam de todo prejudiciais aos credores. Ao revés, entende-se que o seguro de responsabilidade civil e a cláusula limitativa do dever de indenizar propiciam reparação ao credor, que, sem esses recursos, poderia ter dificuldade em obter a indenização devida. É verdade que, por meio desses mecanismos (em especial da cláusula limitativa do dever de indenizar), a reparação nem sempre será integral. No entanto, entre o risco de nada receber – que existe, por exemplo, quando impossível a prova da culpa do devedor ou, ainda, nos casos em que o magistrado arbitra valor muito elevado a título de indenização sem observar os critérios da moderação e da razoabilidade – e a possibilidade de receber parcialmente, o credor certamente preferirá essa última. Raciocínio similar vale para a cláusula de não indenizar: nos casos em que ela é convencionada, o credor nada receberá. Todavia, isso permitirá que o devedor disponha de recursos para garantir outras indenizações que sejam por ele devidas – o que, em larga escala, representa maior reparação à comunidade de credores.

Não constitui uma verdade absoluta, entretanto, a afirmação segundo a qual tanto o seguro de responsabilidade civil quanto a cláusula de não indenizar exonerariam o devedor do pagamento da indenização.²¹¹ Segundo ressalta Fábio Peres, nem sempre a contratação do seguro de responsabilidade civil pelo devedor terá o condão de lhe isentar do pagamento da indenização devida:

Não sendo o seguro de responsabilidade civil oponível em face do credor, à luz da acepção clássica do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, o devedor ainda poderá se ver obrigado a arcar – parcial ou integralmente – com os respectivos prejuízos materiais, tanto no caso de insolvência do segurador quanto, ainda, na hipótese de recusa justificada deste em cobrir integralmente o sinistro.²¹²

Não há dúvidas quanto à subsistência do dever de indenizar do segurado no caso de insolvência do segurador, já que o § 4º do artigo 787 do Código Civil brasileiro assim

²¹⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 26.

²¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 26.

²¹² *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 74-75.

expressamente determina: “subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente”. Já a situação de recusa justificada do segurador em cobrir integralmente o sinistro – que igualmente obrigaria o segurado a pagar parcial ou totalmente a indenização devida ao terceiro – ocorreria, segundo exemplo trazido por Fábio Peres, quando o dano fosse em montante superior ao valor contratado por meio do seguro de responsabilidade civil.²¹³

Contudo, ressalvadas essas situações excepcionais, é certo dizer que há entre a cláusula de não indenizar, a cláusula limitativa do dever de indenizar e o seguro de responsabilidade civil identidade de origem e de fim: todos derivam da mesma preocupação – qual seja, de encontrar uma solução à situação delicada que a multiplicação dos sinistros tende a criar, ou deixando sem compensação o prejudicado ou empobrecendo o devedor da reparação – e visam, todos, atender ao mesmo propósito: exonerar o devedor da obrigação de indenizar ou limitar o montante da indenização a ser paga.²¹⁴ Tal propósito – reitere-se – não será atingido com o seguro de responsabilidade civil quando presente uma das situações excepcionais apontadas anteriormente (insolvência do segurador ou recusa justificada desse em cobrir integralmente o sinistro).

Na doutrina francesa também reconhecem-se as semelhanças existentes entre o seguro de responsabilidade civil e as convenções de exclusão e de limitação do dever de indenizar. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas chegam mesmo a afirmar que tanto o seguro de responsabilidade quanto as por eles denominadas cláusulas de irresponsabilidade permitem ao devedor atingir idêntico resultado: “ne pas réparer le dommage qui pourra être causé”,²¹⁵ mas ressaltam: “l’assurance de responsabilité garantit à la victime la réparation, la clause d’irresponsabilité la laisse sans recours”.²¹⁶ É justamente nesse ponto que reside a principal diferença entre o seguro de responsabilidade civil e a cláusula de não indenizar: o primeiro propicia indenização ao credor, já a cláusula de não indenizar deixa-o sem reparação. Com efeito, no seguro de responsabilidade civil, o credor terá sua indenização paga pela comunidade de segurados, por meio do segurador;²¹⁷ já no

²¹³ Ibidem, p. 75, em nota de rodapé.

²¹⁴ Nesse sentido, DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 29.

²¹⁵ Tradução livre: “não reparar o prejuízo que possa ser causado”.

²¹⁶ Tradução livre: “o seguro de responsabilidade garante reparação à vítima, a cláusula de irresponsabilidade a deixa sem recurso” (*Leçons de droit civil*, p. 758).

²¹⁷ Nesse sentido, ensina Maria Helena Diniz: “Quem paga o sinistro é a seguradora, com os prêmios pagos pelos segurados. Por tal razão, o art. 764 requer a não devolução dos prêmios aos segurados, em caso da não ocorrência do sinistro. A seguradora é gestora do fundo, formado pelos mantenedores do mútuo (segurados); logo, na verdade quem paga a indenização é o próprio segurado” (*Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, p. 519).

caso da cláusula de não indenizar, não há pagamento de indenização: o credor fica irressarcido, arcando sozinho com as consequências do dano que lhe foi causado.

Pinto Monteiro observa, nesse particular, que o seguro de responsabilidade civil fundamenta-se em princípio de repartição social dos riscos e danos, enquanto a cláusula de não indenizar impõe que o dano seja suportado por única pessoa: o credor.²¹⁸ Na mesma linha é a conclusão de Ana Prata, que ressalta a diferença existente entre as posições ocupadas pelo segurador e pelo lesado: o segurador assume um amplo conjunto de riscos, que é redistribuído sobre a massa de segurados; já o lesado, não constituindo “empresa organizada em função da assunção de uma massa de riscos da mesma natureza e da sua compensação”, também não obtém por essa forma “a distribuição do encargo entre aqueles que criam ou aproveitam a situação de risco em causa”. Ademais, “o seguro de responsabilidade tem como efeito um substancial reforço da garantia do credor quanto à obtenção do ressarcimento a que venha a ter direito”, ao passo que a cláusula de não indenizar priva-o totalmente (ou quase) dessa garantia.²¹⁹

A ideia de que o seguro de responsabilidade civil constitui uma garantia de indenização ao credor é invocada com bastante frequência na doutrina,²²⁰ sendo reforçada no Brasil pela possibilidade conferida às vítimas de reclamar a indenização devida diretamente do segurador. Nessa esteira, as disposições dos artigos 101, II, do Código de Defesa do Consumidor e 788 do Código Civil.²²¹ aquele garante a prerrogativa à vítima na hipótese de estar falido o devedor; esse na hipótese de seguro obrigatório. Ressalte-se, porém, que os tribunais têm admitido a ação direta da vítima em face do segurador também nos casos de seguro facultativo, e não apenas nas relações de consumo em que tenha sido declarado falido o devedor, não obstante a disposição contida no artigo 787, § 3º, do

²¹⁸ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 135.

²¹⁹ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 170.

²²⁰ Ver, a propósito, Claudio Godoy, para quem “as hipóteses de responsabilidade securitizada não esgotam as opções da vítima, ao mesmo tempo que lhe garantem ao menos um piso ressarcitório. Mais, um mínimo indenizatório que prescinde de discussões laterais que ultrapassem a demonstração do dano e do nexo de causalidade com o ato ou atividade cobertos pelo risco” (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 43). Também nesse sentido, Fábio Peres assevera: “Enquanto na relação obrigacional qualificada por cláusulas contratuais de limitação ou exclusão do dever de reparar recaem sobre o próprio credor os ônus patrimoniais decorrentes do inadimplemento – diminuindo ou eliminando a possibilidade de se pleitear indenização –, o seguro de responsabilidade civil representa um reforço na sua posição jurídica, constituindo verdadeira ‘garantia de indenização’” (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 75).

²²¹ Como lembra Claudio Godoy, esse dispositivo legal é uma reiteração do quanto já se continha em legislação especial (Leis ns. 6.194/74 e 8.441/92) (*Função social do contrato*, p. 137).

Código Civil.²²² A tendência é verificada, ainda, no direito estrangeiro: conforme informam Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, o legislador francês igualmente confere à vítima uma ação direta contra o segurador, de modo que aquela, desde a ocorrência do dano, torna-se definitivamente titular da indenização securitária.²²³

Está claro, portanto, que, diferentemente da cláusula de não indenizar, o seguro de responsabilidade civil é mecanismo que garante o pagamento de indenização ao credor, evitando que fiquem sem reparação os danos a ele causados. Daí não se confundirem os institutos, embora, do ponto de vista do devedor, o seguro de responsabilidade civil possa, na maioria das vezes, produzir efeitos similares aos da cláusula de não indenizar, exonerando-o do pagamento da indenização devida.

3.2 A CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é, na mais sucinta definição doutrinária, uma convenção acessória, em que uma das partes (ou ambas) compromete-se a efetuar certa prestação em caso de inexecução da obrigação principal.²²⁴ Referindo-se às funções atribuídas ao instituto, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem entendem que a cláusula penal é pacto acessório que estipula multa ou pena para aquele que descumpre as obrigações contratuais, sendo “teoricamente” estimuladora da prestação, do cumprimento do contrato e, também, prefixadora da indenização, “teoricamente compensatória do inadimplemento”.²²⁵

²²² Nesse sentido, os seguintes julgados colacionados por Claudio Godoy: STJ, 3ª T., REsp 444.716/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.05.2004; STJ, 3ª T., REsp 228.840/RS, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.06.2000; STJ, 4ª T., REsp 257.880/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.04.2001; STJ, 4ª T., REsp 294.057/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.06.2001; STJ, 4ª T., REsp 401.718/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.09.2002; e STJ, 3ª T., REsp 444.716/BA, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.05.2004. O autor, porém, posiciona-se de forma contrária a essa tendência jurisprudencial, por entender que “o seguro facultativo de responsabilidade não é uma estipulação que se faz em favor da vítima, por isso que, em tese, não lhe sendo dado postular diretamente o benefício, como ocorre no seguro universalizado e social que é o seguro obrigatório. O seguro de responsabilidade é um seguro de reembolso, que pressupõe, antes, o pagamento pelo segurado ou o reconhecimento, em ação que lhe seja movida, de sua responsabilidade pelo evento danoso que vitimou o terceiro. Até de modo a que, nessa demanda, oferte o segurado a defesa que tiver, acima de tudo de seu conhecimento, e não da ciência do segurador. E, mais, de sorte a que não se submeta o terceiro à discussão de disposições contratuais as quais inclusive desconhece”. Nesse sentido, aresto relatado pelo autor, do 4º Colégio Recursal da Capital, São Paulo, Recurso n. 526-05, j. 30.03.2006 (*Função social do contrato*, p. 138).

²²³ *Leçons de droit civil*, p. 758.

²²⁴ ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 35.

²²⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais*. São Paulo: RT, 2003, p. 632.

Limongi França, em obra dedicada ao tema da cláusula penal, apresenta diversos conceitos de “autores luso-brasileiros”, de “autores brasileiros do passado” e de “autores brasileiros contemporâneos” para, enfim, formular o seu próprio conceito:

A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente.²²⁶

Na doutrina francesa, de forma mais concisa, mas realçando a dispensabilidade de prejuízo para que seja devida a cláusula penal, Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas asseveram que, pela sua criação, as partes buscam garantir a execução de uma obrigação inicial assumida pelo devedor e fixam previamente a soma (pena) que, em caso de inexecução ilícita imputável ao devedor, sancionará a sua falta independentemente da importância, e inclusive da existência do prejuízo sofrido pelo credor.²²⁷ Já na doutrina portuguesa, merece menção o conceito trazido por Nuno Manuel Pinto Oliveira, para quem a cláusula penal em sentido amplo consiste na convenção pela qual o devedor promete ao credor uma prestação para o caso de não cumprir ou de não cumprir perfeitamente a obrigação. Informa o autor que o conceito amplo de cláusula penal engloba as cláusulas penais indenizatórias e compulsórias:

(...) nas primeiras (*cláusulas penais indenizatórias*), o acordo das partes tem por finalidade liquidar a indemnização devida em caso de não cumprimento definitivo, de mora ou de cumprimento defeituoso; nas segundas (*cláusulas penais compulsórias*), o acordo das partes tem por finalidade compelir o devedor ao cumprimento e/ou sancionar o não cumprimento.²²⁸ (Destaques originais.)

Firme na lição de Pinto Monteiro, o autor explica que a função compulsivo-sancionatória é exercida pela fixação de uma pena que tanto pode *acrescer* ao cumprimento ou à indenização pelo não cumprimento (cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória) como pode *substituir* o cumprimento ou a indenização pelo não cumprimento (cláusula penal em sentido estrito).²²⁹

²²⁶ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7.

²²⁷ *Leçons de droit civil*, p. 771.

²²⁸ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 73-74.

²²⁹ *Ibidem*, p. 74.

Em verdade, inúmeras são as classificações a que a doutrina submete a cláusula penal. Segundo Limongi França, a confusão que existe em torno da matéria decorre da distinção feita por muitos autores entre cláusula penal compensatória e moratória, o que, a seu ver, estaria equivocado.²³⁰ Na busca por uma melhor sistematização da cláusula penal, o autor propõe oito critérios para a sua classificação, dentre os quais dois destacam-se como mais relevantes, quais sejam: o critério da extensão e o critério da função. Pelo primeiro critério (critério da extensão), a cláusula penal subdivide-se em *ampla* (ou genérica) e *específica*, sendo ampla aquela que visa garantir o credor quanto ao total inadimplemento da obrigação, e específica a que visa garantir aspectos particulares da obrigação ou das consequências do inadimplemento. A cláusula penal específica admite três finalidades, podendo servir para o caso de mora, para segurança de outra cláusula ou, ainda, para certas consequências da inexecução. Já pelo segundo critério (critério da função), a cláusula penal poderá ser *punitiva*, *compensatória* ou *liberatória*. Punitiva é a que tem por função estabelecer, tão somente, uma pena para o caso de inadimplemento. Compensatória é a que compensa as perdas e danos presumidos em virtude do inadimplemento, podendo ser *alternativa* ou *cumulativa*: no caso da alternativa, o credor pode exigi-la *em lugar* da obrigação, ao passo que, na cumulativa, o credor tem a faculdade de exigi-la *em conjunto* com a obrigação. E, por fim, liberatória é “aquela por cuja virtude, uma vez paga, o devedor se libera da obrigação”.²³¹ Daí concluir o autor que a cláusula compensatória *não* se opõe à moratória. É aquela uma das espécies de cláusula *quanto à função*, contrapondo-se à punitiva, e não à moratória. A moratória seria, no seu entender, “uma categoria das cláusulas *quanto à extensão*, variedade que é de cláusula *específica* (ou restrita), contrapondo-se à cláusula *ampla* ou *genérica*, e não à compensatória”²³² (destaques originais).

E, no que tange à cláusula liberatória, última das espécies identificadas pelo critério da função, ensina Limongi França ser essa “a cláusula penal *impropriamente considerada*”,²³³ também chamada de cláusula ou multa penitencial. Trata-se de figura ligada ao direito de arrependimento, que, por vezes, é confundida com a cláusula penal própria e não raro estipulada juntamente com essa. Ressalta o autor que a diferença básica entre uma e outra está no fato de que a cláusula penal própria destina-se a reforçar a

²³⁰ *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 135.

²³¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 126-127.

²³² *Ibidem*, p. 135.

²³³ *Ibidem*, p. 127.

obrigação e constitui um direito *a favor do credor*, ao passo que “a cláusula liberatória ou multa penitencial atua como agente de enfraquecimento da obrigação e se entende *a favor do devedor*”²³⁴ (destaques originais).

Paralelamente aos diferentes critérios de classificação propostos, o doutrinador também empreende investigação acerca da natureza da cláusula penal, ao que conclui ter ela uma tríplice feição, correspondente às três funções que ordinariamente, e de modo simultâneo, exerce em relação aos atos jurídicos a que é adjeta: a de reforço da obrigação, a de pré-avaliação dos danos e a de pena. E explica:

É reforço, porque efetivamente assume o caráter de garantia da obrigação principal. É pré-avaliação dos danos porque o seu pagamento é compulsório, independentemente de prova do prejuízo da inexecução ou da execução inadequada. E ainda mesmo que não haja prejuízo, o pagamento não deixa de ser devido. E, finalmente, é pena (...) porque significa uma punição, inflingida àquele que transgride a ordem contratual e, via de consequência, a própria ordem jurídica.²³⁵

A feição de reforço da obrigação seria, no entender do autor, a essência da cláusula penal. Segundo ele, “sempre que não for um reforço, deixa de ser pena convencional, passando a configurar-se como multa penitencial ou cláusula penal imprópria”.²³⁶

Com base na lição do referido jurista, pode-se inferir que as cláusulas penais *amplas* e *específicas* estão previstas no artigo 409 do Código Civil brasileiro, sendo ampla a que se refere à inexecução completa da obrigação e específica a que diz respeito a “alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”. Por seu turno, o artigo 410 do Código Civil trata da cláusula penal *ampla* e *compensatória alternativa*, que gera, como o próprio nome já diz, uma obrigação alternativa do devedor em relação ao credor, esclarecendo Limongi França que a alternatividade, na espécie, milita a favor do credor.²³⁷

Sendo alternativa a cláusula penal compensatória, a sua função é meramente substitutiva e nada tem de semelhante a uma pena. Vale dizer, ou o credor cobra o montante da cláusula, ou a obrigação: “se demanda a cláusula, embolsa-se apenas nos danos presumidos. Se demanda a obrigação, nada há de punitivo em relação ao descumprimento, mesmo porque o inadimplente sequer é devedor da pena”.²³⁸

²³⁴ Ibidem, p. 208.

²³⁵ Ibidem, p. 157.

²³⁶ Ibidem, p. 159.

²³⁷ Ibidem, p. 202-203.

²³⁸ Ibidem, p. 134.

Já no artigo 411 do Código Civil está prevista a cláusula penal *específica e compensatória cumulativa* – impropriamente chamada de moratória –, que confere ao credor “o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”. Observa Limongi França que a cláusula penal compensatória, seja alternativa ou cumulativa, “gera como efeito imediato o direito do credor de cobrá-la, como compensação dos danos sofridos com o inadimplemento”. Daí vislumbrar nessa espécie, mais do que em qualquer outra, o caráter de pré-avaliação dos prejuízos,²³⁹ lembrando que nada impede as partes de acordarem que “a pena prevista seja, por exemplo, apenas um mínimo, cabendo indenização pelos danos a maior, quer com referência ao total inadimplemento, à mora ou ainda a uma cláusula”.²⁴⁰

Quanto à cláusula penal punitiva, assinala o autor que tal espécie “não tem matriz em nenhum dispositivo específico”, de forma que o seu fundamento jurídico-natural seria o “poder, fundado na natureza das coisas, que têm as partes, de contratar tudo aquilo que, sem ferir direitos de quem quer que seja, antes, pelo contrário, sirva para o bom encaminhamento da vida dos negócios jurídicos”. Já o seu fundamento jurídico-positivo decorreria do princípio da autonomia da vontade. Daí concluir o jurista que as partes podem entabular cláusulas estritamente punitivas nos contratos e atos jurídicos em geral, desde que atendidos os limites da lei. Acrescenta que, se a cláusula compensatória alternativa refere-se a toda a obrigação e a compensatória cumulativa concerne à mora, a uma cláusula específica ou a uma parte da obrigação, “a cláusula punitiva pode ser estipulada tanto para aquele primeiro caso como para quaisquer destes últimos”. Por fim, admite Limongi França a possibilidade de a cláusula penal punitiva ser estipulada cumulativamente com as demais, desde que não infrinja nenhum preceito de ordem pública.²⁴¹

Como bem observa Fábio Peres, trata-se a cláusula penal do instituto que mais se assemelha às cláusulas limitativas do dever de indenizar, já que ambos “se projetam sobre o momento patológico de determinada obrigação, intentando traçar, cada qual ao seu modo, regras específicas que delimitem previamente o dever de reparar”.²⁴² O autor destaca, ainda, o caráter acessório das duas espécies de convenção e o fato de não subtraírem do credor a possibilidade de utilizar outros mecanismos para se proteger de

²³⁹ Ibidem, p. 202.

²⁴⁰ Ibidem, p. 136-137.

²⁴¹ Ibidem, p. 206-207.

²⁴² *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 66.

eventual inadimplemento do devedor.²⁴³ Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas também veem semelhanças entre os institutos, chegando mesmo a classificar as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar e as cláusulas penais como espécies de convenções concluídas entre futuros responsáveis e vítimas eventuais que têm por objeto a responsabilidade (“les conventions de responsabilité”).²⁴⁴

Inegável, deveras, a semelhança existente entre a cláusula penal e a cláusula limitativa do dever de indenizar, já que tanto uma quanto outra asseguram a reparação do dano, seja estabelecendo um montante fixo a ser pago ao credor (caso da cláusula penal, que, inclusive, é devida independentemente da alegação de prejuízo), seja limitando o valor da indenização (caso da cláusula limitativa). Diferente é a cláusula de não indenizar, que afasta por completo a indenização devida em caso de inadimplemento, deixando o credor irressarcido. Aguiar Dias afirma, por isso, que a cláusula de não indenizar é exageração da cláusula penal, em seu aspecto de acerto do dano.²⁴⁵ Para o jurista, ambos os institutos servem ao interesse do equilíbrio jurídico, “de concertar previamente as consequências da responsabilidade, eliminando o arbítrio e a imprecisão, sempre de temer, em matéria de liquidação de danos”, diferenciando-se, contudo, pela ausência, na cláusula de não indenizar, do caráter de pena, “que, na cláusula penal, pode existir, ao lado do de reparação de perdas e danos”.²⁴⁶

Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas também vislumbram na cláusula penal o caráter de pena: “si cet objectif de prévention n’est pas réalisé, la clause pénale se mue en instrument de répression: la peine, fixée dans la clause, sanctionne le comportement illicite du débiteur”.²⁴⁷ A questão é controvertida. Gustavo Tepedino afirma que as codificações contemporâneas “afastam-se progressivamente da concepção de sanção, ao menos no caso da cláusula penal compensatória”, que seria, segundo os critérios de classificação propostos por Limongi França, a cláusula penal compensatória alternativa, prevista no artigo 410 do Código Civil brasileiro. Para Tepedino, “ao contrário da cláusula penal moratória [artigo 411 do Código Civil], destinada a reforçar a possibilidade de cumprimento da obrigação”, a finalidade da cláusula penal dita compensatória “é a de

²⁴³ Esse ponto será melhor desenvolvido no Capítulo 6 da Segunda Parte.

²⁴⁴ *Leçons de droit civil*, p. 759-760.

²⁴⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 22.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 22-23.

²⁴⁷ *Leçons de droit civil*, p. 772. Tradução livre: “se esse objetivo de prevenção não é realizado, a cláusula penal se transforma em instrumento de repressão: a pena, fixada na cláusula, sanciona o comportamento ilícito do devedor”.

facilitar o credor com a pré-liquidação das perdas e danos”.²⁴⁸ Comparando-se essa posição com as lições de Limongi França, verifica-se que, também no entender desse último, a cláusula penal compensatória alternativa prevista no artigo 410 do Código Civil tem função meramente substitutiva, nada tendo de semelhante a uma pena.²⁴⁹ No entanto, admite Limongi França a possibilidade de a cláusula penal punitiva ser estipulada cumulativamente com as cláusulas penais compensatórias alternativa e cumulativa, desde que não infrinja nenhum preceito de ordem pública.²⁵⁰ Ainda de acordo com o autor, o caráter punitivo da cláusula penal “não se lhe desfigura a natureza fundamental, porque punir também é um meio de se reforçar”, sendo por essa razão, aliás, que se fala em pena cominatória, “expressão que engloba as duas ideias aludidas, a saber, a da punição e do reforço”.²⁵¹

Em que pese a controvérsia existente a respeito do assunto, o que importa ter em mente é que a feição punitiva – quando se considere tê-la a cláusula penal – será um fator de distinção não apenas entre a cláusula penal e a cláusula de não indenizar mas também entre aquela e a cláusula limitativa do dever de indenizar. Nas palavras de Sílvio Venosa: “distingue-se [a cláusula limitativa] da cláusula penal, porque na limitação estará ausente a noção de pena. Seu conteúdo é exclusivamente indenizatório”.²⁵²

Além da questionável função punitiva e conforme já se examinou, duas outras funções são atribuídas à cláusula penal: antecipar a liquidação dos danos e compelir o devedor a adimplir.²⁵³ É justamente em torno dessa última que gravitam as principais divergências entre a cláusula penal e a cláusula limitativa do dever de indenizar.²⁵⁴ Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, sobre a função coercitiva da cláusula penal, ensinam: “il s’agit d’une arme de dissuasion: la clause est un accord de volontés dont l’aspect comminatoire est très marqué et qui est destinée, par la menace de la peine

²⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 23, jul./set. 2005, p. 3.

²⁴⁹ *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 134.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 206-207.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 206.

²⁵² *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 61. Também, nesse sentido, Roberto Rosas: “A cláusula limitativa distingue-se da cláusula penal porque na primeira há estipulação até determinado grau, ao passo que na segunda há a função de pena previamente estabelecida” (Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade, p. 12)

²⁵³ Nesse sentido, LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 157 e ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 65.

²⁵⁴ Segundo Fábio Peres, inexistente “identidade funcional entre as figuras” (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 69).

contractuellement fixée, à prévenir l'inexécution".²⁵⁵ Essa função – que, segundo Limongi França, é da essência da cláusula penal²⁵⁶ – não é verificada na cláusula limitativa do dever de indenizar. Nesse sentido, Pinto Monteiro:

Enquanto a segunda [cláusula limitativa] *esgota* a sua função ao nível do *quantum* indenizatório, a cláusula penal está *vocacionada* para exercer uma outra função: uma função *coercitiva*, de estímulo ao cumprimento, pela ameaça que a pena traduz. Esta função *cominatória* revela que a cláusula penal será fundamentalmente um instrumento de garantia e de defesa do credor, ao passo que a cláusula limitativa serve os interesses do devedor.²⁵⁷ (Destaques originais.)

É em virtude dessa diversidade funcional que se diz ser a cláusula limitativa “invocável pelo devedor”, e a penal, “alegável pelo credor”,²⁵⁸ chegando-se inclusive a afirmar que, sendo uma garantia do cumprimento ou um reforço da obrigação principal, a cláusula penal teria, na sua conformação comum, “a eficácia prática de uma cláusula de *agravamento* da responsabilidade do devedor”.²⁵⁹

Explica Ana Prata ser usual que a cláusula penal “se concretize num montante previsivelmente excedente do valor dos danos”,²⁶⁰ embora advirta que bem pode, inversamente, “traduzir-se num montante previsto como inferior ao dos danos ou como tendencialmente equivalente ao deles”.²⁶¹ A autora cita, ainda, os exemplos alemão, suíço e espanhol, que admitem que o credor seja indenizado para além do quantitativo da pena convencional – o que, aliás, ocorre também no Brasil, desde que as partes hajam previamente ajustado (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil) –, concluindo, porém, que o mais comum é que “a cláusula penal surja concebida como uma cláusula aleatória, consubstanciada numa inalterável fixação convencional antecipada do quantitativo indemnizatório”.²⁶² Eis aí, portanto, mais uma importante diferença entre a cláusula penal e a cláusula limitativa do dever de indenizar, que também não passa despercebida por Pinto Monteiro:

²⁵⁵ *Leçons de droit civil*, p. 772. Tradução livre: “trata-se de uma arma de dissuasão: a cláusula é um acordo de vontades cujo aspecto cominatório é muito forte e que se destina, pela ameaça da pena fixada contratualmente, a prevenir a inexecução”.

²⁵⁶ *Teoria e prática da cláusula penal*, p. 159.

²⁵⁷ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 146.

²⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 25. No mesmo sentido, AMIGO, Manuel Garcia. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 119 e LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 174.

²⁵⁹ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 52.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 53.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 54.

²⁶² PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 55.

Enquanto esta [cláusula limitativa do dever de indenizar] fixa o *limite máximo* que a indemnização poderá atingir – não podendo o credor receber mais do que o convencionado, mas recebendo menos se o dano for inferior àquele ‘tecto’ –, a cláusula penal, diversamente, estabelece um valor fixo, *invariável*, seja qual for, em princípio, o dano do credor. É uma forma de *liquidação* do dano, ao contrário da cláusula limitativa, não prescindindo esta (...) do critério legal aplicável ao cálculo da indemnização.²⁶³⁻²⁶⁴

De fato, a cláusula penal substitui integralmente o regime legal de quantificação da indenização:²⁶⁵ o valor a ser pago ao credor será aquele convencionado entre as partes, independentemente da extensão do dano – como antes foi mencionado, o credor somente fará jus a indenização suplementar se tal houver sido anteriormente ajustado (artigo 416, parágrafo único, do Código Civil brasileiro). Já a limitação convencional da indenização não evita a liquidação dos danos, que terá lugar sempre que houver interesse das partes. O interesse pode ser do devedor, se pretender pagar indenização em valor inferior ao limite fixado (o que acontecerá quando o valor dos danos não atingir o teto estabelecido na convenção); ou do credor, se pretender receber o máximo do montante estabelecido na avença (hipótese em que deverá provar que os danos atingiram ou superaram o limite convencionado).

Na hipótese de o montante fixado a título de cláusula penal vir a ser inferior ao dano, e não tendo sido acordado que o credor poderá pleitear indenização suplementar, o *quantum* indenizatório ficará limitado à pena estabelecida, funcionando a cláusula penal como cláusula limitativa do dever de indenizar. Christelle Coutant-Lapalus entende que a cláusula penal conserva seu caráter cominatório mesmo quando seu montante é inferior ao prejuízo; apenas quando se tratar de valor irrisório é que se poderá “requalificar” a cláusula como limitativa do dever de indenizar. É que, então, a cláusula não terá sido *casualmente* inferior ao valor do prejuízo sofrido, mas, sim, *deliberadamente* fixada em montante manifestamente irrisório.²⁶⁶ Por seu turno, Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas assinalam que, exercendo função limitadora do montante reparatório, a cláusula penal enfrentará os mesmos obstáculos que uma convenção de exoneração parcial do dever de indenizar, vale dizer, não será admitida em caso de dolo ou culpa grave,

²⁶³ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 145-146.

²⁶⁴ Christelle Coutant-Lapalus também distingue a cláusula penal da cláusula limitativa do dever de indenizar pelo fato de a primeira definir um *forfait* (soma fixa e invariável), e a segunda fixar um *plafond* (limite máximo que a indenização poderá atingir). (*Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 260).

²⁶⁵ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 67.

²⁶⁶ *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, p. 261.

tampouco em caso de dano causado à pessoa do credor.²⁶⁷ No entanto, mesmo que se possa, nessas situações, dirigir-lhes o mesmo tratamento, permanecerão, ainda assim, traços de distinção entre a cláusula penal e a cláusula limitativa do dever de indenizar: “o credor pode exigir a pena sem ter de provar a existência de prejuízos, ou a sua extensão, diferentemente do que acontece tratando-se de uma cláusula limitativa”.²⁶⁸

Todavia, como aponta Ana Prata, o montante previsto na cláusula penal poderá ser superior ao valor dos prejuízos efetivamente verificados no caso concreto. Nesse caso, o credor receberá então valor maior do que o que lhe seria devido a título de indenização, havendo, nesse aspecto, importante diferença entre a cláusula penal e a limitativa do dever de indenizar, por ser essa última “instrumento incapaz de desempenhar esse resultado, por afrontar diretamente sua função ínsita de restringir a indenização”.²⁶⁹ Note-se, contudo, que o valor fixado a título de cláusula penal será reduzido equitativamente pelo juiz “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (artigo 413 do Código Civil brasileiro).²⁷⁰

Em suma, uma das funções – mas não a única – da cláusula penal compensatória, que, na expressão de Limongi França, pode ser alternativa ou cumulativa, é *prefixar* o montante da indenização devida pelo contratante que, culposamente, deixa de cumprir a obrigação ou se constitui em mora (artigo 408 do Código Civil brasileiro), independentemente de prova do dano pelo credor. De modo diverso da cláusula limitativa do dever de indenizar, a cláusula penal não tem por função *limitar* a indenização; tanto é assim que, em determinadas hipóteses, seu valor poderá, inclusive, superar o montante dos prejuízos verificados no caso concreto.

²⁶⁷ *Leçons de droit civil*, p. 772. Os obstáculos mencionados pelos autores franceses, que se impõem à admissibilidade das cláusulas de exoneração integral e parcial do dever de indenizar, serão estudados na Segunda Parte deste trabalho.

²⁶⁸ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 145-146.

²⁶⁹ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 69.

²⁷⁰ Segundo ensinam Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, o direito francês autoriza o juiz a reduzir o valor fixado a título de cláusula penal apenas na hipótese de a obrigação principal ter sido parcialmente cumprida (*Leçons de droit civil*, p. 773).

4

INSTITUTOS AFINS

Há institutos que não constituem propriamente “fórmulas de equilíbrio entre as exigências da reparação e as da conservação da atividade responsabilizada”,²⁷¹ mas que, da mesma forma que o seguro de responsabilidade civil e a cláusula penal, aproximam-se, sob determinados aspectos, das cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar. Exemplos desses institutos são a transação, a renúncia e o consentimento do ofendido, os quais serão analisados a seguir.

4.1 A TRANSAÇÃO E A RENÚNCIA

Transação é, nas palavras de Orlando Gomes, “o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica”.²⁷² Explica o autor que está em decadência a doutrina restritiva do conceito de contrato – que o limita a um negócio jurídico destinado unicamente a criar obrigações –, admitindo-se, modernamente, “que também têm natureza contratual os negócios jurídicos bilaterais *modificativos* ou *extintivos das obrigações*” (destaques originais). Daí ter o Código Civil de 2002 passado a incluir a transação entre os contratos em espécie.²⁷³

Dispõe o artigo 840 do Código Civil brasileiro: “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Amparando-se na redação do dispositivo legal,²⁷⁴ Aguiar Dias afirma que a cláusula de não indenizar seria então “espécie do gênero transação, porque essa não repele a forma preventiva”.²⁷⁵ Há divergência na doutrina quanto ao ponto. Para Ana Prata, Roberto Rosas e Fábio Peres, os institutos distanciam-se pelo fator temporal, já que a transação e a cláusula de não indenizar intervêm, cada qual, em momentos distintos. Afirma Ana Prata que “a cláusula

²⁷¹ Na já citada lição de Aguiar Dias (*Cláusula de não indenizar*, p. 20).

²⁷² GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 544.

²⁷³ *Ibidem*, p. 543-544.

²⁷⁴ Note-se que o dispositivo legal mencionado por Aguiar Dias é o artigo 1.025 do Código Civil de 1916, que foi integralmente reproduzido no Código Civil de 2002 (artigo 840).

²⁷⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 30.

de irresponsabilidade [é] necessariamente acordada antes da constituição do direito à indenização ou da verificação do dano, a transação [é] obrigatoriamente posterior a essa constituição ou verificação”.²⁷⁶ Roberto Rosas prefere falar em “surgimento do fato jurídico que dá origem ao ressarcimento”, para argumentar que a cláusula de não indenizar seria anterior a ele.²⁷⁷ Fábio Peres, por sua vez, sustenta que, ainda que a transação seja preventiva, “a situação jurídica potencialmente geradora do litígio está previamente posta entre as partes, já tendo ocorrido os eventos sobre os quais giram as controvérsias, embora não necessariamente exauridos todos os seus possíveis efeitos e danos”.²⁷⁸

Não se acredita acertado, entretanto, o raciocínio de que as figuras distinguir-se-iam pelo aspecto temporal. Ao que parece, também no caso da cláusula de não indenizar, a “situação jurídica potencialmente geradora do litígio” está previamente posta entre as partes. Justamente porque há incerteza em determinada relação jurídica, da qual poderá advir como consequência o pagamento de indenização de uma parte à outra, é que ambas optam por convencionar a exclusão ou a limitação do dever de indenizar.

Observe-se, aliás, que mesmo no caso da responsabilidade civil extracontratual, em que não existe propriamente uma relação jurídica preestabelecida, pode se verificar, muitas vezes, uma situação de incerteza, potencial causadora de litígio; daí ter condições o devedor, nessas hipóteses, de fazer uma previsão quanto aos possíveis danos que decorrerão de sua atividade e de identificar os indivíduos – ou pelo menos alguns deles – que serão atingidos, de modo a poder se precaver, por exemplo, por meio de uma convenção exoneratória ou limitativa do dever de indenizar.²⁷⁹

Portanto, ao que se entende, seja na transação, seja na exclusão ou na limitação convencional do dever de indenizar, há uma incerteza que é eliminada contratualmente mediante concessões recíprocas. A mais autorizada doutrina reconhece que a transação em sua forma preventiva afasta “a incerteza dos direitos que cada interessado supõe ter, fazendo-se uma composição amigável”,²⁸⁰ o que se verifica também nas convenções excludentes e limitativas do dever de indenizar, pois é incerta não apenas a possibilidade de uma das partes vir a ser obrigada a pagar indenização à outra mas também o montante indenizatório, que dependerá, evidentemente, da existência de danos e da extensão desses no caso concreto. Dito de outra forma: a cláusula de não indenizar e a limitativa do dever

²⁷⁶ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 164.

²⁷⁷ Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade, p. 12.

²⁷⁸ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 81.

²⁷⁹ Voltar-se-á ao ponto no Capítulo 9, da Segunda Parte.

²⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 545.

de indenizar prestam-se, tal como a transação, a evitar um litígio, eliminando a incerteza que de todo litígio naturalmente decorre, em especial quanto ao dever reparatório. Daí ser correto, segundo se acredita, afirmar que, ao antecipadamente convencionarem o afastamento total ou parcial da eventual e futura indenização, as partes efetivamente transacionam quanto à reparação dos danos. Nesse sentido, o entendimento de Junqueira de Azevedo, para quem a cláusula de não indenizar “no fundo, se constitui numa transação sobre os riscos”.²⁸¹

Ressalte-se, todavia, que essa não é a única consequência do inadimplemento contratual que poderá ser objeto de litígio entre as partes. Outras questões litigiosas igualmente decorrem do descumprimento do contrato. Note-se, por exemplo, que o credor poderá requerer em juízo o cumprimento da obrigação ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento, ou ainda, se preferir, poderá pretender a resolução do contrato.²⁸² Evidentemente, a cláusula de não indenizar não terá o condão de prevenir litígios desse jaez. Fábio Peres, chamando a atenção para essas questões, chega a afirmar que a transação e a cláusula excludente do dever de indenizar incidem sobre objetos manifestamente diversos:

Enquanto a transação se projeta sobre uma determinada situação jurídica litigiosa preestabelecida, a cláusula de não indenizar recai sobre eventual e futura obrigação de indenizar, não tendo o condão de prevenir ou terminar litígios. Com efeito, (...) na hipótese de inadimplemento de determinada obrigação assumida pelo outro contratante, a existência de uma cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de indenizar aplicável a tal situação concreta não afastará da parte prejudicada, por exemplo, a possibilidade de requerer em juízo a execução específica da obrigação violada ou então de pleitear a resolução do contrato, o que por si demonstra a diversidade de natureza funcional entre os institutos.²⁸³

No mesmo sentido é a opinião de Ana Prata, para quem a transação caracteriza-se “de forma marcadamente diversa das cláusulas exoneratórias”, tanto funcional quanto estruturalmente, pois tem por objetivo a prevenção de um litígio ou a sua conclusão e opera por meio do abandono recíproco de posições.²⁸⁴ Não se acede a esse entendimento. Ao revés, ao que se acredita, há grande proximidade entre a transação e as cláusulas limitativa e exoneratória do dever de indenizar, até porque a existência de concessões recíprocas é

²⁸¹ 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, p. 201.

²⁸² Essa matéria será tratada de forma mais detida no Capítulo 6, da Segunda Parte.

²⁸³ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 79-80.

²⁸⁴ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 166.

pressuposto em todos esses institutos. Na transação, é “necessário que haja *concessões mútuas*, de qualquer teor. Concessões feitas somente por um dos interessados implicam *renúncia* ou reconhecimento do direito do outro. Tudo conceder sem nada receber não é transigir”.²⁸⁵ O mesmo requisito faz-se necessário para a validade das cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar, devendo haver compensação legítima à falta de indenização, conforme será examinado de forma mais detida no item 8.1.1, da Segunda Parte deste trabalho.

É mister ressaltar, no entanto, que a cláusula de não indenizar (ou a cláusula limitativa do dever de indenizar) deve ser sempre pactuada anteriormente ao inadimplemento da obrigação à qual se refere, aproximando-se mais, por isso, da transação preventiva. Não se cogita de cláusula de não indenizar (tampouco da limitativa do dever de indenizar) quando as partes convencionam o não pagamento da indenização (ou a redução desta) apenas após a ocorrência do dano. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas distinguem a cláusula de não indenizar da transação levada a efeito após a ocorrência do dano, que tem por objeto a reparação devida e cuja validade é inquestionável:

Le droit à une réparation, tel qu’il est fixé par la loi, peut, sans aucun doute, se trouver valablement modifié par une convention conclue entre la victime et le responsable après la réalisation du dommage; une telle convention constitue une transaction; et le législateur ne prohibe qu’exceptionnellement les transactions, par exemple en matière d’accidents du travail.²⁸⁶

Na mesma linha, Aguiar Dias observa que a cláusula de não indenizar, com seu caráter preventivo, deve ser diferenciada do acordo posterior entre as partes sobre a indenização, “cuja validade não é objeto de controvérsia, pois é sempre possível renunciar a indenização devida a título de reparação civil”.²⁸⁷ Ainda sobre o ponto, assevera Ana Prata:

Assim que, nada se opondo a um acordo modificativo ou extintivo de uma existente obrigação pecuniária (como o é, tipicamente, a obrigação de indemnizar), a transação sobre a indemnização não sofra qualquer das objecções que a cláusula de irresponsabilidade suscita.²⁸⁸

²⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 544.

²⁸⁶ *Leçons de droit civil*, p. 759. Tradução livre: “O direito à reparação, que é previsto pela lei, pode, sem nenhuma dúvida, ser validamente modificado por uma convenção concluída entre a vítima e o responsável após a ocorrência do dano; tal convenção constitui uma transação; e o legislador proíbe apenas excepcionalmente as transações, por exemplo em matéria de acidentes do trabalho”.

²⁸⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 31.

²⁸⁸ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 165.

Ao que se acredita, não há, de fato, impedimento a que o credor, posteriormente à verificação do dano, renuncie ao direito de receber indenização. Nessa hipótese, o credor estará diante de direito já existente e, por força do princípio da autonomia privada, poderá renunciar à reparação que lhe seria devida.²⁸⁹ O direito à indenização nada mais é que um direito de crédito e, portanto, é renunciável. Nas palavras de Pontes de Miranda:

Com o dano e a composição do suporte fático da regra jurídica sobre responsabilidade, que incide na espécie e no caso, nasce o direito à indenização, *direito de crédito*. Tal direito, de ordinário, é transmissível, renunciável e dispensável. Mesmo se o fato ilícito absoluto atingiu a pessoa, física ou psicicamente, o direito, que resulta, é direito patrimonial.²⁹⁰

Daí afirmar o autor que a discussão em torno de poder, ou não, o obrigado exonerar-se da responsabilidade por ato ilícito só tem sentido em se tratando de ato de vontade prévio, anterior ao dano, “porque posteriormente, após o dano, qualquer limitação ou supressão pode ser obtida segundo os princípios gerais de direito”.²⁹¹

Não se vê óbice, no entanto, à renúncia antecipada, pois inegável que a cláusula de não indenizar contém uma renúncia prévia à indenização.²⁹² Não se trata, contudo, de uma renúncia pura e simples; ao revés, a renúncia contida na cláusula de não indenizar deve ser legitimamente recompensada pelo beneficiário da renúncia – é o que se verá mais adiante, no item 8.1.1, da Segunda Parte deste trabalho.

Como é amplamente sabido, a renúncia jamais se presume, decorrendo daí ser mandatório, nas cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar, o consentimento expresso do credor. É justamente o que conclui Giselda Hironaka, ao afirmar que a bilateralidade constitui traço obrigatório da cláusula de não indenizar “exatamente porque sua fixação implica renúncia daquele que a aceita, isto é, daquele que poderá vir a sofrer o dano sem o correspondente ressarcimento. E, sabe-se, a renúncia há de ser expressa, pois que não se a presume, jamais”.²⁹³

²⁸⁹ Nesse sentido, STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 222. Para o autor, a decisão de renunciar à indenização é tão possível como a de não ingressar com a ação de reparação de danos.

²⁹⁰ *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 123.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 131.

²⁹² Nesse sentido o entendimento de Junqueira de Azevedo que, ao emitir parecer sobre determinada cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes, afirmou que a cláusula conteria uma renúncia prévia à indenização, “que se constitui, como é evidente, no lado negativo da cláusula de não indenizar” (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, p. 204).

²⁹³ HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 155-156.

Há que se ressaltar, entretanto, ser também possível a renúncia pura e simples da vítima à indenização pelo dano causado, ou seja, a renúncia isolada, não contida no bojo de uma cláusula de não indenizar. Tal renúncia, todavia, somente pode ser admitida após a ocorrência do dano. É o que ensina Caio Mário:

De qualquer modo, a renúncia somente pode ter por objeto direito existente. Não vale em relação a direito futuro. Vale dizer: não terá validade a declaração de uma pessoa renunciando a eventuais direitos, na hipótese de vir a sofrer um dano. Somente depois de ocorrido este, quando tem nascimento a pretensão dedutível em juízo (*Anspruch*), será eficaz a declaração abdicativa do direito à reparação.²⁹⁴

Registre-se, apenas e por fim, que essa renúncia não pode ter por objeto direitos indisponíveis. Novamente nas palavras de Caio Mário: “a renúncia envolve um interesse meramente privado de seu titular (...). Vale dizer que são irrenunciáveis os direitos públicos, bem como os que envolvem matéria de ordem pública”.²⁹⁵

Em resumo, é dado ao credor renunciar ao direito de receber indenização sem auferir nenhuma compensação em decorrência desse ato, desde que o faça após a ocorrência do dano, e que a indenização objeto da renúncia refira-se tão somente a danos patrimoniais. Nesse último ponto, assemelha-se tal renúncia àquela contida na cláusula de não indenizar, pois também essa não pode incidir sobre direitos indisponíveis.

4.2 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Como já mencionado no item 1.2, o consentimento do ofendido é considerado, por parte da doutrina, como causa excludente de ilicitude, havendo dentre os que assim entendem autores brasileiros e portugueses.²⁹⁶ Enquanto, no caso brasileiro, a classificação do consentimento da vítima como excludente de ilicitude decorre de construção doutrinária, no caso de Portugal ela advém de expressa disposição legal, estabelecendo o artigo 340º do Código Civil português que “o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão”.

²⁹⁴ *Responsabilidade civil*, p. 307.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 306.

²⁹⁶ Ver, por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 54; HIRONAKA, Giselda. *Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*, p. 148; STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 222-223; e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 130.

Em se entendendo tratar-se de excludente de ilicitude, o consentimento do ofendido seria, então, causa apta a excluir a própria responsabilidade civil do agente, e não simplesmente o dever de indenizar, que é efeito próprio da cláusula de não indenizar. Acede-se a essa opinião, ou seja, ao que se acredita, o consentimento do lesado tem, efetivamente, o condão de elidir a responsabilidade do agente, senão por afastar a ilicitude do ato danoso, porque elimina o próprio nexo causal entre o dano e a atividade desenvolvida por seu autor.

A eliminação do nexo causal decorreria do fato de que, com a aceitação do dano, a vítima toma para si a responsabilidade. Assim, a aceitação do dano equivaleria à aceitação da transferência, para a vítima, da responsabilidade que, de outra forma, recairia sobre o autor do dano. O argumento encontra amparo no entendimento daqueles que, como Caio Mário e Claudio Godoy, consideram o consentimento do ofendido inserido no plano do fato da vítima²⁹⁷ – que, como se viu no item 1.2, é circunstância apta a quebrar o nexo causal. A construção de que o consentimento do lesado elimina a responsabilidade por quebrar o nexo causal deve-se, ademais, à dificuldade de se sustentar, em alguns casos, a exclusão da ilicitude do ato danoso como sua consequência. E, dado o consenso que existe na doutrina e na jurisprudência quanto ao fato de que o consentimento do ofendido acarreta a exclusão da responsabilidade civil do agente, é mister que se encontre fundamento para tanto.

A classificação do consentimento da vítima como excludente de ilicitude não se sustenta, por exemplo, no caso de dano resultante de atividade que, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Já se valeu da lição de Claudio Godoy, no item 1.2 acima, para demonstrar que o referido dispositivo legal não exige que seja anormal ou ilícita a atividade causadora do dano para que se configure a responsabilidade objetiva ali prevista. Vale aqui, portanto, a mesma lógica que lá se utilizou para concluir que a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade não operam como excludentes de responsabilidade objetiva. Em outras palavras, se é lícita a atividade causadora do dano – e mesmo assim recai, sobre o agente, o dever de indenizar –, não excluirá a responsabilidade desse um fato que tenha por consequência apenas o afastamento da ilicitude da atividade. É que – repita-se – a atividade da qual resulta o dano já é lícita e, mesmo nessa condição, é

²⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 299 e GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 171.

apta a gerar responsabilidade. Daí inferir-se que a exclusão da responsabilidade em casos tais somente ocorre quando inexistente o dano ou nexo causal.

Considerando-se, portanto, que o consentimento do ofendido quebra o nexo causal, ter-se-á como consequência o afastamento da responsabilidade do agente, ainda que desenvolva atividade *lícita*, que, por sua natureza, implique risco para os direitos de outrem. De outra forma, ou seja, admitindo-se que o consentimento do ofendido operaria tão somente como excludente de ilicitude, ele *não* seria causa apta a afastar a responsabilidade do agente nos casos previstos pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro; solução, que, todavia, não parece ser a mais acertada.²⁹⁸

Consoante já se adiantou, tanto a doutrina como a jurisprudência pátrias entendem que o consentimento do ofendido tem, em tese, o condão de excluir a responsabilidade do agente. Caio Mário, a esse respeito, afirma que “em princípio, [o consentimento da vítima] tem por efeito interdizer-lhe demandar a reparação do dano”. Adverte, porém, que “o problema reside na indagação se a vítima consentiu efetivamente no dano, ou se aceitou correr certos riscos como no caso das atividades esportivas (...), senão para excluir, ao menos para levar à partilha da reparação”.²⁹⁹ Já Claudio Godoy, referindo-se à “assunção do risco pela vítima”,³⁰⁰ afirma ser “comum hipótese em que se considera excluída a responsabilidade do agente por evento danoso que lhe sobrevenha”, ressalvando, no entanto, que somente gerará irresponsabilidade o consentimento *esclarecido* da vítima, “alguém que, dele totalmente ciente, delibera assumir para si o risco da ocorrência lesiva”.³⁰¹ A jurisprudência também confere relevância ao esclarecimento da vítima quando de seu consentimento. Em julgado bastante recente, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo dividiu-se ao decidir caso em que a autora engravidara após ter sido submetida a procedimento cirúrgico de laqueadura. O desembargador vencido, Ênio Santarelli Zuliani, entendeu que a prova coligida aos autos não demonstrara que a autora, ao manifestar seu assentimento com a laqueadura, estava “esclarecida de todos os riscos do procedimento” e, por isso, manteve incólume o dever de indenizar dos

²⁹⁸ Nesse sentido, o entendimento de Claudio Godoy, para quem a responsabilidade inculpada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro admite causas excludentes, como o fato da vítima e a assunção de risco pela vítima (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 162 e 171).

²⁹⁹ *Responsabilidade civil*, p. 299.

³⁰⁰ Ana Prata distingue as figuras do consentimento do lesado, da assunção voluntária dos riscos e da “Handeln auf eigene Gefahr”, princípio concebido pelos juristas alemães como um fenômeno diverso do consentimento da vítima, que se constrói “a partir de uma real ou fictícia comparticipação da vontade do lesado no facto danoso, não tendo como resultado a transformação do ilícito em lícito” (*Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 151-155 e 162).

³⁰¹ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 171-172.

réus, que deveriam responder, a seu ver, por falha no dever de informação. Já os desembargadores vencedores partiram do pressuposto de que a realização da cirurgia de laqueadura decorreria de consentimento da autora, “outorgado após uma avaliação, inclusive de riscos”, concluindo ser indevida, *in casu*, qualquer indenização.³⁰²

Além de ponderar que o consentimento da vítima deve ser qualificado pelo esclarecimento, Claudio Godoy também adverte, forte na lição de Pietro Trimarchi, que “a voluntária exposição ao risco não servirá de eximente quando ela, a exposição, seja necessariamente ‘pertinente’ (...) à atividade desenvolvida”. O exemplo citado pelo autor é o do empregado cuja função forçosamente exige o desempenho de atividade indutiva de especial risco, como na atividade de transporte em relação ao passageiro.³⁰³ Nesses casos, não é dado ao empregado recusar-se à exposição aos riscos, daí não se poder dizer ser efetivamente voluntária e esclarecida a assunção de riscos. Por essa razão, entende-se que não se poderia mesmo admitir a exclusão de responsabilidade do empregador em circunstâncias como tais.

Ainda a respeito do consentimento do lesado, Caio Mário observa que “a aceitação do dano material pode ser acolhida como defesa”, mas o mesmo não se dá em relação ao dano corporal, “quando é de se apurar se o consentimento tem causa justificada, como no caso de ser consequente a uma intervenção cirúrgica ou uma transfusão de sangue. Não havendo justa causa (como em um duelo) impera o princípio da responsabilidade civil”.³⁰⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que “o consentimento do ofendido só opera como excludente de ilicitude sobre bens jurídicos disponíveis. Quando se cuida de direitos à vida e à saúde, flagrantemente indisponíveis, a ordem pública se impõe, tornando ineficaz tal consentimento”.³⁰⁵ Pode-se dizer que, nesse ponto, o consentimento da vítima aproxima-se da cláusula de não indenizar, pois essa também não será admitida quando pretenda afastar a indenização por danos causados à pessoa do credor.³⁰⁶

Há interessante acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que versa sobre a assunção de riscos por parte de aluno de uma escola de paraquedismo. Naquela oportunidade, assim se pronunciou a 2ª Câmara de Direito Privado:

A prática de esportes perigosos, envolvendo notório risco de vida, pressupõe conhecimento e assunção por parte daquele que resolve praticá-lo. Entretanto, é

³⁰² TJSP, 4ª Câm. Direito Privado, Ap. Cív. 623.004.4/6-00, rel. designado Teixeira Leite, j. 04.02.2010.

³⁰³ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 172.

³⁰⁴ *Responsabilidade civil*, p. 299.

³⁰⁵ TJRS, 9ª Câm. Cível, Ap. Cív. 70004812558, rel. Mara Larsen Chechi, j. 13.10.2004.

³⁰⁶ Voltar-se-á ao ponto no item 8.4, do Capítulo 8, da Segunda Parte.

imprescindível ressaltar que, a assunção dos riscos, pelo aluno, não vai ao ponto de excluir os deveres da escola quanto aos cuidados e diligência necessários a evitar acidentes. Daí se segue que somente é possível cogitar do dever de indenizar nos casos em que restar comprovada a culpa da escola de paraquedismo. Em tal contexto, afastada a responsabilidade civil objetiva, cumpriria, para o julgamento da lide, verificar se houve ou não culpa dos prepostos da escola apelada. (...) o termo de responsabilidade, na parte em que exime a apelada do dever de indenizar, não pode prevalecer.

A cláusula de não indenizar deve ser entendida, tal como escrita, exclusivamente nos casos em que não tiver havido culpa da apelada, em qualquer das suas modalidades. Se houver culpa comprovada dos prepostos da apelada a isenção do dever de indenizar não pode ser considerada, sob pena de inversão total do princípio da responsabilidade civil. Se o aluno sofrer danos que decorram de culpa (e de dolo, evidentemente) dos prepostos, ou de defeito dos equipamentos colocados à disposição dos audaciosos aprendizes, subsiste íntegro, malgrado os termos da mencionada cláusula, o dever de indenizar.³⁰⁷

O Tribunal levou em conta não apenas a assunção do risco por parte do aluno mas também a cláusula de não indenizar contida no termo de responsabilidade por aquele assinado, reservando a essa, todavia, tão somente o efeito de afastar a responsabilidade objetiva da escola. Vale dizer, de acordo com o entendimento do Tribunal, a cláusula de não indenizar não teria o condão de excluir o dever de indenizar se a escola tivesse agido com culpa, prestando um serviço defeituoso.

A questão é complexa e exige, por isso, alguma reflexão. Note-se, em primeiro lugar, que a responsabilidade da escola de paraquedismo é, de fato, objetiva, senão por força do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, porque incide, *in casu*, a regra contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro, ou seja, ainda que se comprovasse nos autos a ausência de defeito no serviço prestado ao aluno (artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor), a escola deveria responder pelos danos causados independentemente de culpa. Isso porque a atividade desenvolvida pela escola de paraquedismo é, sem dúvida alguma, uma atividade que, por sua natureza, implica risco para os direitos de outrem (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil). O fato de ser objetiva a responsabilidade não impede, todavia, que possam as partes, convencionalmente, afastar o dever de indenizar dela decorrente.

No entanto, para que passasse a ser subjetiva a responsabilidade – tal como entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo –, necessário seria que as partes o houvessem contratualmente ajustado. Vale dizer: as partes são livres para acordar, se o quiserem, o afastamento de um ou de alguns dos fundamentos do dever de indenizar; podem, assim, estipular, por exemplo, que, em ocorrendo o dano, a indenização será devida apenas se o

³⁰⁷ TJSP, 2ª Câ. Direito Privado, Ap. Cív. 127.553-4/4, rel. Maia da Cunha, j. 25.06.2002.

devedor tiver agido com culpa. Sem ajuste expresso nesse sentido, porém, não se entende possível emprestar esse efeito à cláusula de não indenizar.

Repita-se que a cláusula de não indenizar pode ter o condão de efetivamente elidir, por completo, o dever de indenizar – e não apenas o de afastar um de seus fundamentos –, ainda que se trate de responsabilidade objetiva. Entretanto, conforme será estudado na Segunda Parte deste trabalho, uma série de requisitos se impõem à validade e eficácia de tal convenção. No caso do aluno da escola de paraquedismo, o primeiro óbice à admissibilidade da cláusula de não indenizar encontra-se na vedação expressa contida no artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, que fulmina de nulidade as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor.³⁰⁸ Não fosse por isso, a inadmissibilidade total da cláusula de não indenizar evidencia-se também por se cuidar de situação que envolve danos pessoais aos alunos da escola de paraquedismo.³⁰⁹ Contudo, não se quer com isso dizer que o termo de responsabilidade assinado pelo aluno estaria despido de efeitos. O instrumento pode servir, por exemplo, para corroborar argumento da escola de paraquedismo no sentido de que o aluno tinha pleno conhecimento do risco que corria e, mais, expressamente o assumiu – fato que poderá influir no arbitramento do montante indenizatório.

É inegável, ao que se acredita, que a voluntária prática de esportes perigosos, como notoriamente é o paraquedismo, pressupõe assunção de riscos; o que não exclui, evidentemente, a responsabilidade objetiva da escola, que de igual forma desenvolve – também é inegável – atividade que por sua natureza implica risco. Entende-se, por isso, que deverá refletir no montante indenizatório o fato de haverem as duas partes contribuído para a ocorrência do evento danoso – a escola por desenvolver atividade potencialmente causadora de danos, e o aluno por assumir o risco de sofrer danos. Não que se pretenda, dessa forma, aplicar a regra da culpa concorrente, que impõe se observe na fixação da indenização a gravidade da culpa do aluno em confronto com a do autor do dano (artigo 945 do Código Civil brasileiro), pois, sendo objetiva a responsabilidade, não há que se falar em culpa, não se cogitando obviamente também de culpa concorrente. Mas, ao que parece, justifica-se em caso como tal a fixação da indenização por equidade, levando-se em conta, diga-se assim, o *fato* concorrente da vítima.

³⁰⁸ Vide item 3.3, do Capítulo 3, da Segunda Parte.

³⁰⁹ Vide item 8.4, do Capítulo 8, da Segunda Parte.

Feita essa breve análise do consentimento do ofendido, cumpre, agora, apontar as principais distinções existentes entre essa figura e a cláusula de não indenizar. Para Ana Prata, o consentimento do ofendido não se confunde com a cláusula exoneratória do dever de indenizar porquanto o pressuposto desta é a ilicitude contratual da conduta do devedor, “não tendo por isso razão de ser quando o carácter ilícito do não cumprimento esteja eliminado por autorização do credor”. Ressalta, ademais, o fato de que a cláusula excludente do dever reparatório constitui necessariamente negócio bilateral, ao passo que o consentimento da vítima é um negócio unilateral.³¹⁰ Aos argumentos da doutrinadora portuguesa, soma-se, ainda, o de que o consentimento da vítima – se esclarecido e disser respeito apenas a direitos disponíveis – terá por condão excluir a própria responsabilidade do agente; já a cláusula de não indenizar afasta apenas a indenização, consequente à responsabilidade.

Distinguem-se os institutos também por seu objeto: no consentimento do ofendido, há aceitação, senão do dano, ao menos do risco de vir a sofrê-lo; na cláusula de não indenizar, no entanto, o que há é uma renúncia ao direito de receber indenização, que é legitimamente compensada por uma vantagem auferida pelo credor. Na cláusula de não indenizar, embora não possa o credor reclamar indenização pelo dano sofrido, é-lhe dado, diante do inadimplemento do devedor, valer-se de outros mecanismos legais que lhe permitirão exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, obter a resolução do contrato, ou, ainda, invocar a exceção do contrato não cumprido ou eventual direito de retenção.³¹¹ É verdade, porém, que, esses instrumentos somente existirão quando se cuidar de responsabilidade civil contratual; no caso de responsabilidade extracontratual, tendo sido pactuada a cláusula de não indenizar, o credor nada poderá exigir do devedor, além da vantagem auferida inicialmente, que foi o que o induziu a renunciar ao direito de receber indenização.³¹²

³¹⁰ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 152-153.

³¹¹ Conforme será examinado no Capítulo 6 da Segunda Parte.

³¹² O ponto será tratado no item 8.1.1, do Capítulo 8, da Segunda Parte.

SEGUNDA
PARTE

1

CONCEITO DE CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

A polêmica que gravita em torno do instituto é de tal vulto que não há consenso na doutrina sequer para delimitar o conceito de cláusula de não indenizar. Para alguns, trata-se de afastamento convencional da responsabilidade civil; para outros, seu efeito limita-se à exclusão do dever de indenizar. Há também os que restringem seu campo de atuação às hipóteses de responsabilidade contratual, e aqueles que, por outro lado, veem-na viável também no âmbito da responsabilidade extracontratual. Na doutrina brasileira, destaca-se o entendimento de Caio Mário, que, a respeito das convenções limitativas e excludentes do dever de indenizar, assim proclama:

Antecipadamente, aquele que tem razões de prever, na sua atividade ou nos negócios jurídicos que realiza, o surgimento eventual do dever de reparação estatui a limitação ou a eliminação de sua responsabilidade, por via de um ajuste que é pactuado com as pessoas com quem trata, e por estas aceito.³¹³

Sílvio Rodrigues, na mesma linha, assevera cuidar-se a cláusula de não indenizar de estipulação por meio da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, “que não será responsável pelo dano por essa experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada de um contrato, dano esse que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante”.³¹⁴ Referindo-se exclusivamente à responsabilidade decorrente de inexecução ou de execução inadequada de um contrato, o autor deixa clara sua posição quanto à inadmissibilidade da cláusula de não indenizar na seara da responsabilidade extracontratual, da qual compartilha Caio Mário, que chega a textualmente afirmar que “a cláusula de não indenizar (...) não tem cabida na responsabilidade aquiliana”.³¹⁵ Com a devida vênia às referidas opiniões, ao que se entende, a cláusula exoneratória do dever de indenizar pode ser admitida tanto nas

³¹³ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 389.

³¹⁴ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 179.

³¹⁵ *Responsabilidade civil*, p. 305. A afirmação é reiterada pelo autor em *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 394.

hipóteses de responsabilidade contratual como nas de responsabilidade extracontratual; assunto que será analisado mais detalhadamente no Capítulo 9, a seguir.

Outro ponto deve ser observado: nos trechos anteriormente transcritos, ambos os autores cogitam de exclusão de responsabilidade, embora Caio Mário, em outra passagem, declare que “não tem a convenção o efeito de suprimir a responsabilidade (...). Pela convenção, o devedor, que era responsável e que continua responsável, exime-se de ressarcir o dano causado”.³¹⁶ Acredita-se ser de fato mais correta a ideia de que as partes podem convencionalmente afastar o dever de indenizar, mas nunca a responsabilidade (confirmam-se as razões expostas no Capítulo 2 da Primeira Parte). Daí prefere-se a definição apresentada por Aguiar Dias:

A cláusula de irresponsabilidade é, por definição, uma convenção e, também por definição, pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta. Sendo assim, a sua construção jurídica usual é a de estipulação integrante de uma convenção, isto é, de cláusula acessória de um contrato. Pode, entretanto, aparecer como ato isolado ou declaração unilateral do devedor eventual da obrigação de indenizar, de origem não contratual.³¹⁷

Apenas não parece acertada, *data venia*, a consideração de que a cláusula de não indenizar poderia assumir a forma de declaração unilateral do devedor da indenização de origem não contratual. Reitera-se a concordância com o entendimento de que a convenção pode ter validade também no âmbito da responsabilidade extracontratual, mas não se a tem como válida sem o consentimento do credor. Ao que se acredita, ainda que se trate de responsabilidade extracontratual, a convenção de não indenizar deve ser bilateral e contar com o consentimento de ambas as partes. O mesmo vale para a cláusula limitativa do dever de indenizar, que deverá ser objeto de manifestação de vontade das duas partes, a fim de que produza o efeito almejado, qual seja, limitar o valor da indenização a ser paga pelo devedor ao credor.

Já a assertiva constante da definição apresentada por Aguiar Dias, de que a cláusula de não indenizar teria natureza acessória, está presente também nos ensinamentos de Giselda Hironaka e Caio Mário. A primeira ensina ser a acessoriedade traço do caráter da cláusula de não indenizar,³¹⁸ e o último afirma que, no seu mecanismo, a cláusula funciona como acessória, nunca como obrigação principal, pressupondo “uma obrigação, legal ou

³¹⁶ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 389.

³¹⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 39-40.

³¹⁸ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p.156.

convencional, cujo inadimplemento gera a responsabilidade. E, para abolir os efeitos dessa, vem a cláusula exoneradora de suas consequências”.³¹⁹

Na doutrina portuguesa, costumam-se encontrar também muitas referências ao caráter acessório das cláusulas de exclusão total e parcial do dever de indenizar. Nuno Manuel Pinto Oliveira, lembrando os conceitos de elementos essenciais, elementos naturais e elementos acidentais do negócio jurídico (estando compreendidas nessa última categoria as cláusulas ou estipulações acessórias dos contratos), explica que os adjetivos *acessório* e *acidental* não significam que “as cláusulas ou estipulações consideradas tenham escassa importância, seja na perspectiva dos contraentes, seja na perspectiva do legislador; significam somente que essas cláusulas ou estipulações constituem elementos estranhos ao tipo negocial escolhido”. É que, diferentemente dos elementos essenciais, os elementos acidentais não caracterizam o tipo de negócio jurídico. E, no que tange à distinção entre elementos acidentais e naturais, esclarece o autor que esses últimos “correspondem a efeitos que se produzem por força de normas supletivas, sendo inútil qualquer cláusula no mesmo sentido”, ao passo que os elementos acidentais “correspondem a efeitos que se produzem por força da vontade das partes, e só por força dessa vontade”.³²⁰ Conclui, assim, que as cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar seriam elementos acidentais dos negócios jurídicos, ou simplesmente cláusulas ou estipulações acessórias.³²¹

José de Azeredo Perdigão, no mesmo sentido, ensina que os elementos essenciais do negócio jurídico (*essentialia negotii*) são os que definem e caracterizam a sua espécie; os elementos naturais (*naturalia negotii*) são aqueles que a lei, normalmente, considera parte da convenção, mas que os contratantes podem excluir por uma manifestação expressa de vontade; e os elementos acidentais (*accidentalialia negotii*) são as “cláusulas acessórias que as partes podem juntar aos negócios jurídicos, no sentido, quer de lhe modificar um elemento natural, quer de lhe determinar um efeito que a lei não prevê, nem proíbe”. Depois de anotar que “o princípio da autonomia da vontade somente pode exercer-se em relação aos elementos naturais e aos elementos acidentais dos negócios jurídicos”, o autor conclui que as cláusulas que ele chama de “reguladoras da responsabilidade civil contratual” são elementos acidentais dos contratos.³²²

³¹⁹ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 390.

³²⁰ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 14-15.

³²¹ *Ibidem*, p. 16.

³²² PERDIGÃO, José de Azeredo. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 6, 1946, p. 40-41.

Ainda a respeito do caráter acessório das cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar, mas ressalvando a sua admissibilidade no âmbito da responsabilidade extracontratual, Fábio Peres assinala:

De qualquer forma, independentemente se voltadas a limitar ou excluir o dever de indenizar decorrente da responsabilidade contratual ou aquiliana, as cláusulas de não indenizar deverão estar necessariamente inseridas em um negócio jurídico celebrado pelas partes interessadas seja como uma cláusula acessória às estipulações principais, seja em um documento em separado para esse fim, desde que anterior ao eventual inadimplemento, o que não descaracterizará a sua natureza acessória.³²³

Também reconhecendo a possibilidade de serem firmadas em outro documento que não aquele que contém a obrigação principal, Alberto do Amaral Júnior afirma que as cláusulas limitativas e as cláusulas de não indenizar, embora costumem ser elaboradas quando da conclusão do contrato, podem surgir, também, “em momento posterior ao nascimento da relação contratual, o que não altera o fim que orientou a sua instituição”.³²⁴

Dito isso, pode-se definir a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar como um pacto acessório ao contrato, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual as partes antecipadamente afastam ou mitigam um eventual e futuro dever de indenizar decorrente da responsabilidade contratual que, sem o pacto, não apenas existira como também teria a amplitude necessária para propiciar ao lesado a reparação integral dos prejuízos sofridos. Se o pacto for firmado com o intuito de afastar ou mitigar um dever de indenizar resultante de responsabilidade extracontratual – o que, repita-se, também se admite –, o afastamento ou a mitigação da indenização será o próprio objeto da convenção, que terá como único propósito alterar as regras legais concernentes à reparação do dano.

Por fim, antes de prosseguir com o estudo da matéria, cumpre anotar que tudo o que se diz a respeito da cláusula de não indenizar vale, em regra, para a cláusula limitativa do dever de indenizar, porquanto têm ambas a mesma natureza, não havendo distinção entre os requisitos de validade aplicáveis a uma e a outra.³²⁵ Tanto assim que Ana Prata assevera que “as análises realizadas a propósito da total irresponsabilização convencional do devedor são consideradas, na maioria das ordens jurídicas, adequadas a abranger os casos

³²³ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 44-45.

³²⁴ O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional, p. 68.

³²⁵ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 131, em nota de rodapé.

de limitação da responsabilidade”.³²⁶ No mesmo sentido, afirma José de Azeredo Perdigão que o que se expõe “relativamente às cláusulas de exoneração total, é de observar, em absoluto, no tocante às cláusulas de irresponsabilidade atenuada” e isso porque “a diferença que se verifica nos dados dos dois problemas é só quantitativa e não qualitativa”.³²⁷ De fato, as figuras diferem-se simplesmente em função do maior ou menor efeito que projetam sobre o dever de indenizar: se aptas a afastá-lo totalmente, serão chamadas de cláusulas de não indenizar, se, todavia, conduzirem apenas a uma redução da indenização, serão denominadas cláusulas limitativas do dever de indenizar; valendo lembrar que muitas vezes as convenções se confundem, dependendo sua classificação em uma ou outra categoria do ângulo sob o qual se as analise (vide item 2.2, Capítulo 2, Primeira Parte).

³²⁶ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 56.

³²⁷ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 61-62.

2

**A ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA
DE NÃO INDENIZAR NO TEMPO**

O direito existe para a vida em sociedade, e não essa para o direito. Para que possa cumprir seu papel de disciplinar as relações sociais, é imprescindível que o direito apresente soluções satisfatórias à realidade concreta que regula, pois, de outra forma, tornar-se-á instrumento inútil e deixará de cumprir, assim, a função que lhe é secularmente atribuída. Daí proclamar Pinto Monteiro que, como regra de conduta destinada a disciplinar a vida humana em sociedade, “o direito não poderá alhear-se da realidade concreta que pretende conformar, a fim de se manter apto a ajuizar correctamente dos problemas e a fornecer resposta actualizada às renovadas necessidades práticas da vida”. Só dessa forma, afirma o autor, “se evitará um divórcio entre o direito e a vida e se impedirá a revolta dos factos contra o código”; somente assim, afinal, “o direito ganhará sentido e razão de ser”.³²⁸

Cada sociedade tem seus próprios valores e suas próprias necessidades, que são constantemente alterados por influência de fatores diversos: a simples passagem do tempo, que traz consigo novas tendências e novas formas de pensamento; a industrialização e o avanço da tecnologia; a globalização e a eliminação de fronteiras etc. Para que o direito exerça o papel que lhe foi designado desde sua criação, é mister que disponha de mecanismos que lhe tornem apto a corresponder aos anseios da sociedade, a cada alteração que ocorra em seus valores e necessidades. Trata-se de fenómeno já há muito conhecido, renunciado por Charles Darwin em sua teoria da seleção natural, segundo a qual sobrevive a espécie que melhor se adapta ao meio ambiente – que, acrescenta-se agora, por estar em constante modificação, exige das espécies constante adaptação. Com o direito não é diferente: é necessário que se adapte às mudanças sociais, sob pena de tornar-se instrumento obsoleto, condenado à inutilização.

³²⁸ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 15.

Não raro os costumes tornam-se regras e essas são convalidadas pela jurisprudência antes mesmo de serem incorporadas pelas legislações. No entanto, tal fato, por si só, não significa que o direito esteja em desconformidade com a realidade social, já que os costumes, assim como a jurisprudência, também são fontes de direito.³²⁹⁻³³⁰

O que se verifica, em suma, é que os anseios sociais constituem a *causa* do direito – entendido esse em todas as suas formas. Tome-se como exemplo a Revolução Industrial, responsável pela introdução de significativas alterações na vida em sociedade. As mais sentidas no campo da responsabilidade civil foram, sem sombra de dúvidas, a ampliação e o agravamento dos danos, que, por sua vez, revelaram a necessidade de revisão do sistema de responsabilidade civil.³³¹ O progresso técnico-industrial acarretou uma mudança não apenas quantitativa mas também qualitativa do acidente. A utilização de meios cada vez mais complexos e sofisticados, aliada à organização do trabalho em grupo, fez surgir os chamados acidentes anônimos – cuja ocorrência se viu proliferar –, dificultando ou impossibilitando a descoberta do agente culpado pela produção do dano.³³² Mas não só. Conforme aponta Giselda Hironaka, “ao mesmo tempo em que se multiplicaram as atividades perigosas, o homem passou a aceitar, menos conformadamente, os golpes do destino”, fenômeno que se deu, ainda segundo a autora, forte agora na lição de Patrice Jourdain, pela “apreciação cada vez mais intensa da valorização da pessoa humana”.³³³⁻³³⁴ Foi nesse contexto que a culpa, que antes constituía o único e exclusivo fundamento da

³²⁹ Nesse sentido, REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 141.

³³⁰ Nas palavras de Pinto Monteiro, a jurisprudência exerce uma função constitutiva, “contribuindo para a criação de um direito *vivo* e permanentemente *aberto* aos novos valores e necessidades sociais. Função constitutiva essa particularmente útil (e mesmo imprescindível) em épocas de rápidas e profundas transformações, em que a incapacidade de resposta pronta e adequada do legislador deve ser, quantas vezes, suprida pela intervenção criadora dos tribunais” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 31-32).

³³¹ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 806.

³³² MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 57.

³³³ *Responsabilidade pressuposta*, p. 133.

³³⁴ Também nesse sentido, Fernando Noronha: “a revolução industrial agravou enormemente os riscos a que as pessoas antigamente estavam sujeitas, fazendo crescer as demandas no sentido de eficaz reparação deles. Por outro lado, ao proporcionar melhores condições médias de vida e de cultura, aquela pela disponibilidade maior de bens, esta graças essencialmente ao estabelecimento de escolas postas ao alcance das grandes massas, impulsionou a valorização do ser humano, fazendo com que este, como observa Jourdain, passasse a aceitar ainda menos os golpes do destino, recusando a desgraça e exigindo a reparação de todo o dano sofrido. A exigência de uma conduta culposa como pressuposto da responsabilidade não se coaduna com a aspiração social no sentido da reparação de todos os danos causados por outrem. O direito tinha de deixar de preocupar-se só com o comportamento da pessoa responsável, ele tinha de se orientar, como afirma Jourdain, na direção do ‘objeto da responsabilidade civil: a reparação dos danos’” (NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 761, 1999, p. 35).

responsabilidade civil, foi gradativamente dando espaço ao risco, até o ponto de ser a responsabilidade sem culpa positivada em nosso ordenamento jurídico.³³⁵

Já no Código Civil de 1916 identificaram-se hipóteses de responsabilidade sem culpa: tanto a do indivíduo que age em legítima defesa ou estado de necessidade e, nessas condições, causa dano a outrem (artigo 1.519),³³⁶ quanto a do *effusis et dejectis* (artigo 1.529).³³⁷ Mesmo antes disso, a Lei das Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/1912) admitia a responsabilidade objetiva do transportador em relação aos passageiros; porém, segundo ressalta Claudio Godoy, “muito mais por conta da interpretação jurisprudencial do art. 26 do que por sua redação literal”.³³⁸⁻³³⁹ As leis de mineração (Decreto-lei n. 227/1967), disciplina da responsabilidade nuclear (Lei n. 6.453/1977) e ambiental (Lei n. 6.938/1981), transporte aéreo (Lei n. 7.565/1986) e acidentes de trabalho (Lei n. 8.213/1991) são outros exemplos de legislações esparsas que passaram a consagrar casos de responsabilidade objetiva. Previsões específicas acabaram por constar, ainda, da Constituição Federal de 1988, tanto no artigo 37, § 6º, que estabelece ser objetiva a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros, como no artigo 21, XXIII, *d*, que determina ser independente de culpa a responsabilidade civil por danos nucleares (essa última por força da Emenda Constitucional n. 49/2006). Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (artigos 12 e 14)³⁴⁰ e, por fim, o Código Civil de 2002, em artigos como: 927,

³³⁵ Ensina Odete Novais Carneiro Queiroz que a responsabilidade objetiva já existia no direito romano, embora lá não se fundasse no risco: “nos tempos primitivos não se fazia necessária a culpa para ser caracterizada a responsabilidade, que era uma reação à causa do dano” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 36-37).

³³⁶ Ver, a propósito, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 44 e QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 42.

³³⁷ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 42; GODOY, Claudio. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 26 e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 806. Pontes de Miranda afirmava que a responsabilidade, na hipótese do artigo 1529 do Código Civil de 1916, era transubjetiva, e não objetiva. Sobre a diferença entre as duas espécies de responsabilidade, aduzia ser objetiva “quando nenhuma válvula se deixa à prova contrária da causação ou da culpa” e transubjetiva “quando não se repara se não há ligação ao sujeito, pôsto que não provenha de ato dêle, diretamente, o dano” (*Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 122 e 126).

³³⁸ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 12.

³³⁹ Nesse sentido também, Menezes Direito e Cavalieri Filho: “à luz do próprio texto em exame, era de se concluir que a responsabilidade do transportador, em relação aos passageiros, era objetiva, embora tivesse a lei, por errônea terminológica, falado em culpa presumida. E assim é (...) porque o art. 17 do Decreto n. 2.681/1912 não permitia ao transportador provar que não teve culpa; apenas que houve caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, causas de exclusão do nexo causal, admitidas na responsabilidade objetiva” (*Comentários ao novo Código Civil*, p. 165).

³⁴⁰ Odete Novais Carneiro Queiroz chama atenção para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor teve duas diferentes ordens de ideias ao reger a questão da responsabilidade civil, “fixando sua atenção, por um lado, na incolumidade físico-psíquica do consumidor, ao visar então proteger a sua saúde e a

parágrafo único, 931, 933 e 936 a 938, também trouxeram hipóteses de responsabilidade objetiva.

Embora a responsabilidade subjetiva subsista como regra geral no sistema do novo Código Civil brasileiro (artigo 186), fato é que o campo de abrangência da responsabilidade objetiva sofreu expressiva ampliação, a ponto de, hoje, ser considerado um verdadeiro sistema, que coexiste com o da responsabilidade subjetiva.³⁴¹⁻³⁴² A objetivação da responsabilidade contribui, evidentemente, para um agravamento da posição do devedor, que antes era responsável, tão somente, pelos danos resultantes de atos culposos. Mais do que nunca, portanto, o recurso a cláusulas limitativas e de exclusão do dever de indenizar revela-se necessário para o devedor, que, sem a proteção das cláusulas, fica à mercê das incertezas e do vulto das indenizações fixadas pelos magistrados, que muitas vezes comprometem o próprio desenvolvimento da atividade econômica.³⁴³

A verdade, porém, é que se, por um lado, as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar nunca foram tão úteis, por outro, sua validade e eficácia nunca foram tão questionadas. E a *causa* de tal fenômeno é, novamente, o anseio social. Isso porque a evolução verificada no âmbito da responsabilidade civil ocorreu também no campo contratual, no qual assistiu-se à bancarrota do princípio da autonomia da vontade, que, no auge do Estado liberal, gozava de força quase absoluta. Pinto Monteiro trata do referido

segurança, quando foi mais rigoroso ao declarar, peremptoriamente, estar-se diante de uma responsabilidade objetiva, face aos riscos criados pela atividade exercida pelo fornecedor. Por outro lado, debruçando-se sobre a incolumidade econômica, referente aos prejuízos ligados ao bolso do consumidor, deu ênfase bem menos acentuada do que àqueles, certamente por dizerem respeito a valores maiores, do que para os últimos, onde se sobreleva a questão material, econômica, melhor dizendo”. Daí que, para a autora, é subjetiva a natureza jurídica da responsabilidade civil decorrente dos vícios do produto e do serviço com presunção de culpa *juris et de jure* (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 119).

³⁴¹ Alvino Lima, já em 1963, anunciava que a teoria da culpa e a então inovadora teoria do risco “continuarão a subsistir como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1963, p. 45).

³⁴² Diferente é o caso do direito português, que se manteve fiel ao critério da culpa como base geral da disciplina da responsabilidade civil. Conforme informa Claudio Godoy, amparado nas lições de Antunes Varela e Almeida Costa, o Código português “permitiu a responsabilização de alguém pelo risco que lhe seja afeto apenas de forma excepcional, e em situações no texto de lei particularizadas”, ou seja, “as hipóteses de risco não encerram mais que situações de exceção à regra geral da culpa” (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 77).

³⁴³ Sobre o agravamento da responsabilidade e a solução de equilíbrio representada pela cláusula de não indenizar, vale conferir o que proclama Aguiar Dias: “a noção de ordem pública atende à moral dominante, que, em um mundo menos premido pelo problema da responsabilidade civil ou da reparação do dano, talvez se insurgisse contra cláusula de irresponsabilidade sobre o ato culposos. Veio, entretanto, a aceitá-la, quando tal exigência se acentuou, com a multiplicação dos acidentes, a gerar medidas neutralizadoras dos encargos demasiadamente pesados impostos à atividade dos indivíduos e das empresas” (*Cláusula de não indenizar*, p. 51-52).

princípio como “uma das manifestações mais marcantes do pensamento filosófico-cultural e econômico do liberalismo”:

Postulava-se que o exercício normal da vontade, que pressupunha a liberdade e igualdade do indivíduo, era o melhor meio de alcançar a justiça. Sendo os indivíduos iguais e livres, o contrato, livremente discutido, seria necessariamente justo, porque traduzia um acordo de vontades (“quit dit contractuel dit juste”).

(...)

Esta ideia de que cada indivíduo era o melhor defensor dos seus próprios interesses conduzia mesmo a que o papel da lei se não devesse limitar a traduzir um simples “nihil obstat” a quem pretendesse contratar, antes a lei deveria empenhar-se em zelar efectivamente pelo respeito pontual dos contratos – mas sem ter de se preocupar com o conteúdo dos mesmos. E se alguém contratasse sem acautelar devidamente os seus interesses (e, por isso, em seu prejuízo), poderia afirmar-se, ainda assim, ter tido pelo menos a satisfação de ser *l’artisan de son propre malheur*...³⁴⁴

A liberdade das partes – “cujo elastério envolvia a plena liberdade de contratar, do que contratar e de com quem contratar”³⁴⁵ – servia ao interesse geral da sociedade: multiplicando-se os contratos, favorecia-se o desenvolvimento do comércio, contribuindo para a prosperidade econômica.³⁴⁶ Explica Claudio Godoy que o contrato era, na realidade, “instrumento de vinculação da força de trabalho e de tráfego negocial, foco de produção de riqueza que constituía, afinal, o meio de acesso à propriedade, outro pilar básico da codificação burguesa, do Estado Liberal”.³⁴⁷ As cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar, expressão da aclamada liberdade contratual, eram, então, amplamente admitidas. Por meio delas, as empresas protegiam-se de indenizações imprevistas e “adquiriam a indispensável segurança que lhes iria permitir a utilização de meios técnicos arriscados, os quais contribuiriam para uma diminuição dos custos e, conseqüentemente, dos preços de bens e serviços produzidos”.³⁴⁸ Com isso, ficavam satisfeitos também os consumidores, que podiam, em contrapartida, correr o risco dos eventuais danos que viessem a sofrer, “até porque eles próprios se poderiam precaver, contraindo um seguro de responsabilidade”.³⁴⁹

Para Aguiar Dias, o que impeliu a cláusula de não indenizar foi a situação do armador em relação à autonomia do capitão, durante a viagem marítima.³⁵⁰⁻³⁵¹ Afirma o

³⁴⁴ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 44-45.

³⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 13.

³⁴⁶ Nesse sentido, MONTEIRO. Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 46.

³⁴⁷ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 22-23.

³⁴⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 72.

³⁴⁹ Idem.

³⁵⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 139.

autor que o transporte marítimo, se não é o mais antigo campo de aplicação da cláusula de não indenizar, “terá sido o em que mais rapidamente se admitiu”,³⁵² originalmente por iniciativa dos armadores ingleses, embora mais tarde tenha se expandido por todas as nações marítimas.³⁵³ Sobre a aceitação da convenção no direito inglês, Pontes de Miranda ressalva que “o Merchant Shipping Act de 1894 não permitiu a cláusula exonerativa quanto à navegabilidade do navio. Permitiu-se a exoneração pelas faltas dos prepostos e a cláusula de exoneração *in navigation or in the management of the vessel*, abrangendo tôdas as faltas náuticas”.³⁵⁴

A cláusula de não indenizar não resistiu, contudo, ao sucumbimento do liberalismo. Conforme já se antecipou, evolução parecida com a que sofreu o instituto da responsabilidade civil ocorreu também no campo contratual: o desenvolvimento econômico e industrial e a utilização cada vez mais generalizada dos contratos de adesão acentuaram o perigo de abuso do poder econômico, alertando o Estado para as injustiças que poderiam daí decorrer, com a imposição da vontade do contratante mais forte, em detrimento do mais fraco.³⁵⁵ Foi assim que o Estado, antes liberal, passou a assumir um papel mais intervencionista,³⁵⁶ com a intenção de atender aos anseios da população por uma justiça verdadeiramente real – e não mais a justiça formal de outrora. Ou, como assenta Giselda Hironaka, “a intervenção do Estado (...) fez florescer um tempo novo,

³⁵¹ O autor lembra, todavia, que a cláusula de não indenizar já era conhecida e aplicada no direito romano; era lícita não só em matéria contratual como também no terreno da responsabilidade extracontratual, sendo inadmitida apenas nos casos de dolo “e de faltas de gravidade excepcional, a ponto de interessar a ordem pública na interdição da irresponsabilidade” (*Cláusula de não indenizar*, p. 15). No mesmo sentido, informa Garcia Amigo que “cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual se conocieron y practicarón ya desde antiguo; tanto es verdad que el propio Derecho romano nos ha transmitido textos de sus jurisconsultos más famosos que revelan la existencia de tales convenciones” (*Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 31). Tradução livre: “as cláusulas limitativas da responsabilidade contratual são conhecidas e praticadas desde tempos antigos; tanto é verdade que o próprio direito romano nos trouxe textos de seus jurisconsultos mais famosos que revelam a existência de tais convenções”.

³⁵² *Cláusula de não indenizar*, p. 169.

³⁵³ Segundo Pinto Monteiro, “com o desenvolvimento do comércio, a evolução dos meios de transporte, o aumento de velocidade dos navios e, conseqüentemente, o aumento de responsabilidades, a utilização de cláusulas exoneratórias expandiu-se por todas as nações marítimas, gerando-se, a respeito da sua disciplina e da protecção dos interesses nacionais, vivas controvérsias e quase uma *querela entre nações*” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 74).

³⁵⁴ *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 132.

³⁵⁵ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 74.

³⁵⁶ Pinto Monteiro descreve o fenômeno da seguinte forma: “o Estado passou a intervir activamente, (...) interessando-se pela realização de uma verdadeira justiça social, atentas às grandes injustiças (postas a nu com o desenvolvimento industrial) a que o liberalismo conduzia. Multiplicaram-se as normas imperativas, e o contrato, de ‘invenção admirável’, viu-se denunciado como uma possível fonte de injustiça e mesmo de desordem, tornando-se um lugar comum falar-se, há já algum tempo, de ‘crise do contrato’” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 47).

onde os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao mais fraco”.³⁵⁷ Passa-se a falar então em Estado social, a que subjacentes novos valores, de dignidade da pessoa humana³⁵⁸ e de solidarismo.³⁵⁹ Nas palavras de Claudio Godoy:

Cuida-se mesmo de o Estado invadir a autonomia da vontade para, em primeiro lugar por meio da lei, garantir uma desigualdade que faça o papel de equilibrar a desigualdade inversa que a situação das partes intrinsecamente envolve. Daí o exemplo de edição de leis protetivas, tal como, no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho, as sucessivas leis de locação e, mais recentemente, o chamado Código de Defesa do Consumidor. Significa, ainda, e de outra parte, dotar o juiz de meios e modos de alterar as disposições do contrato – algo impensável no sistema do liberalismo (...) – para corrigir situações de desigualdade, quer desde logo quando da contratação (lesão), quer em momento posterior (onerosidade excessiva).³⁶⁰

Daí o severo controle judicial que atualmente é exercido sobre o conteúdo dos contratos firmados entre particulares, em especial dos chamados contratos de adesão. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, referindo-se ao Código Civil brasileiro de 2002, afirmam superar esse diploma o individualismo do Código Civil de 1916, impondo um “controle de conteúdo dos contratos e das práticas contratuais civis e comerciais, assim como um controle especial das cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão civis e comerciais”.³⁶¹

Os três princípios que, na visão clássica, eram fundantes da disciplina do direito contratual – autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e princípio da relatividade dos efeitos³⁶² – já não têm mais a força de antes. Ou, como assinala Claudio Godoy, “tais princípios ainda subsistem, mas com contornos relativizados, com limites antes não admitidos”.³⁶³ Hoje não se fala mais em autonomia da vontade, mas, sim, em autonomia

³⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 45, 1983, p. 146.

³⁵⁸ Claudio Godoy informa que, com o final da Segunda Guerra Mundial, “houve clara tomada de posição pela elevação da dignidade do homem a valor básico do ordenamento, cuja tutela, de maneira geral, passou a ocupar espaço central nas leis constitucionais dos países, sobretudo da Europa. Isso, aliás, a começar pela Lei Fundamental alemã, imposta pelos vencedores do conflito, cujo artigo 1º logo assentou e assenta a cláusula geral de tutela da dignidade humana. Ou, tal qual hoje se encontra na Constituição Federal brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana vem expressa, logo no artigo 1º, inciso III, como valor básico e princípio fundante da República” (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 30).

³⁵⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 17.

³⁶⁰ *Função social do contrato*, p. 6.

³⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 624.

³⁶² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 13. Adverte o autor que “para alguns, haveria de se acrescentar ainda o princípio do consensualismo ou o da supremacia do interesse público”.

³⁶³ Idem.

privada: “o contrato não tem sua fonte exclusiva e legitimadora na expressão da vontade dos sujeitos, tanto quanto a ela não se tributa a justificativa dos efeitos obrigacionais advindos do negócio”; em verdade, à autonomia privada reserva-se apenas um campo residual na formação dos negócios jurídicos, “resultado da apriorística incidência das regras constitucionais e legais que, depois, deixam um espaço reservado à atuação da vontade do sujeito jurídico”.³⁶⁴ O princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) também se vê relativizado diante de expedientes como a teoria da imprevisão e, por fim, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato “não mais se compadece com a ideia de que o ajuste se insere no contexto social, portanto longe de encerrar um ato isolado praticado pelas partes contratantes”.³⁶⁵ E mais: somam-se aos antigos, novos três princípios do direito dos contratos: o equilíbrio contratual, a boa-fé objetiva e a função social do contrato,³⁶⁶ que representam os valores prestigiados pelo atual Código Civil brasileiro, notadamente distintos daqueles eleitos pelo Código Bevilacqua.

No âmbito das relações de consumo, que no caso brasileiro passaram a ser reguladas por diploma próprio – o Código de Defesa do Consumidor –, a liberdade contratual³⁶⁷ sofre restrições ainda mais severas. Sobre o ponto observam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamiin e Bruno Miragem:

A nova lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas, que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual.
(...)

Se no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder

³⁶⁴ Ibidem, p. 18.

³⁶⁵ Ibidem, p. 14.

³⁶⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, passim.

³⁶⁷ Distinguem-se, na doutrina, a *liberdade para contratar*, a *liberdade de contratar* e a *liberdade contratual*. Sobre o ponto, vale conferir a lição de Giselda Hironaka e Flávio Tartuce: “percebe-se, no mundo negocial, uma plena *liberdade para* a celebração dos pactos e avenças, reconhecendo-se o direito à contratação como valor inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito da personalidade advindo do princípio da liberdade. Por outro lado, assinala-se a *liberdade de contratar*, esta relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado. Mas, num outro plano ainda, esta face da autonomia da vontade humana – dirigida à celebração de contratos – pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, âmbito em que estarão estabelecidas limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana; surge o conceito de *liberdade contratual*” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. (Coords.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 45).

Judiciário um novo e efetivo *controle do conteúdo* dos contratos de consumo.³⁶⁸
(Destaques originais.)

Como não poderia deixar de ser, as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar, expressão da ampla autonomia da vontade admitida pelo Estado liberal, passam a sofrer sensível resistência por parte da comunidade jurídica. Nas palavras de Pinto Monteiro, “adquiriu-se consciência de que a liberdade contratual de muitos pode ser destruída pela liberdade contratual de poucos, anulando-se a justa distribuição de riscos (‘the balance of risks’) estabelecida por lei”, daí ter-se passado a exercer, na atualidade, “um juízo severo sobre as cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade”.³⁶⁹

O que se nota, em suma, é que a maior ou menor admissibilidade das convenções de exoneração e de limitação do dever de indenizar variou e varia de acordo com o momento histórico, refletindo, em cada época, as necessidades econômicas e as preocupações mais urgentes da sociedade. Daí o importante papel da jurisprudência, que vem assumindo a tarefa de adequar a disciplina das cláusulas de não indenizar e das cláusulas limitativas do dever de indenizar às exigências dos tempos.³⁷⁰ Reproduzindo mais uma vez os ensinamentos de Pinto Monteiro:

As cláusulas limitativas e de exclusão exigem, numa palavra, que se encontre um ponto de equilíbrio entre a liberdade individual e as necessidades sociais de proteção do lesado, entre a autonomia privada e a ordem pública, pendendo o prato da balança (isto é, um regime de favor ou, ao invés, de desconfiança) para um ou outro lado, consoante o momento histórico que se considere.³⁷¹

Nos dias de hoje, o prato da balança tem pendido mais para o regime de desconfiança, em virtude não apenas das preocupações sociais que marcam os tempos atuais mas também da difusão que tiveram os contratos de adesão,³⁷² dos quais as cláusulas

³⁶⁸ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 623.

³⁶⁹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 74-75.

³⁷⁰ Nesse sentido: *Ibidem*, p. 68-69. Para Pinto Monteiro, a jurisprudência exerce função de enorme importância no capítulo das cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade, “ensinando-nos a experiência do direito comparado que a disciplina destas cláusulas tem sido constantemente adaptada, por via judicial, a necessidades do tempo presente, mediante uma actividade de *controle* e fiscalização apoiada em *cláusulas gerais*, constituindo mesmo, as cláusulas de irresponsabilidade, o sector em que, na opinião de Benatti, o controle judicial se tem exercido com maior intensidade, a fim de corrigir o *ius scriptum*, quando desajustado à realidade actual” (*Ibidem*, p. 32).

³⁷¹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 69.

³⁷² Aguiar Dias, ao tratar da evolução da responsabilidade civil, assevera que o próprio desenvolvimento da atividade humana, por exigência do progresso, criou novas e cada vez mais numerosas fontes de perigo e de conflito; tendo sido acrescido “à situação, já de si delicada”, “novo elemento de perturbação, com os contratos de adesão” (*Cláusula de não indenizar*, p. 18).

de não indenizar constituem seu conteúdo mais típico.³⁷³ Isso se dá porque o simples fato de ser um contrato *de adesão*, em que as cláusulas não são livremente discutidas entre as partes, já suscita suspeitas de injustiça.³⁷⁴ Paulo Luiz Neto Lôbo, que trata dos contratos de adesão sob a designação de “condições gerais”, esclarece que as legislações que disciplinaram as condições gerais dos contratos ou os direitos do consumidor apresentam uma lista mais ou menos extensa de tipos de cláusulas abusivas, que retrata o inventário empírico, em cada país, dos tipos mais frequentes na prática negocial em massa. Segundo ele, as cláusulas mais visadas são as que limitam ou exoneram as responsabilidades do predisponente.³⁷⁵

Conforme se verá a seguir (Capítulo 3), no direito brasileiro as cláusulas de não indenizar são expressamente vedadas no âmbito das relações de consumo, assim como em outros campos específicos, não parecendo ser possível, também, ao que se entende, admitir a cláusula de não indenizar quando inserida no bojo de um contrato de adesão, ainda que se trate de contrato intercivis ou interempresarial (vide Capítulo 7 da Segunda Parte). Isso não quer dizer, contudo, que, nos contratos paritários e livremente negociados entre as partes, e fora das hipóteses de proibição que serão examinadas no Capítulo 3, a cláusula de não indenizar seja admitida sem restrições. Consoante se demonstrará, uma série de requisitos se impõe à validade e eficácia da referida convenção.

³⁷³ Pinto Monteiro afirma que as cláusulas de irresponsabilidade constituem “o *conteúdo standard* dos contratos *standard*” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 70). Também nesse sentido, Álvaro Luiz Damásio Galhanone: “Como é evidente, o contrato de adesão é o que mais se presta à inserção da cláusula de não indenizar. Com efeito, desde que o policiente pode impor ao aderente a aceitação pura e simples do negócio, da forma mais conveniente aos seus particulares interesses, é também evidente que passa a impor condições outras, destinadas a forrá-lo de consequências indesejáveis” (GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 565, 1982, p. 27).

³⁷⁴ Paulo Luiz Neto Lôbo ressalta as características dos contratos de adesão, diferenciando-os dos antigos costumes comerciais: “O que distingue as condições gerais dos antigos costumes comerciais, que aos poucos iam adquirindo foros de normas costumeiras, é o fato de serem predispostas por uma das partes contratantes às outras. Usa-se a aparência de contrato e não a de usos e costumes. As condições gerais aparecem regularmente em modelos contratuais padronizados e impressos, com espaços deixados apenas para individualização do contratante destinatário. A inalterabilidade é seu caráter. Também aparecem em avisos apostos em locais de trânsito de eventuais clientes (que dificilmente os veem) e em regulamentos e instruções internas, às quais remetem os contratos individualizados (de difícil conhecimento)” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 14).

³⁷⁵ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 160.

3

**VEDAÇÕES PONTUAIS À CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO
DIREITO BRASILEIRO**

Na linha do que se procurou demonstrar no Capítulo anterior, as cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar têm sofrido severa resistência por parte da comunidade jurídica na atualidade, não causando espécie que, em determinados domínios no direito brasileiro, tais cláusulas sejam veementemente repudiadas. Não há, contudo, uma regra geral no Código Civil pátrio que discipline a limitação e a exoneração convencionais do dever de indenizar; o que há são regras esparsas, que orientam situações específicas. Já se viu, por exemplo, no item 2.1.4 da Primeira Parte, que a lei civil brasileira não permite que as cláusulas limitativas do dever reparatório incidam sobre os prazos de prescrição ou de decadência (artigos 192 e 209), a não ser que se trate de prazo *convencional* de decadência, ou seja, aquele prazo fixado pelas próprias partes, a que faz referência o artigo 211 do Código Civil. É certo, porém, que a vedação às cláusulas de não indenizar e às limitativas do dever de indenizar existe não apenas nessa seara mas também em diversas outras, ora por força de previsão legal expressa, ora em virtude de construção jurisprudencial. Examinar-se-á, a seguir, alguns exemplos de situações em que a limitação e/ou a exclusão convencional do dever reparatório são proibidas no direito brasileiro.

**3.1 EMPREITADA DE EDIFÍCIOS OU OUTRAS CONSTRUÇÕES
CONSIDERÁVEIS**

Com relação aos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, destaca-se a regra contida no artigo 618 do Código Civil, que, ao proibir a redução do prazo de cinco anos durante o qual o empreiteiro de materiais e execução responderá pela solidez e segurança do trabalho, acaba por vedar a possibilidade de se limitar, no tempo, o dever de indenizar do empreiteiro. Há que se notar, antes de qualquer outra consideração, que tal conclusão não poderia ser inferida da proibição genérica à alteração dos prazos prescricionais e decadenciais (artigos 192 e 209 do Código Civil brasileiro). E isso porque não se trata, aqui, de prescrição ou decadência. O Superior

Tribunal de Justiça, manifestando-se em relação à antiga previsão contida no artigo 1.245 do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 618 do atual Código Civil), assentou que o prazo previsto no dispositivo em questão “não é prescricional ou decadencial, mas apenas um prazo de garantia, dentro do qual o construtor ou empreiteiro se responsabiliza pela solidez e segurança da obra efetuada”.³⁷⁶ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, fortes na lição de Clovis Bevilacqua, afirmam cuidar-se de uma exceção à regra de que a responsabilidade do empreiteiro cessa com a aceitação da obra.³⁷⁷

De fato, a melhor interpretação do referido dispositivo legal parece ser a de que o prazo previsto no *caput* é independente do prazo, dito decadencial pelo próprio texto da lei, a que se refere o parágrafo único do artigo 618 do Código Civil. De acordo com Agnelo Amorim Filho, as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição, ao passo que as de natureza constitutiva estão sujeitas à decadência.³⁷⁸ Daí a conclusão de que o prazo decadencial de 180 dias (parágrafo único do artigo 618 do Código Civil) diz respeito à ação de rescisão contratual que eventualmente o dono da obra pretenda mover em face do empreiteiro, o que não prejudica a pretensão de reparação de danos, que também poderá ser exercida por aquele,³⁷⁹ e que está sujeita ao prazo de prescrição – prazo esse que, segundo alguns, será de três anos (artigo 206, § 3º, V, do Código Civil)³⁸⁰ e, segundo outros, será de cinco anos (artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor).³⁸¹

Ainda sobre o prazo quinquenal de garantia, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes relatam a divergência existente sob a égide do Código anterior: enquanto Clovis Bevilacqua entendia não se tratar de norma cogente,

³⁷⁶ Recurso Especial n. 611.991/DF, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 11.09.2007, DJ 22.10.2007.

³⁷⁷ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 361.

³⁷⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 300, 1960, passim.

³⁷⁹ Nesse sentido, o Enunciado n. 181, aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 1º a 3 de dezembro de 2004: “O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”.

³⁸⁰ Esse o posicionamento de Teresa Ancona Lopez, segundo informam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin Moraes (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 367).

³⁸¹ ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitadas e incorporações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247. O autor entende que o prazo prescricional conta-se do instante em que evidenciado o defeito, independentemente de já ter transcorrido por inteiro o prazo de garantia, o qual servirá apenas para fins de rescisão contratual: se descoberto o vício da construção no prazo quinquenal de garantia, o dono da obra poderá promover ação de rescisão contratual no prazo decadencial de 180 dias (Ibidem, p. 246 e ss.).

podendo as partes aumentar ou reduzir o prazo de cinco anos, Carvalho Santos considerava que “a responsabilidade do empreiteiro tem caráter amplo, importando sobremaneira à ordem pública, e não apenas ao dono da obra”.³⁸² A discussão foi completamente extirpada pelo novo *Codex*, que, “indicando tratar-se efetivamente de tema afeto ao interesse público”, determinou a irredutibilidade do prazo de cinco anos durante o qual o empreiteiro responderá pela solidez e segurança da obra – “o que é de todo compatível com a razão de ser e finalidade da norma, isto é, a proteção integral da pessoa humana”.³⁸³

Outra importante inovação trazida pelo dispositivo legal em comento refere-se à ampla responsabilidade do empreiteiro, concernente tanto aos materiais quanto ao solo utilizados para a construção. Na letra do que dispunha o artigo 1.245 do Código Civil de 1916, o empreiteiro responderia pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, “exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra”. Pela redação do *novel* artigo 618 tal “ressalva de responsabilidade” não mais é admitida.

Conforme será tratado de forma mais detida no item 8.4 do Capítulo 8, é de fato inadmissível qualquer tipo de limitação ou exclusão convencional do dever de indenizar que se refira à vida e à integridade física das pessoas naturais, tendo agido com acerto, ao que se acredita, o legislador de 2002, nas duas alterações acima apontadas.

3.2 TRANSPORTE DE PESSOAS E COISAS

O transportador responde, em regra, por todo e qualquer dano sofrido pelo transportado durante a execução do contrato de transporte. É que o transportador tem o dever de levar o transportado são e salvo ao seu destino – trata-se da cláusula de incolumidade inerente ao contrato de transporte.³⁸⁴ O artigo 734 do Código Civil, em seu *caput*, prescreve ser nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade no contrato de transporte de pessoas, embora esteja autorizada, pelo parágrafo único desse dispositivo, a limitação da indenização pelos danos causados às bagagens das pessoas transportadas, com base no seu valor declarado. Já se afirmou, porém, que “exigida a declaração, limita-se o valor indenizatório apenas em relação aos danos materiais correspondentes à bagagem.

³⁸² *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 365.

³⁸³ *Idem*.

³⁸⁴ Nesse sentido, BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

Danos extrapatrimoniais e até mesmo lucros cessantes não são atingidos por essa limitação”.³⁸⁵

Também no transporte de coisas é vedada a exclusão convencional do dever de indenizar, por força da Súmula n. 161 do Supremo Tribunal Federal: “em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”. Os dispositivos que serviram de referência legislativa à edição da súmula foram os artigos 12 do Decreto Legislativo n. 2.681/12, conhecido como Lei das Estradas de Ferro, e 1º do já revogado Decreto n. 19.473/30.³⁸⁶ Eis o teor dos mencionados artigos:

Decreto Legislativo n. 2.681/12:

Art. 12. A cláusula da não garantia das mercadorias, bem como a prévia determinação do máximo de indenização a pagar, nos casos de perda ou avaria, não poderão ser estabelecidas pelas estradas de ferro senão de modo facultativo e correspondendo a uma diminuição de tarifa. Serão nulas quaisquer outras cláusulas diminuindo a responsabilidade das estradas de ferro estabelecida na presente lei.

Decreto n. 19.473/30

Art. 1º. O conhecimento de frete original, emitido por empresas de transporte, por água, terra ou ar, prova o recebimento da mercadoria e a obrigação de entregá-la no lugar de destino. Reputa-se não escrita qualquer cláusula restritiva ou modificativa dessa prova ou obrigação.

Para Aguiar Dias, de nenhum dos dois dispositivos poder-se-ia deduzir a interdição à cláusula de não indenizar nos contratos de transporte de *coisas*, mas apenas a sua proibição no transporte de *pessoas*, em razão da parte final do artigo 12 da Lei das Estradas de Ferro.³⁸⁷ Todavia, a jurisprudência pacificou-se em sentido contrário, tanto que, em 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal aprovou a já referida Súmula n. 161.

Apesar da vedação à cláusula de não indenizar no âmbito dos contratos de transporte de coisas, a limitação do montante indenizatório nessa seara – que já vinha sendo admitida pela jurisprudência, desde que a convenção das partes nesse particular não se traduzisse em um valor irrisório³⁸⁸ – foi expressamente regulamentada pelo artigo 750

³⁸⁵ Ibidem, p. 296.

³⁸⁶ Decreto revogado nos termos do Decreto sem número de 25 de abril de 1991.

³⁸⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 119-120 e 184 e ss.

³⁸⁸ Confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Transporte Marítimo. Seguro, cláusula limitativa da obrigação de indenizar. CPC, artigo 333, II. A cláusula de limitação da obrigação de indenizar em princípio não é incompatível com a súmula 161 do Pretório Excelso, mas cumpre a quem a invoca provar sua existência, na forma da lei, e comprovar que a indenização previamente tarifada apresenta significação real ante o valor da mercadoria extraviada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso especial não conhecido. (...) Admite-se a limitação, dès que devidamente comprovado que a indenização não restou reduzida a valor irrisório, e que correspondeu a efetiva opção, pelo embarcador, por um frete de valor proporcionalmente mais reduzido (...)” (STJ, 4ª T., REsp 12.220/SP, rel. Min. Athos Carneiro, j. 01.10.1991, v.u., DJ 28.10.1991).

do Código Civil, que determina ser a responsabilidade do transportador “limitada ao valor constante do conhecimento”, o qual é emitido pelo transportador ao receber a coisa, com a menção dos dados que a identifiquem (artigo 744). Hamid Charaf Bdine Júnior entende que o artigo 750 não autoriza o afastamento de outras verbas de cunho indenizatório, como lucros cessantes e danos extrapatrimoniais: “em se tratando de regra restritiva de direito (em confronto com o art. 944 do CC), não pode ser interpretada de modo ampliativo, de modo que só alcança o valor do bem, e não outras verbas indenizatórias”.³⁸⁹

Importante anotar, ainda, que o transportador poderá recusar a coisa cuja embalagem seja inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas, ou danificar o veículo e outros bens (artigo 746 do Código Civil). Assim já defendia Pontes de Miranda, que incluía dentre as por ele chamadas “convenções lícitas de não responsabilidade” “aquela pela qual o transportador, verificando defeito da coisa ou do envoltório, só transporta com a declaração expressa”.³⁹⁰ Frise-se, porém, que, não se valendo da autorização hoje legalmente prevista (de recusar a coisa nas hipóteses do artigo 746 do Código Civil), “o transportador suportará o risco e ficará responsável por prejuízos que se concretizarem. É o risco da sua própria atividade (art. 927, parágrafo único, do CC)”.³⁹¹

Outro ponto que se deve observar é que há lei especial que regula o transporte rodoviário de carga por conta de terceiros e mediante remuneração: cuida-se da Lei n. 11.442/2007, que, em seu artigo 14, determina que “a responsabilidade do transportador por prejuízos resultantes de perdas ou danos causados às mercadorias é limitada ao valor declarado pelo expedidor e consignado no contrato ou conhecimento de transporte, acrescido dos valores do frete e do seguro correspondentes”.³⁹² Já o artigo 15 dispõe que “quando não definida no contrato ou conhecimento de transporte, a responsabilidade por prejuízos resultantes de atraso na entrega é limitada ao valor do frete”.

Também os contratos de transporte aéreo nacional e internacional – tanto de pessoas como de coisas – são disciplinados por lei especial, que veda não apenas a exoneração mas também a limitação contratual do dever de indenizar. Eis o que dispõem

³⁸⁹ Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte, p. 309.

³⁹⁰ As outras reservas lícitas admitidas pelo autor são a cláusula pela qual o hoteleiro declara que não responder pelas bagagens do viajante que não tomou certas precauções e aquela pela qual o depositário avisa não ser responsável pelas mercadorias que lhe cheguem sem determinados requisitos de embalagem. Mas ressalva, referindo-se a essas duas hipóteses: “há responsabilidade se o dano não proveio disso” (*Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p.132-133).

³⁹¹ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte, p. 308.

³⁹² O parágrafo único do artigo 14 dispõe que, na hipótese de o expedidor não declarar o valor das mercadorias, a responsabilidade do transportador será limitada ao valor de 2 (dois) Direitos Especiais de Saque – DES por quilograma de peso bruto transportado.

os artigos 247 da Lei n. 7.565/86, conhecida como Código Brasileiro de Aeronáutica, e 26 da Convenção de Montreal, ratificada pelo Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006:

Art. 247. É nula qualquer cláusula tendente a exonerar de responsabilidade o transportador ou a estabelecer limite de indenização inferior ao previsto neste Capítulo, mas a nulidade da cláusula não acarreta a do contrato, que continuará regido por este Código.

Art. 26. Toda cláusula que tenda a exonerar o transportador de sua responsabilidade ou a fixar um limite inferior ao estabelecido na presente Convenção será nula e de nenhum efeito, porém a nulidade de tal cláusula não implica a nulidade do contrato, que continuará sujeito às disposições da presente Convenção.

Vale lembrar que os tribunais brasileiros não têm aplicado às relações de consumo a indenização tarifada prevista nos diplomas supra referidos, tendo prevalecido, nessas hipóteses, as regras do Código de Defesa do Consumidor, que garantem aos consumidores reparação integral dos prejuízos sofridos (vide item 1.3 da Primeira Parte).³⁹³

A aplicação da lei consumerista aos contratos de transporte é questão que exige alguma reflexão. O contrato de transporte é um dos contratos tipificados pelo Código Civil brasileiro, que pode ou não ser firmado no âmbito de uma relação de consumo, “segundo se trate ou não de serviço prestado a destinatário final (art. 2º do CDC)”.³⁹⁴ Configurada uma relação de consumo, incidirão, prioritariamente, em regra, as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a despeito de o artigo 732 do Código Civil brasileiro estabelecer que “aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.³⁹⁵ Ao que se entende, o artigo 732 deverá ser

³⁹³ A aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento daquelas previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica e nas Convenções Internacionais, aos contratos de transporte nacionais e internacionais justifica-se, segundo Alberto do Amaral Júnior, porque “as normas do Código Brasileiro de Aeronáutica que limitam a responsabilidade do transportador aéreo ferem o princípio constitucional da proteção ao consumidor previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF”. Além disso, e ainda de acordo com o autor, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os tratados e convenções internacionais recebidos pelo ordenamento jurídico brasileiro não gozam de supremacia sobre a legislação interna (O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional, p. 74-75).

³⁹⁴ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte, p. 286.

³⁹⁵ A esse respeito, manifestam-se Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem: “Agora o CC/2002, quebrando o seu sistema de ser apenas lei geral subsidiária em matéria contratual de consumo, vem com normas específicas para regular todos estes contratos de transporte (terrestre, aéreo, ferroviário e multimodal, de pessoas e coisas, civil e comercial), afirmando (art. 732) que suas normas são prioritárias e que as normas do CDC, por exemplo, somente se aplicariam ‘complementarmente’, ‘quando couber, desde que não contrariem as disposições’ do CC/2002” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 630).

interpretado de forma a que prevaleçam os dispositivos do Código Civil em caso de incompatibilidade com outras legislações, mas sem excluir a incidência do Código Consumista nas relações de consumo quando suas normas forem mais benéficas ao consumidor,³⁹⁶ o que *nem sempre* ocorrerá. É que, como afirma Claudio Godoy, “a despeito da aplicação primária da legislação especial às relações de consumo, bem poderá ocorrer de na lei civil comum se conter preceito mais favorável ao consumidor, cuja proteção dimana de comando constitucional (arts. 5º, XXXII e 170, V da CF), assim de aplicação forçosa”.³⁹⁷

Com efeito, algumas regras do Código Civil podem acabar se revelando mais protetivas ao consumidor que o próprio Código de Defesa do Consumidor. Para alguns, é esse o caso, por exemplo, da exclusão da responsabilidade por fato de terceiro.³⁹⁸ Conforme já aduzido no item 1.2 da Primeira Parte, o artigo 735 do Código Civil não confere ao fato de terceiro o efeito de afastar a responsabilidade contratual do transportador por acidente com passageiro (como, de resto, já fazia a Súmula n. 187 do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes do advento do Código Civil de 2002). Já o Código de Defesa do Consumidor, diversamente, autoriza a exoneração da responsabilidade do fornecedor de serviços quando houver culpa exclusiva de terceiro (artigo 14, § 3º, II). Ora, sendo a lei geral mais benéfica ao consumidor do que a lei especial, não se pode pretender aplicar essa última em detrimento daquela. “Seria de fato incompreensível que uma legislação que tem o propósito de beneficiar o consumidor pudesse ser aplicada para prejudicá-lo”.³⁹⁹ Para Claudio Godoy, a mesma solução favorável ao consumidor pode ser encontrada, mas por outra via. É que, no entender do autor, a divergência entre os artigos 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor e 735 do Código Civil é apenas aparente, podendo o fato de terceiro acarretar ou não a exclusão da responsabilidade do agente: se colocado nos lindes do risco da atividade, não afastará a respectiva responsabilização, garantido o regresso; entretanto, se verificado um fato de terceiro *externo*, a responsabilidade do transportador será elidida, por quebra do nexo de causalidade. Arremata o autor que “quebrando o nexo de causalidade, a excludente a rigor acaba nem mesmo por depender de previsão expressa do Código Civil”.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Nesse sentido, BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte, p. 288.

³⁹⁷ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 151.

³⁹⁸ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte, p. 304.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 305.

⁴⁰⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 170-171.

Outro exemplo, que também merece ser citado acerca de conter a lei geral disposição mais benéfica ao consumidor que a lei especial, é o da responsabilidade objetiva do transportador, que, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, poderia ser afastada quando provada a inexistência de defeito no serviço (artigo 14, § 3º, I). No entanto, considerando-se que o transporte é uma atividade que gera especial risco, a responsabilidade do prestador de serviços decorre, agora, de aplicação direta do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que, ao contrário da regra consumeirista, não admite como excludente a prova da inexistência de defeito. Nas palavras de Claudio Godoy, “amplia-se a abrangência da cláusula geral da responsabilidade objetiva pela sua adstrição (...) ao risco criado pela atividade normalmente desenvolvida, sem que, menos ainda, seja necessário configurar-se um defeito”.⁴⁰¹ Trata-se, como se vê, de aplicação da lei geral civil em detrimento da lei especial, por ser aquela mais benéfica ao consumidor.

Registre-se, por fim, que o transporte feito gratuitamente, por amizade ou cortesia, não se subordina às normas supra referidas, por força do que dispõe o artigo 736 do Código Civil, donde se infere também que, no transporte gratuito, a responsabilidade do transportador é extracontratual e subjetiva, porquanto não incide, *in casu*, a previsão contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Como ensina Claudio Godoy, o oferecimento de carona não pode ser caracterizado como atividade “pela ausência de uma sequência coordenada de atos, ou organizados para alcance de uma dada finalidade, de um escopo, de um objetivo único juridicamente considerado”, sendo antes a prática de um ato, ainda que recoberto de risco e mesmo que habitual ou costumeiro.⁴⁰² Note-se, contudo, que, mesmo sendo extracontratual e subjetiva, a responsabilidade prevista pelo atual Código Civil brasileiro para aquele que transporta de forma gratuita é mais rigorosa do que costumava ser, já que, na vigência do Código Civil de 1916, vigorava a Súmula n. 145 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual, no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só seria civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorresse em dolo ou culpa grave.

3.3 RELAÇÕES DE CONSUMO

Por fim, encontra-se no Código de Defesa do Consumidor a mais conhecida de todas as vedações, que se refere não apenas às cláusulas excludentes, mas também às

⁴⁰¹ Ibidem, p. 154.

⁴⁰² Ibidem, p. 94.

cláusulas limitativas do dever de indenizar. Trata-se do artigo 51, I, que determina ser nula de pleno direito a cláusula, relativa ao fornecimento de produtos e serviços, que impossibilite, exonere ou atenuie a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Embora seja essa a regra mais suscitada quando se examina a validade da cláusula de não indenizar no âmbito das relações de consumo, merecem menção, ainda, os artigos 24 e 25 do mesmo diploma:

Art. 24. A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

Da redação do artigo 24 infere-se ser inerente às relações de consumo a garantia de adequação do produto ou do serviço, da qual não pode o fornecedor se eximir. Daí decorre que, prestado o serviço ou entregue o produto de forma inadequada, deverá o fornecedor arcar com as respectivas consequências. Já se examinou no Capítulo 2 da Primeira Parte, com amparo inclusive na lição de Odete Novais Carneiro Queiroz, que a inadequação do produto – e, acrescenta-se agora, do serviço – é uma forma de cumprimento defeituoso do contrato, que, por sua vez, constitui inadimplemento contratual, dando azo ao dever de indenizar.⁴⁰³ É por essa razão que se acredita poder o artigo 24 ser interpretado já como uma forma de vedação à cláusula de não indenizar, embora não tão explícita como a que está prevista nos artigos 25 e 51, I.

Os termos do artigo 25 são praticamente os mesmos do inciso I do artigo 51; a diferença reside somente na localização dos preceitos dentro do Código. O primeiro encontra-se dentro da Seção III, que trata da responsabilidade por vício do produto e do serviço, e refere-se àquela seção e às anteriores (a Seção II cuida da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e a Seção I, da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos). Já o inciso I do artigo 51 traz uma das espécies de cláusulas abusivas, que é, justamente, a cláusula de não indenizar. Admite o dispositivo legal, todavia, a limitação convencional da indenização, mas *apenas* quando o consumidor

⁴⁰³ Os artigos 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor protegem o consumidor contra os vícios de quantidade e qualidade do produto e do serviço, os quais, antes do advento daquele diploma, eram regulados pela teoria dos vícios redibitórios. Para um profundo estudo da disciplina que esses vícios recebem do Código de Defesa do Consumidor, inclusive em comparação com o tratamento que lhes era dirigido pelo Código Civil, ver QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 50 e ss.

for pessoa jurídica e em situações “justificáveis”. Segundo observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “fica ao juiz a tarefa de dizer quando a situação justifica a limitação da responsabilidade civil do fornecedor. O caso concreto é que vai ensejar ao magistrado a integração desse *conceito jurídico indeterminado*”⁴⁰⁴⁻⁴⁰⁵ (destaque original).

Dentro do rol de cláusulas abusivas trazido pela lei – e no que interessa ao tema objeto deste trabalho –, vale destacar, ainda, aquelas que estabelecem inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (inciso VI) e as que possibilitam a renúncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias (inciso XVI). Como se pode notar pela expressão “entre outras”, contida no *caput* do artigo 51, o rol é meramente exemplificativo, tanto que a Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, comumente edita portarias que trazem em seu bojo novas espécies de cláusulas abusivas.⁴⁰⁶ A lista prevista no Código de Defesa do Consumidor e nas portarias editadas pela Secretaria de Direito Econômico reflete a tendência contemporânea e coloca o Brasil no mesmo patamar de outros países, que, segundo Paulo Luiz Neto Lôbo, apresentam uma lista mais ou menos extensa de tipos de cláusulas abusivas, dependendo dos tipos mais frequentes na prática negocial em massa verificados em cada país.⁴⁰⁷

Outro ponto que requer atenção, no que diz respeito à tutela do Código de Defesa do Consumidor, é que também terão direito a ela as pessoas equiparadas pela lei aos reais consumidores. O parágrafo único do artigo 2º equipara ao consumidor individual “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Já o artigo 17 equipara aos consumidores todas as vítimas do acidente de consumo, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, pois, como adverte Odete Novais Carneiro Queiroz, “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo”.⁴⁰⁸ Trata-se da

⁴⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 948.

⁴⁰⁵ Fábio Peres interpreta a expressão “em situações justificáveis” da seguinte forma: para a admissibilidade da cláusula limitativa do dever de indenizar nos termos do inciso I do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, “a relação entre os contratantes deverá ser de natureza paritária, na qual as partes efetivamente negociaram a inclusão da limitação do dever de indenizar e, por conseguinte, houve uma contraprestação pela sua anuência, mantendo o equilíbrio econômico da relação contratual” (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 165).

⁴⁰⁶ Junqueira de Azevedo menciona duas listas com 29 cláusulas publicadas no mês de março de 1999, que se referem a planos de saúde, de cartão de crédito, de transporte aéreo etc. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, 2000, p. 15). Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, de outra parte, lembram da Portaria n. 3, de 15 de março de 2001, que prevê como abusiva, entre outras, a cláusula contratual que prevê a capitalização de juros em contrato de consumo (O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 65, em nota de rodapé.)

⁴⁰⁷ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 160.

⁴⁰⁸ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 98.

figura do *bystander*, desenvolvida no direito norte-americano e que constitui um reflexo da erosão sofrida pelo princípio da relatividade dos efeitos nos últimos tempos,⁴⁰⁹ a qual, por sua vez, nada mais é que consequência do princípio da função social do contrato, “que ocupa relevante papel *ultra partes*, vindo a espalhar efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual. É o que se poderia dizer uma *eficácia social* do contrato”.⁴¹⁰ Por derradeiro, o artigo 29 equipara aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas nos Capítulos V e VI da Lei n. 8.078/90. Ensina Odete Novais Carneiro Queiroz que a intenção do dispositivo foi alargar o espectro de abrangência do Código, tutelando também o consumidor-profissional. Assim, aquele que adquire um produto necessário para o exercício de sua atividade profissional “poderá ter a proteção desse Código, apesar de estabelecer uma relação estritamente comercial com o alienante, por exemplo, ao comprar determinada maquinaria imprescindível na sua fábrica”. Firme na lição de Claudia Lima Marques, a doutrinadora afirma tratar-se de política legislativa, “viabilizando a repressão eficaz de abusos econômicos, embora a vulnerabilidade continue sendo elemento essencial”.⁴¹¹

Amparado na redação do já referido artigo 17, e tendo em vista a vedação à cláusula de não indenizar contida nos artigos 25 e 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, Alberto do Amaral Júnior assevera serem nulas de pleno direito as cláusulas que pretendam afastar ou limitar a responsabilidade do fornecedor perante as vítimas dos acidentes de consumo.⁴¹² À observação do referido jurista, vale acrescentar que a proibição às convenções exoneratórias e limitativas do dever de indenizar estende-se também às pessoas equiparadas a consumidores por força do parágrafo único do artigo 2º e do artigo 29; nesse último caso, ainda com muito mais razão, já que o dispositivo estabelece equipararem-se aos consumidores todas as pessoas expostas às práticas previstas nos Capítulos V e VI da Lei n. 8.078/90, e justamente no Capítulo VI é que se encontra o rol de cláusulas abusivas (artigo 51).

Alberto do Amaral Júnior sustenta, ainda, ser igualmente proibida a cláusula que vise a excluir, ainda que parcialmente, a responsabilidade solidária do fornecedor de produtos e serviços pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, que é

⁴⁰⁹ Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 147-148.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 135.

⁴¹¹ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 99.

⁴¹² O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional, p. 70.

determinada pelo artigo 34 do *Codex Consumerista*.⁴¹³ Além da solidariedade imposta pelo artigo 34, há também as previsões dos artigos 18 e 19, que estabelecem a responsabilidade solidária dos fornecedores nas hipóteses ali especificadas; solidariedade essa que, segundo Odete Novais Carneiro Queiroz, “exerce função proeminente na tutela pretendida”. Ressalva a autora, contudo, que tal solidariedade não é absoluta, “já que em dois momentos haverá o seu rompimento, tornando-se o comerciante (distribuidor) responsável exclusivo”. A primeira hipótese de rompimento da solidariedade é a de fornecimento de produto *in natura* que contém vício de qualidade; nessa situação, o fornecedor imediato apenas não responderá se for possível identificar claramente o produtor (artigo 18, § 5º). A segunda hipótese mencionada pela autora é a do § 2º do artigo 19, que determina a responsabilidade exclusiva do fornecedor imediato “quando fizer a pesagem ou a medição [do produto com vício de quantidade] e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”.⁴¹⁴ Lembra ainda a doutrinadora que, em ambos os casos, será admitido “o afastamento da responsabilidade exclusiva do comerciante, se puder ser identificado o produtor, na primeira hipótese e, na segunda, se conseguir fazer a prova da aferição de seus instrumentos de pesagem”.⁴¹⁵ Assim, na esteira do que já proclamou Alberto do Amaral Júnior com relação à regra contida no artigo 34, e tendo em vista a vedação expressa à cláusula de não indenizar (artigos 25 e 51, I, todos do Código de Defesa do Consumidor), é de se concluir que em nenhuma das hipóteses de solidariedade previstas pelo Código de Defesa do Consumidor admite-se o afastamento convencional do dever de indenizar do responsável solidário. Nas palavras, mais uma vez, de Odete Novais Carneiro Queiroz: “a possibilidade de renúncia à solidariedade, em favor de um ou alguns dos devedores solidários admitida no diploma civil através do art. 912, não atinge as relações de consumo”.⁴¹⁶

As normas do Código de Defesa do Consumidor são imperativas e, como tal, “aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da ‘vontade’, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática”.⁴¹⁷ É que, como assinala Odete Novais Carneiro Queiroz, “o princípio constitucional da isonomia trata da igualdade real, autêntica, para quando houver

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 137.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 138.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 140-141.

⁴¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 623.

uma paridade de situações. Para tanto e, visando alcançá-la, haverão de ser tratados desigualmente os desiguais, na mesma proporção dessa diferença”. A seu ver, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar “batem de frente com a situação de inferioridade técnica do consumidor, cidadão comum face ao fornecedor, sempre um *expert* em seu ramo de negócio”. Daí que, para corrigir essa situação de desigualdade, o polo débil, no caso o consumidor, precisa ser tutelado.⁴¹⁸ Em verdade, a defesa do consumidor é determinada, de forma direta, pela própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, XXXII, dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Da mesma forma, o artigo 170, V, prescreve que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da defesa do consumidor. Conforme lembra Odete Novais Carneiro Queiroz, os dispositivos constitucionais que se referem à defesa do consumidor foram, na realidade, corolário da Resolução n. 39.248, de 10.04.1985, da Organização das Nações Unidas, cuja ideia básica é a de proteção à vida, à saúde, à segurança e ao patrimônio do consumidor.⁴¹⁹

Por fim, nunca é demais repetir que as disposições do Código de Defesa do Consumidor têm aplicação prioritária às relações de consumo, *em regra* prevalecendo sobre as disposições do Código Civil, assim como sobre qualquer outra lei geral. Conforme já se aduziu no item anterior, somente nas hipóteses – raras, mas existentes – de conter a lei geral dispositivo mais benéfico ao consumidor do que aqueles previstos na lei especial é que se aceitará a incidência daquele artigo específico em detrimento de outro – menos benéfico, repita-se – eventualmente constante do Código de Defesa do Consumidor. O que se nota, enfim, é que existe uma pluralidade de mecanismos legislativos destinados à solução de conflitos, afirmando Claudio Godoy ser mesmo uma tônica do sistema “a abertura de diferentes vias, (...) envolvendo normas pertencentes a um conjunto diverso, que atuam de forma complementar, de modo a fazer operar princípios básicos, como o da indenidade da vítima”.⁴²⁰

É, pois, a reafirmação do que se vem falando desde o Capítulo 2: a indenidade da vítima constitui hoje valor fundamental do ordenamento jurídico, razão de ser da menor admissibilidade, nos tempos atuais, das convenções de exoneração e de limitação do dever de indenizar.

⁴¹⁸ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 47.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 13-14.

⁴²⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 255.

4

A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO DIREITO ESTRANGEIRO

Diversamente do que se verifica no Brasil, outros países, como Itália e Portugal,⁴²¹ contêm em seus respectivos Códigos Civis regras que disciplinam, de forma geral, a exoneração e a limitação convencionais do dever de indenizar. Na Itália, aliás, há muito isso se verifica. Garcia Amigo, em obra datada de 1965, informava que o Código Civil italiano de 1942 era o único, até então, que regulava expressa e genericamente “o problema das cláusulas limitativas da responsabilidade”.⁴²² A disposição de caráter geral que concerne às cláusulas limitativas e exoneratórias do dever reparatório é a que consta do artigo 1229 daquele diploma, que estabelece ser nulo qualquer pacto que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave, bem como qualquer outro pacto preventivo de exoneração ou limitação para os casos em que o fato do devedor ou de seus auxiliares constitua violação de obrigações derivadas de norma de ordem pública.⁴²³ A respeito desse artigo, a Corte Suprema da Itália já declarou que a lesão a direitos invioláveis assim classificados constitucionalmente torna nulos os pactos de exoneração e limitação da responsabilidade.⁴²⁴ Paulo Luiz Neto Lôbo lembra, ainda, que o artigo 1341 do Código Civil italiano considera sem efeito as cláusulas inseridas em condições gerais dos contratos que estabelecessem, entre outros, “a limitação de responsabilidade”.⁴²⁵ E, no âmbito específico do direito do consumidor, merecem menção os artigos 1469-bis e 1469-quinquies, que trazem em seus bojos vedações a diversos tipos de cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar do profissional.

⁴²¹ A especial referência, logo no início do capítulo, às legislações desses países deve-se ao fato de que os direitos italiano e português tiveram influência marcante na nova codificação brasileira. Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 16.

⁴²² *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 15.

⁴²³ Eis a redação do artigo 1229 do Código Civil italiano: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

⁴²⁴ “Il rango costituzionale dei diritti inviolabili suscettibili di lesione rende inoltre nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità” (Cass. Civ., Sezioni Unite n. 26972/2008).

⁴²⁵ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 161.

No Código Civil português, os principais artigos que disciplinam a matéria são o 809º e o 800º, n. 2. Iniciar-se-á pelo artigo 809º, que dispõe ser “nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n. 2 do artigo 800º”. Dentre os direitos facultados ao credor, nas divisões anteriores do Código Civil português, está o direito à indenização pelos danos decorrentes da mora (artigo 804º c/c artigo 798º) e do não cumprimento definitivo (artigo 801º c/c artigo 798º). Dessa forma, o texto do artigo 809º “causa a impressão de que as cláusulas de exclusão da responsabilidade por actos próprios do devedor são todas inválidas”.⁴²⁶ E não apenas as cláusulas excludentes mas também as limitativas do dever de indenizar poderiam ser consideradas vedadas pela redação do referido dispositivo, já que tanto aquelas como essas contêm, em seu bojo, uma renúncia antecipada ao direito à indenização; nas cláusulas excludentes renuncia-se a toda a indenização, e nas cláusulas limitativas renuncia-se a uma parte da indenização. “Independentemente de o credor renunciar a todo o direito, ou só a parte dele, a cláusula seria nula”.⁴²⁷ Todavia, o n. 2 do artigo 800º, que o artigo 809º expressamente ressalva, estabelece que a responsabilidade do devedor pelos atos de seus representantes legais e auxiliares “pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública”. Da leitura do n. 2 do artigo 800º depreende-se, então, que as cláusulas de exclusão ou limitação do dever de indenizar por atos de auxiliares ou de representantes legais são válidas, desde que não infrinjam a ordem pública. Eis a síntese de Nuno Manuel Pinto Oliveira após análise dos artigos 809º e 800º, n. 2:

(...) o art. 809º dá a entender ou indicia que as partes não podem excluir antecipadamente a responsabilidade por actos do devedor nem na hipótese de culpa leve, o n. 2 do art. 800º dá a entender (ou indicia) que as partes podem excluir antecipadamente a responsabilidade por actos de auxiliares ou de representantes mesmo nas hipóteses de dolo ou culpa grave.⁴²⁸

Considerando a disparidade entre as conclusões que se inferem das redações dos dispositivos legais, muito se discutiu na doutrina portuguesa qual deveria ser a melhor interpretação aos preceitos do Código Civil que cuidam da exoneração e da limitação

⁴²⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 27.

⁴²⁷ Idem.

⁴²⁸ Ibidem, p. 28.

convencionais do dever de indenizar. Relata Nuno Manuel Pinto Oliveira a posição de alguns, mais radicais, que, como Antunes Varela, entendem que o texto do artigo 809º seria “‘inequívoco’ na proibição das cláusulas de exclusão da responsabilidade – de *todas* as cláusulas de exclusão da responsabilidade, funde-se ela em dolo, em culpa grave ou em culpa leve”.⁴²⁹ Pinto Monteiro, ao revés, entende que a cláusula de não indenizar poderia ser admitida, desde que para exonerar o devedor por culpa leve. É que, para o autor, não haveria renúncia à indenização (o que é vedado pelo artigo 809º do Código Civil português), mas, sim, uma “alteração, por acordo, dos termos em que será apreciado um dos requisitos da responsabilidade: a culpa. As partes não terão afastado (...) o dever de indemnizar, antes o terão condicionado ao dolo e culpa grave do devedor”.⁴³⁰ Na mesma direção é a posição de Galvão Telles, segundo informa Nuno Manuel Pinto Oliveira,⁴³¹ que também afirma concordar com as soluções apresentadas por esses autores, pois, “embora não correspondam ao sentido mais ‘imediato’, ao sentido mais ‘natural’ do texto da lei, cabem seguramente no sentido literal possível”.⁴³²

Já no que se refere à cláusula limitativa do dever de indenizar, Nuno Manuel Pinto Oliveira não vê maiores objeções à sua admissibilidade, pois “se o art. 809º permite o mais – se o art. 809º permite que as partes excluam totalmente a responsabilidade por culpa leve –, também tem de permitir o menos – também tem de permitir que as partes excluam parcialmente essa responsabilidade”. Outro argumento utilizado pelo autor para reforçar sua conclusão é o de que as cláusulas limitativas do dever de indenizar seriam permitidas pelo n. 1 do artigo 810º do Código Civil,⁴³³ que assim dispõe: “as partes podem, porém, fixar por acordo o montante da indemnização exigível: é o que se chama cláusula penal”.

Questão de maior controvérsia no direito português é, no entanto, a da limitação e exoneração convencionais do dever de indenizar por atos de auxiliares e de representantes legais. Nuno Manuel Pinto Oliveira informa existirem três correntes: a primeira, que conta com a adesão de Antunes Varela e Ribeiro de Faria, considera que essas cláusulas seriam em princípio válidas, inclusive em caso de não cumprimento imputável a título de dolo ou de culpa grave; a segunda, de Ana Prata e Galvão Telles, entende que as cláusulas de exclusão ou de limitação do dever de indenizar por atos de auxiliares ou de representantes legais em caso de dolo ou culpa grave são sempre inválidas; e a terceira, à qual se filia

⁴²⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 29.

⁴³⁰ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 228.

⁴³¹ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 30.

⁴³² *Ibidem*, p. 31.

⁴³³ *Ibidem*, p. 41-42.

Pinto Monteiro, “distingue as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade do devedor por actos de auxiliares dependentes e as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade do devedor por actos de auxiliares independentes”.⁴³⁴

Consoante brevemente se expôs no item 2.1.3 da Primeira Parte, Pinto Monteiro entende, de fato, que a solução da questão depende do “tipo de relacionamento entre as pessoas utilizadas para o cumprimento da obrigação e o devedor”. Reconhece o autor que o devedor será responsável pelos atos tanto dos auxiliares dependentes como dos auxiliares independentes. Mas arremata: “compreende-se que esta diferença possa – e deva, ao que se acredita – *relevar*, para efeitos de exoneração da responsabilidade”⁴³⁵ (destaque original). Assim é que, no entender de Pinto Monteiro, o devedor pode limitar ou excluir o dever de indenizar pelos atos dos terceiros independentes em termos mais amplos do que se fosse ele próprio ou um auxiliar sem autonomia a cumprir a obrigação contratual, “ou seja, mesmo em caso de dolo ou culpa grave daquele auxiliar, desde que haja *acordo prévio* do credor nesse sentido”⁴³⁶ (destaque original). Nuno Manuel Pinto Oliveira não concorda com tais considerações, sustentando que a equiparação, estabelecida pelo n. 1 do artigo 800º do Código Civil português, entre atos de auxiliares ou de representantes e atos do devedor, exige que coincidam as condições de validade das cláusulas de exclusão e limitação do dever de indenizar por atos do próprio devedor e por atos de auxiliares (ou representantes legais): “caso abranjam o dolo e a culpa grave, as cláusulas serão inválidas; caso abranjam, exclusivamente, a culpa leve, serão, em princípio, válidas”. Acrescenta, ao final, que as razões que o levam a tal conclusão “procedem, por igual, para as cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade do devedor por actos de auxiliares dependentes e por actos de auxiliares independentes”.⁴³⁷

Vale notar que, no campo do direito do consumidor, a limitação e a exclusão convencionais do dever de indenizar são expressamente vedadas (artigos 3º, f, 12º e 16º da Lei n. 24/96, alterada pelo Decreto-lei n. 67/2003), aproximando-se o direito lusitano, nesse ponto, dos direitos brasileiro e italiano.

Por último, e ainda com relação ao direito português, observa-se haver, naquele ordenamento, artigo de lei expresso que determina serem válidas as convenções sobre caducidade. Eis o que dispõe o artigo 330º do Código Civil português: “são válidos os negócios pelos quais se criem casos especiais de caducidade, se modifique o regime legal

⁴³⁴ Ibidem, p. 48.

⁴³⁵ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 287.

⁴³⁶ Ibidem, p. 290.

⁴³⁷ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 61.

desta ou se renuncie a ela, contanto que não se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes ou de fraudes às regras legais de prescrição”. Todavia, são considerados “nulos os negócios jurídicos destinados a modificar os prazos legais da prescrição ou a facilitar ou dificultar por outro modo as condições em que a prescrição opera seus efeitos” (artigo 300º do Código Civil português). Trata-se de disposições legais específicas sobre caducidade e prescrição, mas, ainda assim, dignas de nota, em especial pela diversidade de tratamento que é conferida à questão, se comparado com o direito brasileiro. Como se viu no item 2.1.4 da Primeira Parte, o Código Civil pátrio não autoriza a alteração convencional dos prazos de prescrição e de decadência, salvo, no que se refere a esses últimos, quando houverem sido fixados pelas próprias partes (prazos convencionais de decadência).

O direito francês, por seu turno, não apresenta regra geral para disciplinar as cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar, assemelhando-se, nesse ponto, do direito brasileiro. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas informam que, em alguns domínios, o legislador interveio para proibir as cláusulas de não indenizar; advertem, no entanto, que “*ce ne sont là que dispositions fragmentaires*”.⁴³⁸ Há também os casos em que o próprio legislador fixa uma “limitação legal de responsabilidade”, vedando que se convencie uma redução complementar (caso, por exemplo, dos transportes aéreos); e aqueles em que se protege uma das partes do contrato de adesão (caso do transporte terrestre de mercadorias).⁴³⁹ Outros exemplos citados pelos juristas franceses são o do artigo 1792-5 do Código Civil (Lei de 4 de janeiro de 1978), que, no direito da construção, reputa não escrita toda cláusula que direta ou indiretamente vise suprimir ou limitar as responsabilidades e garantias devidas pelo construtor, ou a solidariedade existente entre os construtores e os fabricantes; e o das alíneas 2 e 3 do artigo 1953 do Código Civil (Lei n. 1141, de 24 de dezembro de 1973), que proíbe toda convenção que suprima ou limite a responsabilidade do hoteleiro quanto aos objetos dos viajantes. E, no que tange ao direito do consumidor, os autores informam a existência de artigo de lei que reputa abusiva a cláusula que tenha por objeto ou por efeito suprimir ou reduzir o direito à reparação do não profissional ou consumidor em caso de descumprimento por parte do profissional de qualquer uma de suas obrigações (artigo R. 132-1 do Código Civil).⁴⁴⁰

Na ausência de disposição legal de caráter genérico a disciplinar a exclusão e a limitação convencionais do dever de indenizar, coube à jurisprudência francesa a tarefa de

⁴³⁸ *Leçons de droit civil*, p. 760. Tradução livre: “Trata-se, apenas, de disposições fragmentárias”.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 760.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 761-762.

fixar as regras gerais concernentes à validade e aos efeitos das referidas convenções.⁴⁴¹ Daí que os tribunais daquele país já se manifestaram contra a admissão da cláusula limitativa do dever de indenizar em razão de descumprimento de obrigação essencial do contrato,⁴⁴² assim como também já assentaram que a culpa grave assimila-se ao dolo, obrigando seu autor, quer se trate de responsabilidade contratual, quer extracontratual, à reparação integral do prejuízo e sem que se possa afastar tal dever por meio de uma cláusula de não indenizar.⁴⁴³ Nuno Manuel Pinto Oliveira informa que a tendência dos tribunais franceses de repelir as convenções limitativas e exoneratórias do dever de indenizar em caso de dolo e culpa grave do devedor deve-se à interpretação que conferem ao artigo 1150 do Código Civil francês,⁴⁴⁴ o qual dispõe que o devedor só é responsável pelos danos que foram previstos ou que podiam ser previstos por ocasião do contrato, desde que não tenha sido o seu dolo a razão de não ter sido executada a obrigação.⁴⁴⁵ Por fim, vale anotar que a jurisprudência francesa fulmina de nulidade, também, as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar de origem extracontratual, sob o argumento de que as regras de direito positivo nesse particular seriam imperativas, de ordem pública, e, portanto, não poderiam ser modificadas por convenção das partes, ao que Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas discordam, por entenderem que a ordem pública não se opõe a que a vítima renuncie, no todo ou em parte, à reparação que lhe seria devida, ainda que antecipadamente.⁴⁴⁶

O direito alemão, de outra parte, apresenta soluções diferentes, conforme se integre a cláusula de não indenizar em contrato negociado ou em contrato de adesão. A esse respeito, informa Nuno Manuel Pinto Oliveira que, no domínio dos contratos negociados, o n. 3 do § 276 do BGB proíbe a exclusão da responsabilidade do devedor por atos próprios em caso de descumprimento imputável a título de dolo,⁴⁴⁷ e o § 278 permite a exclusão da responsabilidade do devedor por atos de auxiliares ou representantes legais,

⁴⁴¹ Ibidem, p. 760.

⁴⁴² Ibidem, p. 764.

⁴⁴³ Ibidem, p. 765.

⁴⁴⁴ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 23.

⁴⁴⁵ Eis a redação do artigo 1150 do Código Civil francês: “*Le débiteur n’est tenu que des dommages-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*”.

⁴⁴⁶ *Leçons de droit civil*, p. 769.

⁴⁴⁷ Eis a redação do n. 3 do § 276 do BGB: “*Die Haftung wegen Vorstaz kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden*”.

independentemente de o descumprimento ser imputável a título de dolo ou mera culpa.⁴⁴⁸ Já nos contratos de adesão, “a al. b) do n. 7 do § 309 determina a ineficácia das cláusulas de exclusão ou de limitação da responsabilidade do devedor em caso de dolo ou culpa grave, independentemente de estar em causa a responsabilidade por actos próprios ou por actos de terceiros”.⁴⁴⁹ Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem alertam, também, para a previsão contida no n. 5 do § 309, que combate as cláusulas limitativas ou tarifadoras da indenização devida pelo fornecedor, nas relações de consumo.⁴⁵⁰

A par dos ordenamentos jurídicos individuais de cada Estado, há na Europa iniciativas com vistas à criação de um “direito privado europeu”. Segundo relata Nuno Manuel Pinto Oliveira, foi nesse contexto que surgiram os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, bem como os princípios de direito europeu dos contratos, cuja autoria se atribui à Comissão de Direito Europeu dos Contratos. Entre aqueles primeiros, merece menção o artigo 7.1.6, que impede o contratante de se valer de uma cláusula limitativa ou excludente do dever de indenizar “se, à luz do contrato, tal for manifestamente injusto”. Já entre os últimos, destaca-se a regra do artigo 8:109, que admite a exclusão e a limitação do dever de indenizar desde que não sejam contrárias às exigências da boa-fé.⁴⁵¹ Há que se registrar, por fim, que o anteprojeto de Código europeu dos contratos, no artigo 106º, n. 1, estatui ser nula a convenção que exclui ou limita previamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave,⁴⁵² e, no n. 3 do mesmo artigo, declara nulas as convenções tendentes a limitar ou excluir o dever de indenizar, independentemente do grau de culpa por que o descumprimento é imputado ao devedor, “se a responsabilidade decorre de uma actividade profissional ou de uma actividade empresarial exercida em regime de monopólio em virtude de uma autorização concedida pelas autoridades públicas”.⁴⁵³ Como se vê, o anteprojeto de Código europeu dos contratos segue a tendência verificada na maioria dos países, no sentido de proteger o consumidor, evitando que tenham seus direitos prejudicados por uma cláusula limitativa ou exoneratória do dever de indenizar imposta pela parte mais forte da relação.

⁴⁴⁸ Eis a redação do § 278 do BGB: “*Der Schuldner hat ein Verschulden für seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 3 findet keine Anwendung*”.

⁴⁴⁹ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 23.

⁴⁵⁰ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 634.

⁴⁵¹ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 24.

⁴⁵² Nesse sentido, OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 25.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 69.

5

**O DISSENSO NA DOUTRINA SOBRE A CLÁUSULA DE NÃO
INDENIZAR**

Com os exemplos trazidos no Capítulo 3 da Segunda Parte, pretende-se demonstrar que há, no direito brasileiro, previsões pontuais e específicas que proíbem ou restringem o campo de incidência das cláusulas limitativas e excludentes do dever de indenizar. No entanto, a validade dessas convenções *em todos os domínios em que não há normas proibitivas* é questão que permanece suscitando grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido, afirma Aguiar Dias que “o valor da cláusula de irresponsabilidade é ponto de atrito entre os juristas das diferentes correntes, que vão da negação absoluta à aceitação irrestrita”.⁴⁵⁴

O repúdio à cláusula de não indenizar fundamenta-se na noção de ordem pública: para os adeptos dessa corrente, infringe a ordem pública, porque imoral, exonerar-se alguém, antecipadamente, de indenizar os danos que vier a causar a outrem.⁴⁵⁵ Argumentos como o de que a cláusula de não indenizar fomenta a negligência do devedor e a “tirania das organizações poderosas” – que se veriam, então, livres para prejudicar o particular economicamente mais fraco – são, também, comumente utilizados para negar validade à convenção.⁴⁵⁶

Em direção diametralmente oposta, autores como Junqueira de Azevedo e Aguiar Dias sustentam que a interdição absoluta da cláusula de não indenizar viola a liberdade de contratar, além de entrar em conflito com a própria lei, que, vedando-a em determinados campos, implicitamente a reconhece em outros contratos.⁴⁵⁷ Aguiar Dias, aliás, vai além, chegando inclusive a afirmar que a liberdade de contratar, ainda que no campo da

⁴⁵⁴ *Cláusula de não indenizar*, p. 47.

⁴⁵⁵ Segundo Aguiar Dias, defendem esse ponto de vista Aubry et Rau, Laurent, Pardessus, Ruben de Couder e outros (Ibidem, p. 48).

⁴⁵⁶ Nesse sentido, idem.

⁴⁵⁷ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro, p. 203 e DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 73.

responsabilidade extracontratual, não encontra reprovação na moral e nos bons costumes, não infringindo, portanto, nenhuma norma de ordem pública.⁴⁵⁸ Outro argumento utilizado por aqueles que advogam pela sua validade é o de que a cláusula de não indenizar é lícita e conveniente ao interesse social, pois “diminui os riscos do empreendimento, representa um barateamento de custos e assim constitui um elemento de desenvolvimento dos negócios”.⁴⁵⁹

Também na doutrina francesa encontram-se posicionamentos favoráveis à cláusula de não indenizar – o que se há de levar em consideração, pois, como se viu no Capítulo anterior, lá, assim como ocorre no Brasil, não há regra geral concernente à validade de tal convenção. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas afirmam que o acordo que versa sobre o direito à reparação é suscetível de se concluir não apenas depois do dano mas também antes de sua ocorrência: “le futur responsable et la victime éventuelle prévoient le dommage; ils en déterminent d’avance les conséquences, substituant aux règles légales des règles conventionnelles”.⁴⁶⁰ Na opinião desses autores, dúvida não há quanto à validade da cláusula de não indenizar na esfera da responsabilidade contratual: estão as partes livres para antecipadamente afastar, por completo ou parcialmente, a reparação do prejuízo que poderá advir da eventual inexecução da obrigação contratual, até porque foi essa criada pela vontade dos próprios contratantes.⁴⁶¹ Embora reconheçam que a cláusula é mais frequente em matéria contratual, os juristas defendem sua validade também no campo da responsabilidade extracontratual, em que pese o posicionamento contrário da jurisprudência francesa.⁴⁶² Entendem que, por um lado, as cláusulas de exoneração total e parcial do dever de indenizar apresentam a vantagem de evitar a paralisia que pode resultar de um desenvolvimento excessivo da responsabilidade, mas, por outro, têm o inconveniente de tornar as pessoas menos prudentes e de deixar sem reparação a vítima. Segundo afirmam, é justamente essa a razão pela qual o legislador francês proíbe, em certos domínios, as cláusulas de não indenizar e as cláusulas limitativas do dever de indenizar.⁴⁶³

⁴⁵⁸ *Cláusula de não indenizar*, p. 51.

⁴⁵⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 180.

⁴⁶⁰ *Leçons de droit civil*, p. 759. Tradução livre: “O futuro responsável e a vítima eventual preveem o prejuízo, determinam antecipadamente as consequências, substituindo as regras legais pelas regras convencionais”.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 761.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 769.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 760.

Entre os posicionamentos extremos – favoráveis e contrários à cláusula de não indenizar –, houve aqueles que defenderam que seu efeito dever-se-ia restringir à mera inversão do ônus da prova.⁴⁶⁴ Trata-se, como informa Aguiar Dias, de uma doutrina de conciliação, reflexo da indiscutível pressão da realidade sobre a jurisprudência e a doutrina, diante da “insuficiência da solução legislativa para o agudo problema criado pelo vulto da responsabilidade do devedor contratual em conflito com o princípio da reparação do dano”. Em poucas palavras: era preciso que se encontrasse uma “solução transacional entre duas ideias antagônicas: o interesse social e o de dar efeito à estipulação”.⁴⁶⁵

A teoria da inversão do ônus da prova parte do pressuposto de que a inexecução de um contrato constitui, em geral, ato ilícito, acarretando não apenas a responsabilidade contratual mas também a responsabilidade extracontratual. Segundo os seus defensores, a cláusula de não indenizar teria “plena eficácia como fonte de isenção da responsabilidade contratual”, mas jamais poderia afastar a responsabilidade extracontratual definida na lei, “em cuja aplicação se empenha a sociedade que a impõe como norma de observância geral e irrestrita”.⁴⁶⁶ Assim, uma vez inadimplido o contrato, o devedor permaneceria obrigado a pagar a indenização devida, não em virtude da responsabilidade contratual, mas em razão da responsabilidade extracontratual – cujos efeitos a cláusula de não indenizar não teria o condão de evitar. Como na responsabilidade extracontratual quem a invoca é que tem a incumbência de provar a culpa do devedor – ao contrário do que ocorre na responsabilidade contratual, em que cabe ao devedor provar que não é responsável –, opera-se automaticamente a transferência do ônus da prova para o credor.⁴⁶⁷ Ou seja, o efeito que essa corrente doutrinária admite para a cláusula de não indenizar é o de inverter o ônus da prova em prejuízo do credor, a quem, sem a cláusula, beneficiaria a presunção de culpa do devedor admitida na responsabilidade contratual.⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹ Como sintetiza Aguiar Dias, por essa teoria, o contratante continua a responder pelas suas faltas, passando, porém, a exigir que seu adversário lhe prove a negligência, pois é ele quem pleiteia a nulidade e,

⁴⁶⁴ Assim relata Aguiar Dias, que afirma ser Troplong “o pai dessa doutrina de conciliação” (*Cláusula de não indenizar*, p. 50, em nota de rodapé).

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 50-51.

⁴⁶⁹ Vale aqui a mesma observação que se fez no item 2.1.4, também em nota de rodapé, a respeito da distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado, as quais apresentam consequências diferentes no tocante à questão da prova.

para prová-la, precisa estabelecer que o inadimplemento não foi devido à força maior. Portanto, “a cláusula não o exonera de culpa, mas de provar a força maior”.⁴⁷⁰

Essa linha de pensamento não conta com a adesão de Aguiar Dias, que, firme na lição de Josserand, afirma ser inadmissível, para prejudicar os reais efeitos da cláusula, argumentar com a subsistência da responsabilidade extracontratual após o desaparecimento da contratual, porque a intenção das partes ao pactuarem a cláusula de não indenizar é efetivamente afastar o encargo, qualquer que seja a sua fonte, “não sendo lícito ao intérprete atribuir-lhes essa restrição mental”.⁴⁷¹ O autor nega, também, o caráter dúplice que os defensores da doutrina da inversão do ônus da prova veem na infração contratual: a seu ver, nem todo fato danoso enseja as responsabilidades contratual e extracontratual. Além disso, não admite Aguiar Dias que a cláusula de não indenizar afaste apenas uma das “responsabilidades”, subsistindo a outra. “O caráter misto porventura apresentado pelo fato é incapaz de admitir aquela construção, que resultaria, em última análise, em violação da regra *electa una via non datur recursus ad alteram*”.⁴⁷² Para Pontes de Miranda, a possibilidade de concurso das duas responsabilidades *ex contractu* e *ex delicto* é inegável “quando o inadimplemento de contrato também constitui crime”. No entanto, suscitando o mesmo princípio invocado por Aguiar Dias (*electa una via, non datur recursus ad alteram*), esclarece que o ressarcimento “há de ser por uma das vias: *ex contractu*, ou *ex delicto*; e nunca por ambas. *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*”.⁴⁷³ O raciocínio sustentado por Aguiar Dias – e, como se viu, amparado por Pontes de Miranda – é ilustrado pelo primeiro com exemplo de uma colisão causada pela imprudência do condutor de um veículo. Nesse caso, entende Aguiar Dias que haveria cumulação das responsabilidades contratual e extracontratual: a obrigação contratual do transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar do destino teria sido violada, independentemente de ato culposos do condutor, já a responsabilidade extracontratual decorreria dos danos decorrentes da colisão, que teriam sido causados, aí sim, pela conduta culposa do motorista. Em caso como esse, relata o autor, a Corte de Apelação de Milão teria entendido ser impossível o simultâneo exercício, por parte do lesado, das ações “contratual e aquiliana”, sob o fundamento de que tal prática configuraria *bis in idem*.⁴⁷⁴⁻⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 76.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 49, em nota de rodapé.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 52, em nota de rodapé.

⁴⁷³ *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 60.

⁴⁷⁴ *Cláusula de não indenizar*, p. 54-55.

⁴⁷⁵ Em sentido diametralmente oposto decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento realizado no ano de 1966. Naquela ocasião, o Tribunal, diante de uma cláusula de não indenizar pactuada

Daí concluir que, ao convencionar sobre indenização assegurada contratual e extracontratualmente, exonerando o possível devedor, o credor afasta qualquer direito que possa ter a eventual indenização, qualquer que seja a sua origem.⁴⁷⁶

Outra razão invocada por Aguiar Dias para rechaçar a por ele chamada doutrina de conciliação é a de que seria arbitrário estabelecer como efeito da cláusula de não indenizar a inversão do ônus da prova. É que, se as partes assim o quisessem, poderiam convencionar, de forma simples e direta, a inversão do ônus da prova, sem ter de recorrer à cláusula de exclusão do dever de indenizar.⁴⁷⁷ Acredita-se assistir-lhe razão quanto ao ponto: se as partes decidem fazer inserir em um contrato a cláusula de não indenizar é porque efetivamente desejam aquele efeito, qual seja, exonerar o devedor do pagamento da indenização. Caso os contratantes pretendessem apenas inverter o ônus probatório, deveria ser esse então o objeto da cláusula, até porque nenhuma ilicitude há na convenção que estabelece a inversão do ônus probatório, desde que, no caso brasileiro, não se trate de relação de consumo (artigo 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor) e que se respeitem os limites impostos pelos incisos I e II do parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Ainda a propósito da teoria da inversão do ônus probatório, Aguiar Dias relata a opinião de Demogue, no sentido de que, com tal inversão, desde que essa se torne difícil, o resultado a que chega é igual ao obtido pela aceitação da validade absoluta da cláusula.⁴⁷⁸ Na mesma esteira é o posicionamento de Esmein, para quem a solução de inverter o ônus da prova não é a melhor, pois a boa-fé se opõe a que o ônus probatório seja imposto a quem está em piores condições de suportá-lo. Propõe, assim, a modificação da fórmula, de modo a que se atribua à cláusula de não indenizar não o efeito de obrigar o credor a provar a culpa do devedor, mas, sim, o de permitir ao devedor a prova de que não agiu com culpa, de que teve procedimento prudente e diligente. “Sabendo-se que o devedor não se exonera de responsabilidade senão provando que a inexecução resultou de causa estranha, a ele não imputável (...), constitui já apreciável efeito da cláusula o de admitir que, além dessa escusa, lhe valha a prova de haver tido procedimento incensurável”.⁴⁷⁹ Com a devida

no âmbito de um contrato de transporte marítimo, impôs ao transportador o dever de indenizar com base na responsabilidade extracontratual (TJRS, 3ª Cam. Cív., Ap. 29.214, rel. Des. Paulo Boeckel Veloso, j. 30.11.1966. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 222. p. 189-190, 1968).

⁴⁷⁶ *Cláusula de não indenizar*, p. 55.

⁴⁷⁷ *Idem*.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 80-81.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 87.

vênia, o entendimento de Eismen não parece, ao que se acredita, ser o mais correto. Como bem observa Cassvan, também citado por Aguiar Dias, exigir do devedor que prove sua não culpa é inconciliável com a finalidade da cláusula de não indenizar, que pressupõe, justamente, o reconhecimento da culpa e o afastamento de suas consequências.⁴⁸⁰

Ainda no que se refere aos posicionamentos intermediários, isto é, nem totalmente favoráveis, nem totalmente contrários à cláusula de não indenizar – ou, como diria Aguiar Dias, no que diz respeito às *doutrinas de conciliação* – vale também citar o entendimento de Álvaro Luiz Damásio Galhanone, que, embora declare textualmente não haver “razão alguma, sequer de ordem moral” para decretar-se a invalidade da cláusula,⁴⁸¹ não concorda em admiti-la quando presente a culpa do agente.⁴⁸² Para o autor, “o princípio estampado no artigo 159 do CC [atual artigo 186] é de natureza cogente, de tal sorte que não pode ser derogado pela vontade das partes”.⁴⁸³ Afirma, ademais, que todos os danos causados, quer derivem de culpa, quer de dolo, são igualmente reprováveis e que, “se a cláusula de não indenizar pudesse ser aceita quando presente a culpa do agente, teria, inquestionavelmente, o condão de favorecer a negligência, sendo altamente deseducativa”.⁴⁸⁴

O entendimento de que a regra contida no artigo 186 do Código Civil (antigo artigo 159) não poderia ser derogada pela vontade das partes é rechaçado por Aguiar Dias, ao asseverar: “não há lesão à ordem pública se, em contrato que regule interesses puramente pecuniários, entre particulares, o credor consente em desobrigar o devedor das consequências de sua culpa”.⁴⁸⁵ E com relação ao argumento de que a cláusula de não indenizar fomentaria a negligência, responde que o próprio devedor tem interesse em executar o contrato, porquanto há de querer conservar a sua posição de contratante de boa-fé, “cujas vantagens são evidentes”. Caso não tenha essa preocupação, “a sua negligência não pode ser o fim, o objetivo da cláusula, pois envolveria dolo contratual, causa de anulação desta em conformidade com as normas de direito comum”.⁴⁸⁶ Arremata, por fim, referindo-se à lição de Esmein:

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 89.

⁴⁸¹ A cláusula de não indenizar, p. 25.

⁴⁸² Ibidem, p. 28.

⁴⁸³ Idem.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 29.

⁴⁸⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 41.

⁴⁸⁶ Ibidem, p. 72.

A cláusula de irresponsabilidade favorece, pois, a negligência, e nisso contraria o interesse da sociedade, empenhada em que se reduzam ao mínimo as perdas dos bens que constituem a sua e a riqueza dos particulares que a compõem. Mas o interesse na conservação dos bens não é suficientemente forte para inspirar uma regra de direito imperativa, tanto que, em princípio, ao proprietário da coisa é lícito destruí-la ou consentir na sua destruição, e a tentativa de suicídio é penalmente irrelevante.⁴⁸⁷

De outra parte, cumpre observar que as considerações de Álvaro Luiz Damásio Galhanone foram publicadas no ano de 1982, muito antes, portanto, do advento do atual Código Civil brasileiro e antes, inclusive, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor de 1990. Naquela época, a responsabilidade sem culpa era admitida apenas excepcionalmente, em raríssimas hipóteses. Daí que, negando validade à cláusula de não indenizar quando presente a culpa do agente, o autor acabava por não admitir a convenção exoneratória do dever de indenizar em praticamente nenhuma hipótese. Deixa, assim, de ser um posicionamento intermediário; passa a ser, em verdade, um posicionamento flagrantemente contrário à cláusula de não indenizar, já que o dever reparatório, naqueles tempos e na maioria das vezes, derivava apenas de culpa do devedor, raramente se cogitando de responsabilidade sem culpa. Nas hipóteses em que Álvaro Luiz Damásio Galhanone considerava válida a cláusula de não indenizar, ela era, na realidade, totalmente desnecessária, na medida em que, não havendo culpa, não haveria, em regra, dever de indenizar. Nesse sentido, vale lembrar, uma vez mais, a lição de Aguiar Dias, no sentido de que a cláusula de não indenizar *não* pressupõe negação da culpa; ao revés, ela funciona precisamente como reconhecimento da falta. “Afasta, sim, a obrigação de reparar, conseqüente à culpa, mas, exatamente por isso, nunca a poderá negar, como pressuposto da isenção”. Se assim não fosse, o devedor não precisaria invocar a cláusula de não indenizar, “mas uma causa de exoneração, em virtude da qual pudesse dizer que o ato não é culposo”.⁴⁸⁸

É bem verdade que, atualmente, o entendimento de Álvaro Luiz Damásio Galhanone já não significa, como outrora significava, restringir a validade da cláusula de não indenizar a situações raras e excepcionais. Conforme se expôs no Capítulo 2 da Segunda Parte, as hipóteses de responsabilidade objetiva avolumaram-se a tal ponto de atualmente se considerar existirem dois sistemas de responsabilidade civil que coexistem harmonicamente: o sistema da responsabilidade subjetiva e o da responsabilidade objetiva.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 83.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 75.

Não é incorreto concluir, portanto, que, se inadmitida a cláusula de não indenizar em caso de culpa do devedor, restará ainda um amplo domínio sobre o qual a convenção poderá incidir, exonerando o devedor do pagamento de indenização nos casos em que, em virtude do risco criado pela atividade que desenvolve, a lei atribui-lhe responsabilidade independentemente de culpa (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro).

Não é esse, contudo, o entendimento que parece mais acertado. Ao que se acredita, a cláusula de não indenizar poderá ser admitida para excluir o dever reparatório decorrente tanto da responsabilidade objetiva como da responsabilidade subjetiva, desde que sejam observados alguns requisitos, que, de resto, devem nortear qualquer convenção na atualidade, considerando-se, em especial, os novos princípios do direito contratual já referidos no Capítulo 2 da Segunda Parte. É desses requisitos que se tratará a partir de agora, não sem antes assentar, no Capítulo 6, a seguir, as razões que levam a concluir pela validade da cláusula de não indenizar.

6

A VALIDADE DA CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR

Consoante já se afirmou, não parece correto negar validade a toda e qualquer convenção que vise excluir ou limitar o dever de indenizar por culpa leve do devedor quando em questão apenas interesses disponíveis das partes contratantes, tampouco atribuir a tal convenção o mero efeito de inverter o ônus da prova em favor do devedor.⁴⁸⁹ Ao que se acredita, a cláusula de não indenizar é a princípio válida, devendo ser inadmitida, porém, quando sua aceitação implicar desprezo aos valores e princípios que atualmente regem o direito dos contratos. Como assenta Giselda Hironaka, “se é verdade que a cláusula de não indenizar encontra seu *habitat* no domínio contratual, é lógico considerar que esse mesmo terreno lhe promoverá as naturais restrições”.⁴⁹⁰ É essa forma de pensar que se encontra expressa na assertiva de Junqueira de Azevedo a respeito da cláusula de não indenizar: “ora é válida, ora é nula, dependendo de alguns requisitos e circunstâncias”. Acrescenta ainda o autor que “a cláusula de não indenizar, de modo geral, não encontra expressa proibição legal”, mas apenas vedação em leis especiais, sendo o fato excepcional: “ocorre, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (...). Essa disposição comprova *a contrario sensu* a normal validade da cláusula de não indenizar”.⁴⁹¹

Aguiar Dias, de forma mais contundente, afirma que a interdição absoluta da cláusula de não indenizar viola a liberdade de contratar, além de entrar em conflito com a

⁴⁸⁹ Ana Prata observa, porém, que, por vezes, a cláusula chamada de não indenizar poderá gerar, na prática, apenas o efeito de inverter o ônus da prova. É o que ocorrerá, segundo a autora, nas cláusulas em que as partes preveem “casos de força maior assimilados” (neste trabalho mencionadas como uma espécie de cláusula exoneratória do dever de indenizar, no item 2.2.2 da Primeira Parte), vale dizer, determinados fatos cuja eventual ocorrência afasta a obrigação de indenizar, desde que, para tanto, não tenha contribuído com culpa o devedor. Nessas hipóteses, não compete ao devedor “outra prova para além da ocorrência do facto previsto (constitutivo da sua irresponsabilidade), ao credor sempre resta a possibilidade de exigir a indemnização, provando a culpa do devedor (facto impeditivo da liberação)”. Daí concluir a doutrinadora que “embora a cláusula não tenha por objecto a inversão do ônus da prova, substituindo a aplicação das regras gerais que disciplinam a matéria, é essa a sua eficácia última” (*Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 66).

⁴⁹⁰ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 157.

⁴⁹¹ 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, p. 203.

própria lei, que, vedando-a em matéria de transporte, implicitamente a reconhece em outros contratos. Assim como Junqueira de Azevedo, defende que o fato de determinadas leis a interditarem é, antes, argumento a favor da cláusula de não indenizar, “pois os motivos que inspiraram o legislador, naqueles casos, não são comuns a todos os contratos”.⁴⁹² Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, referindo-se ao direito francês, no qual – repita-se – também não há regra geral acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da cláusula de não indenizar, manifestam igualmente a opinião de que, salvo as hipóteses de proibição legal previstas no ordenamento jurídico francês, as cláusulas de exoneração total ou parcial do dever de indenizar são, *a priori*, consideradas válidas.⁴⁹³

Tanto lá como aqui os debates decorrem da insegurança que a omissão legislativa, nesse particular, suscita. A cláusula de não indenizar não encontra proibição legal expressa, nem no direito brasileiro, nem no francês – pelo menos não uma proibição de ordem genérica, aplicável a toda e qualquer convenção que vise à exoneração e/ou à limitação do dever de indenizar. Especialmente sobre o direito brasileiro, vale registrar que o atual Código Civil, repetiu, nesse ponto, a opção do legislador de 1916, não trazendo nenhuma disposição a respeito da matéria. Como afirma Sílvio Venosa, perdeu-se excelente oportunidade de aclarar a questão.⁴⁹⁴ Já houve, porém, no passado, iniciativa de disciplinar a cláusula de não indenizar, informando Sílvio Rodrigues que o Anteprojeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira, no capítulo em que tratava da reparação do dano causado, incluía disposição permissiva da cláusula de não indenizar (artigo 924) e em sua exposição de motivos lhe fazia referência expressa, relacionando-a entre as excludentes de responsabilidade.⁴⁹⁵ Eis os termos do referido artigo 924: “a cláusula de não indenizar somente prevalecerá se for bilateralmente ajustada, e não contrariar a lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tiver por objeto eximir o agente dos efeitos do seu dolo”. Contudo, o Projeto de Código de Obrigações de 1965, que resultou da revisão do trabalho de Caio Mário da Silva Pereira, excluiu a regra de seu contexto, o que foi mantido tanto pelo Anteprojeto de Código Civil de 1972 quanto pelo Projeto de Código Civil de 1975, que, como o atual Código Civil brasileiro, escusaram-se de disciplinar a matéria.⁴⁹⁶

⁴⁹² *Cláusula de não indenizar*, p. 73.

⁴⁹³ *Leçons de droit civil*, p. 762.

⁴⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 59.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 182.

⁴⁹⁶ *Idem*.

Não se pode, contudo, deixar de considerar a inovação contida no artigo 946 do Código Civil de 2002 – que, embora não regulamente a questão de forma expressa, abre caminho, senão para a admissibilidade da cláusula de não indenizar, ao menos para a da cláusula limitativa do dever de indenizar.⁴⁹⁷ Dispõe o referido artigo – que, frise-se, não tem correspondência no Código Civil de 1916 – que “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei *ou no contrato* disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar” (destacou-se). É verdade que o legislador bem pode ter pretendido se referir à cláusula penal, que também exerce, como se viu no item 3.2, no Capítulo 3, da Primeira Parte, uma função de prefixação das perdas e danos. No entanto, a par da falta de clareza da lei nesse particular – que poderia, se fosse esse de fato seu intuito, ter feito menção expressa ao instituto da cláusula penal, tal como fez nos artigos 408 a 416 –, não há dúvidas de que o artigo 946 do Código Civil autoriza os contratantes a convencionarem sobre a indenização eventualmente devida de uma parte a outra, fixando previamente seu valor.⁴⁹⁸ Daí que não estaria incorreto, ao que se entende, afirmar que, ao menos com relação à limitação convencional do dever de indenizar, a questão foi, de certa forma, solucionada pelo legislador pátrio.

Diversamente, no que se refere à cláusula de não indenizar, inexistente regra de caráter genérico, seja permissiva, seja proibitiva; o que há são vedações pontuais e esparsas à limitação e à exclusão convencionais do dever reparatório, como são exemplos aquelas referidas no Capítulo 3 da Segunda Parte. Conforme já se expôs, tal fato constitui argumento para Junqueira de Azevedo e Aguiar Dias em defesa da validade da cláusula de não indenizar em todos os campos em que não há proibição expressa.⁴⁹⁹ Esse entendimento, porém, não é isento de objeções, havendo inclusive precedente do Superior Tribunal de Justiça que textualmente proclama que “somente nos casos ressalvados ou

⁴⁹⁷ Nesse sentido: RIBEIRO, Carla Casagrande; MOURA, Cristina A. de Oliveira. *A cláusula de não indenizar: segurança vs. incremento dos negócios jurídicos*. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_artigo/pdf/020507161209BI_1934_CRB_CGR.pdf>. Acesso em: 13 out. 2009.

⁴⁹⁸ A respeito do referido dispositivo legal, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes comentam que pode a lei prefixar o valor a ser ressarcido em caso de descumprimento da obrigação e “podem também as partes fazê-lo, por meio de uma cláusula contratual que estipule a indenização correspondente” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 868).

⁴⁹⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro, p. 203 e DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 73.

autorizados por lei se mostra admissível a limitação da responsabilidade”.⁵⁰⁰ Note-se que o julgado é de 1996, antes, portanto, do advento do atual Código Civil que trouxe, em seu bojo, a supracitada regra do artigo 946. Ademais, embora o julgado refira-se especificamente à “limitação da responsabilidade”, a lógica leva a inferir que tal posição estender-se-ia também às cláusulas de exclusão do dever de indenizar, na medida em que essas envolvem uma renúncia total à indenização, e aquelas, uma renúncia apenas parcial. E, se o Tribunal tratou com tal severidade a renúncia parcial, não pode ser outra a conclusão senão a de que, no mínimo, o mesmo rigor seria aplicado às cláusulas que contêm uma renúncia total à indenização.

Também não se pode fechar os olhos para o fato de que, da mesma forma que a lei veda em determinados domínios a cláusula de não indenizar, ela expressamente autoriza-a em outros. É o caso, por exemplo, do artigo 448 do Código Civil, que permite às partes, “por cláusula expressa, reforçar, diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”. Note-se que assim também o fazia o Código Civil de 1916, que admitia a exoneração convencional do dever de indenizar não apenas no caso de evicção (antigo artigo 1.107) mas também no de vícios redibitórios (artigo 1.102).⁵⁰¹⁻⁵⁰²

José de Azeredo Perdigão, a respeito das regras esparsas atinentes à limitação e à exoneração convencionais do dever de indenizar, assim se posiciona:

(...) a intervenção legislativa é constante, determinada sempre por motivos de interesse público, quer concedendo, quer recusando, valor jurídico às cláusulas liberatórias ou de exoneração, quer limitando a sua eficácia. Mas da circunstância de, algumas vezes, o legislador, expressamente, invalidar as cláusulas desta espécie, não deve concluir-se, por argumento à contrário senso, que, nos demais casos, tais cláusulas são inteiramente válidas. O legislador intervém, ou pela necessidade de permitir aquilo, que, em regra, não era

⁵⁰⁰ “Civil. Penhor. Extravio da garantia. Cláusula limitativa da responsabilidade do credor pignoratício inoperante após a extinção do contrato principal de mútuo. Indenização regida pelo art. 774, IV, CC. Recurso provido. (...) II – A regra geral da convivência humana, à qual o Direito deve proteção, é que a indenização pela reparação deve ser a mais completa possível, a fazer justiça no caso concreto. Somente nos casos ressalvados ou autorizados por lei se mostra admissível a limitação da responsabilidade” (STJ, 4ª T., REsp 83.717-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.11.1996).

⁵⁰¹ Álvaro Luiz Damásio Galhanone, ao tratar da aplicação da cláusula de não indenizar nos contratos de compra e venda, menciona justamente as hipóteses de vícios redibitórios e evicção, citando os artigos 1.102 e 1.107 do Código Civil de 1916 (A cláusula de não indenizar, p. 25). A propósito, vale ainda menção à observação de Odete Novais Carneiro Queiroz, acerca da possibilidade de afastamento convencional do dever de indenizar nos casos de vícios redibitórios, segundo o regime previsto no Código Civil anterior: “os textos de lei, que regulamentam tal instituto, são normas dispositivas, fazendo com que sua incidência só se faça sentir em caso de omissão das partes, dado o seu caráter supletivo, ou ainda podendo ser afastadas por convenção expressa das partes em sentido contrário” (*Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 83).

⁵⁰² As disposições concernentes à evicção e aos vícios redibitórios serão analisadas de forma mais detida no item 8.2 adiante.

largamente possível, ou para reforçar uma regra de segurança geral ou de protecção a determinada categoria de contraentes, afirmando-a em termos de não se poderem suscitar quaisquer dúvidas.⁵⁰³

E, no que concerne ainda a argumentos em defesa da validade da cláusula de não indenizar, há que se mencionar o de que, em direito privado, rege o princípio segundo o qual tudo o que não é proibido é permitido; princípio esse que, nos dias de hoje, deve ser submetido a uma releitura de forma a se adequar aos novos valores dos tempos atuais. É que, se antes o direito obrigacional era indiferente ao conteúdo das relações contratuais, exigindo apenas que o objeto do contrato fosse lícito e possível, não que fosse justo ou equilibrado – o que, associando-se aos princípios da liberdade de contratar e da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), legitimava, “sob o ponto de vista jurídico, a imposição de condições verdadeiramente perversas à parte economicamente mais desfavorecida”⁵⁰⁴ –, o direito contemporâneo exige, diversamente, que haja equilíbrio entre as prestações contratuais, bem como que se respeite a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Assim, “tudo o que não é proibido” deve ser entendido não apenas como o que é *expressamente proibido pela lei* mas também como aquilo que não se tolera por contrariar a ordem pública, seja porque quebra o equilíbrio de determinada relação jurídica, porque contradiz a boa-fé objetiva ou, ainda, porque não observa a função social do contrato.⁵⁰⁵ Já se expôs no Capítulo 2 da Segunda Parte que hoje a vontade dos contratantes não tem a força de outrora, não mais se podendo cogitar de uma efetiva *autonomia da vontade*. Em verdade, o campo de atuação da vontade dos particulares é um campo residual, que se descortinará apenas após a incidência prioritária das regras constitucionais e legais.⁵⁰⁶ Trata-se de um “novo modelo de autonomia privada, compatível com o sistema jurídico implantado pelo paradigma do Estado Social”, que visa garantir às partes um poder normativo, “mas, sempre, nos moldes dos valores que a Constituição e, na sua esteira, as normas infraconstitucionais impõem para êxito do programa axiológico do ordenamento”.⁵⁰⁷ Não se quer com isso dizer que as partes tenham sido totalmente privadas

⁵⁰³ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 60-61.

⁵⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 126-127.

⁵⁰⁵ Conforme será examinado de forma mais detida no Capítulo 8 adiante, o conceito de ordem pública é variável no tempo de acordo com os valores vigentes em cada época; sendo os tempos atuais marcados pelas preocupações de índole social, não há dúvida que na noção de ordem pública estão englobados, atualmente, todos os novos princípios do direito dos contratos a que acima se referiu: justo contratual, boa-fé objetiva e função social do contrato.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, p. 18.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 23.

de sua liberdade, até porque, como ensina Claudio Godoy, essa constitui-se “em última análise, uma forma de expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, aspecto positivo da dignidade, no Brasil elevada a fundamento da República”,⁵⁰⁸ devendo, portanto, essa liberdade ser entendida como “direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, (...) mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais”.⁵⁰⁹ É que, como lembra Giselda Hironaka, o contrato não caiu em desuso, ao revés, permanece vivo: “sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da manutenção da segurança. Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se (...) a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre contrato, afinal”.⁵¹⁰

Em verdade, o que se busca no chamado Estado social é um equilíbrio, uma forma de conciliação entre a liberdade das partes e o bem-estar social; ou, melhor dizendo, para que o contrato seja modernamente aceito deve “já trazer em si um conteúdo que se possa valorar de acordo com o programa constitucional e legal. E assim sucedendo, por si só o exercício da liberdade contratual já revela um conteúdo de promoção das escolhas valorativas do sistema”.⁵¹¹ Assim, desde que respeite o justo contratual, a boa-fé objetiva e a função social que lhe é atribuída – em suma, desde que, de nenhuma forma, lesione a ordem pública – o contrato, resultado da livre manifestação de vontade das partes, atenderá aos valores constitucionais⁵¹² e, por isso, obviamente, não se lhe será negada nenhuma validade. Ou, na feliz síntese de José de Azeredo Perdigão, “o direito não protege a vontade em si mesma, independentemente do seu conteúdo e do seu fim; protege, sim, o interesse individual legítimo, no quadro dos superiores interesses colectivos”.⁵¹³ Em termos práticos, o que se verifica, enfim, é a liberdade natural dos indivíduos sendo restringida ou limitada pela ordem pública “exatamente para que lhes garanta uma efetiva liberdade jurídica”.⁵¹⁴

Portanto, mesmo relativizada, a liberdade das partes é, ainda hoje, uma garantia assegurada pelo Estado aos indivíduos – lembrando Giselda Hironaka e Flávio Tartuce que

⁵⁰⁸ Ibidem, p. 20.

⁵⁰⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 49.

⁵¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 68, 2002, p. 80.

⁵¹¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, p. 24-25.

⁵¹² Ibidem, p. 25.

⁵¹³ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 26-27.

⁵¹⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, p. 20.

se cuida de valor previsto pela própria Carta Magna, tanto no inciso I do artigo 3º como no *caput* do artigo 5º⁵¹⁵ – e, por isso, deve imperar sempre que não haja ofensa aos demais valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Daí já se ter afirmado, inclusive, que, “embora se apresente com uma amplitude bem menor do que outrora, enquanto espaço jurídico privado, a autonomia privada continua a ser a regra que deve preponderar na sociedade de qualquer país civilizado”.⁵¹⁶ Tanto é assim que “as normas restritivas da autonomia privada constituem exceção, não admitem analogia ou interpretação extensiva”, razão pela qual, “em situações de dúvida entre proteção da liberdade da pessoa humana e os interesses patrimoniais, deve prevalecer a primeira; ou seja, o direito existencial prevalece sobre o patrimonial”.⁵¹⁷ E, voltando à questão da cláusula de não indenizar, o que se pode concluir é que, sendo resultado de livre manifestação de vontade das partes, a quem é conferida a prerrogativa de autorregulamentar seus próprios interesses, é imperioso atribuir-lhe validade, desde que não haja contrariedade à ordem pública. Nesse sentido, a lição de Giselda Hironaka ao criticar a posição daqueles que se opõem ferrenhamente à validade da cláusula de não indenizar:

(...) dever-se-ia estar atribuindo à vontade humana o seu primordial efeito, qual seja, o de, autonomamente, autorregulamentar os interesses privados, por meio de sua válida emissão e, nesse caso, em pleno acordo com a outra vontade declarada, isto é, a do eventual e futuro prejudicado que estaria, então, carregando, para si, o risco pelo dano sofrido.⁵¹⁸

Sílvio Rodrigues, por sua vez, a respeito da cláusula de não indenizar, e considerando os valores prestigiados pelo ordenamento jurídico pátrio na atualidade, assevera que, no Brasil, a doutrina tende a admiti-la com limitações “que, em sua maioria, representam corretivos ao princípio da autonomia da vontade”.⁵¹⁹ As limitações a que se refere o autor são, em verdade, comuns a todos os contratos, não sendo demais repetir que

⁵¹⁵ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 52.

⁵¹⁶ BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito* no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 165.

⁵¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 55. Os autores ressaltam, porém, que “eventualmente, uma norma restritiva da autonomia privada pode admitir a interpretação extensiva ou a analogia, visando a proteger a parte vulnerável da relação negocial, caso do trabalhador, do consumidor e do aderente” ou, ainda, visando a proteger a pessoa que tem verdadeira necessidade de contratar, o que pode ocorrer nos contratos de plano de saúde e naqueles firmados para a aquisição da casa própria, “já que a saúde e a moradia são reconhecidos pela Constituição como direitos sociais” (O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 55-56).

⁵¹⁸ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 157.

⁵¹⁹ *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 180-181.

nenhum requisito em especial é exigido para a admissibilidade da cláusula de não indenizar, mas somente os necessários para a validade dos contratos em geral. Como asseveram Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, “les conventions de responsabilité obéissent au droit commun des contrats”,⁵²⁰ o que é reafirmado por Giselda Hironaka, ao advertir que a cláusula de não indenizar somente poderá ser admitida “naqueles casos em que se permita a criação do negócio jurídico bilateral (contrato) propriamente dito”,⁵²¹ e por Aguiar Dias, ao assentar ser o campo interdito à cláusula de não indenizar exatamente aquele em que não há possibilidade de contratar.⁵²² Para esse último autor, o primeiro limite às cláusulas de não indenizar “é, pois, a possibilidade de ser objeto de convenção o direito a que se referem. As coisas ou bens que estão fora do comércio não podem admitir a cláusula de irresponsabilidade relativa às consequências da violação do direito a que correspondem”.⁵²³ E, partindo desse mesmo pressuposto, de que a cláusula de não indenizar obedece ao direito comum dos contratos, sustenta – para rebater o argumento de que a cláusula de não indenizar seria instrumento de opressão das organizações poderosas contra o particular economicamente mais fraco – que “em qualquer contrato em que se apure a injusta imposição da vontade do mais forte tem lugar o ofício do juiz, para reduzir-lhe os efeitos”.⁵²⁴

Não prospera, de outra parte, a objeção levantada por parte da doutrina que se funda no argumento de que a cláusula de não indenizar facultaria ao devedor a opção de não cumprir a obrigação contratual, convertendo-a, na prática, em uma obrigação natural.⁵²⁵

⁵²⁰ *Leçons de droit civil*, p. 759. Tradução livre: “As convenções de responsabilidade obedecem ao direito comum dos contratos”.

⁵²¹ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 155.

⁵²² *Cláusula de não indenizar*, p. 48.

⁵²³ *Ibidem*, p. 40.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁵²⁵ Alberto do Amaral Júnior, referindo-se às cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, assevera: “Tais cláusulas privam a obrigação de qualquer sanção jurídica, fator que a transforma em obrigação moral, destituída de garantia. Desaparece a faculdade de o credor exigir que o devedor cumpra a obrigação. Atentam contra o princípio da força obrigatória dos contratos porque não há risco a suportar quando o fornecedor exclui a obrigação que sobreviria como resultado de um fato a ele imputável” (O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional, p. 68). Nesse sentido, também, é a posição de Pires de Lima e Antunes Varela, que entendem, segundo relata Nuno Manuel Pinto Oliveira, “que a renúncia antecipada ao direito à indemnização ‘desfiguraria, de um modo geral, o sentido jurídico da obrigação, transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural’” (*Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 33). Ainda nessa esteira, interessante voto vencido do Desembargador Antônio Vieira Braga, da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento realizado em 27.01.1948: “A lei fulmina de nulidade a cláusula de não indenizar. Entender que a cláusula que isenta de responsabilidade, no caso de falta de entrega da mercadoria, não viola a lei, porque a obrigação de entregar continua intata, embora o credor nada possa reclamar contra o obrigado, é reduzir uma entidade jurídica a fantasma. Mas em direito não há sobrenatural. Sombra de obrigação significa obrigação extinta, obrigação morta. E

Como bem esclarece Pinto Monteiro, a cláusula de não indenizar não deixa o credor sem proteção; o único direito prejudicado por força da cláusula é o direito à indenização, ficando mantidos todos os outros meios de reação do credor diante do inadimplemento do devedor, que, além de poder exigir judicialmente o cumprimento das obrigações emergentes do contrato, ainda terá à sua disposição “o elenco de sanções predispostas pelo ordenamento jurídico para a falta de cumprimento”. E arremata:

Comprometida estará, apenas – e só dentro de certos limites, note-se – a indenização a que o credor, doutra forma, teria direito. Mas tal não basta, manifestamente, para se afirmar estar-se presente uma obrigação natural, pois o credor, além de poder *exigir* o cumprimento de obrigações *devidas*, dispõe, do mesmo modo, no seu interesse, de *outros* direitos, ao contrário do que sucederia se se tratasse de uma obrigação natural, cuja garantia se esgota na *soluti retentio* (art. 403º).⁵²⁶ (Destaques originais.)

De fato, a cláusula de não indenizar não impede o credor de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação inadimplida pelo devedor – constituindo essa, aliás, a primeira opção do credor diante do inadimplemento do devedor. Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, que afirmam incumbir ao credor, em regra, perseguir a execução direta da obrigação, invocando o Estado para compelir o devedor a cumprir o prometido. “Somente na impossibilidade da execução específica da obrigação (CC, art. 947) ou quando o título preveja a transformação automática da mesma, a obrigação original converte-se na de indenizar”.⁵²⁷⁻⁵²⁸

Os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil brasileiro autorizam o credor a ajuizar ação contra o devedor a fim de compeli-lo a cumprir a obrigação assumida, seja ela de dar, fazer ou não fazer, podendo o juiz, em qualquer dos casos, determinar as medidas necessárias para o efetivo adimplemento ou para a obtenção do resultado prático equivalente. Dentre as “medidas necessárias” referidas pela lei, destaca-se a imposição de multa diária ou de multa por tempo de atraso⁵²⁹ – são as chamadas multas periódicas, que

como a lei considera que a obrigação permanece, continua viva, não há passe de mágica com o poder de transformá-la em duende” (PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 56, em nota de rodapé).

⁵²⁶ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 189.

⁵²⁷ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 700.

⁵²⁸ Também nesse sentido, o entendimento de Anderson Schreiber, para quem “a execução específica deve ser vista como medida prioritária, a ser afastada somente naquelas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual” (A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 144).

⁵²⁹ Dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil que: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”

constituem, segundo Cândido Rangel Dinamarco, a versão brasileira das *astreintes*.⁵³⁰⁻⁵³¹ Portanto, diante do inadimplemento do devedor, poderá o credor não apenas requerer judicialmente o cumprimento da obrigação como, ainda, valer-se das *astreintes* para compelir o devedor àquele cumprimento, ainda que tenha sido convencionada a cláusula de não indenizar. É que, ao que se entende, a cláusula não obsta que o credor requeira, nem que o juiz determine, a imposição das multas periódicas a que se referem os §§ 4º e 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, porquanto a finalidade dessas é claramente diferente das perdas e danos. Cândido Rangel Dinamarco ensina que as *astreintes* não têm caráter reparatório: “concebidas como meio de promover a efetividade dos direitos, elas são impostas para pressionar a cumprir, não para substituir o adimplemento”.⁵³² Daí inclusive citar o autor precedente do Superior Tribunal de Justiça em que se declarou que “a lei vigente não estabelece limitação para o valor da multa cominada na sentença, que tem o objetivo de induzir ao cumprimento da obrigação e não de ressarcir”.⁵³³ Não é por outra razão, aliás, que o § 2º do artigo 461 do Código de Processo Civil dispõe que “a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa”, o que demonstra a natureza claramente distinta das duas figuras. Nesse sentido, também, o entendimento de Pinto Monteiro:

Não tendo, pois, natureza reparatória – *acrescendo* à indemnização a que houver lugar, insiste-se –, aquela sanção [*astreintes*] não é prejudicada pela cláusula exoneratória, a qual, na verdade, apenas excluirá a indemnização a que o credor

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º – Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. Já o artigo 461-A do mesmo diploma prescreve: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (...) § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”.

⁵³⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. IV, p. 469.

⁵³¹ A respeito das *astreintes*, Pinto Monteiro informa: “Merece particular destaque, nesta sede, o labor e engenho da jurisprudência francesa, que criou e desenvolveu uma sanção pecuniária – a *astreinte* –, meio indirecto de coerção, de grande eficácia prática e de largo alcance, apesar de só em 1972 ter sido disciplinada legislativamente (Lei n. 72-626, de 5 de julho). Obteve assim *noblesse législative* uma prática jurisprudencial que ao longo de quase duzentos anos, e na falta de uma lei que formalmente a consagrasse, se fora generalizando e aperfeiçoando, com o aplauso e o contributo da doutrina (exceptuado o período correspondente à ‘*École de L’Exégèse*’) para o seu sucesso” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 199).

⁵³² *Instituições de direito processual civil*, p. 471.

⁵³³ *Ibidem*, p. 470.

terá direito, mas não a quantia em que vier a traduzir-se a sanção pecuniária compulsória.⁵³⁴ (Destaques originais.)

Questão importante que se há de levar em consideração é a das obrigações infungíveis ou personalíssimas, que são aquelas obrigações de fazer que somente podem ser executadas pelo próprio devedor porque dependem de suas qualidades pessoais.⁵³⁵ Ora, em caso de inadimplemento de obrigações desse jaez, somente interessará ao credor o efetivo cumprimento, repita-se, pelo próprio devedor, e não a obtenção de resultado prático equivalente. Justamente por isso é que o legislador aponta, para os casos de obrigação personalíssima em que o devedor se recusa a cumprir a prestação, a solução das perdas e danos, que substituirão, assim, o adimplemento. Eis o que dispõe o artigo 247 do Código Civil brasileiro: “incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”. Tal solução se pode deduzir, também, do § 1º do artigo 461 do Código de Processo Civil: “a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. É verdade que, tendo sido pactuada uma cláusula de não indenizar, a conversão em perdas e danos não ocorrerá. No entanto, é dado ao credor, diante da recusa do devedor em adimplir, lançar mão das *astreintes*, para compelir esse último ao cumprimento da prestação a que se obrigou. Embora a posição ora defendida conte com o apoio de Pinto Monteiro – que proclama estar resolvido, com as *astreintes*, “o problema da impossibilidade da execução específica no domínio das obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo”⁵³⁶ – reconhece-se não se tratar de questão pacífica, havendo aqueles que, como Humberto Theodoro Júnior, entendem que o artigo 247 do Código Civil “veio pôr fim à discussão sobre cabimento, ou não, da *astreinte* nas obrigações personalíssimas ou infungíveis”. Para o autor, a sanção legalmente estabelecida é a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, “pelo que não cabe ao credor impor-lhe multa como meio de coação a realizar a prestação específica”.⁵³⁷ Com a devida vênia, não se considera correto esse entendimento. O artigo 247 do Código Civil determina a conversão da obrigação em perdas e danos porque, sendo personalíssima aquela e recusando-se o devedor a cumpri-la, não há, deveras, outra solução que não o recebimento de indenização pelo credor *em lugar* da prestação. Antes, contudo, de se

⁵³⁴ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 204.

⁵³⁵ Nesse sentido, GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50.

⁵³⁶ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 202.

⁵³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

proceder à aludida conversão, é dado ao credor adotar todas as medidas necessárias para compelir o devedor a adimplir, não podendo ser excluída a imposição das multas periódicas. Não fosse assim, o indivíduo que deixa de cumprir uma obrigação personalíssima receberia da lei tratamento mais brando do que aquele que descumpre uma obrigação fungível; e razão não há, ao que se entende, para que haja tratamento desigual entre os devedores que, inadimplindo a obrigação, estarão em idêntica situação. Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, entendendo ser admissível a aplicação de *astreintes* em caso de inadimplemento de obrigação personalíssima:

I – É admissível a aplicação de multa no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.
II – Caso contrário, o que se teria seria a transformação de obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, mediante a pura e simples transformação em perdas e danos que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir, ao baixo ônus de apenas prestar indenização.⁵³⁸⁻⁵³⁹

Há de se convir, porém, que as multas periódicas podem não lograr cumprir a função de compelir o devedor ao adimplemento da prestação a que se obrigou. Com efeito, é possível que o devedor permaneça inadimplente mesmo depois de lhe serem impostas multas, e ainda que sejam essas de elevado montante. É que, como bem coloca Pinto Monteiro, “*one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*”.⁵⁴⁰ De outra parte, há também aquelas situações em que, tendo o devedor deixado de cumprir a obrigação no tempo convencionado, o seu inadimplemento posterior já não se revela mais útil ao credor. Nesses casos, evidentemente, as *astreintes* nenhuma utilidade terão, pois de nada adianta compelir o devedor a cumprir a prestação se tal já não interessa mais ao credor. E, tendo sido convencionada a cláusula de não indenizar, não restará ao credor, sequer, a opção de receber indenização por perdas e danos. Nem por isso, contudo, se poderá dizer que a cláusula de não indenizar exoneraria o devedor do cumprimento da obrigação contratual, deixando desamparado o credor. É imperioso notar, em primeiro lugar, que, ainda que não haja sido pactuada a cláusula de não indenizar, poderá o credor

⁵³⁸ STJ, REsp 482094 / RJ, 3ª T., rel. p/ acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 20.05.2008, DJe 24.04.2009.

⁵³⁹ A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também já, em diversas oportunidades, assentou ser cabível a cominação de *astreintes* como meio de vencer a obstinação quanto ao cumprimento de obrigação de dar ou de fazer, seja esta fungível ou infungível: REsp 987280/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.04.2009, DJe 20.05.2009; REsp 1098028/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.02.2010, DJe 02.03.2010.

⁵⁴⁰ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 207.

encontrar-se em situação de semelhante dificuldade diante do inadimplemento do devedor. Como observa Pinto Monteiro, mesmo que o credor mantenha o direito à indenização, a inviabilidade da execução específica poderá, em muitos casos, contrariar seus interesses, “nem sempre a indemnização os satisfazendo, com efeito, tão cabalmente, quanto os satisfaça o *cumprimento* da prestação”. Nesses casos, afirma o jurista, “o credor terá de contentar-se com a reparação do dano, embora preferisse a execução voluntária (ou mesmo coercitiva) da obrigação, única forma, porventura, de realização plena do seu interesse”.⁵⁴¹ Em segundo lugar, há que se destacar que o credor ainda terá a opção de resolver o contrato. Com efeito, diante do inadimplemento do devedor, o credor que pactuou a cláusula de não indenizar poderá, se quiser, invocar a cláusula resolutiva expressa ou tácita (artigo 474 do Código Civil brasileiro).⁵⁴²⁻⁵⁴³ Sobre o ponto, Fábio Peres lembra que o artigo 475 do Código Civil permite à parte lesada pelo inadimplemento “pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” e adverte: “a cláusula de não indenizar incidirá, porém, sobre a parte final desse dispositivo, ao contratualmente limitar ou afastar a possibilidade de se pleitear indenização por perdas e danos”.⁵⁴⁴

Por fim, deve-se lembrar que a cláusula de não indenizar também não retira do credor a faculdade de opor, nos contratos bilaterais, a exceção do contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil brasileiro) em caso de descumprimento contratual por parte do devedor, assim como não obsta que seja invocado eventual direito de retenção a que faça jus o credor em decorrência do inadimplemento do devedor,⁵⁴⁵ desde que – é claro – não tenha havido renúncia expressa também a esse direito.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 198-199.

⁵⁴² Nesse sentido, *ibidem*, p. 207.

⁵⁴³ A respeito da faculdade conferida ao credor de resolver o contrato, Anderson Schreiber argumenta que “o direito resolutivo não vem atribuído ao credor como um instrumento de punição do devedor pela ausência de realização da prestação principal, mas lhe é assegurado sob a premissa de que o inadimplemento seja tal que possa comprometer o atendimento à função concretamente desempenhada pelo negócio jurídico em curso”. Para ele, o direito à resolução do contrato não é uma alternativa ao alvedrio do credor, mas, sim, *ratio extrema*, “cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular” (A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 144). Invocando, ainda, o princípio da conservação dos contratos, o autor defende não apenas a manutenção do contrato em caso de adimplemento substancial como também a necessidade de acolhimento do adimplemento retardado sempre que possível, “preferindo-se a mora ao inadimplemento absoluto, desde que conservada a função socioeconômica da relação obrigacional” (*ibidem*, p. 134).

⁵⁴⁴ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 61.

⁵⁴⁵ Nesse sentido, MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 205 e 206.

⁵⁴⁶ Sobre o direito de retenção previsto no artigo 1.219 do Código Civil, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem entendem ser possível sua renúncia, inclusive no âmbito das relações de consumo, já que o Código de Defesa do Consumidor nada menciona a esse respeito; “assim, até manifestação da jurisprudência no sentido de uma aplicação analógica do inc. XVI, a interpretação a

Em suma, o devedor não está autorizado pela cláusula de não indenizar a descumprir as obrigações assumidas contratualmente, mas tão somente a não pagar a indenização que seria devida em caso de inadimplemento contratual. Tanto é que, verificado esse, o credor poderá se valer dos mecanismos legais assegurados a qualquer contratante, que lhe permitirão exigir judicialmente o cumprimento da obrigação, obter a resolução do contrato, invocar a exceção do contrato não cumprido ou, ainda, eventual direito de retenção. Sobre o ponto, assinala Pinto Monteiro já a título de conclusão de sua extensa monografia sobre o tema das cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar:

(...) com a cláusula de irresponsabilidade o credor não autoriza o devedor a faltar ao cumprimento, mantendo, por isso, o direito de exigir *judicialmente* o cumprimento da obrigação – podendo socorrer-se mesmo, para o efeito, de uma sanção pecuniária compulsória (art. 829º-A) –, até porque aquela cláusula não afasta, obviamente, as obrigações emergentes do contrato celebrado. Consequentemente, o devedor praticará um facto ilícito se omitir o comportamento devido – designadamente faltando ao cumprimento das obrigações a que está *vinculado* –, assistindo ao credor todos os direitos que a ordem jurídica lhe faculta para sua tutela, *exceptuado* o direito à indemnização, direito esse – mas *apenas* esse, e só dentro de apertados limites – antecipadamente arredado, por acordo das partes.⁵⁴⁷ (Destaques originais.)

Na realidade, a “conversão” da obrigação contratual em mera obrigação natural ocorreria apenas na hipótese, cogitada por Ana Prata, de o credor renunciar a *todos* os mecanismos que lhe são legalmente assegurados no caso de inadimplemento contratual por parte do devedor, por exemplo, “abdicando, (...) prévia e convencionalmente, da excepção do não cumprimento, do direito à execução específica, do direito à resolução do contrato, do direito à redução da contraprestação, do direito a exigir a reparação ou substituição da prestação”⁵⁴⁸ etc. No entanto, consoante reconhece a autora, tal cláusula “nunca foi considerada admissível”.⁵⁴⁹

Frise-se, de outra parte, que a mera exoneração convencional do dever de indenizar – não se duvida – tem objeto bem mais restrito que o de uma cláusula de renúncia a todas as consequências do inadimplemento contratual, incidindo apenas sobre o direito à

contrario faz pressupor que tal cláusula não seria por si só abusiva, dependendo das circunstâncias do contrato ser ela excessivamente vantajosa ou contrária à boa-fé (art. 51, IV)” (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 636). A jurisprudência tem reconhecido, em contratos de locação, a plena validade da cláusula expressa de renúncia a direito de retenção ou a indenização por benfeitorias. Ver, a propósito, TJSP, 35ª Câmara, Dir. Priv., Ap. 1101282-0/9, rel. Des. João Omar Marçura, j. 06.08.2007.

⁵⁴⁷ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p.450.

⁵⁴⁸ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 56-57.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 57.

indenização, e não sobre o restante das faculdades legais de que poderá se valer o credor diante do descumprimento do devedor. É verdade, porém, que apenas quando se trata de dever reparatório de origem contratual é que se permite ao credor exercer esses outros direitos não atingidos pela cláusula de não indenizar; cuidando-se, ao revés, de responsabilidade extracontratual, nada pode fazer o credor diante dos danos que lhe foram causados se tiver pactuado previamente o afastamento da indenização que lhe seria devida na hipótese. Mas esse terá sido então o risco assumido quando da conclusão do contrato, que, na responsabilidade extracontratual, terá por objeto tão somente o afastamento do dever de indenizar. Trata-se, em suma, e como será visto de forma mais detalhada no Capítulo 9 adiante, de um contrato aleatório, na medida em que a exclusão convencional do dever de indenizar de origem extracontratual pode tanto acarretar mais benefícios ao devedor que ao credor como pode, inversamente, beneficiar mais o credor que o devedor. É que, consoante se examinará no item 8.1.1 da Segunda Parte, para que a cláusula de não indenizar possa ser admitida, é imprescindível que o credor, quando da conclusão do contrato, tenha recebido uma vantagem correspondente, que lhe compense a ausência de reparação em caso de dano. Sendo esse verificado, embora não haja reparação, já terá o credor recebido ao menos uma compensação inicial. Entretanto, em não se verificando a ocorrência de dano, o devedor é que suportará um ônus maior, pois terá conferido ao credor determinada vantagem quando da celebração do contrato e, apesar disso, não será beneficiado com a exoneração do dever de indenizar.

Enfim, de tudo, o que se conclui é que a cláusula de não indenizar – e também a cláusula limitativa do dever de indenizar, porquanto, conforme já se ressaltou no Capítulo 1 da Segunda Parte, tudo o que se diz a respeito da exoneração convencional do dever reparatório vale, em regra, também para a limitação convencional – é, a princípio, válida em todos os casos em que se admite a validade dos contratos em geral, sendo infundada a objeção de que a cláusula de não indenizar transformaria a obrigação contratual em obrigação natural ou de que estimularia o inadimplemento do devedor.

Ademais, embora não seja argumento *técnico* a favor da validade da cláusula de não indenizar, não podem ser desprezadas as consequências práticas, benéficas às partes contratantes e, muitas vezes, à sociedade como um todo – uma vez que contribuem para o fomento da economia –, que as cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar em regra acarretam. Servem tais convenções de contrapeso à sobrecarga das indenizações, ou, como assinala Fábio Peres, “visam (...) a garantir uma maior segurança, tanto comercial quanto jurídica, aos sujeitos de determinada relação, distribuindo entre as partes os

possíveis encargos decorrentes de eventuais danos”. Segundo o autor, a exclusão e a limitação convencionais do dever reparatório permitem, inclusive, “a realização de cálculos matemáticos e projeções no sentido de quantificar os riscos financeiros envolvidos em determinada situação preestabelecida”, o que pode ser determinante em uma decisão empresarial. Daí concluir que tais cláusulas podem servir de “verdadeiro instrumento de fomento da economia, viabilizando a atividade produtiva”.⁵⁵⁰ Também nesse sentido são as opiniões de Pinto Monteiro e de Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, para quem as cláusulas de exoneração total ou parcial do dever de indenizar evitam a paralisia que pode resultar de um desenvolvimento excessivo da responsabilidade.⁵⁵¹

José de Azeredo Perdigão, de sua parte, entende que “a satisfação de determinadas necessidades económicas de interesse geral, exige que a ordem pública valide, em certas circunstâncias e em certos limites, as cláusulas de irresponsabilidade”.⁵⁵² Na realidade, portanto, a vertente de ordem prática relacionada à questão da validade da cláusula de não indenizar resume-se em se dever encontrar uma solução conciliatória entre dois interesses opostos e equivalentes, que são, nas palavras de Aguiar Dias:

(...) de um lado, o de proporcionar às vítimas do dano, cada vez mais numerosas, a reparação capaz de restaurar real ou idealmente o *statu quo* desfeito pelo evento danoso; de outro, o de evitar que, por demasiado empenho em ver satisfeita a primeira preocupação, se converta o mecanismo da responsabilidade civil em processo de aniquilamento da iniciativa privada.⁵⁵³

A preocupação a respeito do possível “aniquilamento da iniciativa privada” faz todo o sentido e talvez seja, nos dias de hoje, mais pertinente do que nunca. Porém, como se vem asseverando ao longo deste trabalho, são os tempos atuais também gravemente

⁵⁵⁰ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 44.

⁵⁵¹ A esse respeito, Pinto Monteiro assevera: “É certo (...) que o desenvolvimento ‘assombroso’ da responsabilidade civil, determinado pelas exigências de uma vida cada vez mais intensa e pela evolução técnica alcançada, tem gerado reações *defensivas*, continuando hoje a referir-se que as cláusulas limitativas e de exclusão beneficiam da *vantagem* de evitar a paralisia que pode advir de um desenvolvimento excessivo da responsabilidade” (*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 75). Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, por sua vez, aduzem que “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité présentent des avantages: elles évitent la paralysie qui peut résulter d’un développement excessif de la responsabilité; elles diminuent les prix de revient, dans lesquels n’entrent plus les frais nécessités par la couverture ou l’assurance des risques; elles stimulent ainsi les initiatives et le commerce” (*Leçons de droit civil*, p. 760). Tradução livre: “As cláusulas de exoneração total ou parcial de responsabilidade apresentam vantagens: elas evitam a paralisia que pode resultar de um desenvolvimento excessivo da responsabilidade; elas diminuem os custos, dentre os quais aqueles necessários à cobertura ou ao seguro de riscos; elas estimulam as iniciativas e o comércio”.

⁵⁵² O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 55-56.

⁵⁵³ *Cláusula de não indenizar*, p. 19.

marcados por preocupações de índole social, de tal sorte que a validade das cláusulas de limitação e de exclusão do dever de indenizar deve, necessariamente, ser condicionada à observância de princípios e valores que visam garantir um tratamento efetivamente equânime entre as partes, de modo a que toda a sociedade seja beneficiada. É como afirma Pinto Monteiro:

(...) a tendência actual (...) é no sentido de restringir consideravelmente, nesse campo, a liberdade contratual, submetendo as cláusulas de irresponsabilidade a um apertado controlo: proibem-se, não só em caso de dolo mas também de culpa grave; subordinam-se à mesma disciplina, quer se trate de actos próprios do devedor ou de actos dos seus auxiliares; atribuindo-se-lhes relevo especial ao fixar-se a disciplina legislativa de controlo dos contratos de adesão; por último, não se admitem, pura e simplesmente, em certas áreas, por razões de ordem pública.⁵⁵⁴

Todas as limitações que se impõem à validade da cláusula de não indenizar serão estudadas nos Capítulos a seguir, pretendendo-se, com isso, ao final, seja possível delimitar o campo em que as cláusulas de exoneração e de limitação do dever de indenizar são admitidas, pois, como bem observa Caio Mário, “em vez de precisar o seu campo de ação e determinar quando é admissível, torna-se mais útil estabelecê-lo por exclusão, focalizando-se a zona em que não deve ter acolhida”.⁵⁵⁵ Registre-se, apenas, e por fim, que as restrições de que se tratará são *cumulativas*, e não alternativas, de forma que, para se concluir pela validade da exclusão ou da limitação convencional do dever de indenizar no caso concreto, *todas* as situações que serão mencionadas adiante deverão ser consideradas, não apenas uma ou algumas delas.

⁵⁵⁴ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 76.

⁵⁵⁵ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 390-391.

7

OS CONTRATOS DE ADESÃO

Muito já se falou sobre a resistência generalizada que sofre a cláusula de não indenizar; contudo, muito maior é essa resistência quando tal cláusula encontra-se inserida no bojo de um contrato de adesão. Já em 1965, Garcia Amigo chamava atenção para as então inovadoras técnicas de contratação utilizadas pelas empresas – “condiciones generales de contrato, redactadas preventiva y unilateralmente por ellas o por las asociaciones encargadas de defender sus intereses” – que, somadas muitas vezes ao enorme poderio econômico de que gozavam, tornavam possível a tais empresas *imporem* uma série de “cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual – a veces abusivas”.⁵⁵⁶

Giselda Hironaka e Flávio Tartuce conceituam o contrato de adesão como “aquele em que o estipulante impõe o conteúdo do negócio, restando ao aderente apenas duas opções: aceitá-lo ou não (*take-it-or-leave-it*)”.⁵⁵⁷ Embora não se possa confundir o conceito de contrato de adesão com o de contrato de consumo⁵⁵⁸, é o Código de Defesa do Consumidor quem traz a definição de contrato de adesão. Na dicção do artigo 54 desse diploma, “contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Segundo Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, encontram-se no referido dispositivo três características essenciais aos contratos de adesão: a predisposição, a unilateralidade e a rigidez. “Ou seja, os contratos de adesão são celebrados: i) com base em cláusulas previamente redigidas, ii) por uma das partes, ou por uma autoridade competente, iii) não sendo dado à parte que adere alterar a essência do que lhe é apresentado”.⁵⁵⁹ Observam os autores que o legislador deixou de lado as características da generalidade e da indeterminação, que, “embora amiúde relacionadas à prática negocial, não são essenciais ao contrato de adesão”. A generalidade verifica-se

⁵⁵⁶ *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 21-22.

⁵⁵⁷ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 56.

⁵⁵⁸ *Idem*.

⁵⁵⁹ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 25.

quando as cláusulas preestabelecidas integram, de maneira rígida, todos os contratos da mesma categoria que o mesmo predisponente venha a celebrar, e, por sua vez, a indeterminação sugere que as cláusulas contratuais destinar-se-ão a um número indeterminado de pessoas.⁵⁶⁰ Concluem, com isso, os autores que “generalidade e indeterminação, quando presentes e somadas às características essenciais dos contratos de adesão, revelam a presença de contrato de adesão celebrado por meio de cláusulas contratuais gerais ou condições gerais dos contratos”.⁵⁶¹

Orlando Gomes, por sua vez, entende que as denominações *condições gerais dos contratos* e *contrato de adesão* referem-se a “dois momentos lógica e cronologicamente diversos do mesmo fenômeno”: o primeiro diz respeito à formulação das cláusulas pelo predisponente, e o segundo, à aceitação das cláusulas pelo aderente. Para ele, são ambos momentos ou aspectos necessários, “tanto se podendo batizar tais negócios jurídicos com o nome de *contrato de adesão* como com o de *condições gerais dos contratos*”.⁵⁶² Mais adiante, no entanto, o autor chama atenção para o fato de que a expressão *condições gerais dos contratos* é tecnicamente imprópria: o termo correto para designar disposição contratual é *cláusula*, e não *condição*, cujo significado, na terminologia jurídica, “não [se] compadece com a acepção em que se acha empregado para nomear o fenômeno da pré-constituição unilateral do esquema do contrato”.⁵⁶³

Paulo Luiz Neto Lôbo utiliza apenas a denominação *condições gerais dos contratos* e afirma que essas aparecem regularmente em “modelos contratuais padronizados e impressos, com espaços deixados apenas para individualização do contratante destinatário”, podendo constar, também, de “avisos apostos em locais de trânsito de eventuais clientes (que dificilmente os veem) e em regulamentos e instruções internas, às quais remetem os contratos individualizados (de difícil conhecimento)”. Alerta o autor, ainda, para a característica da inalterabilidade que apresentam esses contratos.⁵⁶⁴

Qualquer que seja a sua denominação – contrato de adesão ou condições gerais dos contratos –, é certo que se trata de método de contratação⁵⁶⁵ caracterizado pela forma do consentimento de um dos contratantes, que se manifesta “como simples *adesão* a conteúdo

⁵⁶⁰ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 25-26.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁶² *Contratos*, p. 128-129.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁶⁴ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*, p. 14.

⁵⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 24.

preestabelecido da relação jurídica”.⁵⁶⁶ Em outras palavras, as cláusulas dos contratos de adesão *não* são prévia e livremente discutidas pelas partes; são formuladas unilateralmente por um dos contratantes, cabendo ao outro apenas aderir – ou não – aos termos predispostos. Há os contratos de adesão *comuns* e há aqueles de *adesão obrigatória*, assim considerados pela jurisprudência os contratos que têm por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.⁵⁶⁷ Nesses casos, a liberdade do contratante aderente é ainda menor: ou ele aceita as condições gerais preestabelecidas pela contraparte ou jamais terá aquele produto ou serviço específico.

Aguiar Dias sustenta não poder ser validada a cláusula de não indenizar se não há liberdade de escolha: “se o aceitante não pode deixar de utilizar o serviço monopolizado, pode, sem dúvida, recusar exonerar o proponente de responsabilidade”.⁵⁶⁸ A consideração é absolutamente razoável. Não se pode admitir que os contratos de adesão obrigatória contenham cláusula que exonere ou atenua o dever de indenizar do estipulante. E a explicação para tanto é muito simples: inexistente, nesses casos, liberdade contratual – que é, repita-se, o principal argumento em defesa da validade da cláusula de não indenizar.

A dificuldade que se coloca é saber se a cláusula de não indenizar é válida quando inserida no bojo de um contrato de adesão comum – assim entendido aquele que não é de adesão obrigatória e que também não se coloca dentre as hipóteses expressamente vedadas pela lei e pela jurisprudência brasileiras. Conforme examinado no Capítulo 3 da Segunda Parte, o Código de Defesa do Consumidor considera nulas as cláusulas de exoneração e de limitação do dever de indenizar, salvo, quanto a essas últimas, se o consumidor for pessoa jurídica e a situação for justificável. No entanto, consoante ressaltam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha sido o primeiro diploma brasileiro a tratar da tutela dos contratos de adesão, “a questão está longe de interessar somente aos consumidores. As relações de consumo normalmente efetivam-se por meio de um contrato de adesão, mas tal forma de contratar mostra-se frequente em toda a realidade contratual”.⁵⁶⁹ Não é por outra razão, aliás, que o Enunciado n. 171 da III Jornada de Direito Civil deixou claro que o contrato de adesão, previsto nos artigos 423 e 424 do Código Civil brasileiro, não se confunde com o contrato de consumo. Isso porque mesmo as relações intercivis e interempresariais são, em

⁵⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 128.

⁵⁶⁷ Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp 379.949/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, DJU 15.04.2002.

⁵⁶⁸ *Cláusula de não indenizar*, p. 65.

⁵⁶⁹ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 26.

grande parte, regidas por contratos de adesão, em razão das vantagens que propiciam para ambas as partes contratantes, pois também o aderente tem interesse em usufruir da agilidade e da certeza que são proporcionadas por esse modelo.⁵⁷⁰

No entanto, ao que se entende, ainda que se trate de relações intercivis ou interempresariais, não se poderá admitir a cláusula de não indenizar se estiver inserida no bojo de um contrato de adesão,⁵⁷¹ em virtude, principalmente, do que dispõe o artigo 424 do Código Civil: “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”. Como se procurou demonstrar no item 4.1, do Capítulo 4, da Primeira Parte, a cláusula de não indenizar contém uma renúncia antecipada à indenização, razão pela qual se acredita estender-se àquela a vedação contida no supracitado dispositivo legal. O mesmo vale para a cláusula limitativa do dever de indenizar, porquanto também aí há renúncia a direito, ainda que parcial, por parte do aderente. Como o artigo 424 do Código Civil não faz distinção entre renúncia total ou parcial, estabelecendo simplesmente que serão nulas as cláusulas dos contratos de adesão que estipulem a renúncia antecipada do aderente, entende-se que essa proibição abrange tanto as cláusulas exoneratórias como as limitativas do dever de indenizar.

Para Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, o conteúdo do artigo 424 do Código Civil aproxima-se da dicção do inciso I do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor,⁵⁷² posição que é compartilhada por Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, que afirmam haver, na regulamentação que o Código Civil disponibiliza aos contratos, grande proximidade com o Código de Defesa do Consumidor. Esse fato, aliás, informam os últimos autores, foi expressamente reconhecido no Enunciado n. 167, da III Jornada de Direito Civil: “com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.⁵⁷³ O Código Civil, seguindo o exemplo não apenas do Código de Defesa do Consumidor mas também da legislação trabalhista, presume como vulnerável uma das partes da relação contratual: “o aderente (para quem o conteúdo negocial é imposto), ou seja, aquele que exerce a autonomia privada apenas em grau

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 25.

⁵⁷¹ Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 59-60 e GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar, p. 29.

⁵⁷² *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 30.

⁵⁷³ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 68.

mínimo”.⁵⁷⁴ Com efeito, o artigo 424, bem como o artigo 423, ambos do Código Civil brasileiro, visam proteger o aderente, determinando este último, como regra de hermenêutica, que as cláusulas ambíguas ou contraditórias constantes do contrato de adesão sejam interpretadas da forma mais favorável ao aderente.

Mas não se pode, por isso, deixar de observar a diferença existente entre os regramentos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem apontam que o Código Civil “é código para iguais; logo, cláusulas abusivas estarão mais presentes nos contratos de adesão, redigidos unilateralmente por uma das partes e oferecidos à adesão da outra (presumivelmente mais fraca)”. Entendem os autores que é por essa razão que o artigo 424 menciona a abusividade apenas das cláusulas de renúncia presentes em contratos de adesão. Nos demais contratos entre iguais, o equilíbrio eventualmente rompido pode ser restabelecido por meio da utilização da cláusula geral da boa-fé, contida do artigo 422. O Código de Defesa do Consumidor, todavia, “é código para ‘diferentes’, código de proteção, pressupõe que consumidor seja mais fraco e proíbe cláusula abusiva em contrato paritário (negociado cláusula a cláusula) como em contratos de adesão ou por condições gerais”.⁵⁷⁵ E, no que tange especificamente às distinções entre o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 424 do Código Civil, Giselda Hironaka e Flávio Tartuce esclarecem que o “legislador civil preferiu se utilizar de um conceito aberto (‘direito resultante da natureza do negócio’), a um rol exemplificativo”, o que oportuniza “grande margem de aplicação em prol da justiça contratual e da eficácia interna da função social dos contratos”.⁵⁷⁶

O que não se pode negar é que a regra contida no artigo 424 do Código Civil brasileiro “especifica um regime de tutela em vista da pressuposta debilidade do aderente, a quem não é dado negociar, em posição de igualdade com o predisponente, as condições e termos contratuais”.⁵⁷⁷ Seria inclusive arbitrário, além de flagrantemente contrário ao princípio da boa-fé objetiva, permitir que o estipulante, utilizando-se da sua superioridade contratual – consequência natural da forma de contratação escolhida –, impusesse ao contratante mais fraco a renúncia a eventual indenização. Como adiante se verá (item 8.1.1 do Capítulo 8), um dos requisitos de validade da cláusula de não indenizar é a existência de

⁵⁷⁴ Ibidem, p. 70.

⁵⁷⁵ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 679.

⁵⁷⁶ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 70.

⁵⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 30.

equilíbrio entre os contratantes, de modo a garantir ampla negociação e reflexão acerca do conteúdo das cláusulas contratuais. Não havendo paridade entre as posições negociais dos contratantes, não há como se pretender que uma das partes receba compensação justa – isto é, que legitimamente corresponda à renúncia antecipada de uma indenização por danos cuja extensão lhe é totalmente desconhecida. Vale dizer, no contrato de adesão, o aderente abriria mão de uma indenização sem ter a equivalente contrapartida, o que se poderia tornar ainda mais injusto se, durante a fase de execução do contrato, se verificassem danos de grande monta, a cuja indenização o aderente houvesse antecipadamente renunciado. Paul Durand, cuja lição é mencionada por Ana Prata, chama a atenção para o fato de que a cláusula de não indenizar não supõe um litígio atual, “nem sequer explicitamente a presença de elementos susceptíveis de ocasionar um litígio próximo”, de tal forma que o seu perigo está, justamente, “em surgir num momento e numa forma tais que o credor se apercebe mal do eventual sacrifício que consente”.⁵⁷⁸

De se destacar também o entendimento de Álvaro Luiz Damásio Galhanone, no sentido de que, ainda que se trate de um contrato de adesão comum, e não de adesão obrigatória, a liberdade contratual do aderente é, em algumas hipóteses, meramente aparente, na medida em que todos aqueles que operam no mesmo ramo negocial impõem as mesmas condições para a celebração do negócio.⁵⁷⁹ Para ele, a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar inserida em contrato de adesão funda-se, também, no fato de que faltaria aceitação, pressuposto indisponível para a validade do instituto. É que, na visão do autor, a aceitação somente poderia ser alcançada depois de livre discussão entre as partes.⁵⁸⁰

É verdade que a questão referente à declaração de vontade dos contratantes – embora constitua elemento de existência de qualquer negócio jurídico⁵⁸¹ – ganha ainda mais relevância no terreno da cláusula de não indenizar. Daí afirmar Aguiar Dias que “o consentimento, na formação da cláusula de irresponsabilidade, tem a máxima importância, porque o campo é especialmente propício a violações da livre manifestação de vontade”.⁵⁸² Certamente inexistente declaração de vontade do credor nos casos em que a cláusula de não indenizar consta, por exemplo, de avisos apostos em paredes e não integrantes do contrato,

⁵⁷⁸ PRATA, Ana. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 165.

⁵⁷⁹ A cláusula de não indenizar, p. 27.

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 29.

⁵⁸¹ Sobre o tema, ver JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 32 e ss.

⁵⁸² *Cláusula de não indenizar*, p. 63.

daí, com muito mais razão, não se poder admitir a cláusula de não indenizar.⁵⁸³ Aguiar Dias recusa validade às cláusulas exoneratórias assim constantes de avisos ou cartazes apostos nos quartos dos hotéis, “porque, pondera-se, o contrato se perfaz antes que o viajante tome conhecimento deles”, ponto de vista que está em conformidade com a primeira parte do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁸⁴ No entanto, ressalva o autor que “provando (...) o hoteleiro que lhe repetiu de viva voz o conteúdo e que o hóspede aceitou livremente a cláusula, a sua validade não pode ser afastada sob essa alegação”.⁵⁸⁵ A primeira objeção que se levanta a esse ponto de vista é que se trataria de contrato de adesão em relação de consumo, sendo proibida, portanto, a cláusula de não indenizar (senão pelo artigo 424 do Código Civil, pelo artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor). Além disso, seria questionável, nesse caso, a declaração de vontade do credor e, conseqüentemente, a própria existência da convenção exoneratória do dever de indenizar. Por fim, consoante se examinará no item 8.3, do Capítulo 8, nenhuma validade tem a cláusula de não indenizar que pretenda nulificar obrigação essencial do contrato.⁵⁸⁶ Portanto, ao que se acredita, a razão está, nesse ponto, com Sílvio Venosa, para quem:

Não é válida a cláusula normalmente aposta nos estacionamentos: “*Não nos responsabilizamos por furto e danos do veículo*”. Essa cláusula, imposta ao consumidor, hoje por expressa disposição de lei, é írrita. No mesmo sentido, é nula a cláusula unilateral do hoteleiro de não se responsabilizar por furtos das bagagens dos hóspedes de seu hotel. Essa imposição não conta com o assentimento do hóspede e contraria o art. 649 (antigo, art. 1.284).⁵⁸⁷

⁵⁸³ Nesse sentido, a jurisprudência: “Responsabilidade civil. Estabelecimento de banho turco. Joia guardada em armário por cliente. Desaparecimento. Ação contra o proprietário. Procedência – O proprietário de estabelecimento de banho turco responde pelo furto de joia que cliente deixou guardada em armário fechado à chave. É ineficaz aviso afixado nas paredes de que o dono não se responsabiliza por pertences de usuários” (TJSP, 2ª Câ., Ap., rel. Mendes Pereira, j. 14.08.1979, RT 533/76). “A cláusula de não indenizar só tem cabimento quando estabelecida com caráter de transação, não podendo ser deduzida de fórmulas impressas a título publicitário e não integrantes do contrato” (1º TACSP, 3ª C., Ap., rel. Fonseca Tavares, j. 14.10.1981, RT 563/146). Há, contudo, precedente do Superior Tribunal de Justiça, que isenta o estabelecimento comercial de reparar danos decorrentes de furto de veículos em seu estacionamento quando “ostensivos avisos comunicam que a empresa não assume tal encargo”: “Responsabilidade civil. Furto de veículo em estacionamento de supermercado – Embora inexistente pagamento direto, a empresa tem manifesto interesse econômico em dispor de local para estacionamento de carros, eis que atualmente este é o fator mais ponderável no angariar e atrair clientes. Presumível, assim, um dever de guarda dos veículos ali estacionados, salvo se ostensivos avisos comunicam que a empresa não assume tal encargo. Caso em que as circunstâncias indicam a assunção do ônus” (STJ, 4ª T., REsp, rel. Athos Carneiro, j. 04.12.1990 – RSTJ 20/384).

⁵⁸⁴ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

⁵⁸⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 64, em nota de rodapé.

⁵⁸⁶ Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 60.

⁵⁸⁷ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 59.

Também não se pode concordar com o argumento de Aguiar Dias de que, nos contratos em que há assinatura do credor, só a ele próprio se podem atribuir as consequências de haver procedido com menor cuidado, não sendo possível exigir, “para estabelecer a aceitação, que o contratante tenha chamado a atenção do outro para a cláusula”.⁵⁸⁸ Nos termos anteriormente expostos, acredita-se que a invalidade da cláusula de não indenizar é patente quando inserida no bojo de um contrato de adesão – seja de adesão obrigatória ou não –, ainda que tenha o credor apostado sua assinatura. E, na hipótese de se tratar de um contrato paritário e negociado, é esperado – por força inclusive da boa-fé objetiva que deve guiar a atitude dos contratantes (artigo 422 do Código Civil) – que o devedor alerte o credor para a existência da cláusula de não indenizar, a qual deverá ser objeto de ampla discussão e negociação entre as partes, já que, para ter validade, a cláusula deverá acarretar uma vantagem correspondente ao credor. No item 8.1, do Capítulo 8, a seguir, será examinada tanto a questão da vantagem correspondente como a da boa-fé objetiva.

⁵⁸⁸ *Cláusula de não indenizar*, p. 63-64, em nota de rodapé.

8

A ORDEM PÚBLICA

Para serem válidas e eficazes, não basta que as cláusulas de não indenizar e as limitativas do dever de indenizar não estejam inseridas em um contrato de adesão. Além de deverem necessariamente constar de um contrato negociado e livremente discutido entre as partes, é imprescindível que a cláusula excludente e a limitativa do dever de indenizar não ofendam a ordem pública – o que constitui premissa básica para a admissibilidade de qualquer negócio jurídico. O artigo 924 do Anteprojeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira admitia a cláusula de não indenizar, desde que fossem observados alguns requisitos por ele expressamente arrolados, dentre os quais se encontrava a não contrariedade à ordem pública. Eis, novamente, os termos do referido dispositivo: “a cláusula de não indenizar somente prevalecerá se for bilateralmente ajustada, e não contrariar a lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tiver por objeto eximir o agente dos efeitos do seu dolo”. Consoante exposto anteriormente, em 1965, a regra foi excluída do Projeto de Código de Obrigações, não voltando a ser incluída nos esboços que precederam o atual Código Civil, o qual também não lhe faz qualquer referência.

Fato é, contudo, que a validade da cláusula de não indenizar é, ainda hoje – como, aliás, não poderia deixar de ser –, condicionada à não violação da ordem pública. Daí a posição de Giselda Hironaka, que afirma filiar-se à corrente doutrinária que admite a cláusula de não indenizar, mas que atrela a sua eficácia à observância de certos limites ou restrições impostos pela lei, pela moral, pelos bons costumes ou pela ordem pública. Mesmo porque – complementa – “a convenção privada não tem o poder de substituí-los, supri-los, contorná-los ou dispor de modo diverso”. Essa a razão, portanto, e ainda segundo a autora, de não se poder cogitar “da existência de cláusula de exoneração a não ser que não se lhe oponha nenhum princípio de ordem pública”.⁵⁸⁹

Ainda sobre o ponto, Roberto Rosas assevera: “no âmbito da elaboração das cláusulas, entre elas, limitativas ou exonerativas da responsabilidade, não havendo norma legal impondo restrições, somente a ordem pública pode repeli-las”. Informa que assim

⁵⁸⁹ Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano, p. 157-158.

tem ocorrido para concluir que, “quando essas cláusulas exorbitam, atingindo o interesse público, evidente é a nenhuma valia”.⁵⁹⁰ Na mesma esteira, José de Azeredo Perdigão aduz: “a nulidade deve ser declarada, não só quando a lei expressamente a comina, mas sempre que, pelas cláusulas de exoneração, se infrinja a ordem pública, a moral ou o bem comum”. Reconhece, todavia, tratar-se de conceitos muito vagos, mas de que não se pode de modo algum prescindir “e que se nos apresentam, ao mesmo tempo, o núcleo e o involtório de toda a vida do direito”.⁵⁹¹

Justamente por se tratar de conceito vago é que o exame mais aprofundado da questão exige, antes de qualquer outra consideração, que se perquiria o que vem a ser *ordem pública*. Pinto Monteiro entende cuidar-se de uma cláusula geral, exigindo, portanto, que lhe seja preenchido o conteúdo, o qual, por sua vez, “faz apelo à capacidade criativa e responsável do tribunal, permitindo adequar a solução à ‘fattispecie’ concreta e contribuindo assim para a realização de uma justiça materialmente fundada”.⁵⁹² Aguiar Dias, no mesmo sentido, proclama que o conceito de ordem pública é variável conforme as exigências da técnica jurídica e do progresso, em face do sentimento ético dominante.⁵⁹³ Que é um conceito intangível,⁵⁹⁴ que varia de acordo com os valores que a moral vigente em determinada época considera fundamentais, isso não se nega. Relevante, todavia, questionar se constitui efetivamente uma cláusula geral, como afirma Pinto Monteiro.

Sabe-se que a ordem pública é um princípio. Ou, melhor dizendo, a ordem pública tem sua supremacia assegurada por princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro: é o chamado princípio da supremacia da ordem pública. Claudio Godoy distingue os princípios gerais de direito dos princípios jurídicos, esclarecendo serem aqueles o sentido, “a direção para a qual aponta o ordenamento e que é fixada pela doutrina”. Já os princípios jurídicos são “hauridos diretamente do ordenamento, lá positivados, com força normativa”.⁵⁹⁵ Ou seja, os princípios podem vir explícitos ou implícitos no ordenamento, admitindo, todos, o uso doutrinário, jurisprudencial e legislativo. Para Claudio Godoy, o uso doutrinário “é aquele em que, comumente, o princípio recebe a denominação de princípio geral de direito”. Levado, todavia, à jurisprudência, o princípio exerce inúmeras funções, dentre elas, interpretar disposições legais, controlar atos de autonomia privada, reequilibrar prestações ou situações de desigualdade das partes contratantes e colmatar

⁵⁹⁰ Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade, p.12.

⁵⁹¹ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 57.

⁵⁹² *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 21.

⁵⁹³ *Cláusula de não indenizar*, p. 43.

⁵⁹⁴ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 144.

⁵⁹⁵ *Função social do contrato*, p. 99.

lacunas – essa, justamente, a função que estabelece o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.⁵⁹⁶

Judith Martins-Costa, na mesma linha, após assentar que princípios são “os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível”,⁵⁹⁷ explica haver aqueles princípios que se encontram expressamente manifestados na lei e outros que, diversamente, situam-se no plano pré-positivo.⁵⁹⁸ O princípio da supremacia da ordem pública seria então, ao que se acredita, um princípio geral de direito, situado no plano pré-positivo.

Chega o momento, então, de verificar se, além de princípio, pode a ordem pública ser também uma cláusula geral. Sobre o conceito de cláusula geral, recorre-se, novamente, à lição de Judith Martins-Costa:

(...) do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão no seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.⁵⁹⁹

Para a autora, esse reenvio que a cláusula geral impõe significa que o juiz deve buscar em outras normas do sistema “ou em valores e padrões extrassistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral”,⁶⁰⁰ o que está em consonância com o Enunciado n. 27 da Jornada de Direito Civil realizada de 11 a 13 de setembro de 2002, o qual, embora dizendo respeito apenas à cláusula geral da boa-fé, assenta que, “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”. A esse respeito, observa Claudio Godoy que “não se considera permitida a cláusula geral, se admitido o reenvio a critérios metajurídicos, deles se valha o julgador para subjetivar, de modo absoluto, seu ato decisional”. Em outras palavras, ao colmatar o conteúdo da cláusula geral, o juiz pode recorrer a valores,

⁵⁹⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 100.

⁵⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, 1992, p. 49.

⁵⁹⁸ Ibidem, p. 50.

⁵⁹⁹ *O direito privado como um “sistema em construção”*, p. 5-6.

⁶⁰⁰ Ibidem, p. 8.

proposições ou padrões de comportamento *não explícitos* no ordenamento, mas desde que sejam dele inferíveis, “encontráveis em seus lindes”.⁶⁰¹

Mas os valores e critérios a que o juiz será reenviado poderão estar *dentro* do próprio sistema, sendo comum a busca do julgador, nesse particular, pelos princípios gerais de direito ou princípios jurídicos a que se acabou de referir, ou, ainda, pelas normas fundamentais previstas na Constituição Federal. A esse respeito, esclarecem Giselda Hironaka e Flávio Tartuce que as normas fundamentais podem ser aplicadas de forma imediata ou, ainda, “por intermédio de uma espécie de *porta de entrada* na norma infraconstitucional”, que é, justamente, a cláusula geral, sistema que garante, portanto, uma *eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais*.⁶⁰²

Em suma, as cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios de conduzir o aplicador do direito a normas, princípios e valores jurídicos e metajurídicos – desde que, quanto a esses últimos e conforme anteriormente se ressaltou, se possa inferi-los do ordenamento jurídico – que sejam condizentes com o tempo e o lugar em que deverá ser aplicada a regra. Daí sustentar Judith Martins-Costa que, por essa via, “ideias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística” – como a ordem pública – “passam a funcionar como ‘pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas’”. Por isso a conclusão de que as cláusulas gerais “não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos”.⁶⁰³

É, portanto, com amparo na lição de Judith Martins-Costa, e sem discordar de Pinto Monteiro, que se conclui estar a ordem pública elevada a valor fundamental de nosso direito por força do princípio da supremacia da ordem pública, que está contido em inúmeras cláusulas gerais espalhadas pelo ordenamento. Dito de outra forma, ao preencher os conteúdos de determinadas cláusulas gerais – como são exemplos os artigos 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e 122 do Código Civil brasileiro –, o julgador é reenviado ao princípio da supremacia da ordem pública, que terá então aplicação prática no caso concreto.

Mas a ordem pública pode apresentar-se, ainda, como mero conceito jurídico indeterminado,⁶⁰⁴ que, tal como a cláusula geral, se contrapõe à técnica legislativa

⁶⁰¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 110.

⁶⁰² O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 51.

⁶⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 50.

⁶⁰⁴ Junqueira de Azevedo refere-se à ordem pública como um dos quatro conceitos jurídicos indeterminados que, a seu ver, “não tinham conteúdo, eram vazios do ponto de vista axiológico” e que, hoje, no paradigma que ele chama de pós-moderno – o da “solução rápida do caso concreto” ou da “fuga do juiz”

casuística. Nas palavras de Junqueira de Azevedo, “conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (...) são noções-quadro, nas quais o Juiz tem maior liberdade de decisão”.⁶⁰⁵ Distinguem-se, no entanto, pelo fato de serem os conceitos jurídicos indeterminados simples indicações de ordem genérica que o aplicador da norma, no momento da subsunção, deve preencher, cobrindo os “espaços em branco”.⁶⁰⁶ Para preencher o conteúdo dos conceitos legais indeterminados, o juiz deverá recorrer às regras de experiência (artigo 335 do Código de Processo Civil brasileiro), que, por sua vez, são “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”.⁶⁰⁷ Enquanto os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato que a norma pretende abranger, exaurindo-se a liberdade do aplicador na fixação da premissa; as cláusulas gerais situam-se não apenas no campo dos fatos mas também no dos efeitos, cabendo ao magistrado a própria escolha das consequências, de modo a criar a norma aplicável ao caso concreto. Ao preencher o seu conteúdo, o juiz encontra todo um domínio de casos compreendidos pela cláusula geral, e não apenas uma única hipótese, como ocorre quando se trata de conceito jurídico indeterminado.⁶⁰⁸

Assim é que, em determinadas situações, a ordem pública poderá constituir simplesmente um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deverá ser preenchido pelo julgador na fixação da *premissa* da norma. As consequências da sua aplicação, por sua vez, já estarão predeterminadas, não cabendo ao magistrado qualquer interferência nesse particular. É o caso, ao que se acredita, do artigo 20 do Código Civil, que dispõe que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas quando lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais, *salvo se autorizadas ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública*. Suponha-se, por exemplo, a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa, que lhe ofende a honra. Nesse caso, o juiz deverá verificar se é necessária à *administração da justiça* ou à *manutenção da ordem pública*; conceitos jurídicos indeterminados cujos conteúdos

– teriam diretrizes materiais (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 16-17).

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 11.

⁶⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 14.

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 13.

⁶⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, p. 51.

deverão ser preenchidos. Imagine-se que, na tarefa de “preenchimento” dos conteúdos, o magistrado conclua que a utilização da imagem é necessária, por exemplo, à manutenção da ordem pública. A solução jurídica já predeterminada pela norma é, então, a seguinte: não se poderá proibir a utilização daquela imagem, ainda que atinja a honra da pessoa. Como se vê, a atividade valorativa do juiz exaure-se na fixação da premissa, estando as consequências já predeterminadas pela norma.

Diferente é a disposição contida no artigo 122 do Código Civil; essa sim uma cláusula geral, que abrange toda uma gama de condições que, não sendo contrárias à lei, à *ordem pública* ou aos bons costumes, serão lícitas. De novo aqui caberá ao juiz preencher o conteúdo da norma, que tem, contudo, um grau de generalidade e abrangência bem maior que no exemplo do artigo 20 acima citado. Aqui, cabe ao juiz efetivamente criar a norma: valorando os conceitos de ordem pública e bons costumes, o magistrado encontrará todo um domínio de condições que, no tempo e lugar da aplicação da norma, serão lícitas. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “a atitude de subsunção à hipótese legal (...) é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, por forma a constituir processo da verdadeira concreção”.⁶⁰⁹ É que, repita-se, quando se trata de cláusula geral, a atividade do julgador é de efetiva criação da solução jurídica aplicável ao caso concreto, pois, como afirma Claudio Godoy, “o legislador confere um verdadeiro mandato ao operador, a fim de preencher, a partir da experiência forjada com o trabalho da doutrina, bem assim com as decisões judiciais construindo a jurisprudência, o conteúdo da previsão”.⁶¹⁰

Uma vez traçados os principais contornos da ordem pública enquanto princípio, cláusula geral e conceito jurídico indeterminado – contornos que serão úteis também quando do exame das figuras jurídicas da função social do contrato e da boa-fé objetiva no item 8.1 a seguir –, cumpre retomar o significado que se atribui, ou melhor, que seria mais apropriado atualmente se atribuir à noção de ordem pública. É que, como se asseverou logo no início deste capítulo, trata-se de conceito variável no tempo, que traz em seu bojo os valores que a moral vigente em determinada época considera fundamentais.

Nessa esteira, José de Azeredo Perdigão entende que se devam considerar de ordem pública ou de interesse público “todas as [leis] que, em cada época e em cada povo, se destinam a assegurar as condições fundamentais de existência, de solidariedade, de segurança e de progresso da Nação, do Estado, dos indivíduos e das instituições”.⁶¹¹ Já

⁶⁰⁹ Idem.

⁶¹⁰ *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 13.

⁶¹¹ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 62-63.

para Ana Prata, a ideia de ordem pública “exprime o conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico com valor supra ordenador e básico, cuja salvaguarda tem em vista não apenas a tutela de interesses privados, mas – e primariamente – a de interesses colectivos”.⁶¹² Ponderação pertinente feita pela autora é a de que a ordem pública, “exprimindo-se embora em disposições legais imperativas, consagradoras de preceitos que, nos domínios específicos em que se situam, materializam os princípios fundamentais que a compõem, não se confunde inteiramente com o conjunto dessas disposições”.⁶¹³ Daí existirem, de um lado, as *normas cogentes ou imperativas* – que são, senão todas, pelo menos a maioria delas, inspiradas por razões de ordem pública, sendo por isso comum se referir às normas cogentes como normas de ordem pública⁶¹⁴ – e, de outro lado, as *exigências de ordem pública*, que nem sempre estarão expressamente formuladas em preceitos do direito positivo, mas que, da mesma forma que aquelas, devem ser respeitadas.⁶¹⁵

Na noção atual de ordem pública devem, necessariamente, portanto, estar compreendidos os valores que o direito contemporâneo prestigia e que, no campo contratual, podem ser resumidos nos princípios do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Disso resulta que, não sendo admitida quando contrarie a ordem pública, a cláusula de não indenizar, para ter validade e eficácia no caso concreto, deverá refletir os princípios supra citados, de forma a que se observe o equilíbrio da relação contratual, a boa-fé objetiva e a função social que a todo negócio jurídico modernamente se atribui.

Desde logo se descarta o argumento de que a aceitação da cláusula de não indenizar, por si só, representaria afronta à ordem pública. Pelas razões expostas no Capítulo 6 da Segunda Parte, já se concluiu que as convenções de exclusão e de limitação do dever de indenizar, genérica e abstratamente consideradas, não são contrárias à ordem pública. Nesse sentido também a lição de Ana Prata:

(...) pacificamente se entende que o regime legal de distribuição do risco – correspondendo, embora, a critérios de equilíbrio patrimonial e até de conveniência social que a lei considera adequados – não é informado por princípios de ordem pública ou outros, justificativos da sua inderrogabilidade.⁶¹⁶

⁶¹² *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 757-758.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 758.

⁶¹⁴ Ana Prata é da opinião de que “nem todas as normas imperativas são de ordem pública” (*Idem*).

⁶¹⁵ Junqueira de Azevedo distingue as normas ou regras de ordem pública dos princípios de ordem pública para afirmar que “a regra de ordem pública é a cogente, mas quando se fala em princípio, aí, não há definição e a tendência hoje é recusar esse emprego vago” (*Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*, p. 17).

⁶¹⁶ *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, p. 33.

Aguiar Dias, sobre o tema, afirma não ser exato que a sociedade se empenhe “sempre e apesar de tudo na aplicação de suas leis, de todas as suas leis, mas apenas em leis que interessem à moral corrente, cujos princípios não abre mão”. No que toca às demais leis, não as faz a sociedade para vê-las desprezadas, evidentemente. Contudo, por não representarem regulação “daquele campo em que o sentimento ético se torna intocável, a sua significação é de mera interpretação da vontade das partes, isto é, estabelecidas para o caso de silenciarem sobre a matéria nelas reguladas”.⁶¹⁷

Levando em conta os ensinamentos do autor, acredita-se ser demasiado exagero considerar que a moral corrente condenaria, de antemão, a exclusão ou a limitação do dever de indenizar livremente convencionadas entre particulares, em uma dada relação paritária e equilibrada que tenha por objeto apenas interesses pecuniários. Ao que se entende, nesses casos, e desde que sejam respeitadas as exigências de ordem pública – vale dizer, desde que sejam respeitados o equilíbrio contratual, a função social do contrato e a boa-fé objetiva e que não se verifique dolo ou culpa grave do devedor ou frustração da própria natureza do contrato –, poder-se-ia admitir o afastamento, pelas partes, da regra legal de reparação de danos. É esse o entendimento de Pinto Monteiro, que não vê “por que motivo é que em contratos negociados, precedidos de debate, se devem proibir de forma tão absoluta e radical acordos destinados a libertar o devedor de uma eventual responsabilidade devida a simples culpa leve”. Reconhece o autor que, naturalmente, mesmo em contratos dessa natureza, o direito não pode alhear-se de problemas de justiça contratual, “procurando, designadamente, que o conteúdo negocial corresponda a um sã exercício da liberdade das partes”. Para isso, no entanto, existem meios próprios, a que o credor pode sempre ocorrer, “para já não falar de outros, como a ordem pública, bons costumes e boa-fé, que com tanta frequência, aliás, serviram de apoio à jurisprudência alemã para invalidar cláusulas de exclusão injustas ou abusivas”.⁶¹⁸

Mas não apenas à esfera contratual se limita a admissibilidade da cláusula de não indenizar, já que, segundo se entende, a ordem pública não constitui óbice à exclusão e à limitação convencionais do dever de indenizar ainda que se cuide de responsabilidade extracontratual. De novo, a propósito, calha a lição de Aguiar Dias:

Não é exato que a ordem pública se empenhe mais no segundo [responsabilidade extracontratual] do que no primeiro caso [responsabilidade contratual], porque o princípio invocado – *alterum non laedere* – tanto é ofendido em um como no outro, não se compreendendo, ainda, por que pode ficar sem ressarcimento o

⁶¹⁷ Cláusula de não indenizar, p. 51.

⁶¹⁸ Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil, p. 238-239.

dano derivado de contrato e não o possa o advindo de culpa aquiliana, desde que o que está em jogo não é a fonte de que promana o direito violado, mas o fato da violação.⁶¹⁹

Firme na lição de Josserand, o autor brasileiro explica que “a regra fundamental da responsabilidade civil delitual só é de ordem pública em seu caráter de princípio geral”: a sociedade se interessa em que esteja inscrita nas leis, pois constitui “imperativo da sociabilidade humana, da religião, da moral e do direito”. Não quer isso significar que a norma deva receber sempre e invariavelmente aplicação no domínio da prática, impedindo, por exemplo, que dois proprietários vizinhos renunciem o direito de receber indenização um do outro pelos danos causados reciprocamente por animais que em seus terrenos vivam, “porque a ordem pública de nenhum modo se pode considerar ameaçada por acordo tão perfeitamente anódino e razoável como esse”.⁶²⁰ Daí a forçosa conclusão de que “quando há uma exigência de ordem pública, ela se impõe, tanto no terreno da responsabilidade contratual como no da responsabilidade extracontratual”.⁶²¹ Em outras palavras: a admissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar não ofende, em princípio, a ordem pública. Quando, no entanto, em razão de determinadas peculiaridades verificadas em situações específicas, houver afronta à ordem pública, não se poderá aceitar as convenções de exclusão e de limitação do dever de indenizar – o que é evidente e até desnecessário expressar, já que convenção alguma pode contrariar a ordem pública. O mesmo se pode dizer com relação aos bons costumes: “estes também são inspirados pela moral dominante na sociedade no momento histórico considerado. E da mesma forma devem ser preservados e resguardados contra os excessos do individualismo”.⁶²²

Enfim, o que se buscou até aqui sustentar é que a cláusula de não indenizar deverá ser afastada sempre que representar atentado à ordem pública ou aos bons costumes, “o que, aliás, não evade das normas gerais, pois que no equilíbrio de forças em que medram as convenções cessa a autonomia da vontade, onde começa a imposição da ordem pública”.⁶²³ Pinto Monteiro resume bem as consequências práticas do respeito ao postulado da ordem pública no campo de incidência das cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar:

⁶¹⁹ *Cláusula de não indenizar*, p. 57.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 52, em nota de rodapé.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 57.

⁶²² GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar, p. 28.

⁶²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 391.

Exigências de ordem pública poderão levar mesmo, em certas áreas, à *inadmissibilidade* pura e simples de cláusulas de exclusão de responsabilidade, devido particularmente a necessidades especiais de protecção de certos bens (incolumidade pessoal), à natureza dos serviços prestados (serviços públicos) ou, em geral, em atenção à situação económica e social de certas pessoas. No que concerne a este último ponto, dir-se-á que imperativos de justiça social justificam, por exemplo, que seja vedado qualquer acordo de irresponsabilidade em relações de trabalho e, em geral, por necessidades de protecção do consumidor perante um profissional.⁶²⁴

É em respeito à ordem pública, portanto, que não se admite a cláusula de não indenizar em alguns domínios específicos. Assim já proclamava Pontes de Miranda: “em certos casos, as leis, de interesse público, interdizem tais exonerações”. Os exemplos citados pelo autor são as leis sobre acidentes de trabalho (Lei n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, artigo 26) e sobre pensões de empregados de estradas de ferro ou canais, “que devem ser interpretadas como implicitamente vedativas das vinculações exonerativas em cláusulas ou pactos”.⁶²⁵

Atualmente podem-se citar, como exemplos de campos interditos à cláusula de não indenizar por razões de ordem pública, os contratos de trabalho – e ainda que hipotética e excepcionalmente exista uma relação paritária entre empregado e empregador, pois uma convenção excludente do dever reparatório representaria “afronta [a]o espírito tutelar que permeia toda a legislação trabalhista, a qual declaradamente visa a uma maior protecção dos empregados em face do empregador”⁶²⁶⁻⁶²⁷ –; os já referidos contratos de consumo, na medida em que o mesmo espírito tutelar verifica-se presente também no Código de Defesa do Consumidor; e, ainda, os prazos legais de prescrição e decadência, que, como já exposto, não podem ser objeto de alteração convencional. A ordem pública obsta, da mesma forma, a admissibilidade das cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indenizar em caso de dolo do devedor. É que, como afirma Aguiar Dias, “o sentimento moral corrente não admite que alguém se exonere das consequências de sua malícia – *malitia non est indulgendum*”, ressalvando, todavia, que isso não se refere, em especial, à cláusula de não indenizar, “e sim a todas as convenções, que nenhuma tolera objeto imoral ou ilícito”.⁶²⁸ Neste trabalho, defende-se que a ordem pública impede a aceitação das

⁶²⁴ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 246.

⁶²⁵ *Tratado de direito privado*: parte especial, t. LIII, p. 131.

⁶²⁶ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 145.

⁶²⁷ Também nesse sentido, DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 212 e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 246.

⁶²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 48.

convenções excludentes e limitativas do dever de indenizar não apenas nos casos de dolo mas também nos de culpa grave do devedor (item 8.2 a seguir). E, por fim, a ordem pública orienta igualmente a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar nos casos de violação aos princípios do equilíbrio contratual, da função social do contrato e da boa-fé objetiva; de frustração da própria natureza do contrato e de danos causados à pessoa do credor. Embora todas essas questões pudessem ser discutidas neste tópico, porquanto constituem – repita-se – corolários das exigências de ordem pública, optou-se, para facilitar a leitura do trabalho, por se tratar cada ponto separadamente. Assim, serão examinadas as figuras do equilíbrio contratual, da função social do contrato e da boa-fé objetiva no item 8.1; o dolo e a culpa grave no item 8.2; a frustração da natureza do contrato no item 8.3; e as situações de danos causados à pessoa do credor no item 8.4.

8.1 O EQUILÍBRIO CONTRATUAL, A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA

Como se vem repetindo ao longo deste trabalho, naqueles domínios em que não há regra específica vedando as cláusulas de não indenizar e as cláusulas limitativas do dever de indenizar, tais convenções são, ao que se acredita e a princípio, admitidas. Diz-se *a princípio* porque a sua efetiva validade e eficácia no caso concreto estão condicionadas à observância dos preceitos de ordem pública – que, de resto, devem ser observados em todo e qualquer negócio jurídico. Na lição de Aguiar Dias, “a cláusula de irresponsabilidade é, pois, válida, lícita, e tem amplos efeitos de isenção do encargo de reparar, desde que, isoladamente considerada como contrato, reúna as condições pelos princípios comuns exigidos para validade dos atos jurídicos em geral”.⁶²⁹

8.1.1 O equilíbrio contratual e a compensação legítima à cláusula de não indenizar

O primeiro postulado que se impõe seja respeitado, ou seja, que se afigure indispensável à validade e eficácia das cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar é o princípio do equilíbrio contratual, que está intrinsecamente ligado ao da boa-fé objetiva. A esse respeito, observa Claudio Godoy que o equilíbrio contratual é corolário do comando constitucional contido no artigo 3º, I, da Carta Magna,⁶³⁰ que erige, como

⁶²⁹ Ibidem, p. 61.

⁶³⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 32.

objetivo fundamental da República, entre outros, o estabelecimento de relações sociais *livres, justas e solidárias*. Cabe aqui apenas um pequeno parêntese com o intuito de chamar a atenção para o fato de que a liberdade encontra lugar, na Constituição Federal brasileira, ao lado dos valores da justiça e da solidariedade, o que vem apenas reforçar as conclusões já expostas no Capítulo 6 da Segunda Parte, no sentido de que a liberdade deve ser exercida nos limites do justo e do solidário. Fechado o parêntese, volta-se à explicação da proximidade existente entre os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva: é que, decorrendo dos valores da justiça e da solidariedade, o princípio do equilíbrio contratual é muitas vezes incluído no campo da boa-fé objetiva, “princípio que (...) determina um padrão de correção, de lealdade e, por que não dizer, de solidarismo, de cooperação e colaboração no comportamento dos indivíduos”.⁶³¹

É, pois, em nome da boa-fé e, mais especificamente, do equilíbrio contratual – que, inegavelmente, está contido no espectro de abrangência daquela –, que se passa a dar importância ao “nexo entre as prestações”,⁶³² buscando-se um equilíbrio entre elas. E isso porque, pelo princípio da boa-fé objetiva, o contrato deve ser entendido como um instrumento de cooperação entre as partes, e evidentemente não reflete uma imposição de justiça “a limitação da própria liberdade em função de um empreendimento cooperativo em que não se distribuam e se cumpram, equilibradamente, as vantagens mútuas que levaram as partes a confiar uma na outra e, assim, a prometer reciprocamente”.⁶³³ Decorrente lógica do equilíbrio contratual é, portanto, o princípio da equivalência entre prestação e contraprestação pelo qual se procura garantir que entre ambas haja um valor sensivelmente correspondente, “forma por que se realiza o justo contratual”.⁶³⁴ Voltando-se ao foco das cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, esse princípio pode ser traduzido na necessidade de ser o credor legitimamente compensado pela renúncia – seja ela total ou parcial – ao direito de receber indenização. Aguiar Dias, em sua obra de 1980, já anunciava a imprescindibilidade desse requisito,⁶³⁵ da mesma forma que o fez Junqueira

⁶³¹ Idem.

⁶³² Nesse sentido, Claudio Godoy, citando lição de Cláudia Lima Marques (Idem).

⁶³³ Ibidem, p. 33.

⁶³⁴ Ibidem, p. 36. Claudio Godoy menciona, ainda, o princípio da justa distribuição de cargas (ou ônus) e riscos do contrato, que é, a seu ver, a segunda forma pela qual se manifesta o princípio do equilíbrio contratual (ibidem, p. 38-39). Ao que se entende, qualquer um dos dois princípios (princípio da equivalência entre prestação e contraprestação ou princípio da justa distribuição de cargas e riscos do contrato) poderá ser invocado no campo específico da cláusula de não indenizar a fim de se verificar se, no caso concreto, há uma compensação legítima à cláusula de não indenizar ou à cláusula limitativa do dever de indenizar.

⁶³⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 60 e ss.

de Azevedo em parecer sobre questão envolvendo a cláusula de não indenizar, do qual se extrai o trecho a seguir transcrito:

(...) na cláusula objeto da consulta, as vantagens e desvantagens são *recíprocas*. Segue-se daí que um dos princípios fundamentais do atual direito dos contratos – o princípio do *equilíbrio contratual*, regido pela regra geral da *boa-fé objetiva* – está respeitado. Nos dias que correm, seguindo o duplo movimento, de globalização e controle social (= não estatal) das relações contratuais, são consideradas abusivas as cláusulas que colocam uma das partes em desvantagem exagerada em relação a outra, quer atribuindo a estas direitos, negados à primeira, quer, inversamente, criando obrigações, para um contratante, que não existem para o outro. Em síntese: uma das mais fortes tendências do direito contratual atual, no sistema romano-germânico, é a de não admitir *desequilíbrio injustificado* entre os direitos e obrigações atribuídos às partes; a autonomia da vontade deve ser harmonizada com a solidariedade social. Ora, *in casu*, (...) é importante frisar, numa visão formal mas no âmbito dos princípios, que a *reciprocidade* faz com que, aqui, cada direito, de cada uma das partes, encontre sua *causa de atribuição* no direito inverso da parte contrária. A mesma justificação se dá com as obrigações. *A reciprocidade, portanto, impede a existência de qualquer defeito de contrariedade à boa-fé objetiva e dá a causa justificadora da atribuição dos direitos e obrigações.*⁶³⁶ (Destques originais.)

Em breves palavras, para que os princípios do equilíbrio contratual e, conseqüentemente, da boa-fé objetiva sejam respeitados, é imperativo que a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar correspondam vantagens ao credor, que poderão consistir, por exemplo, em uma reciprocidade na exoneração ou na limitação do dever de indenizar – tal como na hipótese objeto do parecer proferido por Junqueira de Azevedo – ou, ainda, na concessão de condições financeiras ou negociais mais benéficas, na redução do preço do bem ou do serviço objeto do contrato etc.⁶³⁷ É o que Aguiar Dias chama de *causa* da cláusula de não indenizar, que é justamente o motivo pelo qual o credor consente na exoneração do dever de indenizar, isto é, “a vantagem, diversa da obrigação, em vista da qual o credor acha razoável aceitar a cláusula”.⁶³⁸ A ideia relaciona-se à bilateralidade, característica que pode ou não estar presente nos contratos. E aqui se faz imperioso não confundir a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das conseqüências produzidas.⁶³⁹ Pela primeira, tem-se a formação do contrato, que é, por sua natureza, um

⁶³⁶ 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, p. 200.

⁶³⁷ Nesse sentido, PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 137.

⁶³⁸ *Cláusula de não indenizar*, p. 60.

⁶³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 66.

negócio jurídico bilateral; e, pela segunda, caracteriza-se uma espécie de contrato: o contrato bilateral. Ensina Caio Mário que, nos contratos bilaterais, as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: “cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por *causa* as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte”⁶⁴⁰ (destacou-se).

O deslinde da questão exige, como se vê, e antes de qualquer outra consideração, o exame do que é *causa*. Segundo estudo levado a efeito por Junqueira de Azevedo, o termo *causa* pode ter diversas acepções. *Causa* pode ser, em primeiro lugar, o próprio fato jurídico, informando o autor que é com esse significado que a palavra é usada na expressão “fontes das obrigações”.⁶⁴¹

Causa é também *motivo*, quer psicológico, quer objetivo. O motivo psicológico seria aquele a que se refere o artigo 140 do Código Civil brasileiro, que dispõe: “o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Já o motivo objetivo seria, por exemplo, a justa causa prevista no inciso I do artigo 335 do Código Civil (“A consignação tem lugar (...) se o credor não puder, ou, sem *justa causa*, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma”).⁶⁴²

Causa, em outro sentido, pode ser, ainda, a *causa da juridicidade dos atos humanos*. Junqueira de Azevedo explica que, “diante do sistema contratual romano, (...) o jurista medieval não pode deixar de se indagar por que certos pactos obrigam e outros não; por que há contratos em que há necessidade de certas palavras e, em outros, basta o consenso; etc.”.⁶⁴³ A resposta a essas questões está ou na própria natureza das coisas (*causa natural*) ou nas “convenções” existentes nos ordenamentos jurídicos (*causa civil*). Daí a conclusão de que, nesse sentido da palavra *causa*, ou natural ou civil, “não há contrato sem *causa*”.⁶⁴⁴

Outro significado conferido ao termo *causa* é o de *causa da atribuição patrimonial*: “em princípio, sempre que há um deslocamento patrimonial de A para B, deve-se procurar a causa, que justifica essa atribuição”.⁶⁴⁵ Entendendo que a causa de atribuição patrimonial deveria adquirir “maior generalidade”, Junqueira de Azevedo passa a falar em “causa de

⁶⁴⁰ Ibidem, p. 67.

⁶⁴¹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação de declaração negocial*. São Paulo, 1986, p. 121.

⁶⁴² Idem.

⁶⁴³ Ibidem, p. 122.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 123.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 124.

atribuição de direitos”, de forma a abranger também os negócios não patrimoniais.⁶⁴⁶ Ensina o jurista que um ato pode ser causal ou abstrato, “conforme a falta desta causa de atribuição patrimonial tenha, ou não, influência na sua *eficácia*”.⁶⁴⁷ A falta de causa influenciará a eficácia do contrato sempre que houver a possibilidade de resolução por inadimplemento e de se invocar a exceção do contrato não cumprido.⁶⁴⁸

É também causa, por fim, a *causa finalis* do negócio jurídico. Nas palavras de Junqueira de Azevedo: “se a causa é o fim do próprio negócio, ela é, com propriedade, *causa do negócio*, ou do contrato, e não, causa da obrigação, ou da atribuição patrimonial, ou da atribuição do direito”.⁶⁴⁹ Referindo-se ao *fim* do negócio jurídico, mas atribuindo-lhe uma concepção puramente objetiva, o autor afirma ser o fim, também, a própria função que o contrato exerce:

(...) esse fim é uniforme nos negócios do mesmo tipo (negócios típicos) e, se atípicos, ele deve ser socialmente útil para ser juridicamente admitido (...). A função econômico-social do contrato, ou prático-social dos negócios jurídicos, entra, assim, como uma exigência do ordenamento; constitui a sua causa. Nesse significado, a causa é de grande importância, na dogmática jurídica e na política legislativa, para boa compreensão de cada instituto e de cada tipo de negócio, mas, na verdade, pouco influi na validade e eficácia de cada negócio concreto.⁶⁵⁰

Feitas essas considerações, é possível concluir que a causa referida por Aguiar Dias e que, a seu ver, conferiria validade à cláusula de não indenizar seria o *motivo psicológico* que induz o contratante a aceitar a inserção da cláusula no contrato. A causa seria, então, a vantagem recebida em contrapartida à cláusula de não indenizar que, na avaliação *subjetiva* do credor, legitimamente recompensa a renúncia ao direito de receber indenização. A fim de demonstrar que é a essa acepção de causa – motivo subjetivo ou psicológico – que alude Aguiar Dias, vale examinar novamente as palavras do autor, que afirma ser causa “a vantagem (...) em vista da qual o credor *acha razoável* aceitar a cláusula. Tem, por força de ser (...) *perante o espírito do credor*, pelo menos o *equivalente subjetivo da prestação original*”⁶⁵¹ (destacou-se). No entanto, *data maxima venia*, essa não parece ser a posição mais acertada, já que, segundo se acredita, o equilíbrio entre prestação e contraprestação não deve ser medido pela avaliação que disso fizeram as próprias partes,

⁶⁴⁶ Ibidem, p. 125.

⁶⁴⁷ Idem.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 126.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 127.

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 127-128.

⁶⁵¹ *Cláusula de não indenizar*, p. 60.

mas, sim, por critérios objetivos.⁶⁵² Por isso inclusive é que se fala em princípio *objetivo* da equivalência entre prestação e contraprestação, e não em princípio *subjetivo* da equivalência.⁶⁵³

Reconhece-se, porém, que o entendimento ora esposado não é pacífico. Além da posição divergente de Aguiar Dias, há que se citar também aquela defendida por Orlando Gomes. Nesse ponto, faz-se imperiosa uma digressão para que se retome a comparação feita, no item 4.1, do Capítulo 4, da Primeira Parte, entre as figuras da cláusula de não indenizar e da transação. Ora, a compensação legítima de que se trata neste capítulo nada mais é que uma concessão feita pelo devedor ao credor em contrapartida à concessão, do credor ao devedor, consistente na exoneração deste último – seja total ou parcial – do dever de indenizar. Cuida-se, portanto, de concessões recíprocas entre as partes contratantes – que é, como já se viu, característica própria da transação. A respeito das concessões recíprocas nesse instituto (transação), Orlando Gomes assevera: “a equivalência das concessões aprecia-se subjetivamente. Cada qual é juiz de seus interesses. Assim, não perde esse caráter se uma das partes faz à outra concessões muito mais vantajosas”.⁶⁵⁴

Em que pese, contudo, a autoridade das opiniões em sentido contrário, acredita-se que o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação há que ser aferido por critérios objetivos, inclusive no terreno específico da cláusula de não indenizar, e a despeito da proximidade dessa figura com a da transação. E para tanto se recorre, da mesma forma, à lição de Junqueira de Azevedo, já que, segundo se entende, a *causa* da cláusula de não indenizar bem poderá ser a *causa da atribuição patrimonial*, pois que, em razão da convenção exoneratória do dever de indenizar, haverá um deslocamento patrimonial, ainda que indireto, do devedor para o credor. Ou, ainda, em outra denominação aceita por Junqueira de Azevedo, pode-se falar em causa da atribuição do direito do devedor – que se vê liberado do pagamento da indenização que, sem a cláusula, seria devida. É justamente isso, aliás, o que afirma o autor em parecer sobre o tema específico da cláusula de não indenizar: “a reciprocidade (...) impede a existência de qualquer defeito de contrariedade à boa-fé objetiva e dá a *causa justificadora da atribuição dos direitos e obrigações*”⁶⁵⁵ (destacou-se).

⁶⁵² Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 37.

⁶⁵³ Ibidem, p. 36-37.

⁶⁵⁴ *Contratos*, p. 544.

⁶⁵⁵ 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, p. 200.

E ao argumento de que o princípio da autonomia privada – que constitui o principal fundamento de validade da cláusula de não indenizar – seria contrariado se, para admiti-la, houvesse que se constatar uma equivalência objetiva entre a cláusula excludente do dever de indenizar e a sua contraprestação, pois, se o credor é livre para aceitar a cláusula de não indenizar deve o ser também para fazê-lo pelas razões que lhe convierem, responde-se com a lição de Claudio Godoy, que, por sua vez, ampara-se em Fernando Noronha para concluir que, nessa tarefa valorativa, deve se presumir a justiça substancial da divisão que as próprias partes fizeram de suas vantagens e desvantagens. Com isso, “harmonizam-se (...) os princípios da autonomia privada e da justiça contratual substancial, de tal modo que, em princípio, deve-se presumir que os próprios contratantes balancearam prestação e contraprestação quando e na forma que entabularam seu ajuste”. Isso, ressalva Claudio Godoy, “desde que havido o contrato em condições de livre e igualitária externalização do consentimento”.⁶⁵⁶

Não se exigirá, no caso concreto, evidentemente, “até mesmo pela impossibilidade fática de sua aferição, que haja uma equivalência perfeita entre a exoneração contratual do dever de reparar e as vantagens daí derivadas pela parte anuente à convenção”.⁶⁵⁷ O fundamental é que o credor receba uma *real contrapartida* à estipulação da cláusula de não indenizar, pois somente assim é possível que haja equilíbrio contratual, inclusive sob o viés econômico.⁶⁵⁸ Destaca-se que, na esteira do já citado ensinamento de Claudio Godoy, a compensação legítima à cláusula de não indenizar somente se verificará “nas situações em que as partes estão em reais condições de negociar e livremente ponderar acerca das concessões a serem feitas e dos benefícios que daí poderão obter”.⁶⁵⁹ Essa, portanto, uma das razões de não se admitir as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar nos contratos de adesão. Consoante demonstrado no Capítulo 7 da Segunda Parte, presume-se, nesse campo, a hipossuficiência do aderente, que, na maior parte das vezes, não se encontra em posição de igualdade com o predisponente para livremente negociar as cláusulas contratuais.⁶⁶⁰ No âmbito das relações de consumo, a hipossuficiência de uma

⁶⁵⁶ *Função social do contrato*, p. 37.

⁶⁵⁷ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 140.

⁶⁵⁸ Nesse sentido, *ibidem*, p. 139.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 139-140.

⁶⁶⁰ Esse não é o entendimento de Fábio Peres, para quem “o fato de a cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de reparar estar inserida em um contrato de adesão é apenas uma presunção – bastante forte, admita-se – de que não se está diante de uma relação paritária e, por conseguinte, de que o estipulante impôs unilateralmente a cláusula à parte vulnerável. Frise-se: há apenas uma presunção, a qual pode ser elidida, de acordo com as circunstâncias do caso concreto” (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 140-141).

das partes – o consumidor – também é presumida, sendo por isso igualmente vedada a cláusula de não indenizar nesse domínio, quer se trate de contrato de adesão, quer se trate de contrato negociado (artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor).

8.1.2 O equilíbrio contratual e a alteração superveniente das circunstâncias

Note-se, de outra parte, que é o princípio da justiça contratual de que ora se cuida que norteia a possibilidade, admitida pelo atual Código Civil brasileiro, de rescisão ou revisão do contrato quando o equilíbrio é quebrado por causas ocorridas posteriormente à sua celebração (artigos 478 a 480). Ensina Claudio Godoy que diversas foram as teorias e orientações surgidas a esse respeito desde o direito medieval.⁶⁶¹ Uma delas, a teoria da base subjetiva do negócio jurídico, formulada em 1921 pelo alemão Paul Oertmann (que se traduzia, na verdade, em uma versão “repaginada” da anterior teoria da pressuposição, formulada em 1850, pelo também alemão Bernhard Windscheid),⁶⁶² enunciava que há *fundamentos* sobre os quais se firma o negócio ou sem os quais ele não se firma (ou seja, a *base* do negócio jurídico) – diferentes dos *motivos* porque não levam, propriamente, à decisão de contratar, quando muito condicionam a contratação – e que são necessariamente conhecidos da outra parte. São, nas palavras de Claudio Godoy, “circunstâncias que constituem fundamentos para as partes, formando uma base, por isso subjetiva, sobre a qual contratam”.⁶⁶³ Daí que, alterado um ou alguns dos fundamentos que compõem a base do negócio jurídico, justificar-se-ia a sua revisão, ou até mesmo a sua rescisão.⁶⁶⁴

A teoria da base subjetiva foi alvo de inúmeras críticas, o que deu ensejo ao surgimento de outras orientações, como a de Karl Larenz, que acreditava haver uma base subjetiva e uma base objetiva do negócio jurídico: a quebra da primeira induziria verdadeiro erro sobre os motivos do negócio, ao passo que o rompimento da segunda autorizaria a revisão do contrato, sempre que, por alteração das circunstâncias, se destruísse a relação de equivalência entre prestação e contraprestação e sempre que se frustrasse a finalidade do ajuste.⁶⁶⁴ Essa última teoria também não é isenta de críticas, conforme relata Claudio Godoy.⁶⁶⁵ No entanto, o que se pode desse histórico extrair é que há muito se busca uma solução para o problema da alteração superveniente das circunstâncias que acarreta desequilíbrio contratual, pois certamente não se coaduna com o

⁶⁶¹ *Função social do contrato*, p. 54-71.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 56-57.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 58-60.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 62-63.

justo obrigar uma das partes ou ambas a cumprir obrigações assumidas em circunstâncias absolutamente diversas das que se verificam posteriormente, no momento da execução do contrato.

A menção à alteração superveniente das circunstâncias revela-se aqui pertinente porquanto bem poderão ser modificadas as circunstâncias em que firmado o contrato no qual se pactuou uma cláusula de não indenizar. Imagine-se o exemplo de um contrato de compra e venda em que B compra mercadorias de A para posterior revenda, mediante o pagamento de um preço X. No contrato há uma cláusula que isenta A de pagar indenização a B, caso haja atraso na entrega das mercadorias de até 60 dias, e outra que garante a B um desconto de 50% na compra dos lotes de produtos que deverão ser fornecidos de A para B no decorrer do ano seguinte. Pois bem. Naquele mesmo ano em que o contrato foi firmado, mas posteriormente à sua celebração, o Governo Federal aprova lei que proíbe a venda das mercadorias objeto do pacto avençado entre A e B em todo o território nacional; tal lei entrará em vigor no início do ano seguinte. Suponha-se então que, naquele mesmo ano da celebração do contrato, A entrega as mercadorias a B com um atraso de 60 dias e recusa-se ao pagamento de qualquer indenização, invocando, para tanto, a cláusula de não indenizar prevista no contrato. Tal cláusula, todavia, já não terá mais compensação legítima, pois B não poderá auferir a vantagem consubstanciada no desconto de 50%, a que somente faria jus no ano seguinte – quando, então, o objeto do negócio entabulado será impossível em decorrência de fato superveniente à celebração do ajuste e alheio à vontade das partes. Ora, inegável que, em caso como tal, não se pode admitir que a cláusula de não indenizar produza os efeitos almejados quando da celebração do ajuste pelo simples fato de que, no momento da execução, as circunstâncias em que firmado o contrato haviam se alterado de tal forma que já não mais existia equilíbrio contratual, vale dizer, a cláusula de não indenizar deixou de ter compensação legítima.

A solução da questão pode, em casos como o do exemplo citado, ser dada, pura e simplesmente, pela aplicação da boa-fé objetiva, pois não caberia a A, “de quem se espera conduta adequada a um padrão de retidão moral, de lealdade e cooperação nas relações contratuais”, exigir de B “uma prestação já assimétrica em virtude de alteração das circunstâncias”.⁶⁶⁶ Contudo, como bem observa Claudio Godoy, “a alteração das circunstâncias não envolve apenas uma questão de conduta das partes, ou de interpretação para integração do contrato, de acordo com a boa-fé”; envolve, também, ou antes, um

⁶⁶⁶ Ibidem, p. 64.

desequilíbrio do contrato, que tanto pode ser resultado de uma impossibilidade econômica como pode, outrossim, decorrer da falta de adequada causa para a transferência patrimonial em que se constituiu a prestação da contraparte.⁶⁶⁷

Imperioso ter em mente que, para que se possa lançar mão da rescisão ou da revisão do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias, são indispensáveis os requisitos da “anormalidade de fatos, fora do risco coberto pelo ajuste, que o desequilibrem, de modo a fazer inexigível, conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, e porque afetada a causa, o sinalagma do contrato, a prestação da outra parte, nos moldes em que pactuada”. E tudo isso sem que necessariamente se tenha de adotar uma teoria ou orientação específica a justificar a decisão.⁶⁶⁸ Trata-se, na feliz síntese de Claudio Godoy, de “uma decisão informada pela tensão e, pois, pela ponderação dos elementos da autonomia privada, como cristalizados no contrato, e da boa-fé, como forma de adaptação da entabulação – e preservação de seu equilíbrio – à alteração da realidade”.⁶⁶⁹

8.1.3 O equilíbrio contratual e os contratos aleatórios

Observe-se que, ainda segundo Claudio Godoy, o princípio do equilíbrio contratual deve ser respeitado, quer se trate de contrato comutativo, quer se trate de contrato aleatório. Apesar de reconhecer que os contratos comutativos formam o campo normal de atuação do princípio da justiça contratual, sustenta o autor que, “nem por isso, exclui-se possa ou mesmo deva ele operar, malgrado em intensidade diversa e menor, nos contratos aleatórios, pese embora o risco que lhe é inerente”.⁶⁷⁰ Assim é que, havendo alteração superveniente das circunstâncias em que firmado um contrato, e ainda que seja esse aleatório, deve-se admitir a rescisão ou a revisão do ajuste. Disso decorre que a cláusula de não indenizar, mesmo que inserida em um contrato aleatório, deve ter compensação legítima desde a data da celebração do pacto até o término de sua execução, o que na prática significará a manutenção, por todo o tempo de execução da avença, de uma vantagem ao credor, correspondente à cláusula, que compensará a renúncia, total ou parcial, ao direito daquele de ser indenizado na eventual ocorrência de dano.

⁶⁶⁷ Idem.

⁶⁶⁸ Ibidem, p. 65.

⁶⁶⁹ Idem.

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 39.

8.1.4 A reserva mental

Nesse ponto do desenvolvimento do tema – visto que já superada a questão referente ao campo de incidência do princípio do equilíbrio contratual –, uma observação se impõe para que não seja interpretado, de forma equivocada, o entendimento acima esposado no sentido de que deve ser objetiva a equivalência entre a cláusula de não indenizar e a vantagem que lhe é correspondente: é que esse modo de pensar não significa que se deva, sempre e em todas as vezes, desprezar o *real* motivo psicológico do credor, até porque é inegável que, em algumas situações específicas, a motivação subjetiva do contratante terá relevância jurídica. É o que ocorrerá, por exemplo, na hipótese de ter um dos contratantes feito reserva mental de não querer o que manifestou; nesse caso, desde que o outro contratante disso *tenha conhecimento*, a manifestação de vontade *não subsistirá* (artigo 110 do Código Civil brasileiro). No entanto, se o credor, embora tenha consentido com a cláusula de não indenizar, fez a reserva mental de não a querer, e sendo tal reserva *desconhecida* do devedor, a cláusula de não indenizar será válida e eficaz, como seria se inexistisse qualquer reserva mental. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes explicam que a solução adotada pelo Código Civil, nesse particular, deve-se “especialmente pela necessidade de se garantir a proteção do contratante de boa-fé e, conseqüentemente, a segurança das relações inter-subjetivas”.⁶⁷¹

Ressalte-se, entretanto, que nenhuma relevância tem, no mundo jurídico, a eventual crença do credor de que a cláusula de não indenizar seria inválida ou ineficaz. Sobre o ponto, Pontes de Miranda ensina que: “querer e crer que o negócio jurídico não vale é sem qualquer consequência para o negócio jurídico: se foi concluído válidamente, *existimatio mentis* não o alcança; se foi concluído inválidamente, entrou no mundo jurídico e não vale”. O mesmo ocorre quando se trata de eficácia: “ou se quis o negócio jurídico e, pois, se quis a eficácia dele, ou não se quis o negócio jurídico: querendo-o, ainda que se creia em que não será eficaz, é tão eficaz quanto se se houvesse querido a eficácia”.⁶⁷² Daí que não se pode admitir seja invalidada a cláusula de não indenizar – frise-se: ainda que haja fundada razão para tanto – quando o contratante houver agido conscientemente, aceitando a cláusula de não indenizar para receber a vantagem a ela correspondente e fazendo a reserva mental de posteriormente pedir sua nulidade. Exatamente nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em caso versando sobre a questão, mas cujo

⁶⁷¹ Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. 1, p. 225.

⁶⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, t. III, p. 44.

contexto era a constituição de hipoteca pelo sócio-gerente de uma sociedade comercial familiar que assim o fez para posteriormente pedir a nulidade do ato, sob a alegação de que estaria vedado no contrato social. Naquela oportunidade, considerou-se eficaz a hipoteca, mesmo sendo vedada no contrato social, “visto que agiu [o sócio-gerente] de modo consciente e com reserva mental, dando a garantia para depois pedir a sua nulidade”.⁶⁷³ Acertada, segundo se entende, a solução adotada pelo Tribunal gaúcho nesse particular, visto que a ninguém é dado beneficiar-se das consequências de seu dolo ou má-fé.

8.1.5 O estado de perigo, a lesão e as cláusulas abusivas

Outras situações em que se verifica ter relevância jurídica a motivação subjetiva do contratante é no estado de perigo e na lesão, que têm relação com o assunto ora tratado justamente porque encontram fundamento no princípio do equilíbrio contratual.⁶⁷⁴ É que o desequilíbrio entre as prestações contratuais – o qual deve ser aferido objetivamente, como acima se assentou – *pode* vir a configurar uma ou ambas das situações previstas nos artigos 156 e 157 do Código Civil brasileiro. O verbo *poder* é aqui utilizado porque o requisito objetivo da desproporção entre a prestação e a contraprestação não é o único que se exige para a configuração do estado de perigo ou da lesão, que dependem, também, de requisitos subjetivos: no estado de perigo, o contratante favorecido deve necessariamente ter conhecimento do grave dano a que exposto o outro, que, por isso, contrai obrigação excessivamente onerosa; e, na lesão, é do ponto de vista da vítima que se exige o requisito subjetivo de estar “sob premente necessidade, ou seja, sob necessidade de contratar, a chamada *necessidade contratual*, leviandade, a falta de reflexão, (...) ou inexperiência, desconhecimento dos negócios”.⁶⁷⁵ É certo, porém, que, para Claudio Godoy, os requisitos subjetivos da lesão servem apenas para tornar mais claros e certos os aspectos objetivos de prejuízo e lucro exagerado, não constituindo elementos principais para determinar a ocorrência da lesão, até porque “não se está a tratar de vício da vontade mas, antes, de correção de situação de desequilíbrio contratual”.⁶⁷⁶ Não se entende, por isso, todavia, possam ser desprezados os aspectos subjetivos exigidos para a configuração da lesão; apenas não são eles os elementos principais para a caracterização do instituto.

⁶⁷³ TJRS, 17ª C. C., Ap. Cív. 70001739374, rel. Ney Wiedemann Neto, j. 11.12.2001. Julgado citado por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 226).

⁶⁷⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 42 e 46.

⁶⁷⁵ Ibidem, p. 46-47.

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 47.

O que se pretende, enfim, com a menção a essas duas figuras, é demonstrar que, para a invalidade da cláusula de não indenizar, basta que objetivamente se verifique uma ausência de equilíbrio entre ela e a respectiva vantagem auferida pelo credor – tarefa que deve ser feita, como antes já se esclareceu, a partir da presunção da justiça substancial da divisão que as próprias partes fizeram de suas vantagens e desvantagens –, não sendo necessário qualquer elemento subjetivo: nem o que, do ponto de vista da vítima, é exigido para a lesão, nem o dolo de aproveitamento que deverá estar presente na conduta do favorecido no estado de perigo. Em outras palavras: o regime a ser adotado para o controle de validade das cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar deve ser o mesmo que orienta a vedação das cláusulas abusivas nas relações de consumo (artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor), que exige, tão somente, “a objetividade do resultado inequitativo do ajuste, desimportando a malícia com que se tenha havido a parte forte na relação”.⁶⁷⁷

A esse respeito, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem ressaltam que “a lei brasileira não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por ‘abuso do poderio econômico’ do fornecedor (...), o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor”. Da mesma forma, a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas, se trazer vantagem excessiva para o fornecedor, será abusiva, ou seja, “o resultado é contrário à ordem pública, contrário às normas de ordem pública de proteção do CDC, e a autonomia da vontade não prevalecerá”.⁶⁷⁸ Ainda para os autores, a própria definição de abusividade, se adotada “uma aproximação subjetiva, que conecta abusividade mais com a figura do abuso do direito”, reflete a tendência do direito contemporâneo, que é a de, justamente, impor limites à liberdade de contratar, de forma a proteger a parte hipossuficiente da relação contratual:

Só pode ser *abusivo* o que excedeu os limites, e, na visão tradicional de plena liberdade contratual, os limites na fixação das cláusulas contratuais praticamente inexistem. Denominar, portanto, uma cláusula do contrato como *abusiva* é pressupor a reação do direito contratual, é aceitar a imposição de novos limites ao exercício de um direito subjetivo, no caso, o da livre determinação do conteúdo do contrato. A intervenção do Estado nos negócios privados e a imposição de limites ao dogma da autonomia da vontade vão caracterizar a atual concepção do contrato. Sendo assim, a identificação de algumas cláusulas presentes nas relações contratuais massificadas como abusivas é fenômeno moderno, oriundo da mudança de valores e de interesses protegidos pelo direito.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 48.

⁶⁷⁸ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74, p. 623.

⁶⁷⁹ Ibidem, p. 625.

Na mesma esteira é a posição de Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, para quem o artigo 187 do Código Civil brasileiro consagra a função de controle da boa-fé objetiva: “aquele que viola ou desrespeita boa-fé objetiva em sede de autonomia privada comete abuso de direito, conclusão que pode ser retirada da experiência com as cláusulas abusivas nos contratos de consumo”.⁶⁸⁰ Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, igualmente, entendem que uma das funções da boa-fé objetiva seria a função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais, afigurando-se como “critério para diferenciação entre o exercício regular e o exercício irregular ou abusivo – e, portanto, vedado – de direitos frente à outra parte na relação contratual”. Daí que, para esses autores, tal função teria sido incorporada no artigo 187 do Código Civil, “que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito”.⁶⁸¹ Claudio Godoy, por seu turno, sustenta que o fundamento da cláusula abusiva “hoje, menos que no abuso de direito e na explicitude da lei, está ligado à exigência de que as contratações decorram de um comportamento leal e de cooperação entre os contraentes”. Cuida-se, no entender do autor, e nesse ponto aproximando-se dos doutrinadores supracitados, de agir em conformidade com os princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual “de tal arte que o comportamento solidário seja o pressuposto necessário para uma contratação justa”.⁶⁸²

Esse também, ainda, o entendimento de Junqueira de Azevedo, que, no já comentado parecer sobre o tema da cláusula de não indenizar, referiu-se aos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, para assentar que, atualmente, “são consideradas abusivas as cláusulas que colocam uma das partes em desvantagem exagerada em relação a outra, quer atribuindo a essas direitos, negados à primeira, quer, inversamente, criando obrigações, para um contratante, que não existem para o outro”.⁶⁸³ O autor não restringe – como de fato não se entende deva se restringir – o controle das cláusulas abusivas às relações de consumo. Embora o mecanismo encontre previsão expressa no Código Consumerista, o seu fundamento “não está na explicitude da lei, apenas, mas em princípios

⁶⁸⁰ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 69.

⁶⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 6. Para os autores, a tríplice função da boa-fé seria composta das funções interpretativa, restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais e criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal. Junqueira de Azevedo também faz alusão à tríplice função da boa-fé objetiva, mas em termos um pouco diversos, conforme será visto adiante, ainda neste item.

⁶⁸² *Função social do contrato*, p. 49.

⁶⁸³ 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, p. 200.

que lhe são superiores, como o da justiça contratual e o da boa-fé objetiva”.⁶⁸⁴ Não é por outra razão, aliás, que o Código Civil proíbe as condições puramente potestativas (artigo 122) e fulmina de nulidade as cláusulas inseridas em contratos de adesão que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigo 424).⁶⁸⁵ Mas não apenas nos contratos de adesão cogita-se de cláusulas abusivas: acede-se, também nesse particular, à posição de Claudio Godoy, para quem, “se a justiça contratual é um novo princípio dos contratos, de direta inspiração constitucional, não há por que restringi-lo, quando se trate de afastar cláusulas abusivas, aos contratos de massa e de adesão”. Reconhece-se, é claro, que nesse campo as cláusulas ditas abusivas são mais frequentes e até mais comuns, o que não significa que estarão ausentes dos contratos paritários e negociados, seara em que, todavia, a análise da abusividade da cláusula deve ser feita com maior rigor.⁶⁸⁶

Imperioso esclarecer que, em princípio, a cláusula de não indenizar pactuada em contrato negociado, no bojo de relações paritárias intercivis e interempresariais, não será, por si só, abusiva. Aguiar Dias chega inclusive a admitir a “quebra do equilíbrio” decorrente do dano infligido ao credor em razão do descumprimento de obrigações contratuais pelo devedor. Entretanto, a seu ver, tratando-se de interesses apenas patrimoniais, o equilíbrio do contrato “pode ser restabelecido instantaneamente, porque o interesse que sofreu o desfalque teve compensação legítima, que foi o que induziu o contratante a aceitar a cláusula”.⁶⁸⁷ Daí a conclusão de que apenas será abusiva a cláusula de não indenizar se *não* for conferida ao credor vantagem suficiente que compense, legitimamente, a renúncia ao direito de receber indenização, pois aí sim haverá desequilíbrio entre as prestações contratuais. De outra parte, a ausência de compensação legítima à cláusula de não indenizar é o bastante para justificar a sua inadmissibilidade – trata-se de elemento objetivo que caracteriza a abusividade da cláusula e, portanto, acarreta a invalidade. Não se desprezará, por isso, evidentemente, o comportamento doloso ou gravemente culposos que o devedor venha a ter no caso concreto, porquanto justamente dessa conduta do devedor – no caso específico da cláusula de não indenizar – poderá decorrer o desequilíbrio contratual que não é tolerado pela ordem jurídica. É evidente, da mesma forma, que a atitude dolosa, praticada com real intenção de prejudicar o outro,

⁶⁸⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 50.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 49-50.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁸⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 42.

constitui conduta flagrantemente contrária ao padrão de correção, retidão moral, lealdade e cooperação exigido pela boa-fé objetiva, havendo, portanto, indissociável relação entre os assuntos.⁶⁸⁸ Contudo, por ter desdobramentos específicos no campo da cláusula de não indenizar, sendo hipótese costumeiramente invocada de invalidade da convenção, optou-se por cuidar do dolo e da culpa grave do devedor em um item próprio (item 8.2).

8.1.6 A função social do contrato

Chega o momento, então, de se falar em função social do contrato, pois uma de suas aplicações poderá se dar justamente em situações como essa a que se acaba de aludir, servindo de “ponte entre a previsão típica, de legislação especial, atinente às cláusulas abusivas, e relações paritárias, para as quais estendido seu campo de incidência, sempre mercê da função unificadora que emana da Constituição Federal e dos princípios por ela predispostos”.⁶⁸⁹

Mas não é só. A função social do contrato – e ressalte-se, nesse ponto, que a função social do contrato é princípio e cláusula geral (artigo 421 do Código Civil⁶⁹⁰), nos termos do quanto explanado neste capítulo – impõe, antes, que o contrato volte-se à promoção dos valores básicos do ordenamento. No caso brasileiro, como observa Claudio Godoy, esses valores estão claros no artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece como princípios fundamentais da ordem econômica – da qual o contrato é fundamental instrumento – “a dignidade da pessoa humana e a justiça social, já antes, nos arts. 1º, III e IV, bem assim no art. 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República”.⁶⁹¹ Dito de outra forma, a função social do contrato (e aí na sua feição de cláusula geral) permite a aplicação direta dos princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo.⁶⁹²

Claudio Godoy, firme na lição de Pietro Perlingieri, explica que, em virtude da função social que lhe é inerente, a causa do contrato deve ser “ao menos compatível com o que seja socialmente útil”.⁶⁹³ Trata-se, pois, de uma das vertentes da socialidade, que, juntamente com a operabilidade e a eticidade, compõe a gama de princípios cardeais sobre

⁶⁸⁸ Para um mais profundo exame da boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos, ver GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 86-97.

⁶⁸⁹ Ibidem, p. 52.

⁶⁹⁰ A doutrina critica a redação do artigo 421 do Código Civil, sustentando que se deveria falar em *liberdade contratual* em lugar de *liberdade de contratar* e que não estaria correto exercer a liberdade contratual *em razão da* função social do contrato, mas, sim, *nos limites* dessa função social. Ver, a propósito, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado*, p. 86.

⁶⁹¹ *Função social do contrato*, p. 118.

⁶⁹² Ibidem, p. 156.

⁶⁹³ Ibidem, p. 120.

os quais se assentam as disposições do atual Código Civil brasileiro.⁶⁹⁴ Decorre daí outro papel exercido pela função social do contrato, que é o de “controle da juridicidade de cada contrato firmado, em função da sua consonância com a utilidade social que deve ostentar”.⁶⁹⁵

Mas isso não significa que a função social do contrato seja apenas um limite negativo à liberdade contratual, pois que, integrando o conteúdo do contrato, ela cumpre, também, “um papel afirmativo, positivo, de fomento de escolhas valorativas do sistema”.⁶⁹⁶ É dessa forma que deve ser interpretado o Enunciado n. 23, aprovado na Jornada de Direito Civil realizada de 11 a 13 de setembro de 2002: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Desde logo se conclui, pois, que não estaria cumprindo sua função social o contrato que admitisse, em seu bojo, uma exclusão ou limitação do dever de indenizar relativo a danos pessoais, pois sem dúvida que uma tal convenção não atende ao objetivo, fixado pelo ordenamento jurídico brasileiro, da valorização da pessoa humana (o assunto será tratado no item 8.4 adiante).

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, integra também o conceito de função social do contrato, como há pouco se expôs, o princípio da solidariedade social, do qual a igualdade substancial é uma expressão. Traduz-se, segundo Claudio Godoy, amparado nesse particular pela lição de Massimo Bianca, no “ideal” almejado pelo sistema, de que o contrato, “ao lado de satisfazer uma função individual, sirva para tornar os indivíduos substancialmente mais iguais diante das escolhas valorativas do ordenamento”. Assim, o poder de autorregramento de interesses que as partes possuem cederia espaço, ou conviveria, com a exigência de que se o faça de forma socialmente útil, “porque em prestígio da igualdade dos indivíduos e, assim, de uma relação mais solidária entre eles, possibilitando que cada um exerça uma igual liberdade jurídico-negocial, de acordo com suas próprias escolhas”.⁶⁹⁷ Como aponta Giselda Hironaka, a doutrina da função social emerge como uma das matrizes filosóficas do direito, necessárias para a recuperação do equilíbrio social, “importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima

⁶⁹⁴ Ibidem, p. 121.

⁶⁹⁵ Ibidem, p. 156.

⁶⁹⁶ Ibidem, p. 123.

⁶⁹⁷ Ibidem, p. 128.

daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos”.⁶⁹⁸

Importante assinalar que o princípio da função social do contrato não se restringe a uma atuação *inter partes*, ocupando também relevante papel *ultra partes*, “vindo a espraiair efeitos sobre terceiros não integrantes da relação contratual”. Cuida-se da eficácia social do contrato, que implica, inegavelmente, uma releitura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato,⁶⁹⁹ o qual se admite possa mesmo, por vezes, ser verdadeiramente rompido em seu significado tradicional.⁷⁰⁰ Exemplo dessa forçosa releitura do princípio da relatividade dos efeitos contratuais que a função social impõe é a possibilidade, admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de, no seguro obrigatório, o terceiro prejudicado acionar diretamente o segurador para reclamar a indenização securitária⁷⁰¹ (artigo 788 do Código Civil).

E, por derradeiro, importa tratar da questão da conservação dos contratos, que está intrinsecamente ligada ao princípio da função social⁷⁰², “sempre à consideração da relevância social que a eles [contratos] se reserva, portanto cuja eficácia se deve procurar otimizar e, antes, cujo desfazimento deve ser evitado”.⁷⁰³ O princípio da conservação dos contratos, que impõe, assim, que, “quando possíveis interpretações diversas, opte[-se], em vez daquela que a recusa, pela que garanta eficácia ao contrato”.⁷⁰⁴ O mesmo objetivo é perseguido, ainda, pela teoria do adimplemento substancial, que “impede se admita a iniciativa de resolução quando quase atingido o resultado final do ajuste”.⁷⁰⁵

De tudo, o que se conclui é que a função social do contrato apresenta-se sob várias vertentes, todas as quais devem ser indistintamente observadas nos contratos em geral, inclusive naqueles que contemplam exonerações ou limitações do dever de indenizar de um dos contratantes. Invariavelmente, portanto, a validade dessas convenções está condicionada, principalmente, mas não apenas, à observância dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

⁶⁹⁸ A função social do contrato, p. 141.

⁶⁹⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 135.

⁷⁰⁰ Ibidem, p. 137.

⁷⁰¹ Ibidem, p. 137-138.

⁷⁰² Confira-se o Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Civil: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

⁷⁰³ Ibidem, p. 170.

⁷⁰⁴ Ibidem, p. 171.

⁷⁰⁵ Ibidem, p. 174.

8.1.7 A boa-fé objetiva

No que tange enfim à boa-fé objetiva – e aqui vale a mesma advertência que se fez a respeito da função social do contrato, pois há que se considerar, também na boa-fé objetiva, a dupla feição de princípio e cláusula geral (artigo 422 do Código Civil) –, mister lembrar das funções que a doutrina comumente lhe atribui, porquanto, até esse ponto, as referências à boa-fé foram, quase todas, relacionadas a apenas uma de suas vertentes, qual seja, a do equilíbrio contratual. Porém, e como já se ia dizendo, confere-se à boa-fé objetiva uma tríplice função, que Junqueira de Azevedo resume da seguinte forma: “ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido justo, *corrigendi*”.⁷⁰⁶ Na mesma esteira, o Enunciado n. 26, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. Ressalve-se, todavia, que esse é o papel da boa-fé na fase estritamente contratual,⁷⁰⁷ pois que outras aplicações da regra são admitidas nas fases pré e pós-contratual, em que se exige dos contratantes idêntico padrão de conduta de correção, lealdade e cooperação que devem ser observados na conclusão e na execução do contrato.⁷⁰⁸⁻⁷⁰⁹ E sobre a tríplice função da boa-fé na fase estritamente contratual vale lembrar que a função interpretativa está prevista no artigo 113 do Código Civil; já a supletiva é a que, de um lado, fundamenta a criação dos deveres anexos e, de outro, permite a supressão de lacuna contratual;⁷¹⁰ e, por fim, a corretiva é a que Junqueira de Azevedo associa com a questão das cláusulas abusivas tratada no item 8.1.5 supra.⁷¹¹ A

⁷⁰⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 14.

⁷⁰⁷ Ibidem, p. 14.

⁷⁰⁸ Ibidem, p. 12-13.

⁷⁰⁹ Nesse sentido, o Enunciado n. 25 da Jornada de Direito Civil realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

⁷¹⁰ Sobre a boa-fé objetiva enquanto “fonte de preenchimento de lacunas de cláusulas contratuais”, Giselda Hironaka assevera: “Nem sempre é possível dizer, nas cláusulas dos contratos, toda a extensão das pretensões ali regulamentadas pelos contratantes. Aliás, pretender fazê-lo seria utópico, pois que se dá uma evidente impossibilidade natural e até física de se intentar esgotar as possibilidades, pela projeção já prevista em cláusulas. Ninguém pode fazê-lo. Mas a boa-fé objetiva, enquanto princípio fundador do direito contratual da atualidade, pode preencher a omissão” (Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, p. 84).

⁷¹¹ Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, p. 14-15.

boa-fé exerce e exercerá – e isso é até desnecessário dizer – todas essas funções em todo e qualquer contrato, contenha ele ou não uma cláusula de não indenizar.

Mas o ponto aqui, que chama atenção neste trabalho, é antes aquele, a que há pouco se referiu, do que traduz a boa-fé objetiva: um comportamento de correção, de retidão moral, de cooperação e de lealdade – tanto nas fases pré e pós-contratual como na fase contratual propriamente dita. Ou, como sublinha Giselda Hironaka:

(...) enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés objetivo do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*. Em todas as fases contratuais deve estar presente o princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não apenas em seu patamar de existência, senão também em seus planos de validade e de eficácia. Quer dizer: a boa-fé deve se consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário.⁷¹²

Daí já se ter afirmado que o contrato deve ser sociável e solidário, significando, o primeiro, a imposição de conduta transparente, decente e coerente; e do segundo decorrendo os deveres de assistência e ingerência.⁷¹³ E é justamente ao tratar da conduta coerente que se espera do contratante que Claudio Godoy faz referência expressa à “reprovação a limitações de responsabilidade que firam a natureza ou causa objetiva do contrato”.⁷¹⁴ Eis, portanto, a boa-fé objetiva sendo aplicada, de forma direta, à cláusula de não indenizar, pois por certo nem essa, nem a cláusula limitativa do dever de indenizar poderão ser admitidas se frustrarem a própria natureza do contrato; assunto que será examinado no item 8.3 a seguir.

Como se vê, inúmeras são as “soluções” trazidas pela boa-fé, não sendo de se estranhar, por isso, a frequência com que é invocada, servindo inclusive, como aponta Anderson Schreiber, de “verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional das obrigações”.⁷¹⁵ E aí justamente é que, na visão do autor, reside o problema: as invocações excessivas que a boa-fé objetiva por vezes enseja – que ora

⁷¹² Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado, p. 83.

⁷¹³ Nesse sentido, a lição de Denis Mazeaud citada por Claudio Godoy (*Função social do contrato*, p. 75).

⁷¹⁴ *Função social do contrato*, p. 75

⁷¹⁵ A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial, p. 128.

empregam-na de forma meramente decorativa, ora lhe atribuem papéis próprios de outros instrumentos jurídicos – acarretam o risco de esvaziamento do conceito.⁷¹⁶ Mas não só isso. Ainda segundo o jurista, mas agora em coautoria com Gustavo Tepedino, a boa-fé objetiva tem sido equivocadamente invocada – e aplicada – com o caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor às relações regidas pelo Código Civil.

Explicam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que a boa-fé objetiva foi incorporada inicialmente pelo Código de Defesa do Consumidor com o sentido de sua versão original germânica, “de cláusula geral que impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato”. Contudo, em virtude da finalidade protetiva do Código Consumerista, a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, “embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais”.⁷¹⁷ Tal confusão conceitual acabou por se revelar inofensiva nas relações de consumo, o mesmo não ocorrendo, todavia, nas relações paritárias. É que, não havendo, nessas relações, uma definição apriorística de que parte se deve proteger, impõe-se ao julgador a tarefa de colmatar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé a fim de encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. Não basta mais “a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta”, que, aliás, traz o risco de privar o instituto de efetividade na solução dos conflitos de interesses.⁷¹⁸

Mas, além da necessária supressão a qualquer conotação protetiva na aplicação da cláusula geral da boa-fé às relações regidas pelo Código Civil, faz-se necessário, também, e ainda segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, impor limites aos deveres anexos por ela criados, sob pena de inviabilizar a própria aplicação do instituto.⁷¹⁹ Afirmam os autores que “a busca dos limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé tem início e fim no seu próprio conceito”, na medida em que, voltando-se os deveres anexos para os interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato, é “a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva”.⁷²⁰ Em outras palavras, o conteúdo dos deveres anexos está indissociavelmente vinculado e limitado pela função socioeconômica do contrato, não

⁷¹⁶ Ibidem, p. 129.

⁷¹⁷ Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, p. 4.

⁷¹⁸ Ibidem, p. 5.

⁷¹⁹ Ibidem, p. 7.

⁷²⁰ Ibidem, p. 7-8.

sendo razoável, por exemplo, que um dos contratantes exija do outro um dever de informação que não corresponda a um interesse legitimamente resultante daquela função.⁷²¹ Também não se espera que, por força da boa-fé objetiva, um dos contratantes deva colaborar com o interesse privado e individual do outro. Evidentemente, tais interesses individuais mostram-se muitas vezes antagônicos, o que é refletido de forma bastante clara no exemplo trazido pelos autores de uma situação de reajuste de aluguel. Não se nega que, em tal situação, o locador terá interesse em chegar ao maior valor possível, enquanto o interesse do locatário será justamente o oposto. “Exigir do locatário que adote uma interpretação do contrato ou que colabore, de algum modo, para a adoção de um valor superior (...) apresenta-se absolutamente irreal e desnecessário”, porque, frise-se, os interesses contrapostos dos contratantes não atentam contra a eticidade, nem contra qualquer dos valores prestigiados pela ordem jurídica.⁷²² Daí se dizer, também, que a boa-fé objetiva não importa “sacrifício de posições contratuais de vantagem”, pois, na prática, o que ocorre é que as partes concorrem entre si – e, repita-se: o direito não veda, em relações paritárias, que concorram – “na aquisição e manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais”.⁷²³

Em suma, o que se pode extrair da lição de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber é que a boa-fé objetiva impõe sim um dever de correção, lealdade e cooperação – mas isso para ambas as partes, e não para apenas um dos contratantes, até porque não há, em regra, nas relações paritárias, uma parte que se saiba de antemão hipossuficiente em relação à outra –, e isso não quer dizer que não possam os contraentes concorrer entre si na persecução dos seus interesses privados e individuais, que são, na maioria das vezes, antagônicos dentro do contexto de um negócio jurídico.

Levadas essas considerações para o campo específico da cláusula de não indenizar, conclui-se estar aí mais uma razão pela qual não se pode considerar abusivas, a princípio, a exoneração e a limitação do dever de indenizar pactuadas de comum acordo e de forma livre pelas partes contratantes. O interesse individual do devedor será, na hipótese, o de se ver livre da indenização que, sem a cláusula, seria devida na eventual ocorrência de dano; e o interesse do credor, diversamente, será auferir vantagem em decorrência da renúncia ao direito de receber indenização, que certamente corresponderá a um encargo para o devedor.

⁷²¹ Ibidem, p. 9.

⁷²² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, p. 9.

⁷²³ Idem.

Trata-se, sem dúvida, de interesses divergentes, mas que, nem por isso, afrontam a boa-fé objetiva.

8.1.8 O equilíbrio contratual, a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o caráter acessório da cláusula de não indenizar

Registre-se, por fim, porquanto ainda relacionado aos princípios do equilíbrio contratual, da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que aquele primeiro é invocado por parcela da doutrina como argumento para sustentar que as cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar podem, por vezes, excepcionar a parte final do artigo 184 do Código Civil. Explica-se.

Já se falou do caráter acessório das cláusulas de não indenizar e das limitativas do dever de indenizar (Capítulo 1 da Segunda Parte), fato que as sujeitaria, em princípio, à regra contida no referido dispositivo legal, que, embora determinando a invalidade das obrigações acessórias quando inválida a obrigação principal, ressalva que a invalidade daquelas não induz a dessa. No entanto, no caso das cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, nem sempre a manutenção do contrato, após a decretação de invalidade daquelas, será a solução mais acertada, podendo, por vezes, inclusive, contrariar o próprio princípio do equilíbrio contratual. Assim, o mais aconselhável é verificar, no caso concreto, se a cláusula “adere por tal arte ao negócio que vem a formar com ele um todo incindível, admitindo a interpretação de que um não se realizaria sem a outra”. Se for esse o caso, conclui Caio Mário que “a ineficácia daquela [cláusula de não indenizar] atinge a validade deste [contrato]”.⁷²⁴ Nessa esteira também é o entendimento de Fábio Peres, para quem, se aplicada de forma genérica e irrestrita às cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, a regra geral de que o perecimento do acessório deixa subsistir o principal poderia acarretar consequências extremamente injustas para uma das partes, na medida em que romperia com o necessário equilíbrio econômico da relação jurídica. Portanto, na opinião do autor, a invalidade da cláusula de não indenizar poderá implicar a invalidade de todo o contrato quando as particularidades excepcionais de dada situação concreta demonstrarem que a obrigação principal não teria sido assumida – ou teria sido assumida em condições manifestamente diversas – se não houvesse sido pactuada a cláusula acessória de não indenizar.⁷²⁵ Eis as premissas sobre as quais se assenta sua conclusão:

⁷²⁴ *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 393.

⁷²⁵ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 50.

(...) é essencial para a validade das cláusulas contratuais limitativas ou excludentes do dever de indenizar a manutenção do equilíbrio econômico da relação, mediante a verificação de que o credor foi compensado, por meio de alguma vantagem correlata, pelo devedor em contrapartida pela anuência à cláusula de não indenizar. Partindo-se desse entendimento preliminar, rejeitar, em certas circunstâncias, a possibilidade de a invalidade da cláusula limitativa ou excludente ensejar também a invalidade da obrigação principal ou a revisão judicial de seus termos levaria a uma situação de tutela de verdadeira situação de enriquecimento sem causa por parte do credor, o qual acabaria por reconhecer dupla vantagem indevida: inicialmente, a contrapartida dada pelo devedor em decorrência da anuência à cláusula de não indenizar – como, por exemplo, uma redução significativa do preço do bem a ser adquirido –, e, após a decretação de invalidade da cláusula acessória em questão, a possibilidade de requerer indenização integral na hipótese de inadimplemento das obrigações pelo devedor.⁷²⁶

Ressalta o autor que seu entendimento se coaduna com a dicção do artigo 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe: “a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, a respeito do dispositivo em comento, asseveram que a supressão da cláusula abusiva pode ser evitada por uma revisão quando a ausência daquela implicar desproporcionalidade nas prestações ou a descaracterização do contrato. No entanto, se, nesses casos, for impossível o ajuste, a nulidade da cláusula atingirá todo o contrato. E concluem: “sendo esta possibilidade aventada pelo CDC, com seu caráter marcadamente protetor, seria assistemático afastá-la no CC, tratando-se de contrato de adesão”.⁷²⁷

Embora se refiram os autores expressamente aos contratos de adesão, acredita-se que a regra consumerista que admite a invalidade de todo o contrato quando a supressão de determinada cláusula tida por abusiva acarretar ônus excessivo para qualquer das partes estende-se a todos os contratos regidos pelo Código Civil, e não apenas aos de adesão, desde que se apure que a ausência de determinada cláusula, originalmente constante do contrato, acarretará excessivo ônus para um dos contratantes. Note-se que, no caso das cláusulas excludentes e limitativas do dever de indenizar, o ônus excessivo poderá se revelar ainda mais evidente na medida em que a parte beneficiada pela exclusão da cláusula, seja ela exoneratória ou limitativa do dever de indenizar, já terá auferido vantagem inicial quando da celebração do pacto – trata-se da compensação legítima tratada neste Capítulo (item 8.1.1). Eis a razão da posição ora defendida, que, além de estar em

⁷²⁶ Ibidem, p. 52.

⁷²⁷ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 32.

estrita consonância com aquelas sustentadas por Caio Mário e Fábio Peres, encontra amparo, segundo se entende, nos princípios do equilíbrio contratual e da função social do contrato, que, por integrarem mesmo o conteúdo da autonomia privada, bem servem para estender a aplicação do preceito consumerista aos contratos regidos pelo Código Civil.⁷²⁸

Observe-se, contudo, que antes de se decretar a invalidade de todo o contrato, há que se buscar preservá-lo, pois, como ensinam Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, a conservação do contrato, uma das formas de concretude da função social do contrato (item 8.1.6 acima), “entra em cena justamente para valorizar a liberdade contratual, desde que o contrato ou o negócio jurídico não tragam situação de injustiça para as partes”. A função social do contrato oferece-se, então, segundo os autores, como meio de corrigir o ajuste, pois “a autonomia privada, quando defeituosamente realizada, pode ser reparada”.⁷²⁹ Assim é que somente se poderá admitir a invalidade de todo o contrato quando a sua manutenção for causa de um real desequilíbrio entre as partes, o qual não tenha sido possível restabelecer nem mesmo pela aplicação da boa-fé objetiva, com as suas funções interpretativa, supletiva e corretiva já mencionadas no item 8.1.7.

8.2 O DOLO E A CULPA GRAVE

É pacífico na doutrina o entendimento de que as cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar não podem ser admitidas em caso de dolo do devedor,⁷³⁰ o que, além de constituir senso comum em diversos ordenamentos jurídicos, já era aplicado inclusive no direito romano, informando Garcia Amigo, a propósito, haver vários textos do Digesto que afirmam a nulidade e ineficácia dos pactos cujo objeto fosse o *ne dolus praestetur*.⁷³¹ Aguiar Dias, da mesma forma, explica que no direito romano “a cláusula de irresponsabilidade era lícita”, excluídos os casos de dolo e de faltas de gravidade excepcional.⁷³² E vem do direito romano também a *exceptio doli*, que, segundo Claudio Godoy, é “a vetusta prerrogativa de alguém demandado judicialmente opor, em defesa, o

⁷²⁸ Nesse sentido, embora se referindo especificamente à aplicação do preceito contido no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor às relações regidas pelo Código Civil, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 169.

⁷²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 62.

⁷³⁰ Aguiar Dias informa haver na doutrina uma única exceção, apresentada por Grandmoulin, para quem a validade da cláusula de irresponsabilidade relativa ao dolo decorre do direito que tem o proprietário de dispor da coisa da maneira mais absoluta. No entender de Aguiar Dias, “a proposição é temerária: em primeiro lugar, porque o direito de propriedade não é tão absoluto como aí se inculca, mas sofre cada vez maiores limitações e, em segundo lugar, porque não há nada que autorize a deduzir, desse direito, a faculdade de exonerar o devedor de seu dolo” (*Cláusula de não indenizar*, p. 112-113).

⁷³¹ *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 31-32.

⁷³² *Cláusula de não indenizar*, p. 15.

dolo de quem demanda pelo que deverá devolver, a seguir”,⁷³³ o que, no campo específico da cláusula de não indenizar, pode ser traduzido como a faculdade de que goza aquele em prejuízo de quem se invoca a cláusula de não indenizar de poder opor, em sua defesa, o dolo daquele em favor de quem a cláusula operaria.

A doutrina em geral não costuma, contudo, diferenciar o dolo ocorrido no momento da *pactuação* da cláusula do dolo verificado no momento da *execução* do contrato – questão que se acredita de sensível importância, na medida em que as consequências serão diferentes em um caso e no outro: na hipótese de o devedor agir com dolo no momento da celebração da avença, a cláusula de não indenizar ou a cláusula limitativa do dever de indenizar será inválida; já na hipótese de dolo no momento da execução, tratar-se-á de ineficácia, e não mais de invalidade.

Em monografia dedicada ao tema da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, Junqueira de Azevedo esclarece que validade é a “qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’)”.⁷³⁴ A validade, como se sabe, não é suficiente para que um negócio jurídico produza efeitos; para tanto, é necessário que, além de válido, o negócio seja eficaz. E é de novo Junqueira de Azevedo quem ensina que a validade está em um plano diferente da eficácia, podendo um ato ser válido, mas ineficaz ou, diferentemente, ser nulo e eficaz.⁷³⁵ A eficácia dos negócios jurídicos depende, em muitos casos, de fatores extrínsecos: “muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado”.⁷³⁶

Feitos esses breves esclarecimentos com respaldo na lição de Junqueira de Azevedo, volta-se à questão do dolo do devedor no momento da conclusão do contrato, que ocorre quando o devedor faz incluir no contrato uma cláusula de não indenizar ou uma cláusula limitativa do dever de indenizar com a única intenção de não cumprir a obrigação convencionada e mascara tal intenção de forma astuciosa, por exemplo, convencendo o credor a assinar o contrato sob a alegação de que se trata de cláusula-padrão, que só lhe trará benefícios (como desconto no preço a ser pago), ou, ainda, utiliza de expediente malicioso por meio do qual o credor acaba assinando o contrato sem atentar para o exato significado ou para a exata extensão da renúncia à indenização constante do contrato. Ou

⁷³³ *Função social do contrato*, p. 86.

⁷³⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 42.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁷³⁶ *Ibidem*, p. 55.

seja, o devedor, premeditando o descumprimento, já se antecipa, eximindo-se, parcial ou integralmente, de reparar os prejuízos decorrentes do seu planejado inadimplemento.

Nesse caso, estar-se-á diante do dolo previsto no artigo 145 e seguintes do Código Civil brasileiro, que é definido pela doutrina como “expediente ou estratégia astuciosa direcionada no sentido de induzir alguém à prática de um ato que lhe pode causar prejuízos, em benefício de quem realiza a ação intencional de engodo ou em benefício de terceiro a quem o ato viciado possa interessar”.⁷³⁷ O dolo, enquanto vício do negócio jurídico, fulmina-o de anulabilidade,⁷³⁸ segundo preconiza o artigo 171, II, do Código Civil. E a consequência é aquela prevista no artigo 182 do mesmo Código: “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. É anulável, portanto, a cláusula de não indenizar ou a cláusula limitativa do dever de indenizar inserida de forma dolosa em determinado contrato.⁷³⁹

Frise-se que a solução é a mesma ainda que – admita-se aqui o absurdo da hipótese – a convenção expressamente preveja a exoneração ou a limitação do dever reparatório de dano causado de forma dolosa, pois, como adverte Pontes de Miranda, “a responsabilidade por dolo não se pode pré-excluir por negócio jurídico, seja em cláusula inserta, seja em pacto adjeto”. Também a esse respeito já se pronunciou Aguiar Dias:

É repugnante, com efeito, ao senso jurídico e à regra moral admitir a impunidade do dolo, até porque ao dolo previsto e por ocorrer já antecede o dolo com que se convencionou, uma vez que só de má-fé, só com dolo atual, só com intenção contemporânea de prejudicar se pode estabelecer a imunidade para o dolo futuro.⁷⁴⁰

No mesmo sentido é a posição de Álvaro Luiz Damásio Galhanone:

(...) se o contraente, ao firmar o ajuste, já tem em mira a exclusão de sua responsabilidade, mesmo em caso de agir dolosamente, manifesto que pretende comportar-se ao arrepio dos mais mezinhos e elementares princípios éticos, movendo-o, desde o início, o propósito de deliberadamente inadimplir o contrato e, mais ainda, de forrar-se dos efeitos desse não cumprimento.⁷⁴¹

⁷³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*, p. 218.

⁷³⁸ A anulabilidade, segundo dispõe o artigo 177 do Código Civil, “não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício, só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”.

⁷³⁹ Remete-se às considerações feitas no item 8.1.8 deste capítulo sobre a possibilidade de ser invalidado todo o contrato quando impossível a subsistência deste sem rompimento do equilíbrio contratual.

⁷⁴⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 116.

⁷⁴¹ A cláusula de não indenizar, p. 28.

Todavia, se o dolo do devedor for verificado apenas no momento da execução do contrato, estar-se-á diante de um caso de ineficácia, e não mais de invalidade. Nessa hipótese, o devedor age de boa-fé ao convencionar a cláusula exoneratória ou limitativa do dever de indenizar, sem premeditar o descumprimento das obrigações assumidas; no entanto, no momento da execução do contrato, de forma intencional, o devedor deixa de cumprir a obrigação pactuada, ciente de que tal atitude não lhe acarretará o ônus de ressarcir, ou pelo menos de ressarcir integralmente, os prejuízos causados por seu inadimplemento. Aqui, a cláusula de não indenizar ou a cláusula limitativa do dever de indenizar será ineficaz, em que pese ser, a princípio, válida.

A questão não é muito discutida, na medida em que, como antes se afirmou, a doutrina não costuma distinguir o dolo enquanto vício do negócio jurídico do dolo verificado no momento da execução do contrato. Daí não se diferenciar, também, as consequências do dolo, isto é, se levaria à invalidade ou à ineficácia.

Na obra de Aguiar Dias sobre a cláusula de não indenizar há um capítulo intitulado “efeitos da cláusula de irresponsabilidade”, no qual o autor discorre sobre os debates doutrinários em torno da admissão da cláusula nas hipóteses de dolo e culpa grave.⁷⁴² Antes disso, porém, o autor refere-se à *ineficácia* da cláusula de não indenizar no caso de dolo do devedor quando examina a posição de Eismen. Explica, para tanto, que, “quanto à violação da lei moral como capaz de comprometer a cláusula de irresponsabilidade”, a opinião daquele autor (Eismen) é de que “ela [lei moral] impede a sua *eficácia* no caso de dolo e no de culpa grave, que lhe é equiparado”⁷⁴³ (destacou-se).

A solução – acredita-se – não pode mesmo ser outra, uma vez que, conforme se vem afirmando ao longo deste trabalho, a simples convenção de não indenizar ou de pagar indenização em montante inferior ao devido não faz com que a cláusula seja só por isso inválida. E, sendo o dolo do devedor verificado apenas posteriormente à celebração do ajuste, ou seja, apenas no momento do não cumprimento da obrigação, é certo que esse dolo não terá como influir na validade da cláusula, qualidade que terá recebido, nos termos utilizados por Junqueira de Azevedo, quando de sua entrada no mundo jurídico. Apesar disso, isto é, apesar de ser a cláusula regular, de estar de acordo com as regras jurídicas quando ingressa no mundo jurídico, o direito não pode tolerar que produza os efeitos almejados – excluindo ou limitando o dever reparatório – se, durante a execução do

⁷⁴² *Cláusula de não indenizar*, p. 95 e ss.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 83.

contrato, o devedor age contra “os mais mezinhos e elementares princípios éticos”.⁷⁴⁴ É a ordem pública que impede, nesse caso, a eficácia da cláusula de não indenizar, ou, como aduz Aguiar Dias, é “antes da lei expressa (e até como inspiração a ela), a moral que se opõe à aceitação da cláusula de irresponsabilidade do dolo”.⁷⁴⁵

Em ambos os casos – seja vício do negócio jurídico, seja voluntário incumprimento –, deverá o credor provar o dolo do devedor para que seja reconhecida a invalidade ou a ineficácia da cláusula excludente ou limitativa do dever de indenizar. Nesse sentido, Aguiar Dias, referindo-se à lição Cassvan, assevera:

Como não se pode presumir a má-fé, consequentemente deve ela, quer se encare o dolo como vício de consentimento quer como elemento da inexecução do contrato, ser provada por aquele que a invoca, até porque não se compreenderia de que modo poderia o devedor [provar] que não estava de má-fé.⁷⁴⁶

A inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar em caso de dolo do devedor é inquestionável num e noutro caso: sendo um vício do negócio jurídico, a solução da questão é apontada pelo artigo 171, II, do Código Civil; já no caso de dolo verificado no momento da execução do contrato, a solução não vem expressa em artigo de lei, mas é intuitiva, porquanto admitir a eficácia da cláusula de não indenizar nessas circunstâncias afrontaria de forma direta a ordem pública, ofendendo principalmente os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato (vide item 8.1).

Para Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, há ainda outra razão que impede a admissibilidade da cláusula em caso de dolo do devedor: o repúdio às condições puramente potestativas. Segundo entendem, a convenção que exonera ou limita o dever de indenizar quando o incumprimento seja devido a dolo confere ao contratante a faculdade de executar ou não o contrato; o compromisso seria assim assumido sob uma condição puramente potestativa.⁷⁴⁷ Também partilham dessa opinião Sílvio Venosa,⁷⁴⁸ Sílvio Rodrigues,⁷⁴⁹ Josserand e Cluzel.⁷⁵⁰ No entanto, com a devida vênia, não se acredita ser esse o melhor argumento para rechaçar a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar no caso de dolo do devedor. Conforme exposto no

⁷⁴⁴ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar, p. 28.

⁷⁴⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 117.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁴⁷ *Leçons de droit civil*, p. 764-765.

⁷⁴⁸ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 59.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 181.

⁷⁵⁰ Segundo informa Aguiar Dias (*Cláusula de não indenizar*, p. 113 e 115).

Capítulo 6 da Segunda Parte, ainda que tenha sido convencionada a exoneração ou a limitação do dever de indenizar, o credor tem a possibilidade de, diante do inadimplemento do devedor, requerer judicialmente a execução específica da obrigação (artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil); pedir a resolução do contrato (artigos 474 e 475 do Código Civil); opor, nos contratos bilaterais, a exceção do contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil); ou, ainda, invocar eventual direito de retenção a que faça jus (por exemplo, no caso do artigo 1.219 do Código Civil). Como lembra Aguiar Dias, “o que se afasta [com a cláusula de não indenizar] não é a obrigação, mas as consequências da sua inexecução, isto é, a obrigação subsidiária de reparar o dano, que nasce com o inadimplemento”.⁷⁵¹

Em suma, a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar não se equiparam às condições puramente potestativas e nem se equiparariam, ainda que se as admitisse em caso de dolo do devedor. Ao que parece, a razão está, nesse particular, com Fábio Peres, para quem:

(...) a mera previsão de uma cláusula contratual limitativa ou excludente do dever de reparar não transforma – ainda que, apenas a título de argumentação, se admitisse sua validade em casos de dolo do beneficiário da exoneração, total ou parcial – as obrigações contratuais assumidas em obrigações naturais, jamais facultando ao devedor a opção de não adimplir as prestações. Não se confundem, assim, com as condições puramente potestativas.⁷⁵²

Embora não se aceda ao argumento de que o repúdio do direito às condições puramente potestativas é o que fundamentaria a inadmissibilidade da exoneração convencional do dever reparatório em caso de incumprimento doloso da obrigação, não há como negar que permitir que a cláusula de não indenizar produza efeitos nessas circunstâncias atenta contra a ordem pública – o que já é o bastante, conforme se demonstrou neste capítulo, para justificar a ineficácia da convenção.

Aguiar Dias informa ser nesse sentido a opinião de Josserand, que, além do argumento da potestatividade, defende a impossibilidade da exoneração das consequências do dolo pelo fato de que “a ninguém é lícito reservar-se o direito de lesar voluntária e impunemente a outrem. Por mais maleável que seja a noção de ordem pública, sempre se oporá invencivelmente a que tal cláusula surta efeito”.⁷⁵³ A moral corrente por certo não admite que alguém, livremente assumindo uma obrigação e acordando uma exoneração ou

⁷⁵¹ Ibidem, p. 110.

⁷⁵² *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 171.

⁷⁵³ *Cláusula de não indenizar*, p. 113.

limitação do seu dever reparatório no caso de descumprimento, possa, posteriormente, e amparado no quanto convencionado, descumprir intencional e deliberadamente aquela obrigação que de forma livre contraiu,⁷⁵⁴ até porque isso colocaria o devedor em posição de elevada vantagem perante o credor, acarretando o rompimento do equilíbrio contratual. De outra parte, o incumprimento doloso da prestação contratual constitui conduta flagrantemente contrária ao padrão de correção, retidão moral, lealdade e cooperação exigido pela boa-fé objetiva, desvirtuando, ademais, a função social que o contrato deve exercer; tudo conforme amplamente se explanou no item 8.1. Essas são, portanto, e como já se disse, razões mais que suficientes para fundamentar a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar em caso de dolo do devedor, não sendo necessário recorrer a argumentos como o repúdio do direito às condições puramente potestativas, mormente porque, como se acredita, a tais condições não se pode equiparar a cláusula de não indenizar.

Fato é que, independentemente do argumento que se utilize para fundamentá-la, a inadmissibilidade das convenções exoneratórias e limitativas do dever de indenizar na hipótese de dolo do devedor é ponto incontroverso na doutrina⁷⁵⁵⁻⁷⁵⁶ e na jurisprudência,⁷⁵⁷ além de ter sido prevista no artigo 924 do Anteprojeto de Código de Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira, que admitia a cláusula de não indenizar desde que bilateralmente ajustada, se não contrariasse a lei expressa, a ordem pública e os bons costumes, e nem tivesse “por objeto eximir o agente dos efeitos do seu dolo”. Conforme já se expôs no

⁷⁵⁴ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 169.

⁷⁵⁵ Nesse sentido, a afirmação de Aguiar Dias: “Acordes em rejeitar a cláusula quando diga respeito ao dolo, os autores variam, entretanto, na justificação do seu ponto de vista” (*Cláusula de não indenizar*, p. 113).

⁷⁵⁶ Além dos autores já citados no texto, são também dessa opinião, dentre outros, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro, p. 201; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, p. 391; PERDIGÃO, José de Azeredo. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade, p. 51; e MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 236. Lembre-se, apenas, que este último autor, por conta da redação dos dispositivos do Código Civil português que tratam da questão, admite que a cláusula de não indenizar produza seus regulares efeitos quando o dolo ou culpa grave forem de terceiros auxiliares ou representantes legais do devedor, desde que gozem de autonomia perante este (vide Capítulo 4 da Segunda Parte).

⁷⁵⁷ Em acórdão mencionado por Álvaro Luiz Damásio Galhanone, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul imputou obrigação de indenizar ao banco, “embora existente a cláusula de não responsabilidade”, por ter sido descumprida prestação contratual de forma dolosa (A cláusula de não indenizar, p. 29). Em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou lícita cláusula de não indenizar existente na Convenção de Condomínio, por tratar-se de direito disponível dos comunheiros e por não se ter demonstrado dolo ou culpa dos empregados do edifício; isentou, assim, o condomínio de responder pelo prejuízo do condômino decorrente do furto de sua motocicleta (TJSP, 10ª Câm. Dir. Priv., Ap. 994.07.118341-4, rel. Testa Marchi, j. 21.09.2010).

Capítulo 6 da Segunda Parte, o Projeto de Código de Obrigações de 1965 excluiu a regra de seu contexto, assim se mantendo no Anteprojeto de Código Civil de 1972, no Projeto de Código Civil de 1975 e no atual Código Civil brasileiro.

Chega o momento, então, de se analisar a admissibilidade ou não da cláusula de não indenizar em caso, não mais de dolo, mas agora de culpa grave do devedor, pois, se a doutrina é pacífica quanto à não aceitação da exoneração e da limitação convencionais em caso de dolo, o mesmo não se pode dizer quando se trata de culpa grave.

Pontes de Miranda, por exemplo, é da opinião de que, no direito brasileiro, “dolo e culpa lata não são o mesmo, e não há razão para se não permitir o pacto de não responder por culpa, se não é caso de vontade e consciência da contrariedade a direito (dolo)”. Embora afirme que “só a pré-exclusão da responsabilidade pelo dolo é inadmissível”, pondera que “as circunstâncias podem fazer *imoral* o pacto de pré-exclusão da responsabilidade pela culpa grave”.⁷⁵⁸ Aguiar Dias, no mesmo sentido, considera que a culpa grave não se assimila ao dolo. Forte na lição de Fromageot, assevera o jurista não se poder confundir o ato praticado de boa-fé com o praticado de má-fé, sob pena de se ferir a equidade e de se desprezar “um dos mais justos critérios de julgamento da ação humana, isto é, a intenção a que obedecera”.⁷⁵⁹ Com esse argumento, entende afastar “a objeção mais valiosa levantada pelos adversários da aplicação das cláusulas ao caso de culpa grave”, razão pela qual, a seu ver, não haveria “obstáculo maior à sua admissão, que fica, naturalmente, sujeita às restrições que, em homenagem à ordem pública e ao direito comum do contrato, já são impostas à cláusula em geral”.⁷⁶⁰

Fábio Peres, igualmente, nega qualquer equiparação entre o dolo e a culpa grave. Em primeiro lugar porque, argumenta o autor, o ordenamento brasileiro “não reconhece maior relevância jurídica para a gradação da culpa, salvo raras exceções”;⁷⁶¹ em segundo lugar, entre o dolo e a culpa grave não haveria uma diferença de grau, mas, sim, de natureza. Sustenta, por isso, que “no dolo o descumprimento de determinado dever jurídico primário ocorre por ato voluntário e deliberado do devedor no sentido do inadimplemento, na culpa – em qualquer de seus possíveis graus – falta a intenção de descumprir”.⁷⁶²

⁷⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1984, t. XXIII, p. 73.

⁷⁵⁹ *Cláusula de não indenizar*, p. 98.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, p. 100.

⁷⁶¹ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 176.

⁷⁶² *Ibidem*, p. 177-178.

No sentido oposto – ou seja, defendendo que a cláusula de não indenizar é inadmissível não apenas em caso de dolo mas também de culpa grave –, encontram-se, entre outros, Junqueira de Azevedo,⁷⁶³ Sílvio Rodrigues,⁷⁶⁴ Pinto Monteiro,⁷⁶⁵ Nuno Manuel Pinto Oliveira,⁷⁶⁶ José de Azeredo Perdigão,⁷⁶⁷ Garcia Amigo⁷⁶⁸ e Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas.⁷⁶⁹ Sobre o ponto, manifestam-se ainda Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, informando que, apesar de a gradação da culpa não ter relevância no sistema brasileiro para a configuração do ato ilícito, em algumas situações, os graus de culpa poderão ser levados em consideração. É o que ocorre na determinação do *quantum* indenizatório e em outras questões afetas à responsabilidade civil, em que a doutrina tem se servido da gradação da culpa para formular soluções, “mesmo à margem de previsão no direito positivo”. E o exemplo citado pelos autores é justamente “o debate acerca da cláusula de não indenizar, cuja validade não tem sido admitida nos casos de dolo ou culpa grave”.⁷⁷⁰⁻⁷⁷¹

Reconhece-se haver entre o dolo e a culpa grave uma distinção concernente à natureza, porquanto no primeiro exige-se intenção, que é dispensada na última. Nem por isso, entretanto, e com a devida vênia às opiniões em sentido contrário, acredita-se ser possível isentar o devedor de indenizar o dano causado de forma gravemente culposa. A culpa grave é, no dizer de Pontes de Miranda, “a culpa crassa, magna, nímia, (...) é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidado indispensáveis”; assentando ainda o jurista que “quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave”.⁷⁷² Assim, ainda que não tenha havido *real intenção*, houve, no mínimo, *enorme* negligência, imprudência ou imperícia, não sendo incorreto dizer que, na culpa grave, o devedor age assumindo o risco de causar o dano.⁷⁷³ É possível

⁷⁶³ 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, p. 202.

⁷⁶⁴ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 181.

⁷⁶⁵ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 236.

⁷⁶⁶ *Cláusulas acessórias ao contrato*, p. 19.

⁷⁶⁷ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 62.

⁷⁶⁸ *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 147.

⁷⁶⁹ *Leçons de droit civil*, p. 765.

⁷⁷⁰ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 338.

⁷⁷¹ A esse respeito vale também citar a observação de Sílvio Venosa, para quem “de certa forma, a problemática em torno da cláusula de não indenizar e das cláusulas limitativas da responsabilidade faz revolver os conceitos de culpa grave, por vezes tido como anacrônico no direito contemporâneo” (*Responsabilidade civil*, p. 61).

⁷⁷² *Tratado de direito privado*, t. XXIII, p. 72.

⁷⁷³ Na jurisprudência brasileira, chega-se inclusive a verificar a utilização de termos como “culpa consciente” e “dolo eventual” quando se trata de culpa grave no âmbito da responsabilidade civil (STJ, 3ª T., REsp 685791/MG, rel. Min. Vasco della Giustina, j. 18.02.2010, *DJe* 10.03.2010; STJ, 3ª T., REsp

até que não tenha havido intenção direta de causar o dano, mas, se houve intenção de assumir o risco de causar o dano, a culpa é grave e, portanto, *equiparável* ao dolo.

Não se está aqui afirmando – note-se bem – que a culpa grave é *igual* ao dolo. Se fosse essa a assertiva, faria sentido o argumento daqueles que sustentam terem natureza distinta os institutos. O que aqui se intenta demonstrar é que a gravidade da falta *autoriza a sua equiparação* com o dolo, pois certamente a ordem pública não pode tolerar a exoneração ou a limitação de um dever de indenizar que tem origem em culpa que, de tão grave, avizinha-se do dolo.⁷⁷⁴ E não só isso. A assimilação entre as figuras também se justifica, como lembram Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, pela questão atinente ao ônus da prova,⁷⁷⁵ pois grande dificuldade enfrentaria o credor, em muitas das vezes, para provar que a atitude do devedor teria sido intencional e deliberada. Entretanto, admitindo-se que a culpa grave e o dolo são equiparáveis para fins de ineficácia da cláusula de não indenizar, basta ao credor, para receber a indenização a que faz jus, provar que a obrigação não foi cumprida por falta que se considera no mínimo grosseira por parte do devedor. Daí já ter se firmado a jurisprudência francesa no sentido de que a culpa grave é assimilável ao dolo, obrigando seu autor, quer se trate de responsabilidade contratual, quer extracontratual, à reparação integral do prejuízo sofrido, e sem que possa se esquivar por uma convenção de não responsabilidade.⁷⁷⁶

No Brasil, a jurisprudência inclina-se, da mesma forma, a equiparar a culpa grave ao dolo, conferindo tratamento idêntico às situações resultantes de um e de outro caso.⁷⁷⁷ Exemplo disso é a Súmula n. 145 do Superior Tribunal de Justiça que, até o advento do novo Código Civil, dava as diretrizes para a responsabilização civil do transportador no caso de transporte desinteressado, de simples cortesia, estabelecendo que “o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Também a Súmula n. 229 do Supremo Tribunal Federal assimilava

135633/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.04.1998, *DJ* 08.06.1998; STJ, 4ª T., REsp 16859/SP, rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.08.1994, *DJ* 20.02.1995).

⁷⁷⁴ Nesse sentido, LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

⁷⁷⁵ *Leçons de droit civil*, p. 765.

⁷⁷⁶ “*La faute lourde, assimilable au dol, oblige son auteur, qu’elle soit contractuelle ou délictuelle, à la réparation intégrale du préjudice subi, et sans qu’il puisse s’en affranchir par une convention de non-responsabilité*” (Idem).

⁷⁷⁷ Confirmam-se os seguintes julgados: STJ, 3ª T., REsp 23875/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 14.02.2006, *DJ* 10.04.2006; e STJ, 1ª T., REsp 21549/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.1993, *DJ* 08.11.1993. Em outro precedente (STJ, 3ª T., REsp 23815/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.03.1997, *DJ* 14.04.1997), o Tribunal entendeu que a culpa grave somente pode ser equiparada ao dolo quando “reveladora de descaso flagrante, de absoluto desprezo pela segurança”, o que não se considerou ter havido em caso de equivocada avaliação de piloto de aeronave acerca das condições que ensejaram o pouso.

as figuras do dolo e da culpa grave, determinando que, em ambas as hipóteses, a indenização acidentária não excluiria a do direito comum.⁷⁷⁸ Na legislação verifica-se, igualmente, a equiparação entre o dolo e a culpa grave, sendo exemplo o artigo 248 da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que assim dispõe: “os limites de indenização, previstos neste capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de *dolo ou culpa grave* do transportador ou de seus prepostos” (destacou-se).

Os exemplos apresentados visam corroborar o posicionamento antes defendido no sentido de que, para fins de ineficácia da cláusula de não indenizar, a culpa grave equipara-se ao dolo. Em outras palavras: se o descumprimento da prestação contratual dever-se a dolo ou a culpa grave do devedor, deverá esse reparar integralmente os danos causados ao credor, independentemente de se ter convencionado de forma prévia a exclusão ou a mitigação do dever de indenizar.

Superadas as questões de ordem genérica, referentes à não aceitação da cláusula de não indenizar em caso de dolo ou de culpa grave do devedor, passa-se ao exame de ponto específico, que diz respeito ao dolo do alienante nos casos de evicção e vícios redibitórios. Sabe-se que, na hipótese de evicção, o vendedor deve, em regra, restituir ao comprador o preço integral pago pela coisa evicta (se o comprador não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu; artigo 449 do Código Civil brasileiro) e indenizar o comprador por todos os prejuízos sofridos (artigo 450 do mesmo *Codex*), independentemente de ter ou não o vendedor ciência dos riscos da evicção. No entanto, os artigos 448 e 450, *caput*, também do Código Civil, conferem às partes a possibilidade de afastar as perdas e danos (incisos I a III do artigo 450 do mesmo diploma), não lhes sendo dado, porém, excluir a restituição do preço pago pela coisa evicta quando o comprador não soube do risco da evicção ou, dele informado, não o assumiu (artigo 449). Pois bem. Ocorre que o afastamento convencional da indenização admitido pela lei não pode prevalecer, pelas razões que se expôs neste Capítulo, em caso de dolo ou culpa grave do vendedor.⁷⁷⁹ Dito de outra forma: mesmo as indenizações que a lei admite sejam afastadas

⁷⁷⁸ Sobre a referida súmula, afirma Claudio Godoy ter ela representado um avanço em relação ao Decreto-lei n. 7.036/44, que estabelecia que a indenização securitária esgotava a pretensão reparatória do empregado. Daí afirmar o autor que a Súmula n. 229 do STF induziu “elastério extensivo, equiparando, ao dolo, a culpa grave. É o vetusto adágio segundo o qual a culpa grave ao dolo se equipara”. A Constituição Federal representou, posteriormente, mais uma etapa nesse processo evolutivo, sedimentando o entendimento de que o empregado faria jus, também, à indenização comum, independentemente de dolo ou culpa grave do empregador ou preposto (*A responsabilidade civil pelo risco da atividade*, p. 207-208).

⁷⁷⁹ Assim como também não será admitido em contratos de adesão, por força do que se expôs no Capítulo 7 da Segunda Parte. Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 76.

quando o comprador não soube do risco da evicção, ou, dele informado, não o assumiu (incisos I a III do artigo 450), deverão ser – acredita-se – obrigatoriamente pagas *se o vendedor houver agido com dolo ou culpa grave*, isto é, se ele *tinha ciência dos riscos* da evicção e não os comunicou ao comprador ou, ainda, se ele *deveria ter ciência dos riscos da evicção e por negligência grosseira não os teve*, não os tendo comunicado, por isso, ao comprador. É assim, ao que se entende, que devem ser interpretados os artigos do Código Civil concernentes à evicção na hipótese de o adquirente não ter ciência dos riscos ou de não os ter assumido.

Se, porém, o adquirente sabia dos riscos da evicção e os assumiu – e desde que as partes tenham expressamente excluído a garantia da evicção –, nenhuma indenização será devida pelo alienante.⁷⁸⁰ Nesse caso, segundo Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, o contrato converte-se em aleatório (artigo 460 do Código Civil brasileiro). Nem por isso, todavia, será irrelevante o dolo do alienante, porquanto o Código Civil “impõe a nulidade da alienação caso fique demonstrado que o alienante já sabia da consumação do risco a que se julgava exposta a coisa alienada [artigo 461]”.⁷⁸¹

Já no caso dos vícios redibitórios, é mister observar que o regime adotado pelo Código Civil brasileiro abre ao comprador duas possibilidades: optar pela redibição (resolução) do contrato, recebendo o que havia pago em devolução (ação redibitória), ou pela diminuição do preço (ação *quantum minoris*) (ambas possibilidades previstas pelo artigo 442 do Código Civil). Ademais, poderá o comprador, ainda, exigir perdas e danos – mas não em qualquer hipótese: apenas *se o alienante conhecia o vício ou o defeito da coisa* (artigo 443 do Código Civil). Vale dizer, as perdas e danos *somente* são devidas em caso de má-fé do alienante,⁷⁸² ou, como também se poderá dizer, em caso de dolo, sendo essa, portanto, a razão pela qual jamais poderão as partes excluir a indenização por vícios redibitórios.

Frise-se que o regime hoje em vigor é absolutamente idêntico ao que existia sob a égide do Código Civil de 1916, com a diferença de que esse último continha disposição

⁷⁸⁰ Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes esclarecem que, “para que a evicção não gere efeito algum, exonerando o alienante inclusive da restituição da quantia paga pelo evicto, é necessário não apenas excluir expressamente a garantia da evicção, mas, ainda, é necessário também que, além da cláusula de exclusão, o adquirente tenha ciência do risco e o tenha assumido – como é o caso de quem adquire coisa que sabe litigiosa (art. 457)” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 77).

⁷⁸¹ Idem.

⁷⁸² Nesse sentido, QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 83.

admitindo a possibilidade de o vendedor se “eximir da responsabilidade” em caso de “ignorância”. Assim dispunha o artigo 1.102: “salvo cláusula expressa no contrato, a ignorância de tais vícios pelo alienante não o exime à responsabilidade”. Ora, conforme se expôs, não era – assim como ainda hoje não é – necessário que houvesse convenção afastando as perdas e danos em caso de ignorância do vendedor quanto aos vícios redibitórios da coisa; tal solução decorria e ainda decorre da lei: artigo 1.103 do Código Civil de 1916, cuja redação foi repetida no artigo 443 do atual Código Civil. Daí que as únicas conclusões possíveis, no que diz respeito à disposição do antigo artigo 1.102, eram as seguintes: ou o artigo era redundante em face do que dispunha o artigo 1.103 (ambos do Código de 1916);⁷⁸³ ou a “responsabilidade” referida pelo artigo 1.102 dizia respeito à restituição do valor pago ou à diminuição do preço, isto é, o artigo 1.102 admitiria a possibilidade de as partes convencionarem que, desconhecendo os vícios redibitórios da coisa, o alienante não seria obrigado a restituir o valor pago, tampouco a conceder abatimento no preço. Convenção como essa da segunda hipótese cogitada, já foi, todavia, inadmitida, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.⁷⁸⁴ Independentemente de qual tenha sido a intenção do legislador de 1916, fato é que o antigo artigo 1.102 não foi reproduzido no atual Código Civil, no que, ao que se acredita, andou bem o novo *Codex*.

O ponto fulcral, porém, que interessa a este trabalho é que, na hipótese de vícios redibitórios, as perdas e danos são devidas apenas em caso de má-fé do vendedor, diferentemente do que ocorre na evicção, em que a indenização é sempre devida, tenha ou não o alienante agido com dolo ou culpa grave. Nos vícios redibitórios, portanto, não se admite a exclusão convencional da indenização, pois significaria admitir a cláusula de não indenizar em caso de dolo, o que já se viu ser inadmissível. Na evicção, entretanto, admite-se a cláusula de não indenizar: a lei, ainda hoje, é expressa nesse sentido (artigos 448 e 450, *caput*, do Código Civil), donde se conclui que tal convenção apenas não prevalecerá em caso de dolo ou culpa grave do alienante.

⁷⁸³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 67.

⁷⁸⁴ Confira-se o julgado da 29ª Câmara de Direito Privado (Ap. 932365-0/0, rel. Oscar Feltrin, j. 04.03.2009), assim ementado: “Comprovado que o vício ostentado pelo touro reprodutor, oculto e insanável, consistente na impotência *coeundi*, frustrou a finalidade para a qual foi adquirido, procede a ação redibitória ajuizada pelo adquirente com o propósito de compelir a alienante a receber o animal em devolução, restituindo o preço pago devidamente corrigido”. Nesse caso, entendeu o Tribunal que, “por ser oculto o vício, à autora não era dado renunciar a qualquer indenização por um defeito escondido e até então por ela e por todos ignorado”. E a “indenização” a que se refere é a restituição do valor pago pelo animal, porquanto, mais adiante no acórdão, assenta-se que as perdas e danos somente seriam devidas em caso de dolo do vendedor, o que não se verificou na espécie.

Álvaro Luiz Damásio Galhanone, a respeito dos dispositivos referentes à evicção e aos vícios redibitórios constantes do Código Civil de 1916, já afirmava ser “absolutamente indispensável que o adquirente e o alienante ignorem, da mesma forma, o defeito existente na coisa transacionada, ou no seu título de propriedade”. É que, se o adquirente tem perfeita ciência do vício, nada pode reclamar. Contudo, se o alienante o conhece, e manifestamente o oculta, age dolosamente, “de tal sorte que desse comportamento, manifestamente viciado, não pode tirar proveito”.⁷⁸⁵ Transportando tais considerações para o terreno da cláusula de não indenizar, a conclusão do autor era a seguinte: “se o adquirente conhecia o vício, nada pode reclamar, de tal sorte que o estabelecimento da cláusula seria inócuo e, de outra parte, se o alienante ocultou o vício, agiu dolosamente, de tal sorte que a cláusula não pode produzir efeitos”.⁷⁸⁶

As hipóteses de evicção e de vícios redibitórios foram tratadas neste capítulo apenas porque há – ou houve – expressa referência *legal* ao afastamento convencional do dever de indenizar nessas circunstâncias, mas a menção aqui foi feita a título meramente exemplificativo, pois que, em qualquer contrato ou situação que admita convenção de não indenizar, essa somente produzirá efeitos se ausentes dolo e culpa grave por parte do devedor.

8.3 A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR REFERENTE A OBRIGAÇÃO ESSENCIAL DO CONTRATO

A doutrina costuma negar validade à cláusula que isenta o contratante do dever de indenizar decorrente de descumprimento de obrigação essencial do contrato, sob o argumento de que a convenção nesses termos pactuada frustra a própria natureza do negócio jurídico. Em outras palavras, somente se admitiria a cláusula para excluir ou mitigar indenização devida por inadimplemento de obrigações acessórias, e não centrais do vínculo contratual.⁷⁸⁷ Afirma Sílvio Venosa, nesse particular, que a cláusula de não indenizar “não pode pretender nulificar a obrigação essencial do contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, que podem ser entendidas como acessórias”.⁷⁸⁸ Na mesma esteira é o posicionamento de Junqueira de Azevedo, que considera nulas as cláusulas de não indenizar que “isentem de indenização o contratante, em caso de inadimplemento da obrigação *principal*”. Para o autor, dar eficácia a tais

⁷⁸⁵ A cláusula de não indenizar, p. 25.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 26.

⁷⁸⁷ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 180.

⁷⁸⁸ *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 60.

cláusulas “tornaria o contrato um negócio jurídico abusivo, pois a cláusula faria com que o contratante, por ela beneficiado, somente cumprisse sua principal obrigação *se quisesse* (haveria desrespeito à proibição das condições puramente potestativas)”⁷⁸⁹ (destaques originais).

Em idêntico sentido é a posição da jurisprudência. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já inadmitiu a “cláusula contratual que exclua a responsabilidade do estacionamento por danos eventualmente ocorridos no bem ali depositado”,⁷⁹⁰ bem como a cláusula que “vise excluir a responsabilidade do locador por furtos” em contrato de locação de cofres bancários,⁷⁹¹ por entender que convenções desse jaez contrariam a essência e o próprio objeto do contrato, desnaturando completamente a avença. Já se fez alusão inclusive, no fundamento de decisões como as supramencionadas, à “negativa da própria causa do contrato”.⁷⁹²

Foi objeto de estudo, no item 8.1.1, a lição de Junqueira de Azevedo sobre as diversas acepções que possui a palavra “causa”. E é esse mesmo autor que alude, em um dos sentidos que reconhece ao termo, à *causa finalis* do negócio jurídico: “se a causa é o fim do próprio negócio, ela é, com propriedade, *causa do negócio*, ou do contrato”.⁷⁹³ O fim, afirma o autor, é uniforme nos negócios do mesmo tipo (negócios típicos) e, se atípicos, “ele deve ser socialmente útil para ser juridicamente admitido”.⁷⁹⁴

Claudio Godoy, a propósito da questão, assevera que “por muito tempo causa e função social e econômica de uma dada espécie, de uma categoria contratual, foram

⁷⁸⁹ 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, p. 201.

⁷⁹⁰ “A cláusula contratual, que exclua a responsabilidade do estacionamento por danos eventualmente ocorridos no bem ali depositado, não pode prevalecer, pois contraria a essência e ao próprio objeto da convenção” (TJSP, 1ª C., Ap., rel. Luiz de Azevedo, j. 22.02.1991, RT 670/73). Julgado citado por Sílvio Venosa (*Direito civil: responsabilidade civil*, p. 61).

⁷⁹¹ TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1290107-6, rel. Moura Ribeiro, j. 28.08.2008. Nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a instituição financeira não poderia tentar se eximir de sua responsabilidade com base na cláusula de não indenizar constante do contrato, nos seguintes termos: “Quem quer os bônus que suporte os ônus! Trata-se de cláusula evidentemente abusiva e que vai de encontro com a própria finalidade do contrato, contrapondo-se ao principal serviço acordado, que é o de segurança. Ora, se o objetivo principal do contrato de locação de cofres bancários é a obtenção de segurança para se guardar bens de valor, é óbvio que qualquer ajuste que vise excluir a responsabilidade do locador por furtos acaba por desnaturar completamente a avença”. No mesmo sentido: TJSP, Ap. 7.104.544-2, 20ª Câ. Dir. Priv., rel. Cunha Garcia, j. 31.01.2008.

⁷⁹² “A cláusula de não indenizar (...) não pode mesmo prevalecer, como bem decidiu o MM. Juiz *a quo*, pois, além de ser ofensiva aos artigos 424 do Código Civil de 2002 e 25 e 51, inc. I, do CDC, importa em negativa da própria causa do contrato firmado pelas partes, que se consubstanciava na guarda pelo banco réu de bens e numerários pertencentes à autora” (TJSP, 20ª Câ. Direito Privado, Ap. 1.329.893-4, rel. Correia Lima, j. 02.02.2009).

⁷⁹³ *Negócio jurídico e declaração negocial*, p. 127.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 127-128.

consideradas um só conceito”. Hoje, no entanto, já se procura delinear uma “causa concreta, real, identificada com uma função individual de um específico contrato, isto é, sua razão prática, determinante do concreto interesse a satisfazer e considerados todos os motivos objetivados no ajuste”; causa essa que, nem por isso, poderá deixar de prestar-se ao “controle do atendimento de sua função social, de sua abusividade, ou não”.⁷⁹⁵ É esse o ponto, então, que esclarece a problemática da cláusula que pretenda afastar ou mitigar o dever de indenizar que se refere a obrigação essencial do contrato: uma cláusula como tal não poderá ser admitida, pois significa, efetivamente, negativa da própria causa final do negócio jurídico, o que a torna abusiva e faz com que o contrato deixe, assim, de cumprir sua função social; além, é claro, de ferir a boa-fé objetiva, porquanto não se entende *coerente* a conduta do contratante que, assumindo uma obrigação contratual da essência do negócio jurídico entabulado, isenta-se do dever de ressarcir o dano causado pelo seu incumprimento, deixando completamente desamparada a contraparte.⁷⁹⁶ Ressalta-se, porém, que não é sempre que se rechaça a cláusula de não indenizar que se referira a obrigação essencial do contrato, mas apenas naqueles casos em que, retirada do credor a possibilidade de receber indenização, nenhum outro instrumento de utilidade prática lhe resta para se proteger das consequências do inadimplemento do devedor.

Em um contrato de locação de cofre, por exemplo – que constitui, em verdade, um contrato de depósito –, vislumbra-se desde logo que a causa final, a razão determinante que leva o locatário a firmar com o locador uma tal avença é a obrigação de guarda e segurança ínsita ao tipo contratual escolhido. Como assentou a 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a locatária, então apelante, pagava pelo uso do cofre não apenas pelo seu espaço físico mas principalmente pela suposta segurança fornecida pelo locador, pois “acreditava, certamente, que a instituição financeira pudesse abrigar seus bens de modo mais seguro do que em sua casa”.⁷⁹⁷ Admitir então que o locador pudesse ser exonerado de pagar indenização quando, em razão, por exemplo, de furto, restasse descumprida a obrigação principal de guarda e segurança, subtrairia do contrato a sua própria razão de ser, ou, dito de outra forma, não haveria justificativa para se ter firmado aquele contrato. Isso porque, em casos como esse, descumprida a obrigação essencial, não resta ao credor nenhuma alternativa *útil*, a não ser a indenização devida em razão do inadimplemento. Ou, como afirma Fábio Peres, “a possibilidade de pleitear indenização na

⁷⁹⁵ *Função social do contrato*, p. 157.

⁷⁹⁶ Nesse sentido, GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 75.

⁷⁹⁷ TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1290107-6, rel. Moura Ribeiro, j. 28.08.2008.

hipótese de inadimplemento contratual serve de garantia inseparável à manutenção da efetividade do negócio jurídico”, na medida em que a obrigação de cumprir a prestação principal une-se à segurança trazida pela indenização em face do possível descumprimento, “formando um único incindível”.⁷⁹⁸

Com efeito, no exemplo ainda da locação de cofre, não há sentido falar-se em execução específica – pois a obrigação não foi cumprida e não mais o poderá ser de forma proveitosa para o credor –, assim como também nenhuma utilidade terá para o credor a resolução do contrato se não for para lhe restituir os bens ou valores que depositara no cofre. Provavelmente não será, ainda, o caso de opor a exceção do contrato não cumprido ou de exercer eventual direito de retenção, porquanto até intuitivo que nenhuma obrigação que o credor possa descumprir em relação ao devedor, ou nenhuma retenção que possa vir a exercer, compensar- lhe-á o prejuízo sofrido com a perda dos bens e valores depositados. Daí não ser incorreto afirmar, como Junqueira de Azevedo, que nesses casos a cláusula de não indenizar permitiria ao contratante por ela beneficiado cumprir a obrigação principal somente se quisesse, ou seja, tratar-se-ia de uma condição puramente potestativa, que é proibida pelo artigo 122 do Código Civil brasileiro. Essa a razão pela qual se entende, portanto, ter agido com acerto o Tribunal de Justiça de São Paulo nos acórdãos suprarreferidos, no que é acompanhado, também, por outros tribunais do país.⁷⁹⁹

Em outras situações, porém, a cláusula de não indenizar, ainda que incida sobre obrigação principal do contrato, poderá não ensejar a sua descaracterização ou tampouco transformar a prestação contratual em condição puramente potestativa. E o exemplo é de Fábio Peres, que supõe a celebração de um contrato de compra e venda de ações, em razão do qual o vendedor deve transferir as ações ao comprador por meio da assinatura de termo a ser lavrado no livro de transferência de ações nominativas da companhia, e o comprador, de outra parte, deve efetuar o pagamento do preço em diversas parcelas. O contrato contém cláusula que isenta os contratantes do dever de indenizar em virtude do descumprimento de quaisquer das obrigações contratuais, incluindo as principais. Assim é que, na hipótese de

⁷⁹⁸ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 183.

⁷⁹⁹ A título exemplificativo, vale destacar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citado na obra de Fábio Peres, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil do banco. Cofre de aluguel violado. Cláusula de não indenizar. Prevalência da obrigação de guarda e segurança. O banco é civilmente responsável, no caso de subtração de valores, guardados em cofres-fortes, alugados a seus clientes. A cessão do uso do compartimento envolve uma particular prestação de serviço e segurança. Responsabilidade presumida só elisível em caso de caso fortuito ou força maior. Inválida a cláusula de não indenizar, porque excludente de obrigação essencial do contrato, qual seja, a de guardar o local dos cofres e implicitamente o seu conteúdo” (TJRJ, 2º Gr. Cs. EInfrs 31/90 na Ap. Cív. 3860/88, rel. Des. Paulo Roberto A. Freitas) (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 182).

descumprir o vendedor a obrigação de transferir as ações, “o comprador – ainda que subtraído de seu direito material de pleitear perdas e danos – disporá de outros instrumentos capazes de assegurar a efetividade do fim visado pelo contrato”, como são exemplos a execução específica, a invocação de cláusula resolutiva ou a exceção do contrato não cumprido.⁸⁰⁰ Daí a conclusão de que nem sempre serão nulas as cláusulas de não indenizar que se refiram a obrigações principais do contrato, “mas apenas quando tais cláusulas acabem por desfigurá-lo, extraindo totalmente a eficácia da tutela jurídica e afetando a essência dos aspectos funcionais do contrato”.⁸⁰¹

Entretanto, e ao que se entende, deverão ser sempre inadmitidas as cláusulas que excluam do objeto do contrato obrigações essenciais. Note-se bem: a hipótese aqui prevista é de *exclusão de obrigação contratual*, e não de *exclusão do dever de indenizar* resultante de descumprimento de uma obrigação contratual. Essa última constitui, como se sabe, a cláusula de não indenizar, que é diferente da cláusula que afasta obrigações que, de outra forma, fariam parte do contrato. A distinção é sutil e nem sempre simples de se verificar no caso concreto, relatando Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas que o ponto é objeto de confusão na jurisprudência francesa.⁸⁰² Não é por outra razão, aliás, que muitos autores dedicam-se à solução dessa questão. Pinto Monteiro chama de cláusulas limitativas do objeto do contrato as cláusulas que afastam obrigações contratuais, esclarecendo que não se trata de exoneração de responsabilidade, mas, antes disso, cuida-se de afastamento de uma obrigação contratual:

(...) para que o devedor se exonere, *grças à cláusula de irresponsabilidade*, é necessário que, *sem ela*, tivesse de indemnizar o credor. Ou seja, terá de tratar-se, naturalmente, de um caso de falta de cumprimento de uma obrigação *assumida* pelo devedor, ou *compreendida* no âmbito do contrato, atento o fim contratual prosseguido, ou por força de norma legal nesse sentido. Ora, o que pode acontecer, é as partes, ao contratar, afastarem obrigações que, *sem tal acordo*, fariam parte do contrato. (...) Não se trata, numa palavra, de excluir a *responsabilidade*, mas de suprimir uma *obrigação* – e ‘não se poderá ser responsável pelo não cumprimento de uma obrigação que não foi assumida’...⁸⁰³ (Destaques originais.)

No caso da cláusula que limita o objeto do contrato, afastando obrigação que, de outra forma, existiria, “o devedor não está obrigado a cumprir, porque não há obrigação, não havendo, conseqüentemente, responsabilidade”; já no caso da cláusula de não

⁸⁰⁰ Ibidem, p. 184.

⁸⁰¹ Ibidem, p. 185.

⁸⁰² *Leçons de droit civil*, p.764.

⁸⁰³ MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 117.

indenizar, o devedor “*deve cumprir*, a obrigação faz parte do contrato, mas, faltando o devedor ao cumprimento, o credor não poderá obter indemnização por força da cláusula de irresponsabilidade”.⁸⁰⁴ Ou, na feliz síntese de Garcia Amigo: “las cláusulas que determinan el contenido del contrato se refieren a la fisiología de la obligación (...); en cambio, las cláusulas limitativas de la responsabilidad se refieren a la patología de aquella, al incumplimiento de la obligación”.⁸⁰⁵

Exemplo de cláusula que, na expressão de Garcia Amigo, refere-se à fisiologia da obrigação, pode ser encontrado nos contratos de seguro, por meio dos quais a companhia seguradora assume certos riscos, com a exclusão de outros,⁸⁰⁶ ou, ainda, nos mesmos contratos de locação de cofre já mencionados, quando há cláusula restringindo a utilização que o locatário pode fazer do cofre. Confira-se, a propósito, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro trazido à colação por Fábio Peres:

Responsabilidade bancária. Cofre de aluguel. Cláusula de não indenizar e cláusula limitativa do uso do cofre. Distinção. Enquanto a cláusula de não indenizar tem por finalidade excluir a responsabilidade, a cláusula limitativa de uso apenas restringe a utilização que o locatário pode fazer do cofre. A primeira é ineficaz porque tornaria inócua a obrigação essencial do contrato; a segunda é válida e eficaz porque apenas limita a obrigação assumida pelo locador. Assim, vedada no contrato a utilização do cofre para a guarda ou o depósito de títulos e valores mobiliários ao portador, dinheiro, joias e outros assemelhados, não pode ser o banco responsabilizado pelo roubo desses bens simplesmente porque em relação a eles não assumiu a obrigação contratual de guarda. E sem violação de dever jurídico não há que se falar em indenização.⁸⁰⁷

Inegável, ao menos em princípio, a admissibilidade de uma cláusula como tal, porquanto não se pode subtrair das partes a possibilidade de limitarem o espectro de abrangência de suas obrigações. Bem por isso é que a limitação do objeto do contrato é admitida inclusive no âmbito das relações de consumo. Informam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido

⁸⁰⁴ Ibidem, p. 120.

⁸⁰⁵ *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 96. Tradução livre: “as cláusulas que determinam o conteúdo do contrato se referem à fisiologia da obrigação (...); ao contrário, as cláusulas limitativas da responsabilidade se referem à patologia daquela, ao incumprimento da obrigação”.

⁸⁰⁶ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 119.

⁸⁰⁷ TJRJ, 2ª C., Ap. Cív. 3.029/95, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho (PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 187).

excluída do contrato”.⁸⁰⁸ A conclusão não é a mesma, porém, se a obrigação excluída contratualmente for essencial ao contrato. É o que dispõe o inciso II do § 1º do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que presume exagerada a vantagem (para o fornecedor) que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual”. A regra, embora prevista no diploma consumerista, deverá nortear também as relações regidas pelo Código Civil, por força, inclusive, do princípio da função social do contrato, que, consoante aludido alhures (item 8.1.6), poderá servir de ponte entre a previsão típica da legislação especial e relações paritárias, mercê da “função unificadora que emana da Constituição Federal e dos princípios por ela predispostos”.⁸⁰⁹

Mesmo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor e antes, também, de se cogitar de função social do contrato, Aguiar Dias já advertia que “há possibilidade de estipular o afastamento de obrigações contratuais, certas e determinadas, *desde que não sejam essenciais ao contrato*”⁸¹⁰ (destacou-se), o que de fato faz todo o sentido, pois não soa razoável que, num contrato de compra e venda, as partes possam convencionar a dispensa de entregar a coisa vendida,⁸¹¹ embora possam acordar, nos termos do quanto acima exposto, o não pagamento de indenização em caso de descumprimento da obrigação de entregar a coisa vendida – já que, nessa hipótese, o comprador poderá se valer de outros mecanismos que poderão ensejar resultado algumas vezes até mais conveniente ao comprador que o recebimento de indenização, do que é exemplo a execução específica da obrigação, que poderá ser requerida em juízo juntamente com o pagamento de *astreintes*.

O que se conclui, em suma, é que, tratando-se de *afastamento de obrigações contratuais*, não se pode admitir que as partes convencionem a exclusão de obrigação principal do contrato, pois seria um contrassenso. No entanto, se o caso for de exoneração ou mitigação do dever de indenizar, poder-se-á admitir a convenção, ainda que diga respeito a obrigação principal do contrato, desde que, no caso concreto, verifique-se poder o credor dispor de outros instrumentos jurídicos que lhe proporcionem resultado no mínimo equivalente ao que auferiria com o recebimento de indenização. Caso não existam outros meios ou não sejam esses suficientes para tutelar a posição jurídica do credor

⁸⁰⁸ STJ, 3ª T., REsp 319.707, rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, j. 07.11.2002, DJ 28.04.2003 (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 2, p. 29).

⁸⁰⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*, p. 52.

⁸¹⁰ *Cláusula de não indenizar*, p. 67, em nota de rodapé.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 68, em nota de rodapé.

prejudicado pelo inadimplemento, a cláusula de não indenizar será, naquela situação específica, ineficaz.

8.4 A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR REFERENTE A DANOS PESSOAIS

Consoante algumas vezes já se aludiu, a cláusula de não indenizar somente pode ter por objeto interesses e direitos disponíveis das partes contratantes, sendo forçosa a conclusão de que é vedada a cláusula que pretenda isentar o devedor de pagar indenização por danos causados à pessoa do credor.

Já se viu no item 4.1, do Capítulo 4, da Primeira Parte, que a cláusula de não indenizar muito se aproxima da figura da transação, pois que, por meio dela, as partes efetivamente transacionam sobre os riscos.⁸¹² A transação, como se sabe, somente pode ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado (artigo 841 do Código Civil). Por outro lado, tem-se que os direitos da personalidade – direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade⁸¹³ – são, por força do que dispõe o artigo 11 do Código Civil brasileiro, intransmissíveis, irrenunciáveis e, portanto, indisponíveis.⁸¹⁴ Eis aí, então, as premissas para a inadmissibilidade da exclusão e da limitação convencionais do dever de indenizar quando se refram a danos pessoais: é que, tal como a transação, essas convenções não podem ter por objeto direitos indisponíveis; são indisponíveis, dentre outros, os direitos da personalidade; logo, os direitos da personalidade não podem ser objeto da cláusula de não indenizar ou da cláusula limitativa do dever de indenizar. Nas palavras de Aguiar Dias, “o problema da eficácia da cláusula de irresponsabilidade se resolve com a indagação do seu objeto. Conforme esteja ou não no comércio, determina a validade ou a nulidade da cláusula. Governa a distinção a oposição entre os danos causados às pessoas e os causados às coisas”.⁸¹⁵⁻⁸¹⁶

⁸¹² JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro, p. 201.

⁸¹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 32.

⁸¹⁴ Ibidem, p. 34; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*, p. 157.

⁸¹⁵ *Cláusula de não indenizar*, p. 225.

⁸¹⁶ Em passagem anterior, o mesmo autor, firme na lição de Josserand, assevera que, para apreciar o valor das cláusulas de não indenizar, “convém distinguir a obrigação de cujo afastamento se trata, não pela fonte, mas pelo objeto: conforme faça este, ou não, parte do patrimônio e dele possa o credor dispor ou não a cláusula surtirá pleno efeito ou será inoperante”. Explica o autor que não pode um contratante conferir ao outro o direito de lhe matar, ferir ou difamar, porque a vida, a saúde e a honra não estão incluídas no patrimônio e permanecem fora do comércio; não havendo impedimento, porém, a que

O dano a pessoas, também chamado de dano pessoal, constitui espécie que se contrapõe à do dano a coisas. Nesse sentido, a lição de Rui Stoco: “segundo a natureza do bem atingido, pode-se classificar o dano daí decorrente em duas categorias básicas: o *dano a coisas* e o *dano a pessoas*. Esse último subdivide-se em dano físico ou corporal e dano moral ou anímico”. Pode o dano pessoal apresentar valor econômico, sendo suscetível de avaliação pecuniária, hipótese em que será, então, um dano pessoal patrimonial. No entanto, se não tiver valor econômico, o dano pessoal será extrapatrimonial.⁸¹⁷

A proteção da pessoa humana é garantida por normas previstas na Constituição Federal, as quais, segundo Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, “têm aplicação nas relações privadas, e de forma imediata” (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal). Cuida-se, conforme esclarecem, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que não impede, porém, a aplicação das normas fundamentais por intermédio das cláusulas gerais,⁸¹⁸ que, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, “serão preenchidas, no caso concreto, conforme valores, regras e princípios constitucionais”.⁸¹⁹ Assim é que a liberdade – valor também constitucionalmente assegurado – “encontra sua própria limitação em outros valores ou princípios constitucionais, como é o caso do princípio que protege a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inc. III, do Texto Maior”.⁸²⁰

O artigo 13 do Código Civil é um exemplo claro disso, porquanto proíbe o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. Outro exemplo que revela a dignidade da pessoa humana atuando como limitadora da liberdade do indivíduo é aquele colacionado tanto por Giselda Hironaka e Flávio Tartuce⁸²¹ quanto por Claudio Godoy:⁸²² trata-se de caso tirado da jurisprudência francesa, em que se proibiu espetáculo que acontecia em determinada casa noturna, no qual um anão era arremessado sobre um colchão pneumático para deleite do público. Embora inequívoco o consentimento do anão, que inclusive se opôs à pretensão vedatória do espetáculo, decidiu-se, naquela oportunidade, que, sendo o respeito à dignidade da pessoa humana um dos componentes da noção de ordem pública, a autoridade francesa poderia, sim, interditar um espetáculo que atentasse contra tal dignidade.⁸²³

renunciem os contratantes à reparação do dano eventual puramente pecuniário (*Cláusula de não indenizar*, p. 69).

⁸¹⁷ *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1180.

⁸¹⁸ O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro, p. 51.

⁸¹⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁸²¹ *Idem*.

⁸²² *Função social do contrato*, p. 127.

⁸²³ *Idem*.

Transportado esse exemplo para o campo específico da cláusula de não indenizar, o que se pode desde logo inferir é que, ainda que haja consentimento expresso do credor isentando o devedor de lhe pagar indenização por danos causados à sua pessoa, tal isenção jamais poderá ser admitida, porquanto fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que se impõe de forma a limitar a liberdade contratual. Mas não apenas isso. O princípio da dignidade da pessoa humana é o que verdadeiramente orienta, na atualidade, as regras de responsabilidade civil. Nas palavras de Giselda Hironaka: “no contexto da responsabilidade civil – com o perfil da pós-modernidade que se tem buscado traçar para ela –, a garantia da dignidade da pessoa humana resplandece como verdadeiro norte de validação dos *pressupostos* do dever de indenizar”.⁸²⁴ É daí que se infere, então, que uma convenção que pretenda afastar ou mitigar a indenização por danos pessoais atentaria contra a ordem pública ou, mais especificamente, contra o princípio da função social do contrato, sendo de rigor remeter-se ao quanto já se expos no item 8.1.6, do Capítulo 8, da Segunda Parte, e ao Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil lá referido.⁸²⁵

Lembre-se, outrossim, que as razões que ensejam a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar que se refira a danos a pessoas são as mesmas que justificam a irredutibilidade do prazo de cinco anos durante o qual o empreiteiro responderá pela solidez e segurança da obra (artigo 618 do Código Civil), bem como as vedações às convenções exoneratórias e limitativas do dever de indenizar no âmbito dos contratos de transporte de pessoas (itens 2.1 e 2.2, do Capítulo 2, da Segunda Parte). E isso porque, em ambos os casos, o bem que se protege é a vida e a integridade física das pessoas naturais. Tanto é assim que Garcia Amigo, sobre os contratos de transporte, assevera que “la razón moral y de orden público que hemos visto se opone a la validez de las limitaciones convencionales de la responsabilidad en el transporte de personas desaparece en el transporte de cosas”.⁸²⁶

Muitos são os autores que concordam com a nulidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar que interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais, e os fundamentos são diversos, embora não fujam desses que anteriormente se aduziu. Segundo Junqueira de Azevedo, a nulidade “resulta da

⁸²⁴ *Responsabilidade pressuposta*, p. 159.

⁸²⁵ “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

⁸²⁶ *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*, p. 203. Tradução livre: “A razão moral e de ordem pública que se opõe à validade das limitações convencionais da responsabilidade no transporte de pessoas desaparece no transporte de coisas”.

Constituição da República, porque tais cláusulas ferem o princípio maior do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, combinado com o art. 5º, *caput*, ambos da Constituição da República)”.⁸²⁷ Fábio Peres, por sua vez, argumenta com a “conservação da ordem pública” e com o princípio da dignidade da pessoa humana para justificar a invalidade das cláusulas que visem restringir ou exonerar um sujeito jurídico do eventual dever de indenizar que se refira à vida e à integridade física das pessoas naturais.⁸²⁸ Pinto Monteiro, na mesma esteira, entende que são razões de ordem pública e a natureza dos danos ressarcíveis, “emergentes da violação de bens pessoais”, que justificam a inadmissibilidade das cláusulas nessas circunstâncias.⁸²⁹ E, por último, Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, referindo-se não apenas à vida e à integridade corporal mas a todos os direitos da personalidade, notadamente a honra, assentam que “aucune convention ne doit permettre une atteinte, même non intentionnelle, à la personne; une telle convention laisserait possibles toutes les imprudences à l’encontre des droits les plus sacrés; l’ordre public s’oppose”.⁸³⁰

Embora se posicione no mesmo sentido dos autores supracitados, Aguiar Dias argumenta sob um viés um pouco diferenciado e que diz com a vantagem que deve ser auferida pelo credor em compensação à renúncia ao direito de ser indenizado; ponto de que se tratou no item 8.1.1, do Capítulo 8, da Segunda Parte deste trabalho. Para o autor – e já se fez referência a essa lição no item 8.1.5 acima –, o equilíbrio rompido com o não ressarcimento do dano permitido pela cláusula de não indenizar pode ser restabelecido instantaneamente, porque o interesse que sofreu o desfalque teve compensação legítima. Situação diferente, contudo, ocorre quando, em função da maior importância do direito protegido (caso, ao que se entende, dos direitos da personalidade), a lesão tem gravidade maior; nesses casos, o restabelecimento do equilíbrio não é instantâneo, sendo algumas vezes até impossível, inadmitindo-se compensação para o direito lesionado. Nas palavras do autor:

⁸²⁷ 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, p. 201.

⁸²⁸ *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 146-147.

⁸²⁹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 308 e 314.

⁸³⁰ *Leçons de droit civil*, p. 767. Tradução livre: “nenhuma convenção deve permitir um atentado, mesmo não intencional, à pessoa; uma tal convenção permitiria todas as imprudências ao encontro dos direitos mais sagrados; a ordem pública se opõe”.

(...) a diferença entre esse caso e o em que à cláusula se opõem os princípios irredutíveis da validade das convenções está precisamente na inadmissibilidade de compensação para a espécie de dano de que então se cogita. O problema está, portanto, em ser ou não aceita pela ordem social a espécie de apaziguamento (*solatium*) contida na solução, questão de renunciabilidade ou irrenunciabilidade do direito protegido, de acordo com a sua importância. E não há dúvida de que a importância dos direitos correspondentes aos bens extrapatrimoniais é superior à dos direitos relativos aos bens pecuniários. Tanto assim, que é a própria noção de ordem pública que se invoca, para negar valor à cláusula pela qual alguém se reservasse o direito de prejudicar voluntária e impunemente a outrem.⁸³¹

Também a jurisprudência rechaça a convenção que pretenda afastar o dever de indenizar decorrente de danos pessoais. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já decidiu não ser válida a cláusula de não indenizar pactuada por instituições que “tomem a seu cargo, de maneira provisória ou definitiva, a título gratuito ou oneroso, o tratamento ou a guarda de doentes mentais, porque se considera inerente à função assumida a obrigação de velar pela integridade física dos internos”. Daí a conclusão de que “no tocante à integridade da vida e da saúde, exclui-se, sempre e sempre, a cláusula de irresponsabilidade”.⁸³²

Apesar de tantas e tão autorizadas opiniões no mesmo sentido, não se pode dizer ser unânime o entendimento de que a cláusula de não indenizar é inválida quando disser respeito a danos pessoais, porquanto há na doutrina posição dissonante: cuida-se daquela defendida por José de Azeredo Perdigão, para quem a responsabilidade civil, seja qual for a natureza do dano, terá sempre um conteúdo material, o qual, portanto, poderá ser afastado por meio da cláusula de não indenizar, mesmo que se trate de danos causados a pessoas. Confira-se:

(...) se é certo que às pessoas se deve uma maior protecção do que às cousas, não é menos certo que há danos corporais, ou mesmo morais, muito menos graves de que certos danos patrimoniais.

Acresce que a questão deve resolver-se no domínio dos princípios e estes não acusam diferença que justifique a nulidade das cláusulas de irresponsabilidade por danos causados às pessoas, desde que, como eu sustento em relação aos danos causados ao património, essas cláusulas sejam válidas quando a falta não for intencional.⁸³³

⁸³¹ *Cláusula de não indenizar*, p. 42.

⁸³² *RJTJSP* 126:159. Julgado mencionado por Fábio Peres (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 147, em nota de rodapé).

⁸³³ O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil, p. 61.

Ainda que se possa aceder à premissa de que o direito à indenização, qualquer que tenha sido o dano, é sempre um direito de crédito,⁸³⁴ não se pode concordar com a conclusão do autor de que, por isso, a cláusula de não indenizar é válida ainda que se refira a danos a pessoas. É que a cláusula exoneratória do dever de indenizar contém, como já se afirmou no item 4.1, do Capítulo 4, da Primeira Parte, uma renúncia *antecipada* à indenização, ou seja, não se cuida de direito já existente, mas, sim, de direito futuro, eventual. Dito de outra forma: no momento em que as partes pactuam a cláusula de não indenizar, não há, ainda, o direito de crédito sobre o qual podem elas, em tese, convencionar. E se, nesse momento, as partes acordam sobre a indenização eventualmente devida em caso de danos pessoais – admitida aqui a hipótese apenas para melhor desenvolver o raciocínio –, elas estarão, na verdade, *dispondo* sobre os seus direitos da personalidade, o que, consoante já aduzido, não se pode admitir.

Como se vem expondo ao longo deste trabalho, não há óbice – frise-se, pelo menos não a princípio – à renúncia antecipada, pois é justamente disso que se trata a cláusula de não indenizar; no entanto, a tal renúncia antecipada deverá haver uma contraprestação, isto é, uma vantagem conferida ao renunciante correspondente ao direito a que renunciou. E o ponto aqui é justamente esse: cuidando-se de dano a pessoa, não é possível falar-se em compensação, pelo simples fato de que terão sido ofendidos direitos sagrados, protegidos constitucionalmente.

Diferente é a situação quando as partes transacionam sobre o não pagamento de indenização após a ocorrência do dano. Ainda que tenha sido de natureza pessoal, é permitida a renúncia à indenização, porque aí sim já se estará diante de um direito de crédito. Antes, porém, não se admite renúncia à indenização de danos pessoais, por cuidar-se de direito eventual que diz respeito aos atributos da personalidade – direito, portanto, indisponível, que não pode ser objeto de renúncia.

Questão importante relacionada ao tema ora em estudo diz respeito aos danos morais. Note-se, antes de qualquer outra consideração, que, segundo se acredita, não podem ser tomadas por sinônimas as expressões “danos pessoais” e “danos morais”. Conforme explica Rui Stoco, a classificação entre *dano a coisas* e *dano a pessoas* diz respeito à *natureza* do bem atingido, ao passo que a divisão entre *dano patrimonial* e *dano moral* está atrelada aos *efeitos* do dano. Nada impede – aliás, é até bastante comum – que um *dano a pessoa* tenha reflexos patrimoniais. Como sublinham Gustavo Tepedino,

⁸³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, t. LIII, p. 123.

Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, mas sua lesão pode surtir efeitos patrimoniais.⁸³⁵ No entanto, os mesmos autores, em outra passagem, expressam a opinião de que “a reclamação por perdas e danos, (...) no caso de lesão a direitos da personalidade, ou melhor, lesão à dignidade da pessoa humana, consiste na reparação do dano moral”.⁸³⁶ A essa opinião, todavia, não se pode aceder, já que, pelas razões que se acaba de expor, a lesão a direitos da personalidade poderá acarretar efeitos patrimoniais, caso em que se cogitará de danos materiais, e não de danos morais. Não se descarta, evidentemente, a possibilidade de cumulação das indenizações por danos morais e materiais⁸³⁷ quando a lesão aos direitos da personalidade gerar ambos os efeitos (moral e patrimonial). Sendo essa a hipótese, nenhuma das indenizações poderá ser afastada ou mitigada por convenção das partes.

É bem verdade, porém, que os danos morais decorrem, na maioria das vezes, de danos pessoais, encontrando-se, por isso, sempre que assim ocorrer, dentro do espectro de abrangência da proibição tratada neste item. O problema surge, contudo, quando o dano moral resulta de dano causado a coisas, e não a pessoas. A hipótese é rara, mas possível; e verifica-se, segundo Carlos Alberto Bittar, quando os danos morais são reflexos – e não puros –, ou seja, oriundos de atentados a elementos patrimoniais, como na perda de objeto de estimação em decorrência de furto ou de roubo.⁸³⁸ Ou, em exemplo mais específico, quando um álbum de fotografias antigas, de valor afetivo, é subtraído de seu dono.⁸³⁹ Em situações como tais, o dano, embora não tenha sido *diretamente* causado à pessoa, atinge suas esferas íntima e valorativa,⁸⁴⁰ refletindo também em sua dignidade enquanto pessoa humana. Essa, portanto, a razão pela qual se acredita não ser permitido às partes convencionalmente excluïrem ou limitarem a indenização por danos morais quando o sujeito de direito for pessoa natural.

Já no que se refere ao dano moral sofrido pela pessoa jurídica, a conclusão não pode ser a mesma. Anote-se, a princípio, que, por força da Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, não tem mais sentido qualquer discussão em torno da legitimidade das pessoas jurídicas para experimentarem dano moral.⁸⁴¹⁻⁸⁴² Superado esse ponto, passa-se a

⁸³⁵ *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 34.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁸³⁷ Súmula n. 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁸³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para a sua fixação. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 15/93, 1993, p. 293.

⁸³⁹ Exemplo de Fernando Noronha citado por Rui Stoco (*Tratado de responsabilidade civil*, p. 1180).

⁸⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para a sua fixação, p. 293.

⁸⁴¹ Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

examinar então a possibilidade de as partes convencionalmente afastarem ou mitigarem a reparação do dano moral causado a pessoa jurídica.

Há que se levar em consideração que somente tem cabimento cogitar-se de dignidade da *pessoa humana* quando se tratar, obviamente, de *pessoa humana*, ou seja, de pessoa natural, não jurídica. E, tendo em vista que os direitos da personalidade nada mais são que expressões da cláusula geral de tutela da *pessoa humana*, contida no artigo 1º, III, da Constituição Federal,⁸⁴³ não se vislumbra nenhuma ofensa à ordem pública na hipótese de uma pessoa jurídica vir a renunciar, total ou parcialmente, à indenização devida no caso de violação a direitos como a honra, a imagem e o nome, desde que aufera compensação legítima em contrapartida à renúncia e que sejam respeitados os demais requisitos de validade exigidos para as cláusulas de não indenizar em geral.⁸⁴⁴ A corroborar a posição ora defendida, traz-se à baila a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem os direitos da personalidade constituem “parte do direito privado que cuida da proteção jurídica de objetos de direito que pertencem à *natureza do homem*” (destacou-se). Daí inclusive defenderem os autores que seria “mais científico, lógico e correto denominarem-se os ‘direitos de personalidade’ (...) de *direitos de humanidade*”⁸⁴⁵ (destaques originais).

Como se vê, o ordenamento jurídico não confere às pessoas jurídicas idêntico tratamento e proteção que confere às pessoas naturais, o que se traduz, na prática, em maior poder de disposição, para aquelas, dos bens e direitos de que são titulares. Em suma, o que se conclui é que as cláusulas de não indenizar e as limitativas do dever de indenizar não serão admitidas quando pretenderem afastar ou mitigar indenização por danos causados diretamente às pessoas naturais ou às coisas de pessoas naturais, cujo reflexo constitua dano moral. Entretanto, admite-se a exoneração e a limitação convencionais do dever de indenizar decorrente de dano moral causado à pessoa jurídica.

⁸⁴² Apenas a título de referência, registre-se o posicionamento de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes contrário à possibilidade de pessoas jurídicas virem a sofrer dano moral: “Compreendendo-se o dano moral como dor, sofrimento ou humilhação, relativamente à lesão à dignidade da pessoa humana, afasta-se a sua aplicação em favor das pessoas jurídicas (...). Isto porque qualquer lesão à pessoa jurídica com finalidade econômica, ainda que dirigida à sua imagem, converte-se sempre em perdas pecuniárias, patrominiais” (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 342).

⁸⁴³ Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁸⁴⁴ Esse também o entendimento de Fábio Peres (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 150).

⁸⁴⁵ *Código Civil anotado*, p. 157.

9

A CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL

Para grande parte da doutrina, a cláusula de não indenizar só tem cabimento no âmbito da responsabilidade contratual,⁸⁴⁶ e a razão está, segundo Aguiar Dias, no fato de que “a própria noção a que corresponde, de estipulação ou condição, parece afastar a possibilidade de sua ocorrência, independentemente de contrato”.⁸⁴⁷ A tal resistência responde, no entanto, o mesmo autor: “sem dúvida que não havendo contrato não pode haver cláusula que, por definição, é estipulação entre várias. Contudo, a irresponsabilidade pode ser objeto de convenção autônoma, destinada a afastar a responsabilidade extracontratual”.⁸⁴⁸ Ao que se acredita, negar às partes a possibilidade de convencionarem a exoneração ou a limitação do dever de indenizar na seara da responsabilidade extracontratual sob o argumento de que, por ausência de contrato, não poderia haver *cláusula* de não indenizar, não parece ser, de fato, o entendimento mais correto. Nada impede que o afastamento ou a mitigação do eventual dever de indenizar de origem não contratual constitua objeto de um contrato próprio, celebrado justamente com esse fim.

Outra objeção à admissibilidade da cláusula de não indenizar no terreno da responsabilidade extracontratual, que Aguiar Dias atribui a Maurice Meigné, tem como fundamento o fato de que seria inconcebível a isenção antecipada de responsabilidade por eventual ato ilícito entre pessoas que não têm relação contratual anterior e que nem ao menos se conhecem.⁸⁴⁹ Com efeito, a ninguém é dado saber, de antemão, em que circunstâncias lhe será imputada responsabilidade extracontratual, porquanto resulta essa da violação do dever geral de não prejudicar terceiros (*neminem laedere*), e não da violação de uma obrigação específica, prevista contratualmente entre partes previamente

⁸⁴⁶ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery asseveram: “As cláusulas de exoneração ou de atenuação da responsabilidade civil (*Freizeichnungsklauseln*) somente operam se objeto de estipulação contratual, não podendo ser estabelecidas na responsabilidade extracontratual” (*Código Civil anotado*, p. 948). Também nesse sentido é o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, p. 305) e Sílvio Rodrigues (*Direito civil: responsabilidade civil*, p. 179).

⁸⁴⁷ *Cláusula de não indenizar*, p. 241.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 245.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 242.

definidas. Assim é que, pela responsabilidade extracontratual, um indivíduo pode vir a ter de pagar indenização a um número indeterminado de pessoas, independentemente da existência de qualquer vínculo prévio entre tais pessoas e o devedor. Isso não significa, contudo, que seja *sempre* impossível ao devedor antecipar-se à ocorrência do dano e das consequências dele precaver-se.

Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, reconhecendo a dificuldade prática de se estabelecer uma convenção sobre o dever de reparar de origem extracontratual, chegam a questionar como poderiam a vítima e o responsável – que, em geral, se ignoram antes da ocorrência do dano – convencionar sobre eventual indenização. No entanto, eles próprios utilizam um exemplo para demonstrar a viabilidade e utilidade de um tal ajuste na esfera da responsabilidade extracontratual: “un industriel, par exemple, prévoit qu’il causera, par lès fumées, les bruits ou les odeurs de son usine, des dommages aux voisins, il leur propose une convention sur sa responsabilité future”.⁸⁵⁰ Pinto Monteiro, na mesma esteira, também entende ser possível ao devedor, em determinadas situações, prever a ocorrência de danos e as pessoas que serão particularmente atingidas:

Resultando esta forma de responsabilidade da violação de um *dever geral* de abstenção (a obrigação passiva universal), contraposto a um direito absoluto – direito que, por definição, se impõe *erga omnes* –, não será possível, na verdade, determinar antecipadamente *todas* as pessoas que poderão vir a ser lesadas. Embora esta afirmação seja exacta, tal não obsta, porém, que não possa prever-se, em certos casos, quais as pessoas mais directamente ameaçadas pelo exercício de certa atividade, justificando-se nessa medida, que o responsável por esses (eventuais) danos possa – e tenha mesmo interesse em – acautelar-se perante essas pessoas, celebrando com elas (a troco de certas vantagens ou benefícios de qualquer natureza, por exemplo) convenções de exclusão (ou de limitação) de responsabilidade.⁸⁵¹⁻⁸⁵²

Daí admitir o autor a possibilidade de se convencionar a exclusão ou a limitação do dever de indenizar decorrente de relações extracontratuais, embora reconheça que convenções dessa espécie são “menos frequentes e com reduzido alcance prático”.⁸⁵³ No

⁸⁵⁰ *Leçons de droit civil*, p. 759. Tradução livre: “Um industrial, por exemplo, prevê que causará, pela fumaça, barulhos ou odores de sua usina, prejuízos aos vizinhos, ele lhes propõe uma convenção sobre sua responsabilidade futura”.

⁸⁵¹ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 392-393.

⁸⁵² Na mesma linha, o entendimento de Fábio Peres: “De fato, se não é possível conhecer, de antemão, todos os possíveis prejudicados por determinada atividade, em certos casos o agente pode previamente verificar com maior facilidade aqueles que se encontram mais suscetíveis de sofrer danos causados por seus atos e, assim, buscar uma mitigação dos riscos financeiros envolvidos, o que, inclusive, pode servir de incentivo aos investimentos na atividade produtiva” (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 120-121).

⁸⁵³ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 81.

mesmo sentido, Aguiar Dias afirma que a “construção jurídica usual” da cláusula de não indenizar é a de cláusula acessória de um contrato, podendo, entretanto, aparecer como “ato isolado ou declaração unilateral do devedor eventual da obrigação de indenizar, de origem não contratual”.⁸⁵⁴

Ao que se acredita, assiste razão aos citados juristas, embora, como exposto no Capítulo 1 da Segunda Parte, não se possa concordar com a assertiva de que a cláusula de não indenizar poderia assumir a forma de declaração unilateral do devedor da indenização de origem não contratual. A cláusula de não indenizar jamais poderá ser admitida sem que haja consentimento expresso do credor; trata-se de requisito imprescindível à sua validade, seja no âmbito da responsabilidade contratual, seja no da responsabilidade extracontratual.⁸⁵⁵ Aliás, a ausência desse requisito é ainda mais grave quando se cuida de responsabilidade extracontratual, “na qual as partes não têm vínculo negocial prévio e na qual o ajuste limitativo ou exoneratório consiste no próprio objeto da convenção”.⁸⁵⁶ A esse respeito, Pinto Monteiro explica que, se, já no domínio contratual, levantam-se inúmeros obstáculos e dificuldades, “*maxime* em contratos de adesão”, para se aferir se o credor tinha ou deveria ter conhecimento da cláusula constante do contrato, “estas dificuldades são agravadas tratando-se de exclusões de responsabilidade delitual”. É que, no âmbito da responsabilidade extracontratual, “não se trata de saber se uma estipulação de irresponsabilidade deve ou não considerar-se integrada num contrato. O problema que aqui se põe respeita à própria *formação* do contrato, cujo objecto único é a exclusão da responsabilidade”.⁸⁵⁷

Deveras, a convenção por meio da qual se afasta ou se mitiga eventual dever de indenizar de origem não contratual não constitui apenas uma cláusula acessória de um contrato, mas, sim, o próprio contrato. Por meio dele, excepciona-se ou a regra geral contida no *caput* do artigo 927 do Código Civil brasileiro ou a do parágrafo único do mesmo dispositivo – ou ambas ainda –, avençando-se que, em caso de uma parte vir a causar dano à outra, ficará aquela parcial ou totalmente exonerada do dever de reparar. Trata-se, pois, de um negócio jurídico bilateral, sendo imprescindível que haja consentimento expresso das duas partes contratantes. E não apenas é um contrato (negócio jurídico bilateral) como é também um *contrato bilateral* – segundo lição de Caio Mário já referida no item 8.1.1, do Capítulo 8, da Segunda Parte –, visto que, à renúncia do credor à

⁸⁵⁴ *Cláusula de não indenizar*, p. 40.

⁸⁵⁵ Não se acede, portanto, à posição de Aguiar Dias, que admite a cláusula *tácita* de irresponsabilidade (*Cláusula de não indenizar*, p. 243 e ss.).

⁸⁵⁶ PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 125.

⁸⁵⁷ *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, p. 399-400.

eventual indenização deverá corresponder uma obrigação a ser cumprida pelo devedor, que se traduz em vantagem a compensar a renúncia. Com efeito, já se estudou no mesmo item 8.1.1 que essa compensação constitui requisito imprescindível para a validade da cláusula de não indenizar, não havendo razão para excluí-la, portanto, em caso de convenção de não indenizar pactuada no âmbito da responsabilidade extracontratual. E, na subdivisão entre comutativos e aleatórios que se admite para os contratos bilaterais, a espécie de contrato que ora se cogita é aleatório.

Explica Caio Mário que o contrato aleatório é aquele em que “a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento *incerto*”.⁸⁵⁸ Afirmando em seguida que embora todo contrato apresente um risco, pondera o autor que, no contrato aleatório, o risco é da sua essência, “pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento *incerto* para ambos os contratantes”.⁸⁵⁹ Ora, o acontecimento incerto, no caso da convenção de não indenizar pactuada na responsabilidade extracontratual, é justamente a possível ocorrência de dano, que, sem a convenção, obrigaria o lesante a pagar indenização ao lesado. A incerteza do dano faz, portanto, com que o contrato seja aleatório: havendo dano, o “ganho” será do lesante, que, embora tenha conferido vantagem inicial ao lesado, restará ao final exonerado, total ou parcialmente, do pagamento da indenização; todavia, não havendo dano, aquele que recebeu a vantagem inicial terá sido, provavelmente, o mais beneficiado, porquanto foi “compensado” por uma perda que não chegou a ter, já que nenhum prejuízo lhe foi causado pela contraparte.

Importa notar, porém, que, mesmo sendo aleatório o contrato, o princípio do equilíbrio contratual deverá ser respeitado, conforme já se assinalou no item 8.1.3, do Capítulo 8, da Segunda Parte. Consoante ensina Claudio Godoy, mesmo admitido, nos contratos aleatórios, o risco que lhe é inerente, a sua contratação e desenvolvimento “se devem dar de modo substancialmente igualitário, posto que preservada a álea que os caracteriza”.⁸⁶⁰ Assim é que não se poderá admitir, por exemplo, um contrato aleatório em que já se saiba de antemão que a álea penderá forçosamente para um dos polos contratuais. Um contrato como tal é desequilibrado, lesivo, carecendo, portanto, de intervenção corretiva.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ *Instituições de direito civil: contratos*, p. 68.

⁸⁵⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁶⁰ *Função social do contrato*, p. 40.

⁸⁶¹ *Idem*.

No mesmo sentido é a afirmação de Caio Mário, para quem “o risco de perder ou de ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a *incerteza* do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação”.⁸⁶² Daí se concluir que a convenção de não indenizar no âmbito da responsabilidade extracontratual não será admitida no caso de o devedor (lesante) já previamente saber que o dano irá ocorrer. Ao que se entende, a hipótese, se não for de dolo, vício do negócio jurídico, tratado no item 8.2, do Capítulo 8, da Segunda Parte, poderá ao menos autorizar a aplicação analógica do artigo 461 do Código Civil brasileiro, que determina a anulabilidade do negócio jurídico como doloso se o prejudicado provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco a que no contrato se considerava exposta a coisa.

Frise-se que não apenas o princípio do equilíbrio contratual mas todos os princípios do atual direito dos contratos e demais requisitos de que se cuidou na Segunda Parte deste trabalho devem ser satisfeitos para que se possa admitir a convenção de não indenizar na seara da responsabilidade extracontratual. Nesse sentido, Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas asseveram:

(...) si l'on admet à l'encontre de la jurisprudence dominante, la validité des conventions d'exonération d'une responsabilité délictuelle, on doit lui apporter les mêmes exceptions pour les fautes intentionnelles, volontaires ou lourdes et pour les dommages à la personne.⁸⁶³

Respeitadas todas as restrições já referidas, óbice não pode haver a que duas ou mais pessoas convencionem a exclusão ou a redução do possível dever de indenizar que uma ou algumas delas possa(m) vir a ter em face da(s) outra(s). Utilizando mais uma vez o exemplo de Aguiar Dias, não há justificativa plausível, nem dentro da ordem jurídica brasileira, nem fora dela, para que se impeça dois proprietários vizinhos de renunciarem o direito de receber indenização um do outro pelos danos causados reciprocamente por animais que em seus terrenos vivam, “porque a ordem pública de nenhum modo se pode considerar ameaçada por acordo tão perfeitamente anódino e razoável como esse”.⁸⁶⁴

Por fim, um último argumento ainda se pode agregar para corroborar a posição que ora se defende: é que, conforme admite parte da doutrina,⁸⁶⁵ a cláusula penal também

⁸⁶² *Instituições de direito civil: contratos*, p. 69.

⁸⁶³ *Leçons de droit civil*, p. 770. Tradução livre: “(...) caso se admita, ao encontro da jurisprudência dominante, a validade de convenções de exoneração de responsabilidade delitual, há que valer para elas as mesmas exceções referentes a faltas intencionais, voluntárias ou graves e aos danos à pessoa”.

⁸⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*, p. 52, em nota de rodapé.

⁸⁶⁵ Ver, por todos, ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*, p. 37.

poderá se reportar ao cumprimento de obrigação de origem não contratual. Assim, devido à proximidade entre as figuras da cláusula penal e das cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar (item 3.2, do Capítulo 3, da Primeira Parte), vislumbra-se no ponto mais um fator a contribuir para a admissão dessas últimas na seara da responsabilidade extracontratual.⁸⁶⁶

Os tribunais brasileiros também têm admitido as convenções de exclusão e de limitação do dever de indenizar de origem não contratual, e o exemplo citado por Fábio Peres é o da cláusula de não indenizar prevista em convenções condominiais,⁸⁶⁷ que geralmente afasta o dever de indenizar do condomínio em casos como furto, roubo ou colisões de veículos ocorridos no interior das garagens. Tal cláusula tem sido considerada válida e eficaz, ficando exonerado o condomínio do pagamento de qualquer indenização.⁸⁶⁸ A jurisprudência francesa, ao contrário, fulmina de nulidade as cláusulas limitativas e exoneratórias do dever de indenizar de origem extracontratual, sob o argumento de que as regras de direito positivo nesse particular seriam imperativas, de ordem pública, e, portanto, não poderiam ser modificadas por convenção das partes. Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas entendem haver inexistência no posicionamento jurisprudencial, já que a validade da transação levada a efeito entre o responsável e a vítima de um ato ilícito extracontratual é incontestável. Segundo entendem, a ordem pública não se opõe a que a vítima renuncie, no todo ou em parte, à reparação que lhe seria devida, ainda que antecipadamente.⁸⁶⁹ Ao que se acredita, assiste razão aos autores franceses, não parecendo correto, conforme já se expôs no Capítulo 8, da Segunda Parte, o entendimento de que a exoneração e a mitigação convencionais do dever de indenizar no campo da responsabilidade extracontratual afrontariam a ordem pública.

⁸⁶⁶ Henri e Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas informam que a jurisprudência francesa coloca, incorretamente, as regras da responsabilidade extracontratual acima das convenções, fulminando de nulidade tanto as cláusulas penais como as convenções de exoneração que se refiram à responsabilidade extracontratual. E acrescentam: “Motif erroné, solution inexacte” (*Leçons de droit civil*, p. 778). Tradução livre: “Motivo errado, solução incorreta”.

⁸⁶⁷ TJRJ, Ap. Civ. 4.177/89, 1ª C., rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05.12.1989 (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*, p. 122). Também nesse sentido, julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Condomínio. Furto de veículo. Cláusula de não indenizar. 1. Estabelecendo a Convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 168346/SP, relator para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 20.05.1999).

⁸⁶⁸ Sobre a natureza extracontratual da responsabilidade do condomínio, confira-se julgado do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: Ap. c/ rev. 519.648-0/6, 1ª C., rel. Vieira de Moraes, j. 13.04.1998.

⁸⁶⁹ *Leçons de droit civil*, p. 769.

CONCLUSÃO

Ao término deste trabalho, o que em primeiro lugar já se pode dizer, à guisa de conclusão, é que negar validade e eficácia a toda e qualquer cláusula de não indenizar sob o argumento de contrariedade à ordem pública é posição, ao que se acredita, demasiada radical, que se baseia em e leva a desvirtuamento de ideias, além de poder acarretar efeitos sobremaneira prejudiciais à prática negocial e, de modo geral, às atividades econômicas. Para não falar, ainda, da generalidade que pesa sobre o argumento, que impõe seja cuidadosamente dissecado, mediante, inclusive, uma prévia reflexão sobre o conteúdo daquilo que é ao mesmo tempo cláusula geral e princípio: o postulado de respeito à ordem pública ou, se assim se preferir, de supremacia da ordem pública.

Conceito variável no tempo e que traz consigo os valores que a moral vigente, em determinada época, considera fundamentais, a ordem pública pode ser traduzida, simplesmente, como um conjunto dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico que objetiva a tutela do bem comum; uma tutela que se dirige, portanto, não apenas aos interesses privados mas também, e prioritariamente, ao interesse público. E o interesse público, como se sabe, não é hoje o mesmo do passado, assim como não será idêntico ao que se apresentará no futuro: o interesse, que se diz público, altera-se de acordo com os valores prestigiados por determinada sociedade, que variam, consequentemente, conforme a época vivida. Daí que, na sociedade brasileira da atualidade, não se pode excluir do conceito de ordem pública os assim chamados novos princípios do direito dos contratos: a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a função social do contrato.

E aqui reside a questão de fundamental importância: a da interpretação que se deve conferir aos valores vigentes nessa nova era do direito contratual. Não se discute que esse ramo do direito – como, aliás, o direito como um todo – é, na contemporaneidade, orientado por preceitos que primam por uma concepção muito mais social do que a que vigorava antigamente, disso decorrendo a imposição de limites, antes inexistentes, ao exercício da liberdade contratual. Em que pese ser isso um fato – e, portanto, inegável –, é certo que tal fato não autoriza a conclusão de que se teria subtraído por completo a liberdade das partes, até porque se trata essa de uma forma de expressão do livre

desenvolvimento da personalidade, aspecto positivo do princípio da dignidade da pessoa humana,⁸⁷⁰ que, por sua vez, é componente imprescindível da ordem pública. Em suma, a liberdade contratual subsiste não apenas como valor eleito pelo ordenamento jurídico mas também, e principalmente, como direito assegurado constitucionalmente a toda e qualquer pessoa, jurídica ou natural. À negação de tal liberdade opõe-se a própria ideia de ordem pública. Contudo – e aí o ponto –, a liberdade natural dos indivíduos somente pode ser exercida dentro de certos limites, também impostos pela ordem pública, e que se prestam, justamente, a garantir a liberdade jurídica de todos.⁸⁷¹ É a liberdade sendo restringida para garantia da própria liberdade.

É basicamente no exame dessas restrições que se impõem ao exercício da liberdade contratual que se concentra o estudo da admissibilidade da cláusula de não indenizar, cuja validade está sujeita aos mesmos requisitos que se exigem para os contratos em geral, pois que nenhuma convenção poderá contrariar a ordem pública – esteja ela expressa em normas de caráter cogente ou não. Repita-se apenas que, no campo do direito contratual, as exigências de ordem pública não formuladas em preceitos do direito positivo – implícitas, portanto, no ordenamento jurídico – podem ser modernamente resumidas nos valores consubstanciados nos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Assim, uma conclusão que se pode desde logo assentar é que a cláusula de não indenizar, genérica e abstratamente considerada, não fere, a princípio, a ordem pública, quer tenha sido firmada no âmbito da responsabilidade contratual, quer no da responsabilidade extracontratual. Resultado da livre manifestação de vontade das partes, tal convenção deverá respeitar os mesmos limites que se impõem à validade de qualquer outro contrato. Apenas haverá lesão à ordem pública – e aí não há dúvida – quando a cláusula de não indenizar for avençada em contrariedade à lei expressa ou aos princípios do direito dos contratos referidos anteriormente.

No Brasil há diversos dispositivos legais que expressamente proíbem a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa de não indenizar. Entre nós não se admite, por exemplo, a convenção que pretenda limitar no tempo o dever de indenizar do empreiteiro pela solidez e segurança do edifício ou de outra construção considerável (o artigo 618 do Código Civil estabelece ser irredutível o prazo de cinco anos durante o qual o empreiteiro

⁸⁷⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A função social do contrato*, p. 20.

⁸⁷¹ Idem.

permanece responsável pela obra); ou a cláusula de não indenizar contida em contrato de transporte, seja de pessoas ou de coisas (artigo 734 do Código Civil e Súmula n. 161 do Supremo Tribunal Federal). A cláusula limitativa do dever de indenizar também é vedada se o transporte for aéreo, nacional ou internacional, de pessoas ou de coisas, por força do que estabelecem os artigos 247, da Lei n. 7.565/86, e 26, da Convenção de Montreal, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 5.910/2006. Da mesma forma, não se confere validade à cláusula de não indenizar que esteja inserida no bojo de um contrato de consumo (artigos 24, 25 e 51, I, da Lei n. 8.078/90), embora se admita excepcionalmente a limitação da indenização se o consumidor for pessoa jurídica e a situação for “justificável” (artigo 51, I, *in fine*, da Lei n. 8.078/90). A mesma lei proíbe, ainda, a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (inciso VI do artigo 51) e a renúncia ao direito de indenização por benfeitorias necessárias (inciso XVI). E, por fim, é também a lei expressa que obsta a aceitação da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar em contratos de adesão, ainda que se trate de relações intercivis ou interempresariais (artigo 424 do Código Civil).

Já com relação às exigências de ordem pública implícitas no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, àquelas que não estão expressas em preceitos de direito positivo, a que primeiro se sobressai, no que diz respeito às cláusulas exoneratórias e limitativas do dever de indenizar, é a da necessidade de se conferir vantagem correspondente ao credor, que legitimamente compense a renúncia, seja ela total ou parcial, ao direito de receber indenização. Cuida-se assim de atender ao princípio do equilíbrio contratual, corolário da boa-fé objetiva.

É ainda a ordem pública que impõe a inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar em caso de dolo ou culpa grave do devedor. Havendo dolo no momento da celebração do ajuste, a solução é dada por artigo expresso de lei (artigo 171, II, do Código Civil) e a hipótese é de invalidade; entretanto, se o dolo ou a culpa grave for a causa do inadimplemento contratual, são *razões* de ordem pública – e não preceitos específicos do direito positivo – que obstam a que a cláusula produza seus efeitos, trata-se então de ineficácia. É que, evidentemente, isentar o contratante do dever de indenizar quando tiver agido de forma dolosa ou gravemente culposa não condiz com os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

A ordem pública também não permite aceitar a cláusula de não indenizar e a cláusula limitativa do dever de indenizar que se refiram a obrigação essencial do contrato,

naqueles casos em que, retirada do credor a possibilidade de receber indenização, nenhum outro instrumento de utilidade prática lhe resta para se proteger das consequências do inadimplemento do devedor. Em tais situações, a cláusula, seja exoneratória ou limitativa do dever de indenizar, não atende ao princípio da função social do contrato, além de violar a boa-fé objetiva.

Por derradeiro, a cláusula de não indenizar e a limitativa do dever de indenizar não serão admitidas quando pretenderem afastar ou mitigar indenização por danos causados diretamente às pessoas naturais ou às coisas de pessoas naturais, cujo reflexo constitua dano moral. Nesses casos, é o princípio da dignidade da pessoa humana que restringe a liberdade das partes; ou, como também se poderá dizer, é a função social do contrato que impede a exclusão e a limitação convencionais do dever de indenizar em tais hipóteses.

No que diz respeito às convenções de não indenizar e às limitativas do dever de indenizar pactuadas na seara da responsabilidade extracontratual, nenhum requisito ou condição especial faz-se necessário para a sua validade e eficácia, bastando que sejam respeitadas as mesmas exigências de ordem pública que se impõem para a cláusula de não indenizar e para a limitativa do dever de indenizar de origem contratual.

Como desde o início já se declarou, não se pretende, com as conclusões a que levou o estudo da matéria, esgotar o tema da admissibilidade da cláusula de não indenizar; o que se intenta é, apenas, contribuir para a busca de critérios para a aplicação da cláusula de não indenizar que sejam mais justos e adequados à atual realidade brasileira. E, para tanto, não se pode fechar os olhos aos malefícios e benefícios que, no Estado liberal, advieram da utilização, em larga escala, da cláusula de não indenizar. Ao revés, há que se aprender com os erros e acertos vividos e fazer disso uma experiência; afinal, na célebre frase de Aldous Huxley, “*experience is not what happens to a man; it is what a man does with what happens to him*”. Somente assim, com as lições que se há de extrair do passado, é que se encontrará o equilíbrio necessário para se aplicar, na medida justa, à cláusula de não indenizar, os valores e princípios que vigoram nos tempos atuais, no que se convencionou chamar de Estado social. É somente assim que se poderá conceber a cláusula de não indenizar não como um empecilho à justiça contratual, mas, ao contrário, como uma ferramenta a serviço dela.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. Da equidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 797, p. 767-770, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p. 67-85, 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 300, p. 7-37, 1960.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual. São Paulo: RT, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 64-65.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por danos decorrentes do transporte. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280-330.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para a sua fixação. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, n. 15/93, p. 293-291, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Aix-Marseille: Presses Universitaires, 2002.
- CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil II: os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar* (chamada cláusula de irresponsabilidade). 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. IV.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.jcadvocacia.com>>. Acesso em: 20 out. 2006.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. XIII.
- GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. A cláusula de não indenizar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 565, p. 21-31, 1982.

GARCIA AMIGO, Manuel. *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2007. 277 f. Tese (Livre-Docência do Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed., 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 45, p. 141-152, 1983.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 68, p. 79-86, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138-158.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 41-80.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cláusula cruzada de não indenizar (*cross-waiver of liability*), ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio (Coord.). *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-207.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 775, p. 11-17, 2000.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação de declaração negocial. 1986. 244 f. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade civil – Assalto em estacionamento de supermercado – Estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato” – Admissão da prova de não culpa – Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – Falta da relação de causalidade adequada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 735, p. 121-128, 1997.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1963.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 680, p. 47-58, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 9 maio 2002.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. II.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1985.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 761, p. 31-44, 1999.

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

PERDIGÃO, José de Azeredo. O princípio da autonomia da vontade e as cláusulas limitativas da responsabilidade civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 6, p. 25-63, 1946.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1984. t. XXIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. 3. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1984. t. LIII.

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

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço: Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990*. São Paulo: RT, 1998.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro: Forense, n. 222, p. 189-190, 1968.

RIBEIRO, Carla Casagrande; MOURA, Cristina A. de Oliveira. *A cláusula de não indenizar: segurança vs. incremento dos negócios jurídicos*. Disponível em: <http://www.pinheironeto.com.br/upload/tb_pinheironeto_artigo/pdf/020507161209BI_1934_CRB_CGR.pdf>. Acesso em: 13 out. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSAS, Roberto. Validade das cláusulas de não responsabilidade ou limitativas de responsabilidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 479, p. 11-14, 1975.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 125-146.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz: busca pela interpretação do sistema*. 2007. 196 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, n. 23, p. 3-15, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-22.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2007. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *A lógica do razoável e o negócio jurídico: reflexões sobre a difícil arte de julgar*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 20 out. 2006.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil nos contratos de construção, empreitadas e incorporações. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 239-277.